

Francesco Bavagnoli
Caterina de Tilla
Nicola Ferraro
Patrizia Riva

L'affitto d'azienda

Profili giuridici, economico-aziendali e contabili
Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa

presentazione di Maurizio Comoli

Guida all'utilizzo del volume

Area web dedicata

Sono disponibili materiali che completano e arricchiscono il contenuto del libro cartaceo e che sono costantemente aggiornati.

I materiali disponibili sono indicati nel testo con un'apposita simbologia:

 esempi e case history

 approfondimenti.

Per accedere all'area dedicata digitare l'indirizzo <http://digitalibri.egeaonline.it> e inserire il codice stampato sul retro della copertina.

Versione digitale (e-Pub)

Il testo è disponibile anche nel formato e-Pub sul sito Egea e nelle librerie on-line, con accesso (tramite codice) ai materiali dell'area web dedicata.

Versione digitale (In-App)

Il libro, completo di tutti i contenuti, anche quelli integrativi è disponibile nei formati mobile per i tablet (Apple e Android). Basta scaricare gratuitamente l'applicazione Egea Pro.

I link rimandano alla normativa (codice civile, legge fallimentare, leggi collegate), alle sentenze di Cassazione più significative e alle schede dei volumi dell'Editore sul sito www.egeaonline.it

Francesco Bavagnoli

Caterina de Tilla

• Nicola Ferraro

Patrizia Riva

L'affitto d'azienda

Profili giuridici, economico-aziendali e contabili
Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa

presentazione di Maurizio Comoli

Editor: Elena Besozzi Jussi
Copertina: mStudio, Milano
Impaginazione: Sinergie Grafiche, Rozzano (MI)

Copyright © 2011 EGEA S.p.A.
Via Salasco, 5 - 20136 Milano
Tel. 02-5836.5751 - Fax 02-5836.5753
egea.edizioni@unibocconi.it - www.egeaonline.it

Tutti i diritti sono riservati, compresi la traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione, la comunicazione al pubblico e la messa a disposizione con qualsiasi mezzo e/o su qualunque supporto (ivi compresi i microfilm, i film, le fotocopie, i supporti elettronici o digitali), nonché la memorizzazione elettronica e qualsiasi sistema di immagazzinamento e recupero di informazioni.

Per altre informazioni o richieste di riproduzione si veda il sito www.egeaonline.it/fotocopie.htm

Date le caratteristiche di Internet, l'Editore non è responsabile per eventuali variazioni di indirizzi e contenuti dei siti Internet menzionati.

Prima edizione: ottobre 2011

ISBN 978-88-238-3276-3

Stampa: GECA, Cesano Boscone (MI)



Questo volume è stato stampato su carta FSC proveniente da foreste gestite in conformità ai rigorosi standard ambientali, economici e sociali definiti dal Forest Stewardship Council.

INDICE

PRESENTAZIONE di <i>Maurizio Comoli</i>	pag. XIII
INTRODUZIONE	» XV
Parte prima PROFILI GIURIDICI <i>di Caterina de Tilla e Nicola Ferraro</i>	
1 L'AZIENDA	» 3
1.1 Nozione di azienda	» 3
1.2 Circolazione dell'azienda	» 5
2 L'AFFITTO DI AZIENDA	» 9
2.1 Nozione e finalità dell'affitto d'azienda	» 9
2.2 Delimitazione della fattispecie: il requisito della produttività del complesso dei beni organizzati	» 10
2.3 Differenze tra affitto di azienda e locazione commerciale	» 11
2.4 Riferimenti normativi	» 13
2.5 Forma del contratto di affitto di azienda e regime di pubblicità	» 14
2.6. Il subaffitto d'azienda	» 16
3 OBBLIGAZIONI DELLE PARTI	» 19
3.1. Le obbligazioni dell'affittuario	» 19
3.2. Le obbligazioni dell'affittante	» 20

4	LA SUCCESSIONE NEI CONTRATTI IN ESSERE	pag. 23
4.1	Il principio della successione automatica nei contratti inerenti l'esercizio dell'azienda	» 23
4.2	I contratti ai quali si riferisce l'art. 2558 c.c.: i «contratti d'azienda» e i «contratti d'impresa»	» 25
4.3	La successione nei contratti a prestazioni corrispettive non interamente eseguite	» 26
4.4	Il caso particolare dei contratti di durata	» 27
4.5	Le eccezioni alla regola generale della successione stabilita dall'art. 2558 c.c.: il patto contrario e i contratti a carattere personale	» 28
4.6	Tutela del contraente ceduto. La facoltà di recesso per giusta causa	» 31
4.7	Alcuni casi particolari	» 34
4.7.1	Contratti di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello abitativo	» 34
4.7.2	Contratti di leasing	» 36
4.7.3	Contratti di finanziamento	» 37
4.7.4	Contratti di associazione temporanea di imprese	» 37
5	LA CESSIONE DEI CREDITI E DEI DEBITI	» 39
5.1	La cessione dei crediti	» 39
5.2	La cessione dei debiti	» 42
6	CESSAZIONE DELL'AFFITTO E RETROCESSIONE	» 47
6.1	Cause di cessazione del contratto di affitto	» 47
6.2	Effetti della cessazione del rapporto	» 48
	BIBLIOGRAFIA	» 51

Parte seconda
PROFILI ECONOMICO-AZIENDALI E CONTABILI
di *Francesco Bavagnoli*

7	LINEAMENTI ESSENZIALI DA UN PUNTO DI VISTA AZIENDALE	» 55
7.1	Premessa	» 55

- 7.2 La posizione del locatore/proprietario pag. 57
 7.3 La posizione del gestore/affittuario » 60

8 L'AFFITTO D'AZIENDA COME OPERAZIONE FINANZIARIA » 63

- 8.1 Lo schema contrattuale standard » 63
 8.2 Il portafoglio equivalente di operazioni aventi il medesimo pay-off » 64
 8.3 Argomenti di sostegno alla natura finanziaria dell'operazione nella dottrina economico-aziendale e giuridica » 68
 8.4 Un parallelo tra affitto d'azienda e leasing finanziario » 71
 8.5 Caveat circa la portata dell'assimilazione tra affitto d'azienda e finanziamento » 73

9 LA STIMA DEL CONGRUO CANONE D'AFFITTO D'AZIENDA » 75

- 9.1 Le metodologie proposte dalla dottrina e applicate nella prassi professionale » 77
 9.2 Punti critici degli approcci e metodi proposti dalla dottrina e invalsi nella prassi » 78
 9.3 Una formula alternativa che tiene conto del diverso profilo di rischio delle parti e della flessibilità del contratto » 80
 9.4 Lo schema contrattuale standard: il canone come interesse finanziario sul finanziamento » 81
 9.5 Il congruo canone nell'ipotesi di contratto con conguaglio finale calcolato come differenza tra il valore economico iniziale rivalutato in base all'inflazione e il valore economico finale » 86
 9.6 Il congruo canone nell'ipotesi di contratto senza previsione del conguaglio finale » 88
 9.7 La sintesi delle attese circa l'andamento del valore dell'azienda a fine affitto » 88
 9.8 Lo scenario di attesa di un incremento di valore » 90
 9.9 Lo scenario di perdita del valore » 92
 9.10 Una critica «finanziaria» alla formula presentata e il recupero della stessa logica sulla base delle ragioni della critica » 94

9.11	Il congruo canone nell'ipotesi del contratto regolato solo dalle previsioni del codice civile	pag. 98
9.12	Il congruo canone di leasing d'azienda	» 102
9.13	L'affitto d'azienda con pagamento dei canoni «in acconto prezzo»	» 104
9.14	L'affitto d'azienda «minimale» in ipotesi di fallimento dell'azienda del concedente	» 106
9.15	La formula generale per la stima del congruo canone	» 109
9.16	L'indennità di risoluzione	» 111
9.17	Il diritto di prelazione	» 113
9.18	Considerazioni conclusive sulla stima del congruo canone	» 113
10	ASPETTI CONTABILI	» 115
10.1	Premessa	» 115
10.2	Il contratto di affitto di azienda con previsione di conguaglio finale	» 116
10.2.1	L'impostazione giuridico formale	» 119
10.2.2	L'impostazione economico-sostanziale	» 134
10.2.3	Le indicazioni dei principi contabili internazionali	» 145
10.3.	I riflessi dell'assenza del conguaglio	» 154
10.3.1	L'impostazione giuridico-formale come logica contabile prevalente	» 155
10.3.2	L'incompatibilità dell'iscrizione degli ammortamenti da parte dell'affittuario con l'assenza del conguaglio finale	» 163
	BIBLIOGRAFIA	» 168

Parte terza
AFFITTO D'AZIENDA E CRISI
di Patrizia Riva

11	LE CRISI AZIENDALI	» 177
11.1	La crisi come fenomeno complesso	» 177
11.2	I presupposti del risanamento	» 180

12	L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA IN TEMA DI PROCEDURE CONCURSUALI: PROFILI ECONOMICO-AZIENDALI	pag. 185
12.1	I modelli economici che ispiravano il precedente contesto	» 185
12.2	La centralità del concetto di azienda nella riforma	» 187
12.3	Gli strumenti previsti per la conservazione e il recupero dell'azienda	» 192
13	AFFITTO D'AZIENDA CONCLUSO PRIMA DEL FALLIMENTO (ART. 79 L.F.) E NELL'AMBITO DEL CONCORDATO PREVENTIVO (ART. 160 L.F.)	» 195
13.1	La sottoscrizione del contratto di affitto d'azienda in un momento anteriore la dichiarazione di fallimento	» 195
13.2	La previsione del contratto di affitto d'azienda nel piano attestato che accompagna l'istanza di concordato preventivo	» 197
14	AFFITTO D'AZIENDA CONCLUSO DAL CURATORE (ART. 104 BIS L.F.)	» 203
14.1	Lo scopo della sottoscrizione del contratto di affitto d'azienda nell'ambito del fallimento: preservare il valore dell'azienda al fine della sua successiva cessione	» 205
14.2	La gestione dei rischi aziendali potenzialmente a carico della procedura	» 206
14.3	I criteri di scelta dell'affittuario	» 208
14.3.1	L'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali	» 210
14.3.2	La conservazione dei livelli occupazionali	» 214
14.3.3	La congruità del canone	» 215
14.3.4	Le garanzie dell'adempimento: fideiussione bancaria o assicurativa, fideiussione corporate, deposito somme, altre forme e clausole	» 218
14.4	Durata del contratto	» 220
14.5	L'individuazione dell'azienda o del ramo d'azienda	» 221
14.5.1	Criticità sul magazzino	» 223
14.5.2	Criticità sui crediti	» 224
14.5.3	Criticità sui debiti	» 225
14.6	Diritto di ispezione del curatore	» 226

14.7	Diritto di recesso del curatore	pag. 227
14.7.1	Quantificazione del «giusto» indennizzo per il curatore ex art. 104-bis, comma 3 l.f.	» 229
14.7.2	Natura dell'indennizzo	» 233
14.7.3	Rapporto tra indennizzo e conguaglio	» 233
14.8	Diritto di prelazione dell'affittuario	» 234
14.8.1	Criticità di natura economico-aziendale risolte dal diritto di opzione	» 235
14.8.2	Procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda	» 237
14.8.3	Scomputo dei canoni dal prezzo proposto per l'acquisto dall'affittuario: compatibilità con l'art. 104-bis, comma 5	» 237
14.9	Retrocessione dell'azienda al fallimento	» 240

15	IL CONTENUTO DEI CONTRATTI PROPOSTI NELLA PRASSI: IL CASO DEI CONCORDATI PREVENTIVI	» 243
15.1	Popolazione, campione, metodo di analisi, ipotesi	» 243
15.2	Oggetto del contratto	» 244
15.3	Congruità del canone, Garanzie, verifiche sull'affidabilità del terzo	» 245
15.4	Previsione di clausole a tutela del concordato: diritto di ispezione, contratti di assicurazione	» 246
15.5	Durata del contratto, periodicità del canone	» 247
15.6	Criticità relative a poste specifiche	» 248
15.7	Previsione della cessione dell'azienda all'affittuario	» 251
	BIBLIOGRAFIA	» 252

PRESENTAZIONE

di Maurizio Comoli

Professore Ordinario in Economia Aziendale

L'affitto di azienda è una operazione di natura straordinaria sotto il profilo economico e giuridico che viene utilizzata dagli operatori per molteplici ragioni, tra cui anche quella di garantire la continuità dell'attività imprenditoriale in situazioni di difficoltà e in vista di una successiva cessione, nonché in contesti particolari, quali l'affitto di aziende all'interno di centri commerciali e l'affitto di aziende "satellite" a favore di soggetti correlati alla figura del locatore-imprenditore.

Operazione tanto frequentemente utilizzata quanto spesso poco conosciuta e, pertanto, in certi casi fonte di sorprese *ex post* quando, andando a sviscerare il testo del contratto di affitto, gli interpreti e gli operatori si trovano dinanzi a clausole e previsioni non chiare e, sovente, non sufficientemente ponderate dalle parti, che diventano fonte di problematiche e di contestazioni. Da un punto di vista giuridico questo rileva, ad esempio, per quel che riguarda i diritti e doveri delle parti e la successione nelle posizioni giuridiche alla consegna dell'azienda o alla restituzione della stessa a fine contratto. Da un punto di vista economico, spesso il tema è la congruità del canone di affitto, la gestione delle differenze inventariali e del deperimento dei beni aziendali. Da un punto di vista contabile e fiscale, possono sorgere questioni inerenti a modalità di contabilizzazione che non diano una rappresentazione distorta e poco fedele ma siano, invece, rispettose della sostanza economica dell'operazione, tenendo altresì conto del punto di vista dell'Amministrazione Finanziaria, da sempre attenta alle operazioni di trasferimento di aziende. Nel contesto della crisi d'impresa, infine, interessa prioritariamente la dialettica tra i diritti dei creditori del locatore e i diritti del locatario in un contesto dove si cerca di preservare il residuo valore intangibile aziendale.

Quanto sopra richiede strumenti di analisi dell'operazione che aiutino a fare chiarezza sulla natura e gli effetti del contratto di affitto di azienda e consentano un utilizzo meno improvvisato del contratto in discorso. Strumenti di analisi che, per una migliore efficacia, richiedono un approccio interdisciplinare e che tenga conto delle complessità derivanti dall'intreccio degli aspetti giuridici, di quelli economico-aziendali, tributari e finanziari dell'affitto d'azienda.

L'obiettivo che si sono posti gli autori, due giuristi, Caterina de Tilla e Nicola Ferraro, e due aziendalisti, Patrizia Riva e Francesco Bavagnoli, è stato proprio quello di

affrontare e approfondire, in modo interdisciplinare ed integrato, gli aspetti ed i nodi più rilevanti che interessano il contratto di affitto di azienda.

La prima parte (di cui sono autori C. de Tilla e N. Ferraro) affronta la scarna normativa codicistica e la sua interpretazione da parte della giurisprudenza e della dottrina.

La seconda parte (di cui è autore F. Bavagnoli) si sofferma sul modello di determinazione del congruo canone di affitto di azienda e sugli aspetti contabili dell'operazione.

La terza parte (di cui è autrice P. Riva) analizza l'utilizzo del contratto di affitto di azienda come strumento di risoluzione della crisi anche alla luce dei risultati di una ricerca condotta sul campo.

Il testo costituisce, dunque, un utile contributo sul tema con interessanti prese di posizione ed elaborazione di modelli che potranno essere d'ausilio per gli operatori, i professionisti e gli studiosi interessati a vario titolo, i quali approccino lo strumento del contratto di affitto di azienda, ciascuno con le proprie specifiche finalità.

INTRODUZIONE

L'affitto d'azienda, dal punto di vista sia giuridico sia economico aziendale configura una operazione con la quale il controllo – in termini di potere di gestione e di diritto agli utili di un'azienda – è affidato, temporaneamente e nel rispetto di determinate condizioni tecnico-organizzative e gestionali, ad un soggetto diverso dal proprietario ricevendone in contropartita un canone.

L'operazione ha carattere straordinario ed è solitamente annoverata tra le cosiddette *business combinations*. Essa propone complessità avvicinabili a quelle che si riscontrano in caso di conferimento e di cessione e, nella maggior parte dei casi, viene posta in essere in una fase antecedente e prodromica a queste operazioni. Tuttavia, le motivazioni che sottostanno alla stipula di un contratto di affitto di azienda possono essere le più innumerevoli, sia per il proprietario-locatore, sia per l'affittuario: per il locatore possono dipendere da svariate ragioni strategiche (si pensi all'ipotesi del cambio generazionale, a quella della imminente vendita, ancora a quella in cui l'imprenditore intenda momentaneamente sospendere un suo impegno diretto riservandosi la possibilità di riprenderlo in futuro), tutte legate alla necessità di garantire, comunque, la continuità aziendale limitando il rischio imprenditoriale e assicurandosi, per un periodo di tempo determinato e certo, un rendimento costante e stabilito. L'affittuario, viceversa, potrebbe avere un interesse a rilevare in futuro l'azienda dopo averne valutato la redditività e, con l'affitto, si assume l'impegno ad un esercizio di un'attività economica senza nulla avere investito in termini di iniziale apporto di capitale di rischio.

Nelle situazioni di crisi e nelle procedure concorsuali l'affitto d'azienda assume particolare rilevanza e diffusione in quanto ad esso si ricorre nelle situazioni in cui è necessario, per salvaguardare il valore aziendale, trasferire in tempi brevi, la gestione dal soggetto che presenta una situazione patologica ad un soggetto terzo. La validità dello strumento ha avuto formale riconoscimento. Recentemente sono state, infatti, introdotte specifiche previsioni normative con riferimento all'istituto dell'affitto nell'ambito della legge fallimentare che hanno qualificato il medesimo come una utile opzione da considerarsi in modo sistematico. In particolare con l'art. 104-bis della legge fallimentare è stata inserita nell'ordinamento concorsuale la disciplina dell'affitto di azienda o di rami della stessa, regolamentando i criteri di scelta dell'affittuario, le forme obbligatorie di tutela del patrimonio fallimentare, la durata, l'even-

tuale diritto di prelazione a favore dell'affittuario e gli effetti della retrocessione alla procedura. L'articolo colloca l'affitto d'azienda tra le opzioni fondamentali che ogni curatore deve valutare prima di decidere se dar seguito o meno ad altre attività più propriamente liquidatorie.

Il libro si caratterizza per l'approccio interdisciplinare in quanto affronta sia gli aspetti giuridici sia gli aspetti economico aziendali. Trova così spazio l'analisi delle questioni riguardanti l'individuazione della nozione di affitto di azienda e la sua differenziazione rispetto ad altri istituti giuridici, l'esame delle obbligazioni per le parti, l'analisi degli aspetti più propriamente contrattuali sia sotto il profilo degli effetti rivenienti dall'applicazione dell'istituto nei confronti dei contratti in essere, nonché relativamente ai debiti e ai crediti, sia per quelli derivanti dalla cessione del rapporto.

Successivamente sono presentati alcuni approfondimenti su temi tipicamente economico-finanziari rilevanti per l'operazione e sui rischi e benefici posti in capo alle parti, un modello per la stima del congruo canone d'affitto nell'ottica del terzo valutatore indipendente (declinato - *inter alia* - anche per l'affitto dell'azienda del fallimento) e una tassonomia dei possibili approcci alla rappresentazione contabile, distinguendo tra approccio economico-sostanziale (IAS/IFRS *compliant*) e giuridico-formale (ad utilizzo domestico), con specifica attenzione dedicata ai cambiamenti nel sistema dei valori di bilancio (e nel regime fiscale) del proprietario/locatore e del gestore/affittuario conseguenti alla deroga contrattuale all'obbligo di mantenimento dell'efficienza degli impianti e alla mancata previsione del conguaglio di fine affitto sulle differenze nelle consistenze e nel valore dei beni aziendali.

Sono quindi proposte considerazioni trasversali volte a rivisitare l'istituto collocando il medesimo nello specifico contesto della crisi di impresa per individuare, anche alla luce del novellato contesto normativo, le criticità maggiormente rilevanti, e per evidenziarne i profili economico aziendali. In particolare sono studiate sia le problematiche che si presentano nel caso di contratto di affitto d'azienda concluso prima della dichiarazione di fallimento (art. 79 l.f.), sia quelle che devono essere affrontate quando il contratto è stipulato nell'ambito di una procedura di concordato preventivo (art. 160 l.f.), sia, infine, quelle che caratterizzano l'istituto quando il medesimo prende corpo direttamente ad opera del curatore fallimentare (art. 104-bis l.f.).

Il lavoro si chiude con il report di una ricerca empirica mediante la quale è stato studiato, ricorrendo al metodo della analisi documentale, un campione di cento procedure di concordato preventivo presentate nel periodo 2007-2010. L'analisi ha permesso di verificare la rilevanza del ricorso all'istituto qui oggetto di approfondimento e di apprezzare le modalità di articolazione dei contratti rinvenuti.

La redazione della seconda parte e della terza parte del volume tengono conto dei preziosi suggerimenti e consigli degli esimi aziendalisti prof. Giovanni Frattini e prof. Maurizio Comoli cui vanno i nostri più sentiti ringraziamenti. Un ringraziamento particolare va, inoltre, all'editor Elena Besozzi senza il cui impegno e dedizione la pubblicazione non sarebbe stata possibile.

Parte terza

AFFITTO D'AZIENDA E CRISI

di *Patrizia Riva*

Capitolo 11

LE CRISI AZIENDALI

SOMMARIO

11.1 La crisi come fenomeno complesso

11.2 I presupposti del risanamento

11.1 LA CRISI COME FENOMENO COMPLESSO

Gli studi di economia aziendale evidenziano che l'impresa è chiamata ad operare secondo economicità. A tale fine deve essere: *duratura*, ossia deve svolgersi secondo condizioni di vita e di funzionamento tali da consentire di durare nel tempo in un ambiente mutevole; *autonoma*, ossia non deve ricorrere sistematicamente a interventi di sistema o di copertura delle perdite da parte di altre economie; *efficiente* e *flessibile*. Solo in questo modo può raggiungere le proprie finalità istituzionali ossia gli obiettivi dei soggetti nell'interesse dei quali è stata costituita ed è retta¹. Una azienda che non persegue o non riesce a perseguire l'obiettivo complesso dell'economicità entra in un percorso caratterizzato da squilibri iniziando un *iter* verso la crisi che, se non gestito adeguatamente, può portare alla cessazione stessa dell'impresa.

Nell'attuale realtà economica le crisi non rappresentano un evento straordinario, ma sono una componente permanente del sistema produttivo², non si presentano subito nella forma più grave, ma al contrario si assiste ad un vero processo evolutivo, alla cui origine molto spesso vi è una piccola carenza che col tempo va ad aggravarsi³. La

¹ C. Masini, *Lavoro e risparmio*, Torino, UTET, 1988; G. Airoidi, G. Brunetti, V. Coda, *Lezioni di economia aziendale*, Bologna, Il Mulino, 1989.

² Larga parte della dottrina economico aziendale si è dedicata alla ricerca di parametri in grado di rivelare l'operare di determinate cause di crisi. Sin dall'inizio del secolo scorso sono individuabili studi dedicati a questo tema. Si richiamano in particolare i contributi di E.I. Altman, «Financial ratios, discriminant analysis, and the prediction of corporate bankruptcy», *Journal of Finance*, XXIII, 1968; E.I. Altman, R. Haldeman, P. Narayan, «Zeta analysis: a new model to identify bankruptcy risk corporation», *Journal of banking and finance*, XXXII, 1977; E.I. Altman, *New strategies in bankruptcy analysis*, New York University, 1983. Per una trattazione sistematica del tema si rinvia inoltre a C. Teodori, *Modelli di previsione nell'analisi economico-aziendale*, Torino, Giappichelli, 1989.

³ Per approfondimenti sul tema si vedano tra gli altri: S. Garzella, *Il sistema azienda e la valorizzazione*

crisi si distingue dal fisiologico alternarsi di fasi ora positive ora negative che caratterizzano generalmente la vita delle aziende e si presenta come una sorta di spirale viziosa che difficilmente può essere arrestata senza interventi strutturali e di vasta portata⁴. Non si tratta di una area aziendale che non funziona né di specifici e circo-

one delle potenzialità inespresse. *Una visione strategica per il risanamento*, Torino, Giappichelli, 2005; S. Garzella, *Il risanamento strategico*, in A. Danovi, A. Quagli, *Crisi aziendali e processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, Milano, Ipsoa, 2010; A. Danovi, A. Gilardoni, *Cambiamento e ristrutturazione e sviluppo dell'impresa*, Milano, Egea, 2000; P. Bastia, *La pianificazione e il controllo dei risanamenti aziendali*, Torino, Giappichelli, 1996; S. Sciarelli, *La crisi d'impresa. Il percorso gestionale di risanamento delle piccole e medie imprese*, Padova, CEDAM, 1995; L. Guatri, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, Egea, 1995; A. Gitto, *Affitto di azienda e crisi di impresa*, 2006; G. Bertoli, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, Egea, 2000; R. Santini, «Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi di impresa», *Giurisprudenza Commerciale*, 1/1998; E. Scicutella, «Crisi di impresa: soluzioni stragiudiziali e ruolo delle banche», *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 5/2000.

⁴ «L'autonomia aziendale implica l'autosufficienza economica della gestione, ossia un operare d'azienda in condizioni di equilibrio economico dell'esercizio. In altri termini, per essere economicamente autosufficiente, l'azienda deve avere stabilizzata l'attitudine a coprire il fabbisogno di fattori dei quali variamente necessita tenuto conto dell'imprescindibile esigenza di remunerare i fattori stessi. L'accennata attitudine dell'azienda per riuscire stabilizzata non necessariamente deve essere costante: in rapporto alle alterne vicende della congiuntura potremmo parlare con riferimento a date situazioni di azienda di equilibrio economico a lungo andare nonostante temporanei squilibri economici a breve andare e viceversa. L'autosufficienza deve essere pertanto giudicata non solo nel breve andare, ma nel medio e nel lungo andare tenendo presente la capacità di fronteggiare le esigenze e le difficoltà originate dagli squilibri di breve. Questi squilibri mentre da un lato determinano delle erosioni di patrimonio dall'altro suscitano esigenze di reintegrazione dei mezzi finanziari assorbiti dagli oneri che risultano economicamente scoperti. Ne consegue che l'accennata capacità di fronteggiare le esigenze e difficoltà originate dagli squilibri di breve si estrinseca sia nella solidità patrimoniale dell'azienda ossia nella attitudine della medesima ad opporre una forza propria di resistenza alle erosioni di patrimonio che la gestione o altre circostanze possono determinare sia nella liquidità dell'azienda stessa, intesa come attitudine della medesima a fronteggiare, tempestivamente ed in modo economico, le uscite finanziarie imposte a qualsiasi titolo, dallo svolgimento della gestione, oppure come capacità aziendale di disporre, economicamente ed in ogni istante qualunque sia la fonte di finanziamento, dei mezzi finanziari di cui abbisogna il conveniente svolgimento del sistematico processo di produzione. Giova notare che mentre la liquidità dell'azienda è correlata all'economico conseguimento di un dinamico equilibrio fra entrate ed uscite monetarie e finanziarie, la solidità patrimoniale della medesima implica invece che tale equilibrio si istituisca sul piano economico, fra le erosioni e le integrazioni di patrimonio determinate dall'operare nelle sue alterne vicende. L'azienda dotata di economicità nel lungo andare si presenta non solo economicamente autonoma, ma anche finanziariamente autosufficiente. L'autosufficienza finanziaria tuttavia non è caratteristica percepibile in ogni momento neanche nelle gestioni economicamente equilibrate: l'azienda svincolata in senso assoluto da fabbisogni finanziari è concepibile soltanto sul fondamento di ipotesi che ignorino la realtà economica. La liquidità al contrario è una caratteristica attitudinale da cui ogni azienda dovrebbe costantemente essere condizionata, per poter fronteggiare i fabbisogni finanziari variamente determinati dalla copertura del globale fabbisogno di fattori dei quali l'azienda stessa necessita per operare. Giova notare che la liquidità non è mai fine a se stessa e che essa può dirsi soddisfacente solo quanto non risulti incompatibile con l'equilibrio economico della gestione. La solidità patrimoniale si presenta correlata all'autointegrazione patrimoniale che l'azienda può realizzare in dati periodi in funzione dell'economico formarsi di extraredditi». G. Ferrero, *Istituzioni di economia d'azienda*, Milano, Giuffrè, 1968.

scritti errori gestionali, bensì di «una sorta di metastasi che ha avvinto l'azienda nella sua globalità, interessando progressivamente le diverse funzioni, i diversi processi e la totalità della gestione»⁵.

Ciò rappresenta la diretta conseguenza della natura sistemica dell'azienda e dei rapporti di complementarità ed interdipendenza che esistono tra le sue componenti: le difficoltà manifestatesi in un ambito se non gestite tempestivamente rischiano di propagarsi nell'intero complesso aziendale fino a comprometterne la stessa sopravvivenza. La crisi d'impresa può essere dunque definita come fenomeno complesso che solitamente non si manifesta da un giorno all'altro, ma che è il risultato del protrarsi di tendenze sfavorevoli che intaccano gli equilibri aziendali e che, se non interrotti, conducono ad un deterioramento dell'intera struttura. Gli squilibri e le inefficienze tra le varie componenti del sistema aziendale se individuati tempestivamente spesso possono trovare rimedi possibili, al contrario se ignorati dal *management* possono intensificarsi e portare al ripetersi nel tempo di risultati negativi sia di tipo economico sia di tipo finanziario.

La dottrina economico aziendale ha evidenziato che la creazione sistematica del valore dovrebbe rappresentare il principio cardine seguito dai vertici per assumere le decisioni nell'ambito di qualsiasi tipo di impresa, indipendentemente dalla dimensione, dal settore di appartenenza e dall'eventualità che la stessa sia o meno quotata⁶. Ne segue che la considerazione dell'equazione fondamentale del valore inteso come rapporto tra flusso di reddito (se si considerano i metodi reddituali) o di cassa a medio lungo termine (se si considerano i metodi finanziari) e tasso di attualizzazione (R/i o FC/i), permette in negativo di formulare una definizione sintetica di crisi quale situazione nell'ambito della quale è registrata una variazione negativa del parametro prescelto. A sua volta la variazione può risultare correlabile alternativamente ad una riduzione dei flussi di risultato e pertanto a cause interne all'azienda o ad una modifica nelle condizioni di rischio in cui opera l'impresa e pertanto a cause esterne ambientali.

Lo stato di crisi dell'impresa in quanto processo dinamico, potrebbe svilupparsi secondo stadi diversi; generalmente, possono essere individuati differenti livelli di crisi aziendale la cui osservazione diviene indispensabile al fine di comprendere in quale misura possano considerarsi efficaci gli interventi volti al risanamento delle

⁵ Così S. Garzella, *Il risanamento strategico*, cit., p. 187.

⁶ «L'obiettivo della creazione del valore è preferibile rispetto ad altri obiettivi quali la massimizzazione dell'utile di bilancio piuttosto che della quota di mercato in quanto razionale, dotato di larga accettazione, di utile stimolo agli imprenditori e ai manager e misurabile», L. Faccincani, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali di risanamento. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2007. Sulla teoria della creazione del valore si rinvia tra gli altri a: L. Guatri, *La teoria di creazione del valore. Una via europea*, Milano, Egea, 1991; A. Rappaport, *La strategia del valore*, Milano, Franco Angeli, 1989; G. Zanda, M. Lacchini, T. Onesti, *La valutazione delle aziende*, Torino, Giappichelli, 2005.

condizioni di svolgimento della gestione. In particolare, sono ipotizzabili i seguenti stadi di crisi d'impresa²:

- 1 *crisi latente*, qualora esistano reali fattori negativi che operino indebolendo l'impresa, ma che si mantengano ancora parzialmente nascosti e che, verosimilmente, si manifestino in modo evidente in futuro. In questo caso esistono squilibri che agiscono ancora ad un livello non del tutto manifesto che, se individuati tempestivamente, consentono di intervenire con azioni correttive il cui esito favorevole può essere raggiunto con un buon grado di probabilità;
- 2 *crisi manifesta*, quando gli squilibri interni o esterni all'impresa abbiano già operato in modo tale da rendere evidenti i sintomi della situazione di difficoltà in cui versa l'impresa. In questa fase, i sintomi più palesi possono essere costituiti dalle perdite di esercizio, dall'elevato indebitamento aziendale, dalla situazione deficitaria del capitale circolante netto, e così via, che spesso comprimono la stessa capacità dell'azienda di operare in modo autonomo stante il gravoso intervento dei finanziatori esterni. Anche se la situazione aziendale è seriamente compromessa, in questa fase potrebbe essere ancora possibile un tentativo di risanamento, non ulteriormente procrastinabile stante l'evidente rischiosità che accompagna il prolungarsi dello stato di crisi in cui versa l'impresa;
- 3 *crisi acuta*, fase nella quale i fattori causali hanno operato così a lungo da condurre l'impresa a situazioni di estrema gravità quali l'insolvenza e il dissesto. In questi casi, eventuali tentativi di risanamento risultano particolarmente ardui, dato il rapporto, frequentemente svantaggioso, riscontrabile tra i costi dell'intervento e i risultati da questo ritraibili.

11.2 I PRESUPPOSTI DEL RISANAMENTO

Gli interventi di risanamento devono essere quindi definiti in base alla tipologia di crisi, legata a cause interne oppure a cause esterne, al grado di avanzamento della stessa, ai danni che ha provocato, alle risorse non ancora intaccate ed agli obiettivi

² Questa classificazione è rintracciabile in P. Andrei, A. Bisaschi, *La prevenzione dei dissesti aziendali: ipotesi di innovazione della legge fallimentare*, in *L'innovazione nell'economia delle aziende*, 2° workshop annuale di AIDEA-giovani, Atti del convegno Parma, 2 dicembre 1995. Una classificazione simile è suggerita da L. Guatri: «Nell'aspetto più propriamente aziendale, la crisi è una manifestazione di tipo patologico, che può svilupparsi su più stadi. All'origine delle crisi sono fenomeni di squilibrio e di inefficienza, che possono essere di origine interna o esterna (1° stadio). Se tali condizioni perdurano, si ha come conseguenza la produzione di perdite di varia gradità (2° stadio). Col ripetersi e col crescere d'intensità delle perdite la crisi entra nel 3° stadio, caratterizzato dall'insolvenza, cioè dall'incapacità manifesta di fronteggiare gli impegni assunti; oltre il quale si apre lo stadio finale del dissesto, inteso come incapacità permanente dell'attivo di fronteggiare il passivo». L. Guatri, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1980.

futuri da raggiungere. Lo strumento prescelto per intervenire sarà quindi quello considerato più consono alle esigenze secondo un calcolo di convenienza di vantaggi/svantaggi. In ogni caso, solo la tempestività nell'individuazione dei sintomi di crisi e la rimozione radicale delle sue cause potranno dare luogo ad una durevole ripresa dell'attività aziendale. In caso contrario cessati i potenziali effetti positivi di interventi caratterizzati da provvisorietà, le conseguenze negative non rimosse ricominceranno la loro azione dannosa.

È stato evidenziato che per affrontare un contesto di questo tipo ed invertire la rotta è spesso necessario assumere un atteggiamento nuovo, rivolto al futuro ed orientato al cambiamento⁸. Il *management* dell'azienda – quello stesso che l'ha guidata nella situazione di crisi – dovrebbe cioè essere in grado di porsi nell'ottica strategica spostando la prospettiva di osservazione dal momento attuale al momento futuro e cercando in primo luogo un nuovo modello alternativo rispetto all'esistente da perseguire e da proporre agli *stakeholders*. La strategia di risanamento presupporrebbe la volontà e l'attitudine di saper cogliere, anche nelle difficoltà, le opportunità di sviluppo e proprio la situazione di crisi potrebbe spingere con forza l'azienda e il suo *management* verso il cambiamento e verso la ri-conquista di posizioni di vantaggio competitivo. La componente soggettiva e le capacità imprenditoriali presenti in azienda ricoprono pertanto un ruolo rilevante nelle situazioni di criticità. Non vanno trascurate le caratteristiche dei soggetti alla guida dell'azienda in quanto il *management* potrebbe rappresentare una inefficienza strutturale qualora rimanga arroccato sui modelli di azione esistenti impedendo nei fatti di cogliere tempestivamente i mutamenti che si verificano nell'ambiente, e di reperire ed elaborare i dati in modo adeguato.

È così che in numerosi casi, le competenze, la forza e le risorse necessarie sono solo parzialmente rinvenibili in azienda e l'uscita dalla crisi presuppone un deciso intervento sia degli *stakeholders* – in primo luogo i finanziatori (istituti di creditori, società di leasing), ma anche i fornitori e i clienti – sia di soggetti terzi interessati alla attività svolta dalla azienda perché affine o contigua alla propria⁹. La credibilità

⁸ S. Garzella, *Il risanamento strategico*, cit., pp. 187 e ss.

⁹ È solo il caso di ricordare che la dottrina economico aziendale enfatizza e riconosce il valore e il ruolo degli *stakeholders* per la vita duratura dell'azienda. Proprio per questo pone quale obiettivo dell'azienda non la creazione di valore per uno specifico portatore di interesse, ma la creazione di valore per tutti gli *stakeholder* coordinandone le differenti istanze. Ne segue che i soggetti che governano l'impresa non devono considerarsi fiduciari solo degli azionisti, ma di tutti gli *stakeholders* dell'impresa. Il valore creato è costituito perciò: dalla remunerazione al capitale proprio (dividendi e *capital gain*), ma anche dallo stipendio corrisposto ai dipendenti (capitale lavoro), dall'interesse fornito ai fornitori di capitale di credito, dalle imposte e tasse versate allo stato e alla comunità locale, ecc. La funzione pianificazione strategica deve definire le regole di comportamento nei confronti degli *stakeholders* che sono le differenti categorie di soggetti che a vario titolo risultano interessati alle vicende aziendali perché con l'azienda intrattengono rapporti e dalla gestione aziendale traggono delle aspettative: azionisti, dipendenti, banche, fisco, clienti, istituzioni. Le scelte in questione sono linee guida su cui si fondano

dell'azienda gioca un ruolo determinante e quelle società che riscuotono già la fiducia degli *stakeholder* per aver adottato atteggiamenti corretti e scrupolosi nella diffusione di informazioni obbligatorie, ma anche volontarie, nell'ambito dei bilanci e nelle altre occasioni di interazione con i propri interlocutori, si trovano certamente avvantaggiate rispetto alle aziende caratterizzate in passato da errori o da divulgazione asimmetrica di informazioni¹⁰. La cointeressenza di interessi tra l'azienda e i propri interlocutori può portare alla individuazione di opportunità di uscita dalla crisi e di continuazione dell'attività aziendale.

I finanziatori mossi dalla necessità di recuperare i propri investimenti potrebbero essere disponibili a defalcazioni e sacrifici immediati a fronte di maggiori possibilità di rientro nel medio periodo. I fornitori non assistiti da privilegio potrebbero valutare positivamente interventi di ristrutturazione che permettano – oltre al recupero, molto probabilmente parziale, dei propri crediti – la continuazione di collaborazioni strategiche e durature. Proprio costoro potrebbero divenire attori chiave del cambiamento in primo luogo non facendo venire meno la propria fiducia all'azienda nonostante la criticità della situazione e in secondo luogo proponendosi quali naturali controparti nel caso in cui si rendessero opportune o indispensabili operazioni di trasferimento dell'azienda. Gocano in proposito un ruolo fondamentale gli aspetti di natura competitiva e quindi la qualità del prodotto offerto e l'esistenza o meno di prodotti sostitutivi, ma non vanno sottovalutati anche gli aspetti relazionali in primo luogo la fiducia nel tempo instauratasi tra le controparti contrattuali¹¹. Quest'ultimo elemento può risultare determinante – anche se di certo non risolutivo – in quanto può per-

le decisioni di strategia vere e proprie, sintomatiche del rapporto che l'azienda, per il tramite del suo *management* intende instaurare con le categorie sociali ed economiche da cui dipende il suo sviluppo e a volte la sua stessa sopravvivenza.

¹⁰ Sul tema della rilevanza strategica della comunicazione economico-aziendale si vedano tra gli altri: AICPA, American Institute of Certified Public Accountants, Special committee on financial reporting, «Improving business reporting: a customer focus», 1992; AICPA, Special committee on financial reporting. Users' need subcommittee, Analysis of the information needs of investors and creditors, 1994; P. Riva, *Informazioni non-finanziarie nel sistema di bilancio. Comunicare le misure di performance*, Milano, Egea, 2001; A. Quagli, *Internet e la comunicazione finanziaria*, Milano, Franco Angeli, 2001; A. Quagli, «La domanda di informazioni economico-finanziarie nei mercati mobiliari: analisi delle ricerche empiriche e spunti per un modello interpretativo», *Rivista italiana dei dottori commercialisti*, n. 4/2002; A. Quagli, «Dai principi contabili ai principi di comunicazione gestionale», *Revisione Contabile*, n. 49/2003; M. Molteni, *Bilancio e strategia*, Milano, Egea, 2000; V. Coda, *L'orientamento strategico di fondo*, Torino, UTET, 1987; A. Provasoli, *Il bilancio nel processo di comunicazione*, in AA.VV., *La comunicazione economica: valore aziendale o sociale*, Milano, Egea, 1989; A. Provasoli, «Il bilancio come strumento di comunicazione», *Economia e Management*, Vol. 8, maggio, 1989. K. Giusepponi, *La comunicazione economico-finanziaria delle grandi imprese*, Milano, Franco Angeli, 2002; P. Sengupta, «Corporate disclosure quality and the cost of debt», *The Accounting Review*, Ottobre 1998; S.A. Di Piazza, R. Eccles, *Building public trust*, New York, John Wiley & Sons, 2002; G. Di Stefano, *Il sistema delle comunicazioni economico-finanziarie nella realtà aziendale moderna*, Milano, Giuffrè, 1990.

¹¹ Per approfondimenti sul tema si veda tra gli altri: F. Fukuyama, *Fiducia. Come le virtù sociali contribuiscono alla creazione della prosperità*, Milano, Rizzoli, 1995.

mettere alla azienda di avere a disposizione un intervallo temporale meno stringente per valutare la situazione e programmare gli interventi. Il rallentamento del «vortice» della crisi è fattore di assoluto rilievo perché consente di avere il tempo di gestire le criticità contingenti e – qualora si scelgano strategie strutturate di uscita dalla crisi – permette di costruire e di formalizzare in modo il più possibile solido il piano da presentare ai creditori, nonché di assoggettarlo alla necessaria attestazione del revisore indipendente¹².

¹² Il fattore tempo è fondamentale anche per rendere possibile l'attestazione del piano prevista dalla normativa fallimentare nei casi di risoluzione della crisi. Il professionista che attesta il piano in caso di concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti e piano attestato è chiamato a svolgere una *due diligence* su informazioni prospettiche redatte da un'azienda in crisi, solitamente avendo a disposizione un periodo di tempo limitato. La difficoltà dell'incarico è pertanto duplice: da un lato i dati oggetto di revisione non hanno ancora avuto alcuna certa manifestazione e sono il frutto di proiezioni e attese future degli amministratori, dall'altro lato la situazione non ordinaria in cui il piano è costruito ne influenza potenzialmente l'attendibilità rendendo particolarmente delicato il problema della valutazione delle ipotesi che lo sottendono e rendendo urgente la conclusione delle operazioni. Parte della dottrina giuridica sostiene che vi sia l'«impossibilità» materiale non solo di attestare il piano, ma anche di redigerlo nei modi e nei termini previsti dalla novellata legge fallimentare. È stato evidenziato che nella prospettazione della norma «il piano dovrebbe essere già formato al momento dell'accesso alla procedura, ma tale previsione è una mera finzione: il piano non può essere pronto all'apertura della procedura se non, forse, come idea, ancora da sviluppare e da verificare; sicuramente, la bozza di piano non è seriamente certificabile. Con riferimento al concordato preventivo si è evidenziato che l'attestazione di fattibilità, di conseguenza, parrebbe «destinata in pratica a divenire un timbro formale privo di contenuto o una certificazione fatta a passi successivi, man mano che il piano si forma, rischiando di diventare un'inutile duplicazione della relazione del Commissario Giudiziario». Nel primo caso risulterebbe vanificata la funzione di controllo, nel secondo si avrebbe una procedura farraginosa e destinata a funzionare secondo prassi non corrispondenti alle regole appena approvate». Ne segue che secondo questa parte della dottrina l'opera di modernizzazione della legge fallimentare dovrebbe essere necessariamente proseguita e portata a compimento secondo alcune linee direttrici, la prima delle quali consisterebbe appunto nel «migliorare la procedura al fine di consentire al debitore di avere tutti gli strumenti possibili per raggiungere un accordo che massimizzi l'interesse del gruppo dei creditori [...]». Fra tali strumenti spiccherebbe «la possibilità di presentare il piano di ristrutturazione non con la domanda, ma in un tempo ragionevole successivo a essa, al fine di consentire al debitore di ottenere tempestivamente la protezione dalle azioni esecutive e disgregatrici dei creditori mentre, con l'assistenza di professionisti adeguati, elabora il piano». Tale periodo potrebbe essere ad esempio di un paio di mesi, periodo che gli autori richiamati considerano ben più significativo rispetto ai quindici giorni previsti al comma 1 dell'art. 162 l.f. appunto per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. Così P. Riva, *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi. Principi e documenti di riferimento. Analisi empirica*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 9 e ss.

Capitolo 12

L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA IN TEMA DI PROCEDURE CONCORSUALI: PROFILI ECONOMICO-AZIENDALI

SOMMARIO

- 12.1 I modelli economici che ispiravano il precedente contesto
- 12.2 La centralità del concetto di azienda nella riforma
- 12.3 Gli strumenti previsti per la conservazione e il recupero dell'azienda

12.1 I MODELLI ECONOMICI CHE ISPIRAVANO IL PRECEDENTE CONTESTO

L'attenzione del legislatore del '42 era tutta verso la manifestazione degli effetti della crisi mentre non era posta attenzione sulle cause determinanti il dissesto dell'impresa. L'insolvenza manifesta assumeva un rilievo centrale, interessando alla legge fallimentare non i motivi per cui vi si fosse giunti quanto il fatto della manifestazione e della conseguente necessità di intervento. La situazione di crisi irreversibile aziendale era ricondotta ad una mancanza di equilibrio monetario e finanziario, non considerando come la duratura incapacità di un'azienda di fare fronte con regolarità alle obbligazioni patrimoniali assunte normalmente si ricollegasse invece ad una precedente variazione delle condizioni di gestione che, come illustrato nel precedente paragrafo, conduceva solo in un secondo momento alla assenza di equilibrio economico¹³. L'attenzione sulle capacità delle imprese di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni non consentiva di fare luce sulle fasi iniziali del dissesto, ma solo di individuare le situazioni ormai compromesse. In altri termini utilizzare quale parametro l'insolvenza equivaleva

¹³ L'incapacità dell'azienda di produrre redditi positivi e soddisfacenti nel medio periodo comporta un progressivo deterioramento nell'equilibrio finanziario e fa emergere solo alla fine di un non breve processo di declino lo stato d'insolvenza cui l'ordinamento giuridico fa esplicito riferimento. La mancata coincidenza dei due momenti è sottolineata tra gli altri da: C. Caramiello, *L'azienda nella fase terminale*, Pisa, 1968, p. 188; U. Bertini, «Sull'esercizio provvisorio inteso come strumento di economicità dell'azienda dichiarata fallita», *Rivista dei dottori commercialisti*, 2/1979.

ad intervenire quando ormai era stato raggiunto il livello acuto della crisi precludendo sostanzialmente la possibilità di recupero ancorché parziale del valore dell'impresa¹⁴.

L'analisi di tipo storico porta anche ad individuare un differente e più profondo carattere delle procedure concorsuali ed in particolare del fallimento che era stato inteso non solo come mezzo per difendere la posizione dei terzi, ma altresì quale strumento per punire l'imprenditore che aveva condotto la propria attività verso la condizione di dissesto. Il carattere punitivo e sanzionatorio del fallimento, tipico dello *ius mercatorum* dell'età pre-moderna, ma, seppure mitigato nel tempo, ancora ravvisabile, rispondeva all'obiettivo di assicurare, non solo il concorso dei creditori, ma anche la repressione dell'impresa dissestata a tutela degli interessi collettivi. L'approccio si basava però su di una lettura semplificata e mutilata dell'attività economica svolta dalle aziende trovando il proprio presupposto in modelli che facevano proprie le ipotesi di concorrenza perfetta e di razionalità assoluta. Si pensavano così in atto leggi naturali in grado di regolare automaticamente lo svolgimento della vita aziendale. Le imprese più efficienti avrebbero assunto posizioni competitive e quelle improduttive sarebbero state eliminate, consentendo in tal modo di liberare nuove risorse a favore delle unità economiche meritevoli¹⁵. La complessità delle aziende

¹⁴ Riflessioni in argomento erano state svolte anche da chi scrive prima della riforma nei termini seguenti: «Il riferimento ad un concetto di natura finanziaria nasce anche dalla necessità di garantire la certezza del diritto: il legislatore ha cercato nei limiti del possibile di individuare quale evidenza della irreversibilità della crisi una situazione oggettivamente identificabile. Da ciò se ne deduce che la formulazione della norma si basa sulla considerazione che l'individuazione di altri e forse più opportuni indici non avrebbe garantito il rispetto del vincolo generale. [...] Conviene in primo luogo domandarsi se effettivamente solo il dato finanziario consenta di raggiungere un sufficiente grado di certezza della norma o se il legislatore sia caduto vittima di una pura illusione. La "fisicità dei flussi finanziari", la presenza o assenza della moneta necessaria per i pagamenti possono essere stati considerati, infatti, concetti molto più rassicuranti rispetto alle più "eteree" concezioni di flussi di reddito piuttosto che di flusso di valore. Alcuni passi dei commentatori sembrano giustificare la scelta partendo dall'idea che troppo complesso sarebbe l'esame di una differente situazione, quasi che la capacità di leggere la situazione aziendale delle società da sottoporre a procedura non fosse un fatto di pertinenza del giudice fallimentare e dei suoi ausiliari. È stato scritto: "[...] se la legge fallimentare richiedesse di accertare se la causa del fallimento stia nell'una piuttosto che nell'altra ragione di disfunzionalità, imporrebbe al Tribunale esami che solo ricorrendo a tecniche ragionieristiche moderne e raffinate potrebbero condurre a risultati utili [...] se poi addirittura fondasse la differenza tra le procedure, in ragione dei diversi presupposti sullo squilibrio monetario o sullo squilibrio economico, pretenderebbe la ricerca della pietra filosofale e rischierebbe davvero di rimettere l'alternativa a possibilità di previsione estremamente incerte" (A. Amatucci, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, Liguori, 1979, p. 72). Concedendo invece una maggiore fiducia alle capacità della magistratura di comprendere le situazioni aziendali e facendo affidamento sul ricorso ad ausiliari specializzati per l'esame di fattispecie troppo complesse, il legislatore avrebbe potuto delineare diversamente il presupposto oggettivo. In particolare la considerazione di una condizione per l'apertura della procedura determinata in termini più ampi avrebbe consentito di cogliere la crisi in un momento precedente e, per converso, di evitare il coinvolgimento in procedure concorsuali di realtà ancora in qualche modo vitali seppure illiquide». P. Riva, *Alla ricerca di un significativo presupposto per la dichiarazione di fallimento*, Paper Ph.D. Bocconi, Milano, 1997.

¹⁵ «Lo scopo, il fine ultimo del fallimento è determinato dall'interesse statale alla difesa del credito e

non era presa in considerazione complice probabilmente anche il fatto che gli studi di economia aziendale avevano avuto in quel periodo una diffusione non sufficiente per influenzare il comportamento del legislatore. La normativa fallimentare risultava pertanto fortemente influenzata dal modello di mercato e di impresa cui il legislatore del '42 faceva riferimento: una moltitudine di piccole imprese mercantili di carattere prevalentemente individuale. La normativa relativa a queste era stata di fatto semplicemente estesa alle attività svolte in forma societaria. La presenza sul mercato di imprese di piccole dimensioni operanti in regime di concorrenza e sostanzialmente fungibili aveva così portato il legislatore a considerare il sistema economico in grado di fronteggiare, senza particolari traumi, i singoli casi di dissesto, consentendo il riassorbimento delle risorse liberate dalle imprese eliminate e favorendo esso stesso una positiva e benefica vivacità per la selezione delle componenti meno efficienti.

Innanzitutto all'immobilismo del legislatore la giurisprudenza aveva talvolta dilatato l'ingresso degli istituti alternativi al fallimento ossia del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata. Ciò era fatto sia nel tentativo di salvaguardare realmente gli interessi dei creditori, sia nell'ambito di un disegno più ampio volto alla conservazione delle aziende riconosciute insolventi, ma nelle quali era rintracciata, sulla base di indici differenti dalla semplice liquidità, l'esistenza di capacità e competenze ancora utilmente attivabili.

12.2 LA CENTRALITÀ DEL CONCETTO DI AZIENDA NELLA RIFORMA

La riforma della legge fallimentare è stata realizzata in diverse fasi. In primo luogo con il c.d. «decreto competitività», d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 ed entrata in vigore nel marzo 2005, riguardante rilevanti modifiche in tema di procedure concorsuali minori e di revocatoria, e la seconda, introdotta con il d.lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006 ed entrata in vigore a partire dal 16 luglio 2006, inerente la procedura del fallimento. A questo si è aggiunto il d.lgs. 23 settembre 2007, n. 169, entrato in vigore nel gennaio 2008 c.d. «decreto correttivo», con il quale sono stati apportati

dell'economia generale e questo segno consiste nel togliere dal mondo commerciale gli organismi dissestati, quegli organismi che si trovino cioè in condizioni tali che la prosecuzione della loro attività possa essere di grave pregiudizio per tutti gli altri che vengono in contatto con loro. Il dissesto di un'azienda commerciale può essere parificato ad un male infettivo che si trova nelle condizioni di ambiente ottime per degenerare in funesta epidemia. L'unico rimedio è quello di circoscriverlo e distruggerlo dalle sue stesse origini e lo stato infatti, per ottenere questo intento, toglie al commerciante che per inettitudine o per altre diverse cause abbia ridotto la sua azienda in condizioni tali da far prevedere un generale imminente dissesto l'amministrazione dei suoi beni, risolve poi tutti i rapporti obbligatori gravanti su di questo, converte le attività in denaro e distribuisce il residuo tra i creditori, riuscendo così a troncane la vita di un'azienda ormai dissestata ed a farla scomparire dal mondo commerciale per il quale avrebbe potuto essere causa di grave pregiudizio» Così C. D'Avack, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, CEDAM, 1940, pp. 20 e ss.

miglioramenti ulteriori al testo di legge, anche nell'ottica del maggiore coordinamento tra norme novellate e norme non novellate. Da ultimo è intervenuto il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modifiche nella legge 20 luglio 2010, n. 122.

L'intervento normativo ha seguito l'impostazione ormai comune alle legislazioni concorsuali dei principali paesi industrializzati favorendo l'emersione e la composizione della crisi d'impresa tramite accordi tra l'imprenditore ed i creditori, che possono assumere le diverse forme dei cosiddetti piani attestati, degli accordi di ristrutturazione, del concordato preventivo per il quale non è più richiesta una valutazione preventiva di meritevolezza e convenienza lasciando il giudizio sulla proposta di concordato ai creditori tramite il voto¹⁶. Come autorevolmente è stato puntualizzato la scelta iniziale è stata orientata ad esperire e perseguire tentativi di conservazione dell'apparato produttivo o commerciale, al fine, dichiaratamente espresso dalla commissione Trevisanato, di prevenire il fallimento, si è dovuto considerare la possibilità, ed anzi la necessità, di anticipare l'intervento di una procedura concorsuale rispetto al momento in cui la stessa normalmente trovava applicazione in precedenza. Per anticipare l'intervento è stato necessario porre come presupposto oggettivo dell'accesso a queste procedure concordate un concetto diverso dalla insolvenza classica, molto più elastico e multiforme, riconducendolo ad unità nell'ambito degli strumenti approntati dall'ordinamento che consentono di risolvere o superare la crisi dell'azienda. Occorreva individuare una categoria omnicomprensiva più ampia ed elastica che contenesse l'insolvenza, e per fare fronte alla quale, nelle sue molteplici sfaccettature, si potesse ricorrere a strumenti per lo più privatistici o misti, cui fornire strumentalmente tutela. Così si è iniziato a parlare di crisi di impresa come categoria giuridica e presupposto delle procedure minori, inserendola nella riforma e si è posta la salvaguardia del valore aziendale al centro dell'attenzione di tutti i soggetti coinvolti nelle procedure¹⁷.

Come è noto il concetto di azienda assume differenti connotazioni in funzione dei differenti approcci – giuridico o economico aziendale – di studio.

Il punto di partenza per i giuristi è naturalmente rappresentato dal disposto dell'art. 2555 c.c. che definisce l'azienda come quel complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. Dottrina¹⁸ e giurisprudenza¹⁹ hanno rielaborato il concetto così che è ormai consolidata la definizione di azienda come una *universitas*

¹⁶ Per approfondimenti sul tema qui solo sinteticamente affrontato si rinvia tra gli altri a: P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, VII ed., 2008; A. Gallone, M. Ravinale, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare. Profili civilistici, fiscali e lavoristici*, Milano, Ipsoa, 2008; A. Danovi, A. Quagli, *Crisi aziendale e processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, Milano, Ipsoa, II ed., 2010.

¹⁷ P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸ Per un esame sintetico, ma efficace della dottrina giuridica si rinvia a: A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 37 e ss.

¹⁹ Cass. 15 maggio 2006, n. 11130 in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 5; Cass. 27 febbraio 2004, n. 3973, *Giust. it.*, 2004, 1197; Cass. 17 giugno 2005, n. 13068, in *Mass.giur. lav.*, 2005, p. 829.

comprensiva delle cose materiali mobili e immobili, elementi questi tutti unificati ed organizzati, in senso funzionale dalla volontà del titolare in vista della loro destinazione al comune fine della intrapresa attività imprenditoriale, comunque dotati di una propria autonomia organizzativa. Gli aziendalisti hanno per contro evidenziato che l'autonomia nel disegno del perimetro dell'oggetto del contratto di affitto trova qualche limitazione, nella necessaria configurazione, tramite i beni, i contratti e le risorse di varia natura inseriti nel perimetro, di un'azienda o di un ramo d'azienda. Da un punto di vista pratico quando ci si riferisce al trasferimento di un'azienda si fa riferimento al trasferimento della totalità o della parte sostanziale delle attività (e delle passività) che in un dato momento sono di pertinenza di una impresa operante²⁰. Un ramo d'azienda è, invece, generalmente uno specifico segmento, di solito individuato in modo da corrispondere ad un nucleo ben definito e tendenzialmente omogeneo. La pratica assume, in proposito, atteggiamenti molto vari: talvolta definendo il «ramo d'azienda» in modo netto cioè con chiara individuazione non solo di attività e passività interessate all'operazione, ma anche di prodotti, tecnologie, mercati, clientela. In tal caso il «ramo» corrisponde ad una unità omogenea («area d'affari») caratterizzata da una precisa autonomia rispetto ad altre aree d'affari comprese nella stessa impresa. Altre volte il «ramo» è assai meno nettamente distinguibile, nel senso che la sua autonomia di gestione rispetto ad altre unità d'affari è incerta. Da ciò deriva non solo la difficoltà o l'impossibilità di ricostruire per il passato un distinto conto economico, ma anche l'incertezza nell'individuare alcune delle attività e passività ad esso riferibili. In tal caso il «ramo» è la costruzione più o meno arbitraria e convenzionale di un'area d'affari, con la conseguente attribuzione ad esso di una serie di attività e di passività giudicate appropriate in relazione allo scopo»²¹.

Il nuovo approccio normativo ha spogliato il fallimento del tradizionale carattere afflittivo, considerato in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, consentendo al fallito il cosiddetto *fresh start* tramite l'esdebitazione, che, a determinate condizioni, azzeri i debiti non soddisfatti tramite la liquidazione fallimentare e consente di ripartire con una nuova attività ed abrogando l'art. 50 rubricato «Pubblico registro dei falliti»²². Ha ridotto l'impatto delle azioni revocatorie per consentire più agevoli ristrutturazioni tramite l'apporto di finanza nuova. Il fallimento è stato circoscritto ai casi in cui la liquidazione può dare risultati utili, cercando di evitare, con l'introduzione di soglie dimensionali per l'accesso alla procedura, l'apertura di procedure nei casi in cui i costi per i creditori e per i contribuenti sarebbero superiori ai vantaggi. Ha introdotto – per venire alle tematiche oggetto del presente lavoro – forme di liquidazione dell'attivo più moderne ed efficaci. Più in generale si è spostato il centro decisionale dal

²⁰ Così L. Guatri, Trattato sulla valutazione delle aziende, Milano, Egea, 1998, p. 361.

²¹ *Ibid.*, p. 362.

²² Vale la pena di ricordare in proposito che la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità della disposizione che nel testo precedente il 2006 era rubricata all'art. 142 con decisione n. 39 del 27 febbraio 2008.

giudice ai creditori, tramite il nuovo ruolo attribuito al comitato dei creditori ed il minor potere del Tribunale che non dirige più la procedura – come letteralmente prevedeva l'art. 25 l.f. previgente – ma, in linea di principio, è chiamato ad esercitare una vigilanza sovente limitata al controllo di legalità degli atti ed è chiamato a risolvere i conflitti che possono insorgere tra i vari soggetti coinvolti²³. Il comitato dei creditori che assumeva un ruolo marginale si sensi del novellato art. 41 l.f. dovrebbe, almeno questo prevede la norma, autorizzare gli atti del curatore nonché esprimere pareri succintamente motivando le proprie motivazioni sia nei casi previsti dalla normativa, sia su richiesta del Tribunale o del Giudice Delegato. A testimonianza ulteriore del nuovo approccio vale la pena di ricordare anche la previsione della possibilità per la maggioranza dei creditori di richiedere la rimozione del curatore e di proporre un nuovo nominativo per tale carica in sede di verifica dei crediti²⁴. Il curatore a sua volta assume con la riforma nuove funzioni. La norma prevede che possa acquistare l'amministrazione del patrimonio, compiere tutte le operazioni relative alla procedura, effettuare riduzioni di crediti, transazioni, rinunzie alle liti, compromessi, ricognizioni di diritti di terzi, cancellazioni di ipoteche, restituzioni di pegni, svincolo delle cauzioni, e, astrattamente ed entro certi limiti di importo in coerenza con l'art. 35 l.f., atti di straordinaria amministrazione senza necessità di essere previamente autorizzato dal giudice delegato ma solamente con l'autorizzazione del comitato dei creditori.

Con riferimento alla risoluzione delle crisi aziendali, le nuove disposizioni che risultano di maggiore interesse sono sicuramente quelle relative alle modalità di gestione dell'azienda del fallito intesa in senso economico aziendale quale sistema cui riconoscere un valore superiore rispetto alle singole parti di cui è composto. Tali disposizioni sono contenute nell'art. 104 l.f. «Esercizio provvisorio dell'azienda del fallito», ma soprattutto negli artt. 104-bis l.f. «Affitto dell'azienda o di rami di azienda», 105 l.f. «Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco», nonché nell'art. 79 l.f. «Contratto di affitto di azienda». Il legislatore ha infatti raccolto in questi articoli il nuovo spirito della riforma che, per la prima volta, riconosce all'azienda, intesa come complesso funzionante, un valore maggiore, anche in termini di preservazione dell'occupazione, rispetto a quello dei singoli beni in essa contenuti²⁵. Si esprime

²³ A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 4.

²⁴ «L'introduzione di tale norma è stata criticata, anche aspramente, in dottrina, in quanto si ritiene possibile che in situazioni patologiche, specie nel caso di procedure con ristretta compagine creditoria, vi sia il rischio che grandi creditori ingeriscano oltremodo nella gestione fallimentare», così Danovi A., Sala M., *La gestione giudiziale della crisi*, in A. Danovi, A. Quagli, *Crisi aziendale e processi di risanamento*, cit., p. 343.

²⁵ «La personalizzazione ed oggettivazione dell'impresa, da un lato, e la sempre maggiore sensibilità alla tutela degli interessi, diversi da quelli dei creditori, di rilevanza sociale, dall'altro, hanno fatto sì che la giurisprudenza, superando la tradizionale concezione del fallimento, si ponesse in una prospettiva più aderente alla realtà fenomenica, in cui il fallimento non è più diretto alla eliminazione delle imprese inferme e alla tutela del ceto creditorio e configurasse l'azienda come una struttura di persone e di mezzi

esplicitamente in tale senso la Relazione Ministeriale illustrativa dello schema di decreto delegato che ha rilevato come «nel quadro delle nuove esigenze conservative assume particolare importanza l'istituto dell'affitto di azienda, strumento ormai diffuso nelle prassi e pienamente in linea con un sistema concorsuale caratterizzato da un fine non esclusivamente liquidatorio, ma indirizzato al recupero delle componenti attive dell'impresa».

L'art 104-bis inserisce nell'ordinamento concorsuale la disciplina dell'affitto di azienda o di rami della stessa, regolamentando i criteri di scelta dell'affittuario, le forme obbligatorie di tutela del patrimonio fallimentare, la durata, l'eventuale diritto di prelazione a favore dell'affittuario e gli effetti della retrocessione alla procedura. L'articolo colloca l'affitto d'azienda tra le opzioni fondamentali che ogni curatore deve valutare prima di decidere se dar seguito o meno ad altre attività più propriamente liquidatorie. Pur rinviando infra per i necessari approfondimenti è interessante notare come il secondo comma, dopo aver richiamato l'art. 107, rubricato «modalità delle vendite» disponga che il curatore debba, nella scelta dell'affittuario, tenere conto non solo dell'ammontare dei canoni offerti, ma anche delle garanzie prestate e della solidità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali e, in particolar modo, delle tutele offerte per la salvaguardia del livello occupazionale.

Il primo comma dell'art. 105 afferma invece il nuovo principio secondo il quale il curatore deve in primo luogo tentare di cedere l'azienda nel suo complesso, comprensiva cioè non solo dei beni mobili ed immobili, ma anche di tutti i contratti e rapporti giuridici esistenti alla data di fallimento, salva l'eventualità che risulti maggiormente conveniente la liquidazione dei singoli cespiti.

Con riferimento all'affitto d'azienda è rilevante infine la lettera dell'art. 79 l.f. che disciplina la sorte del contratto di affitto d'azienda stipulato anteriormente alla dichiarazione di fallimento. È stabilito infatti che «il fallimento non è causa di scioglimento del contratto, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati». La disposizione in un certo senso «sdogana» l'utilizzo dello strumento che, visto in passato con sospetto, al contrario ove correttamente gestito e impostato riesce a mantenere viva la realtà aziendale e a favorirne il successivo ricollocamento²⁶.

organizzata ad un fine produttivo, la cui estinzione di collega alla effettiva disgregazione dei fattori della produzione e non all'evento del fallimento in sé considerato. L'azienda, cioè, è stata fatta sopravvivere al fallimento sulla considerazione che, sino a quando si mantiene nella sua unità produttiva e organizzativa e fino a che conserva la funzionalità all'esercizio dell'impresa, risponde ai requisiti di cui all'art. 2555 c.c.», G. Bozza, «La vendita dell'azienda nel fallimento», *Fallimento*, 1987, pp. 283 e ss.

²⁶ «Ora l'affitto di azienda è entrato di prepotenza tra gli strumenti della gestione dell'insolvenza prima e della successiva fase concorsuale poi. [...] Lo strumento era usato (e talvolta se ne abusava), anche prima della legge di riforma: quello che è certo è che ora si può affermare che il non sempre apprezzato affitto di azienda, spesso osteggiato per le complicazioni operative che portava con sé e nello stesso

La riformata normativa concorsuale, in definitiva, inverte la rotta indicata dal legislatore del 1942, privilegiando la ricerca della conservazione del valore economico della azienda.

12.3 GLI STRUMENTI PREVISTI PER LA CONSERVAZIONE E IL RECUPERO DELL'AZIENDA

Coerentemente con il quadro delineato il nuovo impianto normativo disciplina anche una serie di strumenti di regolazione della crisi orientati alla conservazione e al recupero dell'azienda mediante la valorizzazione delle intese tra creditori e imprenditore, con un maggiore coinvolgimento dei primi nella gestione della crisi stessa. Vale senz'altro la pena di richiamarne la struttura in questa sede in quanto a parere di chi scrive la nuova rilevanza riconosciuta all'affitto d'azienda non è solo da imputarsi alla esplicita regolamentazione del medesimo nell'ambito del fallimento, ma è altresì correlata alla introduzione di modalità di risoluzione della crisi strutturate ma alternative al fallimento nell'ambito delle quali il ricorso all'istituto è «naturale».

Il legislatore ha infatti favorito il ricorso agli strumenti stragiudiziali di risoluzione della crisi di impresa, lasciando spazio all'autonomia privata nella gestione e rimettendo alla volontà del debitore e dei creditori la composizione dei contrapposti interessi. L'obiettivo è stato quello di attribuire alle procedure concorsuali cosiddette minori la funzione non solo di tutela del ceto creditorio, ma anche e soprattutto di salvaguardia dell'impresa in difficoltà, che può essere ottenuta solo quando essa non abbia dissolto definitivamente i propri valori ovvero quando gli squilibri aziendali possano essere ancora superati. In quest'ottica gli strumenti di soluzione della crisi sono stati graduati in relazione allo stato di crisi in cui si trova l'azienda²⁷.

tempo così spesso necessario per non buttare a mare importanti esperienze imprenditoriali, ne ha fatta di strada». Così A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, pp. 14 e ss.

²⁷ Per approfondimenti sui singoli istituti si rinvia, tra gli altri a: P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*; S. Ambrosini, «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare», *Il fallimento*, 8/2005; S. Ambrosini, P. De Marchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, Giuffrè, 2005; M. Ferro, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, CEDAM, 2007; M. Ferro, *La legge fallimentare. D. Lgs. 169/07*, Padova, CEDAM, 2008; G.B. Nardecchia, *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il piano attestato, il concordato fallimentare*, W.K. Ed., 2007; F. Di Marzio, *Il correttivo della riforma fallimentare. Riflessioni degli operatori*, Itaedizioni, 2008; C. Pagliughi, «Strumenti di composizione concordata della crisi di impresa», *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 6/2008; L. Faccincani, *op. cit.*; A. Danovi, A. Quagli, *Gestione della crisi aziendale e dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, Milano, Ipsosa, 2008; M. Pollio, *Gli accordi per gestire la crisi di impresa e la predisposizione del piano di risanamento*, Euroconference, 2009; A. Jorio, «Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria», *Il Fallimento*, n. 12/2005; A. Jorio, «Il nuovo concordato preventivo», *Rivista dei dottori commercialisti*, n. 3/2006. Per la rilevazione dello stato dell'arte si rinvia *infra* per l'analisi delle ricerche

Il piano attestato di risanamento, ex art. 67, comma 3, l. d) l.f., è stato istituito per l'imprenditore che deve rimediare ad una situazione di squilibrio finanziario nella quale l'insolvenza non si sia ancora manifestata. È finalizzato al risanamento e appare attuabile in contesti di crisi aziendali di natura principalmente finanziaria che siano considerati superabili nel presupposto di una perdurante fiducia nelle prospettive reddituali dell'impresa. Solitamente in questi contesti alle banche è richiesto di accordare nuova finanza o di mantenere quantomeno le linee di credito auto liquidanti (*stand still*), mentre ai fornitori strategici è richiesto il mantenimento del flusso ordinario di forniture mediante forme di congelamento delle partite già scadute²⁸. La norma consente di porre in essere queste operazioni, indispensabili per il ripristino della situazione finanziaria²⁹, mettendo le stesse al riparo – ad alcune condizioni – dalle azioni revocatorie che un eligendo curatore potrebbe impostare in caso di insuccesso del piano.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ex art. 182-bis l.f., per i quali è richiesta la semplice omologazione del Tribunale, sono stati previsti per crisi con ampia possibilità di soluzione positiva. In questo caso il debitore stipula un vero e proprio contratto con almeno il 60% dei propri creditori, a nulla rilevando, quantomeno a livello teorico, l'esistenza di un privilegio, negoziando con essi la propria posizione, mentre garantisce il pagamento integrale ai rimanenti creditori che vengono così ad assumere la qualifica di «estranei» o «non aderenti». Accomunano gli accordi di ristrutturazione ai piani attestati: da un lato la protezione da azione revocatoria ex art. 67, comma 3, l. e), dall'altro l'applicazione dell'imposizione fiscale sulle corrispondenti sopravvenienze attive in quanto sia in questo caso sia nel precedente non opera l'art. 88 comma 4 Tuir. Si è autorevolmente sostenuto che gli accordi e i piani sono due istituti molto simili, infatti, anche se i primi sono strumenti giuridicamente regolamentati mentre i secondi sono strumenti privatistici: «non ci sono né piani, né accordi se non ci sono patti e quindi convenzioni con i creditori finanziari»³⁰.

empiriche: «Osservatorio della riforma delle procedure concorsuali. Il primo anno di riforma. Rapporto di sintesi», Roma, Settembre 2009, G. Schiavon, *Procedure concorsuali e composizione negoziata*, Istituto di ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Milano, Giuffrè, 2008; M. Ferro, A. Ruggiero, A. Di Carlo, *Concordato Preventivo, Concordato Fallimentare e Accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, Giappichelli, 2009; P. Riva, *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi*, op. cit., 2009.

²⁸ Così C. Pagliughi, op. cit., p. 1350.

²⁹ «In merito alle finalità del piano, si esprimono delle perplessità sul significato e sulla reale portata dell'espressione «riequilibrio della situazione finanziaria», che richiama il concetto noto tra gli aziendalisti di equilibrio finanziario; quest'ultimo non risulta identificato univocamente dalla letteratura, bensì può essere inteso in molteplici modi con riferimento al divario tra entrate ed uscite di cassa nel breve periodo, alla coerenza della struttura finanziaria dell'impresa relativamente alla strategia seguita, alla relazione tra flusso netto di cassa complessivo e sviluppo aziendale. Sul punto il legislatore dovrebbe intervenire allo scopo di eliminare i problemi interpretativi che possono sorgere», L. Faccincani, op. cit., p. 138.

³⁰ Così La Croce G., Relazione per il Seminario S.A.F. Scuola di Alta Formazione dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Milano *Il ruolo del professionista come consulente, come Commissario Giudiziario, come curatore fallimentare*, 23 giugno 2009.

Il nuovo concordato preventivo, ex art. 160 e ss. l.f. è stato invece considerato strumento utile e adatto alla regolazione delle crisi più gravi e può prevedere: la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti mediante qualsiasi forma compresi la cessione dei beni, l'accollo o altre operazioni straordinarie; l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito; la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse³¹. Esistono indubbie differenze strutturali tra l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo, quali l'assenza dell'adunanza dei creditori e del Commissario Giudiziario, la semplificazione del procedimento e l'obbligatorietà dell'accordo per i soli creditori aderenti. Vale inoltre la pena di ricordare che il concordato preventivo è stato favorito dalla normativa fiscale rispetto sia agli accordi di ristrutturazione sia ai piani attestati in quanto in questo caso, e non negli altri due, le sopravvenienze derivanti dai pagamenti parziali dei debiti non comportano realizzo di redditi imponibili.

Chiude la gamma delle possibili opzioni, ma si colloca nel differente contesto del fallimento, il rinnovato concordato fallimentare certamente considerato utile strumento per il superamento e la rimozione dell'insolvenza allorché la crisi sia da considerarsi ormai irreversibile e non sia superabile nell'ambito di una delle richiamate soluzioni concordate.

In tutti questi contesti, l'affitto d'azienda risulta strumento utile per mantenere in vita l'azienda pro-tempore in attesa del definitivo ricollocamento³².

³¹ «Il nuovo concordato preventivo [...] ha preso ispirazione dal chapter 11 statunitense che, strutturato per consentire all'imprenditore in difficoltà la cosiddetta *fresh start*, può vantare un utilizzo diffuso dei soddisfacenti risultati in termini di risanamenti realizzati, in virtù anche della sua adattabilità alle imprese di differenti dimensioni e alle crisi di diversa gravità. Le linee guida fondamentali del *chapter 11* sono sintetizzabili nell'ampia libertà lasciata ai possibili accordi intercorrenti tra debitore e creditori, nella possibilità di suddividere i creditori in classi per interessi omogenei prevedendo un trattamento differenziato all'interno di ciascuna classe e, infine, nel riconoscimento al giudice di una funzione di tutela della regolarità della procedura e di costrizione sui creditori il cui dissenso rispetto alle proposte dell'imprenditore risulti non giustificato». In questo senso L. Faccincani, *op. cit.*, p. 120.

³² «Al fine di evitare la dispersione dei valori aziendali, la legge fallimentare ante riforma contemplava soltanto l'istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, che a sua volta rivestiva funzioni diverse a secondo della fase del procedimento in cui veniva disposto. Già da tempo tuttavia la prassi giurisprudenziale aveva delineato un armamentario in grado di realizzare meglio lo stesso fine consentendo al contempo di evitare soluzioni di continuità nell'esercizio dell'attività economica ed oneri ulteriori per il fallimento ossia l'affitto dell'azienda endoconcorsuale, utilizzato in funzione della successiva vendita nell'ambito di un programma unitario. Per effetto di questa prassi lentamente l'affitto ha soppiantato l'esercizio provvisorio che però, nel nuovo contesto normativo, pur in un ruolo marginale può funzionare da giuntura de'emergenza di approdo a forme di gestione più stabili». F. Fimmanò, *Commento all'art. 104-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. Jorio (diretto da), M. Fabiani (coordinato da), Bologna, pp. 1619 e ss.

Capitolo 13

AFFITTO D'AZIENDA CONCLUSO PRIMA DEL FALLIMENTO (ART. 79 L.F.) E NELL'AMBITO DEL CONCORDATO PREVENTIVO (ART. 160 L.F.)

SOMMARIO

- 13.1 La sottoscrizione del contratto di affitto d'azienda in un momento anteriore la dichiarazione di fallimento
- 13.2 La previsione del contratto di affitto d'azienda nel piano attestato che accompagna l'istanza di concordato preventivo

13.1 LA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO DI AFFITTO D'AZIENDA IN UN MOMENTO ANTERIORE LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

La normativa regolamenta con specifica previsione i contratti conclusi dall'azienda *in bonis* nella fase precedente l'apertura della procedura. In particolare l'art. 79 l.f. recita: «Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto di azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'articolo 111, n. 1».

La norma presenta alcune criticità – già ampiamente evidenziate da autorevole dottrina³³ – che ci si propone in questa sede di ripercorrere sinteticamente.

In primo luogo il legislatore ha scelto da un lato di non prevedere lo scioglimen-

33 Si fa riferimento in tutto il paragrafo ai seguenti passi: P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 484; G. Giovetti, *Commento all'art. 80-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. Jorio (diretto da), M. Fabiani (coordinato da), Bologna, pp. 1619 e ss.

to automatico del contratto e dall'altro lato di non creare alcuna sospensione degli effetti dello stesso in capo ai soggetti coinvolti. Inoltre, diversamente rispetto a quanto accade nella generalità dei rapporti pendenti, è stata rimessa alla volontà di entrambe le parti, e non solo al curatore, la decisione di recedere. È stato messo in luce in dottrina che, in questo modo, la normativa non ha fatto alcuna distinzione tra l'ipotesi di fallimento del locatore e l'ipotesi di fallimento del conduttore e che ciò probabilmente «non può essere considerato un'idea felice in quanto i due casi presentano caratteristiche disomogenee». In particolare è evidente che nel secondo caso, il curatore che voglia mantenere in essere il contratto di affitto d'azienda non potrà che chiedere di poter accedere all'esercizio provvisorio in quanto la continuazione del contratto presuppone la continuazione della gestione dell'azienda.

In secondo luogo non è stato previsto alcuno specifico obbligo procedurale, se non con riferimento al termine di esercizio del diritto di recesso stabilito in sessanta giorni. Il curatore potrebbe, pertanto, secondo una interpretazione letterale, sciogliersi dal contratto liberamente senza richiedere alcuna preventiva autorizzazione al comitato dei creditori e al giudice delegato. L'intervento di quest'ultimo è, infatti, previsto solo in caso di conflitto nella determinazione dell'equo indennizzo a favore della controparte. Questa ricostruzione porterebbe però ad interpretare l'art. 79 l.f. come eccezione rispetto alla previsione generale dell'art. 72 l.f. in base alla quale, al contrario, il curatore, che decida di subentrare nei contratti pendenti, deve essere autorizzato dal comitato dei creditori. Inoltre la stessa presuppone la qualificazione del recesso quale atto di ordinaria amministrazione in quanto tutti gli atti straordinari di gestione sono regolamentati dall'art. 35 l.f. che prevede l'obbligo di preventiva autorizzazione del comitato e, se di valore superiore a cinquantamila euro, l'informativa al giudice delegato. Infine si delineerebbe una differente impostazione della procedura a seconda che il contratto di affitto sia endofallimentare o pre-esistente in quanto nel primo caso è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato su parere del comitato dei creditori, mentre nel secondo caso il curatore potrebbe agire secondo le sole proprie valutazioni. Proprio perché le argomentazioni svolte non paiono convincenti la dottrina di riferimento sostiene che l'interpretazione letterale debba lasciare il passo ad un'interpretazione sistematica e che di conseguenza l'autorizzazione del comitato dei creditori, ove esistente, o del giudice delegato debba comunque essere assunta dal curatore prima di esercitare la sua facoltà di recesso nei sessanta giorni o per sostenere la sua decisione di non esercitarla.

In terzo luogo è rilevante evidenziare che influenzerà la scelta della procedura in merito alla continuazione o meno del contratto la previsione delle specifiche clausole a tutela previste dall'art. 104-bis l.f. per il contratto di affitto d'azienda endofallimentare. Rinviamo *infra* per gli opportuni approfondimenti, si anticipa che ci si riferisce alla previsione di idonee forme di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte da parte dell'affittuario. È stato evidenziato che la carenza di tali elementi contrattuali porta nella prassi a condizionare la prosecuzione del contratto alla rior-

mulazione ed integrazione del testo pattizio al fine di consentire al Tribunale l'inserimento delle clausole protettive considerate indispensabili.

In quarto luogo si sottolinea che il contratto di affitto d'azienda è valido e opponibile solamente se è redatto in forma scritta, se ha data certa e se è stato redatto innanzi ad un notaio. Il contratto deve essere stato depositato per l'iscrizione nel Registro delle Imprese entro trenta giorni dalla stipulazione e nei registri di pubblicità degli immobili e dei beni mobili registrati. Vale la pena di anticipare che l'art. 104-bis, terzo comma, l.f. in tema di affitto endofallimentare, richiamando la norma applicabile all'istituto quando applicato dalle aziende *in bonis*, dispone che il contratto deve essere stipulato nella forma prevista dall'art. 2556 c.c., e cioè nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Ciò ha importanti conseguenze, infatti, il recesso da un contratto non conveniente per la massa ma carente sotto l'aspetto formale, ossia non validamente opponibile al fallimento, non comporta il pagamento di alcun equo indennizzo a favore del conduttore.

Infine deve essere affrontato il tema della determinazione dell'equo indennizzo, che, in questo frangente può però essere corrisposto a favore della procedura o dell'affittuario a seconda che sia stato il secondo oppure il primo ad esercitare la facoltà di recesso. Anche l'art. 79 l.f., come si vedrà l'art. 104-bis l.f., individua un caso di risarcimento del danno da atto lecito e quindi esso può non essere completamente esaustivo del danno che si è verificato. Pur rinviando ai paragrafi che seguono per più approfondite riflessioni sul tema, si puntualizza in questa sede che la quantificazione dell'indennizzo sarà differente in funzione del soggetto che esercita il diritto di recesso. In particolare si aggiunge alla fattispecie oggetto di attenzione *infra* in cui è il curatore ad esercitare il diritto e l'affittuario a dover essere indennizzato, quella opposta in cui è l'affittuario *in bonis* ad esercitare il diritto e il curatore a subirlo. La dottrina ha chiarito che in questo secondo caso il danno deve essere quantificato considerando il periodo di tempo necessario per individuare un altro contraente che corrisponda il medesimo canone. Nel caso in cui le parti non siano in grado di trovare un accordo sulla quantificazione dell'indennizzo la stessa sarà effettuata dal giudice delegato. Nel caso in cui sia la procedura a risarcire, l'indennizzo rappresenta una spesa della procedura ed è di conseguenza prededucibile.

13.2 LA PREVISIONE DEL CONTRATTO DI AFFITTO D'AZIENDA NEL PIANO ATTESTATO CHE ACCOMPAGNA L'ISTANZA DI CONCORDATO PREVENTIVO

L'affitto d'azienda è spesso utilizzato nell'ambito delle operazioni di concordato preventivo e, se si considera la sua natura di operazione di gestione straordinaria, si può affermare che l'istituto rientra a pieno titolo nell'art. 160, comma 1, l. a) l.f. in base al quale «l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione

dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie [...]».

In questi casi il contratto è concluso direttamente dall'azienda ed è disegnato dalla medesima con le proprie controparti in modo autonomo con riferimento alla normativa generale dell'istituto. La legge non richiama né in tutto né in parte l'art. 104-bis l.f. – oggetto di attento esame nei paragrafi che seguono – che resta previsione specifica del contesto fallimentare³⁴. In linea teorica quindi l'azienda potrebbe proporre nell'ambito del proprio piano soluzioni contrattuali che non rispettano i criteri codificati in quella sede. Il legislatore ha in realtà previsto più livelli di verifica della bontà del piano concordatario e di conseguenza anche del contratto di affitto che ne è parte. In primo luogo vi è il vaglio dell'attestatore che è chiamato dall'art. 161 l.f. ad analizzare la ragionevolezza del piano e quindi è senz'altro tenuto alla valutazione delle operazioni in esso programmate, compreso un eventuale contratto di affitto di azienda. In secondo luogo vi è l'esame svolto dal commissario giudiziale nominato dal Tribunale che deve valutare la bontà del contratto nell'ambito della relazione ex art. 172 l.f. esprimendosi sulla proposta di concordato e sulle garanzie offerte dai creditori. Infine vi è l'espressione di un proprio giudizio informato sul piano da parte dei creditori defalcanti, mediante il voto, sulla proposta concordataria e quindi, ove previsto, anche sul contratto che è strumento operativo per porre in essere la proposta stessa.

Il rispetto di parametri di ragionevolezza è quindi garantito, non da una previsione normativa specifica in tema di affitto, bensì dall'intervento di due diversi professionisti indipendenti posto nelle due fasi – rispettivamente *pre* e *post* ammissione – a garanzia della massa dei creditori. Il fine di entrambi gli interventi è di controllo delle informazioni fornite dalla proponente e di valutazione della ragionevolezza e sostenibilità della proposta. Le relazioni redatte da entrambi i professionisti sono necessarie per permettere ai creditori di esprimere un giudizio informato sulla soluzione loro proposta.

Diviene a questo punto rilevante analizzare sia pure sinteticamente i documenti e i principi che devono ispirare l'operato dell'attestatore prima e del commissario poi, precisando che, a parere di chi scrive le due figure, presentano caratteristiche di assoluta continuità in quanto la loro nomina, sia pure di differente provenienza, è prevista a tutela degli stessi interessi, quelli dei creditori sociali. Il fatto che la

³⁴ L'art. 104-bis l.f. individua i criteri che il curatore deve considerare per scegliere l'affittuario. Egli non si deve limitare a valutare il miglior realizzo economico per la procedura e quindi non deve considerare solamente il canone, che pur dovrà essere congruo in base alla citata stima, ma deve basare la sua scelta sulla valutazione di un complesso di quattro elementi: il canone, le garanzie prestate, l'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, la conservazione dei livelli occupazionali. Ciò abilita il curatore a scegliere il contraente che, pur non offrendo il corrispettivo più alto, comparativamente assicura un beneficio maggiore ai creditori e alla collettività, tramite la prosecuzione dell'attività lavorativa ed il mantenimento in forza di un certo numero di lavoratori dipendenti.

nomina dell'attestatore del piano sia effettuata direttamente dalla parte e non dal Tribunale è coerente con altre scelte normative quali quelle effettuate dal legislatore con riferimento ad altre operazioni straordinarie, si pensi solo alle modifiche apportate all'istituto del conferimento d'azienda nelle società a responsabilità limitata, e ad altre situazioni ordinarie, si pensi all'individuazione dei componenti del collegio sindacale³⁵ o alla scelta della società di revisione, ma non implica un asservimento dell'attestatore alle posizioni dell'azienda. L'indipendenza dell'attestatore, che è un professionista con precise caratteristiche e competenze, è presupposto fondamentale per l'espressione di un giudizio che, tra l'altro, è immediatamente messo alla prova, appunto, dall'intervento del commissario ossia del secondo professionista previsto nel disegno legislativo. Al momento dell'ammissione si configura una sorta di «passaggio del testimone» tra questi due soggetti. Il primo è chiamato ad intervenire in una fase per definizione più fluida e complessa con l'obiettivo di rappresentare sin dalle prime fasi di progettazione del piano con spirito critico gli interessi dei creditori. Il secondo inizia ad operare quando ormai la situazione dovrebbe essere maggiormente cristallizzata e fa proprie, se le giudica ben strutturate, le analisi già svolte dall'attestatore sui dati contabili, ri-valutando a sua volta da un lato il disegno strategico che dovrebbe portare alla soluzione della crisi nonché, è bene ricordarlo, dall'altro le garanzie offerte a supporto delle prospettazioni delineate.

Diversi sono i documenti e i principi emanati a livello nazionale e internazionale che possono supportare le analisi dell'attestatore prima e del commissario poi³⁶.

In particolare per la valutazione del piano, e, quindi, del contratto di affitto di azienda eventualmente in esso compreso, è opportuno da un lato il riferimento al documento redatto in collaborazione da Assonime, Cndcec e Università di Firenze nel 2010 denominato «Linee-Guida»³⁷ e dall'altro lato il riferimento al principio interna-

³⁵ Per approfondimenti si veda: D. Bernardi, M. Difino, P. Martinotti, *Il controllo di qualità della revisione legale dei conti*, Milano, Egea, 2011.

³⁶ Per approfondimenti sia concesso rinviare ad altri studi specifici della scrivente: P. Riva, *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi*, cit.; P. Riva, *Principi Internazionali di auditing e documento ISAE 3400*, Cap. 8, in *La crisi d'impresa. L'attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67,3° comma, lettera d) l.f.*, Quaderno S.A.F. n. 27, a cura del Gruppo di Studio della Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali dell'Odcec di Milano, coordinatore Napodano, 2009, Odcec Milano Editore, disponibile anche on line sul sito www.odcec.mi.it; P. Riva, «La revisione dei dati prospettici secondo l'ISAE 3400 – L'applicazione del principio internazionale di auditing alle attestazioni del professionista previste dalla legge fallimentare», *Journal of I.R.*, Maggioli, n. 2, 2009, pp. 55-61; P. Riva, «Redigere e attestare i dati prospettici nei piani di risanamento, negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi. Criticità e riferimenti ai principi di revisione», *Rivista dei Dottori Commercialisti*, Giuffrè, n. 3, 2009, pp. 575-586; P. Riva, «L'attestazione dei piani redatti in situazione di crisi. Applicazione del documento ISAE 3400», in *Il controllo nelle Società e negli Enti*, Giuffrè, n. 4-5, 2009, pp. 543-592.

³⁷ Si tratta della ricerca «Modelli innovativi nella finanza delle piccole e medie imprese» finanziata dal MIUR nel 2005 tra i cui obiettivi dichiarati in sede di domanda di finanziamento al ministero vi era «l'individuazione delle condizioni in cui le forme innovative di finanziamento possono aver successo e la

zionale *International Standard on Assurance Engagements - ISAE 3400 «The examination of Prospective Financial Information»*³⁸.

Le «Linee Guida» sostengono, con riferimento all'attestazione del professionista, che essa è il risultato della verifica della ragionevolezza del piano e della sua idoneità a condurre al risanamento dell'impresa³⁹. Consiste quindi in un giudizio di verifica informata e diligente sui presupposti del piano, sulla logicità e ragionevolezza delle analisi e previsioni e sulle metodologie utilizzate cui l'attestatore perverrà dopo avere espletato tutte le attività ritenute nella prassi necessarie per la verifica dei dati previsionali, applicando per quanto possibile adeguati *Standard* professionali. In proposito il documento afferma che «di particolare rilevanza appaiono le indicazioni contenute nell'*International Standard on Assurance Engagements - ISAE 3400 «The examination of Prospective Financial Information»*»⁴⁰. Quest'ultimo principio distingue tra *best estimate assumption* ossia assunzioni normali relative a eventi futuri ragionevoli e desunti dall'analisi di elementi oggettivi e *hypotetical assumption* ossia assunzioni ipotetiche solitamente non supportate da dati storici dell'azienda e «*which are not necessarily expected to take place*». Una formale esposizione delle ipotesi non è, però, di per sé sufficiente. È, infatti, indispensabile esplicitare quali siano le fonti informative utilizzate per la predisposizione del piano⁴¹. Ciò è condizione necessaria al fine

proposizione di modelli operativi miranti a favorire tale successo, avendo riguardo alle condizioni e agli strumenti che rendono possibile l'intervento dell'investitore qualificato nelle fasi di crescita, ristrutturazione o crisi dell'impresa». Lo studio di questo particolare obiettivo è stato svolto dall'Unità di ricerca dell'Università di Firenze e ha coinvolto sia il CNDCEC sia l'Associazione Italiana fra le Società per Azioni portando alla redazione di una bozza condivisa di «Linee guida» dapprima resa ufficiale e presentata nell'ambito di un Convegno congiunto tenutosi a Milano il 20 maggio 2008. Il documento è stato successivamente inviato dal CNDCEC agli ordini territoriali in allegato alla circolare 25/2008. Infine dopo ulteriori rielaborazioni è stato pubblicato ufficialmente nel febbraio 2010. È disponibile sui siti: www.cndcec.it, www.unifi.it e sul sito www.ilfallimento.it.

³⁸ Quest'ultimo ha sostituito il precedente ISA 810 recante il medesimo titolo. Il documento è rintracciabile nell'*Handbook of International Auditing, Assurance and Ethics Pronouncements, 2008* e scaricabile da sito www.ifac.org.

³⁹ Evidenziano in proposito per ciò che concerne i riferimenti interni nazionali – con riferimento specifico ai piani attestati ex art. 67 l.f. – che «se le finalità sembrano chiare, la legge non disciplina tuttavia alcun profilo relativamente al contenuto del piano. In particolare, nulla si dice in ordine a come il piano debba essere predisposto e quale debba essere il suo contenuto per poter essere attestato dal professionista. Nessuna indicazione viene data, infine, in ordine a come debba essere redatta l'attestazione perché questa produca il suo effetto protettivo, nell'eventualità del successivo fallimento dell'impresa, rispetto agli atti contemplati nel piano», «Linee guida», 2010, Università degli studi di Firenze, Assonime, CNDCEC.

⁴⁰ Quest'ultimo ha sostituito il precedente ISA 810 recante il medesimo titolo. Il documento è rintracciabile nell'*Handbook of International Auditing, Assurance and Ethics Pronouncements, 2008* e scaricabile da sito www.ifac.org.

⁴¹ Si legge in proposito nel documento Guida al piano industriale di Borsa Italiana del 2003 che: «l'analisi critica di un piano industriale deve necessariamente fondarsi anche sul confronto fra performance storiche e risultati di piano; quanto più risultati prospettici – finanziari, gestionali e competitivi – differiscono da quelli passati e quanto più sono ambiziosi gli obiettivi di piano, tanto più sarà necessario proporre elementi a sostegno della loro credibilità».

di consentire all'attestatore prima, al commissario poi e quindi ai terzi di valutare compiutamente l'autorevolezza, l'eshaustività e in termini più generali la fondatezza delle informazioni da cui scaturiscono ipotesi e previsioni. In mancanza di una simile indicazione il piano sarà di qualità inferiore e, per primo in ordine di intervento, l'attestatore potrebbe addirittura non riuscire a dare su di esso il necessario giudizio di ragionevolezza⁴².

Con riferimento specifico al contratto di affitto d'azienda le indicazioni sintetizzate devono portare ad attestare da un lato e a giudicare positivamente dall'altro lato, piani che contemplino ipotesi precise nell'ambito delle quali quantomeno: a) il conduttore sia stato individuato, e sia giudicato affidabile, oppure vi sia una rosa di soggetti interessati che hanno espresso formalmente le proprie intenzioni di intervento; b) il contratto sia già stato elaborato e condiviso dal conduttore o sottoposto all'attenzione dei potenziali conduttori; c) il contenuto del contratto sia sufficiente per poter giudicare la sottoscrizione dello stesso un fatto conveniente per la massa.

La maggiore libertà di articolazione dei contenuti contrattuali quando l'affitto d'azienda sia impostato nell'ambito di un concordato preventivo, hanno portato la scrivente a considerare utile l'impostazione di una indagine empirica per valutare le opzioni più diffuse nella prassi. Si rinvia *infra* per l'esposizione dei risultati dell'analisi svolta.

⁴² In questo senso si esprimono le «Linee guida», 2010, Università degli studi di Firenze, Assonime, CNDCEC.

Capitolo 14

AFFITTO D'AZIENDA CONCLUSO DAL CURATORE (ART. 104-BIS L.F.)

SOMMARIO

- 14.1 Lo scopo della sottoscrizione del contratto di affitto d'azienda nell'ambito del fallimento: preservare il valore dell'azienda al fine della sua successiva cessione
- 14.2 La gestione dei rischi aziendali potenzialmente a carico della procedura
- 14.3 I criteri di scelta dell'affittuario
 - 14.3.1 L'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali
 - 14.3.2 La conservazione dei livelli occupazionali
 - 14.3.3 La congruità del canone
 - 14.3.4 Le garanzie dell'adempimento: fideiussione bancaria o assicurativa, fideiussione corporate, deposito somme, altre forme e clausole
- 14.4 L'individuazione dell'azienda o del ramo d'azienda
 - 14.4.1 Criticità sul magazzino
 - 14.4.2 Criticità sui crediti
 - 14.4.3 Criticità sui debiti
- 14.5 Durata del contratto
- 14.6 Diritto di ispezione del curatore
- 14.7 Diritto di recesso del curatore
 - 14.7.1 Quantificazione del «giusto» indennizzo per il curatore ex art. 104-bis, comma 3, L.f.
 - 14.7.2 Natura dell'indennizzo
 - 14.7.3 Rapporto tra indennizzo e conguaglio
- 14.8 Diritto di prelazione dell'affittuario
 - 14.8.1 Criticità di natura economico-aziendale risolte dal diritto di opzione
 - 14.8.2 Procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda
 - 14.8.3 Scomputo dei canoni dal prezzo proposto per l'acquisto dall'affittuario: compatibilità con l'art. 104-bis, comma 5, L.f.
- 14.9 Retrocessione dell'azienda al fallimento

L'affitto d'azienda è imposto dall'art. 104-bis l.f. quale strumento da considerare obbligatoriamente e rispetto al quale la procedura deve assumere esplicitamente e in ogni caso una posizione positiva o negativa⁴³. Il soggetto sul quale è posto l'onere

⁴³ «I nuovi artt. 104, 104-bis, 104-ter, 105 affrontano per la prima volta il tema della circolazione dell'azienda nell'ambito della procedura fallimentare in funzione della sua proficua liquidazione riallocativa nel mercato, tema, che fino all'ultima riforma, era stato oggetto di una articolata elaborazione della prassi giurisprudenziale trovando riferimenti positivi espressi solo in alcuni interventi legislativi settoriali. Eppure se da un lato l'azienda è un fenomeno strutturalmente estraneo all'espropriazione

di valutare la situazione e stabilire l'opportunità di accedere o non accedere ad un contratto di affitto di azienda è il curatore fallimentare cui è riconosciuto il ruolo di motore della procedura. Il primo e secondo comma recitano infatti: «Anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'art. 104-ter, *su proposta del curatore*, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa. La scelta dell'affittuario è effettuata *dal curatore* a norma dell'art. 107, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati»⁴⁴.

La nuova strutturazione della disciplina richiede un approccio ancor più professionale e attento del curatore in quanto lo chiama di *default* a vagliare le due opzioni di gestione temporanea dell'impresa: affitto d'azienda ed esercizio provvisorio⁴⁵. La procedura può disporre o non disporre per l'una o per l'altra opzione, ma certo è che la decisione in merito a tale evenienza rappresenta uno dei momenti più importanti e significativi della fase iniziale della procedura stessa e dell'attività cui è chiamato il curatore.

Quale diretta conseguenza di questa impostazione innovativa si è sostenuto in dottrina che il curatore che si comporti in modo omissivo, rimanendo colpevolmente inerte innanzi a delle ipotesi ragionevoli di continuazione dell'attività aziendale, sarà chiamato a rispondere della perdita di valore dell'azienda stessa conseguente alla propria inattività⁴⁶. Anche la scelta di non optare per l'affitto d'azienda deve pertanto essere adeguatamente motivata dal curatore.

Questo comporta un giudizio sulle potenzialità dell'azienda e/o dei rami di azienda individuabili che non può prescindere dalla indagine delle cause del dissesto. L'affitto d'azienda avrà infatti successo solo se l'oggetto del contratto non soffre di carenze

individuale, dall'altro si innesta naturalmente ed armoniosamente nel fallimento in quanto il soddisfacimento dei creditori, data la qualità di imprenditore commerciale del fallito, passa attraverso la estinzione dell'impresa e la liquidazione complessiva del suo patrimonio, previo spossessamento. A differenza di quanto accade nell'esecuzione individuale, l'universalità oggettiva e la concentrazione si integrano perfettamente con la considerazione unitaria del complesso aziendale e soprattutto sono del tutto funzionali alla sua gestione e liquidazione in blocco», F. Fimmanò, *op. cit.*, pp. 1619 e ss.

⁴⁴ L'art. 107 l.f. «Modalità delle vendite» stabilisce che: «Le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di modesto valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati».

⁴⁵ È opportuno ricordare che nel caso dell'esercizio provvisorio previsto dall'art. 104 l.f. è il curatore che esercita direttamente l'attività con l'intento di mantenere il valore dell'azienda e di pervenire ad un migliore realizzo della stessa. Ai sensi del comma 8 del medesimo articolo «i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1».

⁴⁶ A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 19.

strutturali che ne minano l'economicità, il che, visto il contesto di stipulazione non è affatto scontato: l'azienda affittata potrebbe pertanto recepire le criticità dell'impresa fallita. È stato osservato che il curatore che deve perseguire la finalità di valorizzare il compendio aziendale per una sua migliore vendita, non può permettersi un esito infausto dell'affitto che può derivare da eventi imponderabili o da una inadeguatezza dell'affittuario, ma che può anche conseguire a fattori intrinseci all'azienda e quindi dipendere da eventi strutturali⁴⁷. Ci si propone di approfondire queste considerazioni nelle pagine che seguono.

14.1 LO SCOPO DELLA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO DI AFFITTO D'AZIENDA NELL'AMBITO DEL FALLIMENTO: PRESERVARE IL VALORE DELL'AZIENDA AL FINE DELLA SUA SUCCESSIVA CESSIONE

L'art. 104-bis prevede il ricorso all'«affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa». È importante in proposito rimarcare che il curatore – che non opti ad evidenza per l'istituto dell'esercizio provvisorio – non è un imprenditore, ma un soggetto nominato dal Tribunale al quale è demandato il raggiungimento di un obiettivo specifico che era e resta quello della migliore liquidazione dell'attivo e conseguentemente quello del migliore soddisfacimento della massa dei creditori⁴⁸. Gli è concesso o meglio gli è richiesto di considerare e, se utile, percorrere nuove vie, ma questo non implica affatto l'obbligatoria assunzione di posizioni di rischio imprenditoriale.

In situazioni in cui si prospettassero situazioni critiche nell'ambito delle quali il potere contrattuale potrebbe sembrare sbilanciato a favore delle potenziali contropar-

⁴⁷ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁸ Chiarisce in proposito Fimmanò che «in passato l'affitto d'azienda è stato considerato una forma particolare di esercizio provvisorio dell'impresa, essendo entrambi mezzi di realizzo, conservativi del patrimonio, preparatori della liquidazione e di carattere temporaneo, con la sola differenza che mentre la gestione provvisoria spetta direttamente al curatore, nell'affitto la gestione spetta a un terzo. Al contrario i due istituti pur avendo finalità talvolta analoghe, ossia la conservazione della funzionalità dell'azienda all'esercizio dell'impresa e la tutela dell'avviamento in funzione della più proficua liquidazione possibile, differivano, e differiscono tuttora, in modo netto e sostanziale anche nel nuovo impianto normativo [...]». Ancora con l'esercizio provvisorio «in pratica il c.d. rischio di impresa incombe sulla procedura e quindi in via indiretta sui creditori concorsuali. L'esercizio provvisorio potrà essere proficuamente utilizzato solo se il fallimento possiede la necessaria liquidità per far fronte agli impegni che il curatore assume, evitando inoltre che i creditori pregressi si trovino irrimediabilmente danneggiati da una certa massa di debiti prededucibili. Nell'affitto, invece è l'affittuario-imprenditore ad assumersi rischi e obblighi derivanti dalla gestione dell'azienda ed il fallimento rimane del tutto indenne da qualsivoglia responsabilità correndo rischi assai più limitati», F. Fimmanò, *op. cit.*, p. 1625.

ti, alcuni curatori potrebbero essere portati a considerare accettabili livelli di rischio maggiori, con la conseguenza di concludere contratti «non chiusi». Stante la lettera della norma che chiaramente indica quale debba essere lo scopo della sottoscrizione del contratto di affitto di azienda nell'ambito del fallimento, il curatore dovrà in questi casi essere in grado di sostenere la propria decisione, documentando e dimostrando agli altri organi della procedura che l'eventuale risultato negativo derivante dal contratto non arrecherebbe alla massa danni superiori rispetto alla non conclusione del contratto.

Sembrerebbe pertanto possibile concludere che differenti stili di gestione della procedura potrebbero portare in questi casi a differenti impostazioni della strategia liquidatoria. Vale però la pena ricordare l'esplicito richiamo del legislatore alla «utilità» che deve avere la sottoscrizione del contratto «al fine della più proficua vendita», nonché, come si avrà modo di approfondire *infra*, l'obbligatoria previsione di garanzie dell'esecuzione da parte del conduttore. Pare a chi scrive che entrambe le previsioni indichino la necessità di prudenti apprezzamenti da parte del curatore. È in altri termini opportuno che egli tenga sempre presente il limite alla propria libertà di intervento rappresentato dalla consapevolezza del ruolo di garanzia che a lui riserva il costrutto normativo sistemicamente inteso.

14.2 LA GESTIONE DEI RISCHI AZIENDALI POTENZIALMENTE A CARICO DELLA PROCEDURA

Le considerazioni svolte nel precedente paragrafo richiedono un'attenta rilettura e rivisitazione delle riflessioni svolte in altra parte di questo lavoro sul tema dei rischi che strutturalmente la conclusione di un contratto di affitto d'azienda comporta sia per il locatore sia per il conduttore. Nell'ambito delle procedure concorsuali ed in particolare nella fattispecie descritta dall'art. 104-bis l.f. la modulazione degli stessi dovrà essere esplicitamente considerata e gestita con consapevolezza ed equilibrio dal curatore al fine di ottenere la migliore tutela degli interessi della massa.

Il fallimento che loca l'azienda si trova potenzialmente esposto, come tutti i locatori, ai rischi analiticamente considerati e commentati *supra*⁴⁹ ossia al rischio finanziario inteso come il rischio di non percepire il canone e il prezzo di vendita al termine del periodo piuttosto che il conguaglio finale – se dovuto – dal locatario; al rischio di mercato, cioè al rischio di perdita di valore del complesso aziendale, qualora non sia prevista la cessione alla fine del periodo di affittanza e il conguaglio finale non sia previsto o sia previsto solo con riferimento alla variazione del valore di alcuni elementi del patrimonio e non come eventuale ristoro della perdita di valore economico complessivo dell'azienda affittata; al rischio economico di non ottenere una remunerazione sufficiente dall'inve-

⁴⁹ Si rinvia alla parte del presente scritto a cura di F. Bavagnoli.

stimento, nel caso in cui il canone sia variabile e sia determinato in base al fatturato o agli utili lordi o netti dell'azienda; al rischio di obsolescenza dei cespiti, per cui il locatore debba sostenere eccessive spese di manutenzione straordinaria, nel caso ovviamente in cui queste siano poste contrattualmente a suo carico; al rischio di liquidità, cioè al rischio di non essere in grado di pagare il conguaglio finale in caso di previsione dello stesso e di marcato incremento del valore aziendale.

Le esigenze di maggior certezza caratterizzanti le procedure concorsuali rispetto alle situazioni di continuità suggeriscono un comportamento molto più accorto e prudente del curatore anche qualora il medesimo abbia scientemente accettato la sfida della lettera della norma fallimentare e quindi consideri con attenzione l'ipotesi della salvaguardia del valore dell'azienda fallita. Si è già detto infatti che obiettivo del curatore resta in primo luogo la tutela della massa dei creditori della procedura e in questo ambito il contratto di affitto di azienda rappresenta uno strumento importante per la massimizzazione di tale tutela mediante il migliore e sistemico realizzo delle attività aziendali. L'assunzione di rischi contrattuali non pare rientrare nello schema generale e nelle finalità, ancorché riespresse, della normativa fallimentare. Si impongono pertanto sul punto alcune riflessioni.

- a. Il curatore non può in primo luogo assumersi alcun *rischio finanziario*. Non può pertanto permettersi di concedere in affitto l'azienda a soggetti della cui solvibilità non vi sia certezza o che non forniscano sufficienti garanzie a fronte degli impegni di pagamento assunti con la sottoscrizione del contratto di affitto. Dovranno pertanto essere richieste e ottenute in primo luogo informazioni sui soggetti che si propongono quali controparti contrattuali e i medesimi dovranno necessariamente fornire opportune garanzie del proprio adempimento. Approfondimenti su quest'ultimo specifico aspetto sono sviluppati *infra*.
- b. Nell'ambito di un fallimento non si potranno che tutelare gli interessi della massa contro il *rischio di perdita di valore* del complesso aziendale di proprietà della procedura e oggetto del contratto di affitto. Appare verosimile – e, come si vedrà nel prossimo capitolo, ciò trova conferma nella prassi – che il conduttore si proponga quale acquirente dell'azienda al termine del periodo di affitto. Questa previsione assumerebbe rilevanza anche ai fini dell'allineamento degli interessi tra procedura locatrice e controparte locataria: la seconda potendo contare sul fatto che l'azienda resterà nelle proprie mani tenderà ad investire maggiori risorse umane e finanziarie nella nuova iniziativa; la prima beneficerà indirettamente dei migliori risultati ottenuti in quanto otterrà con maggiore agio i flussi finanziari promessi alle scadenze pattuite. Il tema però deve trovare un necessario coordinamento con il dettato normativo che prevede l'assegnazione dell'azienda – nel caso di contratto endofallimentare – mediante procedimento competitivo.
- c. Il curatore non può assumersi a parere di chi scrive alcun *rischio economico* e pertanto difficilmente sarà disponibile e soprattutto difficilmente sarà autorizzato ad accettare pattuizioni in base alle quali il canone sia determinato in modo variabile

quale percentuale del fatturato o addirittura dei risultati netti del conduttore. Naturalmente si è visto che un canone interamente fisso aumenta la rigidità dei costi dell'affittuario e sarà pertanto importante una verifica sulla sostenibilità economica e finanziaria per quest'ultimo della situazione *post* implementazione del contratto di affitto e per tutto il periodo del contratto.

- d. Il *rischio di obsolescenza dei cespiti* o meglio il rischio per la procedura di dover sostenere eccessive spese di manutenzione straordinaria si è visto essere sostanzialmente legato alla disciplina civilistica che pone a carico del concedente le spese di manutenzione straordinaria. È stato già evidenziato però che tale disciplina può essere derogata dalle parti. Il curatore potrà pertanto richiedere che sia inserita nel contratto una specifica clausola al riguardo in modo tale da eliminare *ex ante* questo potenziale elemento di indeterminatezza. A fronte di quale integrazione potrebbe essere richiesto e accettato lo sconto dal canone o dal prezzo finale di un importo forfetario a titolo di compensazione.
- e. Infine anche con riferimento al *rischio di liquidità*, ossia al rischio che il contraente non sia in grado di pagare al termine del periodo di affitto l'eventuale conguaglio finale (in caso di importante aumento del valore dell'azienda), non possono che essere svolte considerazioni simili a quelle svolte nei punti precedenti.

In sintesi la situazione che si configura in seno alle procedure concorsuali, sia pure considerando i nuovi orientamenti e le nuove possibilità previste dalla normativa, non può che fare riferimento a criteri di valutazione ispirati a maggiore prudenza.

14.3 I CRITERI DI SCELTA DELL'AFFITTUARIO

Vigente la precedente disciplina, il curatore che voleva stipulare un contratto di affitto di azienda chiedeva, previo parere del comitato dei creditori, l'autorizzazione al giudice delegato per la stipulazione di un ben preciso contratto da concludersi con una individuata controparte.

La lettera dell'art. 104-bis l.f. propone una differente strutturazione dei ruoli. La scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore, il quale deve fissare con accuratezza e preliminarmente i criteri in base ai quali effettuerà la selezione della controparte e delle condizioni contrattuali. Nel nuovo contesto al curatore, visto come amministratore e gestore dei beni nell'interesse dei creditori, è riconosciuta una maggiore autonomia d'azione, la quale richiede importanti capacità proattive e professionalità nonché *ex post* maggiori responsabilità.

Il secondo comma dell'art. 104-bis l.f. recita: «La scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore a norma dell'articolo 107, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. La scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto,

delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali».

Da un punto di vista temporale la procedura segue i seguenti quattro passi:

- i. il curatore identifica lo strumento dell'affitto d'azienda come momento decisivo per la migliore liquidazione dell'attivo ed individua i parametri di scelta dell'affittuario in coerenza con il secondo comma dell'art. 104-bis;
- ii. il comitato dei creditori approva, dando parere favorevole a tale scelta nel caso di affitto ex art. 104-bis, primo comma, ovvero approvando il programma di liquidazione che la contempla;
- iii. il giudice delegato autorizza, ai sensi dell'art. 104-bis, primo comma o 104-ter, ottavo comma, ossia mediante l'approvazione del piano di liquidazione;
- iv. il curatore sceglie l'affittuario sulla base dell'iter procedimentale indicato nel primo comma dell'art. 104-bis e dei parametri indicati nel secondo comma dell'art. 104-bis.

L'autonomia riconosciuta al curatore trova due importanti vincoli i quali da un lato ne delimitano l'operato, ma dall'altro lo legittimano e lo proteggono: egli è chiamato a muoversi in coerenza con l'iter procedimentale previsto dalla norma e nel rispetto dei criteri che si è dato all'inizio quando ha scelto di utilizzare lo strumento dell'affitto d'azienda e ha chiesto di essere a tale fine autorizzato⁵⁰.

Al momento della presentazione dell'istanza molti tra i contenuti del contratto non risulteranno ancora determinati, ma saranno frutto della successiva dialettica con gli operatori presentatisi autonomamente al curatore o individuati dal curatore in quanto da questo considerati potenzialmente interessati all'operazione. Proposte di affitto potrebbero arrivare da più parti: dai fornitori, dai clienti, dai concorrenti, dagli stessi amministratori della fallita, dai dipendenti talvolta organizzatisi in forma societaria o cooperativa e infine da soggetti completamente terzi, ma interessati alla azienda in quanto strategicamente affine alla propria (si può trattare di società clienti o fornitrici le cui economie sono state in passato in qualche modo legate a quella della fallita oppure di concorrenti) o più semplicemente in quanto giudicata un buon investimento sulla base delle informazioni ottenute. L'affittuario sarà individuato sulla base di un confronto comparativo tra differenti offerte pervenute al curatore e solo a valle di tale fase sarà redatto il testo definitivo del contratto.

Il legislatore si è preoccupato di individuare delle forme di ricerca del miglior contraente possibile, imponendo l'adozione di meccanismi competitivi che oltre ad essere trasparenti, consentano la partecipazione del maggior numero di soggetti possibile mediante il richiamo dell'art. 107. La pubblicità per la ricerca dei potenziali conduttori

⁵⁰ «In armonia con tenore «pratico-applicativo» che questa legge spesso ha assunto, il riformatore ha, innanzitutto, predeterminato i meccanismi per l'individuazione del terzo contraente, poi ha regolato i possibili contenuti del contratto di affitto dell'impresa, cercando di rendere legittime alcune clausole che ha reputato opportuno inserire per «proteggere il curatore», contraente particolare che agisce nell'interesse della massa», P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 596.

deve essere effettuata cercando i migliori veicoli rinvenibili sul mercato, in connessione con gli sbocchi possibili dell'attività di impresa.

Conviene evidenziare che il citato comma richiama la necessità di una «stima». La formulazione della norma è stata definita da alcuni autori «infelice»⁵¹ in quanto non individua con esattezza né le caratteristiche soggettive del redattore del documento, né delinea in modo circostanziato il perimetro delle valutazioni. Altri autori hanno invece autorevolmente evidenziato che «la lettura combinata dell'art. 104-bis e dell'art. 107 permette di concludere che la stima rappresenta un documento necessario e costitutivo della scelta del curatore sul ricorso o meno al contratto di affitto e alla conseguente espressione di un giudizio favorevole ad una specifica proposta. Il curatore si deve a tale fine avvalere di «operatori esperti in materia» e oggetto della stima deve essere la valorizzazione del godimento del compendio aziendale dato al terzo ossia la determinazione del congruo canone di affitto.

I criteri che il curatore deve considerare per scegliere l'affittuario sono molteplici. Egli non si deve limitare a valutare il miglior realizzo economico per la procedura e quindi non deve considerare solamente il canone, che pur dovrà essere congruo in base alla citata stima, ma deve basare la sua scelta sulla valutazione di un complesso di quattro elementi:

- l'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali
- la conservazione dei livelli occupazionali
- il canone
- le garanzie prestate

Ciò abilita il curatore a scegliere il contraente che, pur non offrendo il corrispettivo più alto, comparativamente assicura un beneficio maggiore ai creditori e alla collettività, tramite la prosecuzione dell'attività lavorativa ed il mantenimento in forza di un certo numero di lavoratori dipendenti⁵². Nei seguenti paragrafi si propone di approfondire l'analisi di ciascuna delle quattro componenti del giudizio del curatore.

14.3.1 L'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali

È indispensabile che il curatore effettui delle ricerche sulla capacità dei soggetti proponenti le offerte di fare fronte alle obbligazioni che si propongono di assumere. Si è visto che il secondo comma dell'art 104-bis l.f. chiede esplicitamente che «la scelta

⁵¹ A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 50.

⁵² «[...] in fase di affitto, a differenza di quanto accade in fase di vendita, potrà essere anche accettato un canone inferiore a fronte di migliori garanzie di mantenimento degli impegni occupazionali e di prosecuzione delle attività imprenditoriali. Questo perché l'affitto endoconcorsuale viene stipulato non al fine diretto della massima realizzazione attraverso il canone (che non ha funzioni di liquidazione in senso proprio), ma al fine indiretto e mediato di una più proficua alienazione dell'azienda o di parti della stessa», F. Fimmanò, *op. cit.*, p. 1629. Nello stesso senso P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 597.

dell'affittuario tenga conto dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali».

Il contratto di affitto di azienda infatti – come si è già più volte accennato nel presente lavoro – presenta caratteristiche specifiche altamente critiche e ineliminabili. Non si tratta di uno scambio *una tantum* o *one shot*, che vede il curatore in un preciso istante semplicemente cedere la proprietà di un complesso aziendale ed incassare un prezzo senza avere altro rapporto futuro con la propria controparte, se non per eventuali recuperi crediti o per l'escussione di eventuali reciproche garanzie.

Le caratteristiche di durata del contratto d'affitto d'azienda comportano la necessità per il curatore di valutare non solo le capacità attuali del soggetto che si propone quale conduttore dell'azienda, ma anche la sostenibilità dell'operazione nel tempo per il medesimo. Ciò significa che particolare attenzione deve essere posta dal curatore alla liquidità, ma anche alla solidità della controparte. L'analisi dei flussi reddituali e finanziari futuri devono essere tali da garantire la capacità della stessa di pagare alle scadenze i canoni tenendo fede agli impegni contrattuali assunti. Tale analisi non potrà prescindere dalla considerazione dell'effetto sia esso positivo o sia esso negativo del contratto di affitto d'azienda sulle previsioni di flussi che presumibilmente il conduttore potrebbe pensare di ottenere in una situazione *stand alone* ossia in una situazione che prescinde dalla stipulazione del contratto di affitto di azienda stesso.

Spesso tali analisi sono difficili e soggette ad aleatorietà. Ciò nonostante il curatore deve percorrere questa strada seguendo alcuni *step* successivi.

È senz'altro necessario in primo luogo richiedere e valutare la serie storica dei bilanci consuntivi delle aziende che si propongono quali controparti contrattuali. Tali informazioni possono per altro essere reperite per le società di capitali facilmente anche indipendentemente dalle produzioni di parte con semplici visure.

Ciò però rappresenta solo un primo passo, infatti, pur nella consapevolezza delle difficoltà che il curatore può incontrare, a parere di chi scrive, è auspicabile che quantomeno richieda delle situazioni di bilancio infrannuali, senz'altro più aggiornate rispetto ai bilanci ufficiali. Se infatti sono passati mesi dalla redazione e approvazione dell'ultimo bilancio di esercizio, molti eventi possono avere influenzato le risultanze di bilancio del conduttore ed è opportuno che il medesimo produca una situazione più recente. La stessa potrà non essere completa dei documenti accompagnatori, ossia della nota integrativa, la relazione sulla gestione, la relazione del collegio sindacale e la relazione del revisore (ove previsti), ma, in quanto sottoscritta in ogni parte dagli amministratori rappresenterà in ogni caso un utile riferimento nonché una importante testimonianza della buona fede della controparte.

Ancora, un ulteriore e auspicabile passo consiste nella richiesta da parte del curatore agli aspiranti conduttori dell'azienda, di proiezioni economico finanziarie dei dati aziendali che permettano di comprendere l'evoluzione prevista futura dell'andamento della conduttrice così come immaginata dal management di quest'ultima proprio a seguito e grazie all'operazione di affitto di azienda che il medesimo propone di porre in

essere. A tale fine sarebbe auspicabile da parte degli aspiranti affittuari la produzione di un piano che evidenzi i flussi di cassa o quantomeno i flussi di capitale circolante previsti per il periodo di locazione. Tale piano dovrà essere costruito in modo analitico e dovrà evidenziare i flussi positivi o negativi derivanti dalla differenti gestioni aziendali e quindi dalla gestione operativa, dalla gestione finanziaria, dalla gestione degli investimenti. Dovranno essere opportunamente indicati separatamente sia pure nell'ambito della gestione finanziaria – come richiesto dai principi contabili internazionali – gli eventuali apporti di capitale proprio da parte della compagine sociale della conduttrice utili nel tempo a sanare eventuali fabbisogni straordinari causati da disequilibri finanziari. La presenza di tali interventi, qualora prevista, non può che essere oggetto di positive considerazioni da parte degli organi della procedura. Inoltre se al termine della locazione è proposto – fatto salvo quanto si dirà *infra* in merito alla necessità di bando d'asta – l'acquisto della azienda è necessario che il conduttore dimostri mediante la costruzione dei citati prospetti di essere in grado con autofinanziamento piuttosto che con ricorso a capitale di terzi o a conferimenti specifici dei soci di essere in grado di fare fronte alle importanti uscite finanziarie conseguenti il potenziale futuro passaggio di proprietà dell'azienda.

Per la valutazione della attendibilità delle informazioni future fornite dalla parte anche il curatore deve fare riferimento al principio internazionale *International Standards on Assurance Engagements ISAE 3400*⁵³, già richiamato *supra* con riferimento alla valutazione dei piani concordatari che prevedono contratti di affitto d'azienda. Si è già richiamato il fatto che il documento distingue tra le informazioni prospettiche basate su assunzioni normali relative a eventi futuri ragionevoli e desunti dall'analisi di elementi oggettivi quali gli ordini in portafoglio o le proiezioni di dati consuntivi aziendali giudicati attendibili e le informazioni basate su assunzioni ipotetiche in genere connesse con l'avvio di nuove attività o nuovi prodotti/servizi solitamente non supportati da dati storici dell'azienda⁵⁴.

L'indicazione è particolarmente importante nelle fattispecie oggetto della presente analisi perché richiama, enfatizzandone la rilevanza, la necessità di valutare con attenzione le ipotesi formulate dagli amministratori e di rifiutare quelle basate su mere speculazioni. Nello specifico, l'attendibilità del piano è legata alla formulazione di fondate ipotesi che siano *in primis* compatibili con le dinamiche competitive del settore di riferimento in relazione all'andamento della domanda e delle quote di mercato, alle ten-

⁵³ I principi di revisione emessi dallo IAASB sono indicati collettivamente come «International Auditing Assurance and Ethics Pronouncements». Per approfondimenti si rinvia alle note del paragrafo dedicato al contratto di affitto nel concordato preventivo.

⁵⁴ Questa distinzione è stata avvicinata da Quagli alla distinzione operata nel contesto nazionale tra «previsione» e «prospettiva», descritta e commentata ormai da tempo da E. Giannessi in *Possibilità e limiti della programmazione*, Pisa, Opera Universitaria, 1981 e prima di lui già da A. Ceccherelli in *Le prospettive economiche e finanziarie nelle aziende commerciali*, Firenze, Le Monnier, 1931. A. Quagli, *op. cit.* 2003, p. 110.

denze in atto nei bisogni dei consumatori e nei fattori chiave che ne guidano le scelte, al comportamento dei concorrenti, alla struttura e ai cambiamenti dei canali distributivi e dei rapporti di fornitura e al contesto normativo, tecnologico, sociale e ambientale.

• Nell'eventualità in cui la compatibilità in oggetto non fosse presente, il piano potrebbe essere ugualmente attuabile a patto che si possa fare affidamento su un'eshaustiva illustrazione degli elementi a sostegno degli obiettivi strategici proposti che sia naturalmente basata su efficaci prove documentali che ne dimostrino la realizzabilità. Inoltre, eventuali discontinuità o differenze sostanziali tra risultati prospettici di piano e risultati storici che rappresentino, quando il piano è redatto in una situazione di crisi, la condizione per il superamento dell'andamento negativo dei risultati, devono essere dettagliatamente e adeguatamente motivate e comprovate. In altri termini è necessario comprendere se le ipotesi alla base del piano siano coerenti con la struttura aziendale esistente – che in caso di crisi, può essere molto differente rispetto a quella che ha caratterizzato l'azienda in precedenti esercizi – e con le capacità concrete dell'azienda di affrontare la situazione, tenendo naturalmente presenti gli interventi che il conduttore si propone di effettuare grazie alle caratteristiche sue proprie.

La prassi, come si avrà modo di evidenziare *infra*, dimostra che in realtà ad oggi – complice probabilmente la più significativa diffusione dello strumento in tempi recenti, ma l'ancora scarsa abitudine al nuovo approccio alle crisi di impresa – i terzi che si propongono come controparti contrattuali si mantengono su posizioni caratterizzate da asimmetria informativa nei confronti della procedura. Nella maggior parte dei casi fa loro buon gioco la caratteristica di unicità della propria offerta e la consapevolezza che le ricerche di offerte migliorative necessariamente poste in essere dal curatore difficilmente hanno esito positivo. È pertanto auspicabile, affinché si diffondano atteggiamenti più collaborativi una sempre maggiore efficienza anche dei complessi procedimenti competitivi aventi ad oggetto appunto i contratti di affitto di azienda.

Vale la pena di riflettere sul caso comune in cui in realtà non vi siano moltitudini di soggetti interessati alla sottoscrizione di un contratto di affitto di azienda con il curatore, ma vi sia un solo soggetto interessato. Pare a chi scrive che, in coerenza con la lettera del secondo comma dell'art. 104-bis L.f., sia necessario procedere con la ricerca di offerte migliorative. Ciò significa che sarà necessario organizzare un'asta che abbia per oggetto il contratto di affitto di azienda e che preveda quale base per la competizione le condizioni previste dall'unica offerta pervenuta. In questo contesto è rilevante che il curatore bene sintetizzi gli aspetti strategici e anche critici dell'offerta pervenuta così che sia chiaro agli eventuali concorrenti quali siano le previsioni contrattuali salienti relativamente alle quali è auspicato il miglioramento. Ci si riferisce naturalmente al canone di locazione, ma anche alle garanzie proposte a fronte dei pagamenti periodici, nonché ad altri rilevanti clausole e previsioni relative a titolo esemplificativo al personale, agli eventuali accoli di poste passive e alla proposta di valorizzazione di poste attive – ad esempio il magazzino – durante il periodo contrattuale.

In ogni caso il curatore anche in questi casi deve cercare di costruire un percorso di comunicazione con l'unica controparte affacciata sulla scena. Sarà a parere di chi scrive utile chiarire alla stessa il fatto che la norma auspica non una «qualunque continuazione» dell'impresa, bensì una «sostenibile continuazione» dell'impresa.

Questa considerazione implica naturalmente per il curatore la necessità di giustificare in termini economico-aziendali la propria scelta di affidare la conduzione dell'azienda della società fallita ad uno specifico soggetto. Conseguentemente presenterebbe criticità e dovrebbe pertanto essere esclusa, a parere di chi scrive, la possibilità per il curatore di indicare quale conduttore un certo soggetto sulla base del solo fatto che il medesimo è il solo che ha manifestato un interesse nell'azienda senza che costui abbia comprovato e garantito le proprie intenzioni, possibilità e capacità. Le pressioni sociali derivanti ad esempio dalla necessità di salvaguardare l'occupazione – pur richiamate dal secondo comma dell'art. 104-bis l.f. – non dovranno essere strumentalmente utilizzate dal soggetto proponente, né tantomeno subite dal curatore. Peggio sarebbe infatti per i lavoratori se l'azienda fosse affidata ad un soggetto che non si dimostri poi in grado di mantenerla in equilibrio economico-finanziario.

In una tale fattispecie, l'indeterminatezza e la conseguente rischiosità della situazione dovrebbero portare il curatore a rifiutare l'opzione della continuità aziendale con la conseguenza di optare – una volta eventualmente esperiti ulteriori tentativi di asta e tutti i tentativi di trattativa creduti necessari – per la liquidazione a-sistemica delle singole attività aziendali. In altri termini deve essere chiaro al curatore che l'affitto d'azienda è una opzione da considerare obbligatoriamente non da perseguire obbligatoriamente e che di conseguenza la liquidazione delle singole parti rappresenta sempre una opzione concorrente di tutto rispetto da confrontarsi con una eventuale offerta di affitto formulata in modo non convincente o da un soggetto che non fornisca le necessarie garanzie.

14.3.2 La conservazione dei livelli occupazionali

L'art. 104-bis l.f. invita il curatore che esprime il proprio giudizio sulle proposte di affitto di azienda a tenere conto dell'impatto sociale che la conclusione di un determinato contratto è destinato a comportare. In altri termini a parità di condizioni dovrà essere preferito quel contratto che permette una maggiore tutela sia in termini quantitativi, sia in termini qualitativi dei lavoratori impegnati nell'ambito dell'azienda di proprietà della fallita⁵⁵.

L'enfasi posta sul punto dalla lettera della norma può però spingere il curatore a considerazioni ulteriori, portandolo a preferire una soluzione che, pur meno interes-

⁵⁵ «La scelta [...] deve tenere conto [...], per la prima volta all'interno di una legge fallimentare italiana, della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, in quanto il legislatore ha ritenuto di dover essere sensibile anche al valore della conservazione dei livelli occupazionali», P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 597.

sante per altri profili, sia in grado di salvaguardare un numero maggiore di posti di lavoro. Come si è già sostenuto nel paragrafo che precede, il curatore dovrà in questi frangenti essere particolarmente accorto, equilibrato e prudente in modo tale da evitare strumentali enfattizzazioni degli aspetti sociali da parte di proponenti che si rivelino però scarsamente affidabili sotto altri rilevanti aspetti.

14.3.3 La congruità del canone

Si è visto che il canone di affitto non è l'unico elemento da considerare. Ciò nonostante la valutazione della congruità del medesimo mantiene centralità nell'ambito delle valutazioni del curatore in quanto rappresenta una condizione necessaria ancorché non sufficiente per l'espressione di un giudizio positivo sul potenziale conduttore. Prova ne è la accennata necessità di produrre una specifica relazione di stima da parte di un perito terzo.

La crescente diffusione dell'istituto proprio nello specifico ambito delle crisi di impresa, la conseguente maggiore frequenza con cui la problematica è destinata ad affacciarsi quale soluzione ottimale per la migliore liquidazione delle attività, nonché la conseguente potenziale necessità per il curatore di estendere l'analisi svolgendo anche valutazioni comparative tra differenti proposte, impone di affinare strumenti professionali adatti ad orientare e giustificare le scelte del curatore, fornendo basi scientifiche e logiche alle quali ancorare l'espressione delle valutazioni. Il curatore non può limitarsi ad accettare «qualsiasi» proposta pervenga, ma è chiamato a svolgere opportune verifiche sulla congruità delle offerte pervenute ricorrendo alle metodologie di calcolo elaborate dalla più recente dottrina economico aziendale.

Pare a chi scrive infatti che, anche qualora fosse richiesta la redazione di una relazione specifica da parte di un esperto terzo, resterebbe tutta del curatore la responsabilità della scelta di procedere o meno con la sottoscrizione di un determinato contratto di affitto d'azienda, costituendo la stima solo uno degli elementi utili per la valutazione.

Pur rinviando per approfondimenti specifici alle precedenti parti del presente lavoro dedicate alla determinazione del congruo canone di affitto⁵⁶, pare opportuno richiamare in questa sede i due principali approcci al tema per valutare quale possa risultare maggiormente condivisibile nel contesto della procedura fallimentare.

La prima modalità, più tradizionale, prevede la determinazione del congruo canone di affitto (C_w) in funzione del valore economico dell'azienda affittata (W) secondo la formula:

$$\text{Congruo canone di affitto} = C_w = (R \cdot W)$$

Le criticità di questo approccio nel contesto della ordinaria gestione aziendale possono essere sintetizzate nella sostanziale difficoltà di determinazione del parametro di riferimento R .

⁵⁶ Si rinvia per approfondimenti *supra* alla parte del presente lavoro redatta a cura di F. Bavagnoli.

La seconda modalità o modalità alternativa assimila l'operazione di affitto di azienda ad un finanziamento garantito e determina il congruo canone di affitto (C_w) come somma di tre differenti componenti:

$$\text{Congruo canone di affitto} = (W \cdot \text{IBR}) + \text{Rendita } \Delta W + MS$$

Il primo addendo è individuato moltiplicando il valore economico dell'azienda affittata per l'*Incremental Borrowing Rate* dell'affittuario, ovvero per il tasso di interesse di mercato a cui l'affittuario potrebbe ricevere un finanziamento da parti indipendenti, garantito dall'azienda affittata, avente durata pari al contratto di affitto e da rimborsare in una sola soluzione alla scadenza. Ad esso è aggiunta o tolta una rendita intesa come variazione attesa del valore dell'azienda tra l'inizio e la fine del contratto, per la parte non coperta dal conguaglio di fine affittanza se previsto. Infine la formulazione applicata alle situazioni aziendali ordinarie prevede la computazione dell'ammontare annuo medio atteso delle spese di manutenzione straordinaria a carico del locatore.

L'approccio tradizionale è sintetico e, in quanto tale, può implicare notevoli gradi di soggettività prestando il fianco a impietose critiche si è rilevato in proposito che: «nella prassi valutativa rilevata nell'operato di alcuni esperti nominati dai Tribunali, è riscontrabile la diffusione di un approccio a-tecnico e apodittico, per cui il canone risulta dall'applicazione di una percentuale scelta a discrezione del perito al valore dei cespiti costituenti il complesso aziendale, senza che siano fornite particolari giustificazioni circa la scelta di una percentuale rispetto alle alternative disponibili»⁵⁷.

L'approccio alternativo propone, rispetto a quello tradizionale, uno schema più razionale in quanto individua e valorizza differenti componenti della remunerazione dovuta al concedente. Ciò permette una migliore modulazione del giudizio che può tenere maggiormente conto delle caratteristiche specifiche della proposta pervenuta al curatore. La determinazione del congruo canone di affitto non può prescindere da una attenta considerazione delle peculiarità del contratto che incidono sui profili di convenienza economica dell'affittuario e del locatore. Si è visto infatti che il contratto ha natura atipica e non *standardizzata* pertanto modifiche nelle clausole pattuite dai contraenti, cambiano anche i profili di convenienza economica delle parti.

Nelle procedure concorsuali ad esempio è prassi prevedere che le spese di manutenzione straordinaria siano a carico del solo locatario. La formula potrà in questi casi tenere conto della specifica pattuizione annullando il terzo addendo.

Inoltre, sempre in ambito fallimentare, come si avrà modo di approfondire *infra*, è solitamente escluso dal perimetro dell'azienda oggetto di locazione il magazzino: la proprietà del medesimo è mantenuta dal curatore che può cederlo a terzi oppure allo stesso locatario secondo modalità da stabilirsi (in blocco, a consumo, in base a

⁵⁷ Così F. Bavagnoli, *Il congruo canone di affitto*, in *L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 81.

contratto estimativo, ecc.). Anche le altre principali poste dell'attivo e passivo corrente non sono oggetto del contratto di affitto. In particolare il curatore si occupa della gestione e recupero dei crediti pre-esistenti e naturalmente della composizione dello stato passivo al quale accedono i debiti pre-esistenti. La formula dovrà di conseguenza essere modulata per tenere conto di queste specificità: in particolare esse entreranno nella determinazione del capitale economico di inizio e fine affittanza.

Altro elemento che caratterizza le procedure concorsuali rispetto alle situazioni ordinarie è rappresentato dalla frequente mancata previsione del conguaglio di fine affittanza. Tale omissione è accompagnata sovente alla formulazione sin dal momento in cui è sottoscritto il contratto di affitto, di una parallela e concorrente proposta di acquisto dell'azienda al termine del contratto stesso per un importo pre-determinato anche se è opportuno rinviare ai paragrafi successivi per alcune rilevanti riflessioni sulla compatibilità della formulazione di offerte di acquisto dell'azienda al termine del periodo di affittanza e la procedura competitiva prevista per l'aggiudicazione della stessa ai sensi dell'art 104-bis, comma 5. La mancanza del conguaglio potrà concorrere alla quantificazione del congruo canone nell'ambito della quantificazione del secondo addendo che resterà pertanto pari alla rendita calcolata sulla sola variazione attesa del valore dell'azienda tra l'inizio e la fine del contratto, non essendovi alcun conguaglio da aggiungere o togliere.

Convieni, infine, evidenziare una ulteriore caratteristica del contesto delle procedure fallimentari: è necessario tenere conto della difficoltà di stima del valore economico dell'azienda o del valore economico del ramo d'azienda oggetto del contratto. Quest'ultimo infatti sarà individuato più probabilmente mediante l'utilizzo di metodologie patrimoniali semplici o complesse utili alla valorizzazione delle singole attività materiali ed eventualmente, qualora presenti, dei beni immateriali individuabili e di interesse per il conduttore (marchi, brevetti, formule, disegni, ecc.). Il valore economico dell'azienda infatti probabilmente non sarà tanto distante dal valore di liquidazione fatta eccezione per i possibili residui valori intangibili quali, ad esempio, una consolidata presenza sul territorio, un marchio particolarmente noto o una clientela particolarmente affezionata o del *know-how* di pregio ancora conservato e vitale all'interno dell'azienda. Si è altresì evidenziato, a ragione, che tali residui valori potrebbero essere assorbiti anche integralmente dall'inerzia negativa della gestione precedente.

Criticità notevoli presenterebbe infatti la determinazione autonoma mediante ricorso a metodologie miste patrimoniali e reddituali dell'eventuale avviamento (positivo, ma più probabilmente in questi casi negativo). Quando oggetto del contratto è l'unica azienda della società fallita si è inevitabilmente in presenza di dati storici negativi. Inoltre anche i dati prospettici potrebbero non essere confortanti, se, come deve essere, l'approccio utilizzato considera l'azienda in ipotesi *stand alone*, e quindi neutralizza i positivi interventi che potrebbero essere posti in essere dalla nuova gestione. Quando oggetto del contratto è invece un ramo d'azienda, si pone l'ulteriore problema della individuazione dei dati storici su cui fondare l'analisi. Non sempre in-

fatti il ramo oggetto di interesse da parte dell'offerente corrisponde con una distinta divisione aziendale per la quale in passato è stata tenuta o è agilmente ricostruibile una contabilità separata. Si aggiungono in questo caso ulteriori elementi di soggettività all'analisi.

In conclusione la maggiore flessibilità del metodo alternativo per la valutazione della congruità del canone pare a chi scrive da preferirsi, anche nel contesto delle procedure concorsuali, nell'ambito delle quali, come si è già avuto modo di evidenziare, è particolarmente importante per il curatore non solo poter esprimere un giudizio corretto, ma altresì poter esprimere un giudizio la cui bontà sia sufficientemente dimostrabile ossia la cui espressione segua percorsi logici ripercorribili *ex post* da un soggetto terzo, pur tenendo conto della difficoltà della stima in questo specifico contesto.

14.3.4 Le garanzie dell'adempimento: fideiussione bancaria o assicurativa, fideiussione corporate, deposito somme, altre forme e clausole

Il grado di convincimento del curatore sulla bontà dell'offerta sarà naturalmente influenzato dalla capacità del proponente di fornire adeguate garanzie a tutela del buon fine delle obbligazioni monetarie assunte. Si è visto che il secondo comma dell'art.104-bis l.f. prevede esplicitamente che la scelta dell'affittuario debba tenere conto delle garanzie prestate. Il terzo comma specifica che «il contratto di affitto di azienda deve prevedere idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge». Come già osservato la maggiore apertura verso il concetto di «salvaguardia del valore dell'azienda fallita», accedendo tra l'altro al contratto di affitto di azienda, non comporta la modifica del ruolo del curatore che resta il soggetto preposto alla tutela della massa dei creditori e non può conseguentemente assumere decisioni che possano esporre l'attivo fallimentare al rischio di depauperamento. I soggetti che si propongono quali potenziali conduttori devono conseguentemente garantire le obbligazioni che assumono.

Le forme di garanzia più favorevoli alla massa dei creditori sono rappresentate dalle fideiussioni bancarie o assicurative a prima richiesta rilasciate da istituti riconosciuti dal mercato. La copertura del rischio dovrebbe essere commisurata al valore nominale dell'impegno a scadere cui deve essere aggiunto, nel caso in cui sia formulata anche una proposta di acquisto, il valore eventualmente previsto per l'acquisto dell'azienda allo scadere del contratto di affitto.

Vale la pena di ricordare in proposito, rinviando *infra* per approfondimenti, che è invalsa la prassi, mutuata dalla configurazione del contratto di leasing finanziario, di imputare i canoni di affitto in tutto o in parte a scomputo del prezzo dovuto in caso di aggiudicazione dell'azienda al termine del periodo di affittanza. Come si avrà modo di rilevare più ampiamente riflettendo sulla previsione convenzionale del diritto di prelazione, solo parte della dottrina considera questo approccio compatibile con l'attuale configurazione normativa.

Una seconda forma di garanzia è rappresentata dal rilascio di fideiussioni cosiddette *corporate* ossia rilasciate da soggetti terzi la cui solidità e capacità finanziaria è riconosciuta o quantomeno riconoscibile una volta effettuate le dovute verifiche ed analisi da parte del curatore. Questo genere di garanzia si rende imprescindibile quando il soggetto che si propone per la sottoscrizione del contratto di affitto è – come spesso accade – una società neo costituita. L'interlocutore giuridico in questi casi differisce dal soggetto economico che si propone quale interlocutore del curatore. Quest'ultimo infatti è generalmente rappresentato dalla società o dalle società o ancora dalle persone fisiche che costituiranno il veicolo societario con il quale si propone di stipulare il contratto di affitto di azienda. Nei fatti il curatore si interfaccia con i reali referenti della *governance* della *newco* e conseguentemente non può che richiedere che quei medesimi soggetti garantiscano il buon esito degli impegni poi formalmente assunti dalla nuova entità. Il curatore non può infatti contare, in assenza di tali impegni formali, sull'intervento dei soci in caso di difficoltà della *newco*. Trattandosi di soggetti giuridici differenti i primi – cioè i soci – potrebbero lecitamente non considerarsi coinvolti in un eventuale *default* della propria partecipata. Quest'ultima ipotesi, però proprio qualora venisse a mancare l'appoggio della compagine sociale di riferimento, potrebbe non essere remota in quanto la capacità della conduttrice di fare fronte al pagamento dei canoni di locazione sarebbe esclusivamente frutto dell'andamento dell'azienda affittata. La *newco* affittuaria dovrebbe in questi casi essere in grado di porre in essere una gestione che generi risorse finanziarie sufficienti per autofinanziare le operazioni caratteristiche, per remunerare la propria attività imprenditoriale, per pagare il canone di affitto periodico e, infine, per pagare il prezzo a saldo per l'acquisto dell'azienda piuttosto che il conguaglio finale se dovuto. L'affittuario nella fattispecie delineata, in assenza di garanzie terze, non potrebbe contare su disponibilità finanziarie ulteriori rispetto a quelle generate dall'attività aziendale oggetto del contratto. In questa fattispecie specifica:

- i. la correlazione tra l'andamento dell'azienda e la possibilità di mantenere i propri impegni da parte dell'affittuario sarebbe altissima;
- ii. il rischio di inadempimento sarebbe conseguentemente importante;
- iii. la fattispecie potrebbe essere considerata, anche se con le dovute cautele, una sorta di «esercizio provvisorio delegato» in quanto svolge un ruolo attivo esclusivamente l'azienda locata, mentre sembrano restare sullo sfondo i soggetti che ne assumono temporaneamente il controllo.

Un'ulteriore forma di tutela della massa fallimentare può essere rappresentata dal deposito a garanzia presso un soggetto terzo – che le terrà a disposizione della curatela – di determinate somme di denaro. Queste solitamente sono computate in percentuale sull'importo complessivo degli impegni che ci si propone di assumere oppure sono computate per un importo pari alle somme di denaro che sarebbero necessarie per la copertura di uno o più periodi di locazione.

In quest'ultimo caso ma in realtà anche nei precedenti casi qualora la garanzia sia concessa in termini percentuali è utilizzato solitamente un sistema «a scorrimento» che prevede il mantenimento del deposito a garanzia per tutta la durata del contratto di locazione – e quindi non solo fino alla scadenza del primo periodo «coperto» dalla costituzione della garanzia – nonché lo scomputo della stessa dall'importo dovuto alla fine del periodo per l'acquisto dell'azienda, qualora previsto.

Oltre alle tre commentate possono essere naturalmente previste altre differenti garanzie quali: garanzie di terzi, garanzie reali su altri beni dell'affittuario ovvero cessioni o costituzioni in pegno dei crediti derivanti dall'esercizio dell'attività e così via.

Possono infine essere previste – in aggiunta alle citate garanzie monetarie – alcune tipiche clausole contrattuali rilevanti per una migliore tutela del fallimento e del curatore. È opportuno ad esempio che siano previste⁵⁸:

- a) la risoluzione del contratto nel caso di mancato pagamento di uno o più canoni;
- b) l'imposizione di penali giornaliere piuttosto elevate in caso di inadempimento degli obblighi assunti nel contratto con riferimento alla consegna dell'azienda al termine dell'affitto o dopo l'intervenuta aggiudicazione di questa al migliore offerente;
- c) l'impegno dell'affittuario a partecipare alla procedura di vendita dell'azienda, in modo tale da assicurarsi una prima offerta di acquisto dell'azienda ad un valore noto e predeterminato;
- d) l'assenza di previsione di rinnovo automatico o di obbligo di preavviso in caso di disdetta anticipata;
- e) il divieto di cessione del contratto e di subaffitto, in quanto la procedura ha valutato e soppesato le qualità personali di un determinato affittuario anche in considerazione delle sue capacità patrimoniali e imprenditoriali;
- f) la previsione degli obblighi manutentivi a carico dell'affittuario e l'eventuale possibilità per l'affittuario di dismettere o sostituire beni aziendali;
- g) la previsione di obblighi assicurativi così da mantenere integra la capacità produttiva e il reintegro monetario a favore della massa dei creditori per l'eventuale danneggiamento dei beni strumentali.

14.4 DURATA DEL CONTRATTO

La durata dell'affitto è elemento fondamentale del contratto e non è ipotizzabile, poiché contrastante con le finalità stesse dello strumento negoziale, un contratto privo di durata o con durata indeterminata.

⁵⁸ D. Balducci, *L'affitto d'azienda*, V ed., Milano, Fag Ed., 2010, p. 191; C. Miele, *Affitto dell'azienda o di rami dell'azienda*, in M. Ferro, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, CEDAM, 2007, p. 769; P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 598.

Il quarto comma dell'art.104-bis l.f. stabilisce che «la durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni». Questa indicazione rappresenta una lecita richiesta di coerenza interna tra le scelte operate dal liquidatore e richiama la necessità di non dilatare i tempi del fallimento. La durata del contratto di affitto, posto che lo stesso è un ponte verso una migliore liquidazione, deve essere strumentale a questa e quindi di durata auspicabilmente contenuta⁵⁹. Se la durata fosse eccessiva si cristallizzerebbe una situazione in realtà pensata come provvisoria e funzionale alla migliore liquidazione delle attività e si procrastinerebbe il momento di effettivo realizzo delle attività aziendali. La norma riconosce esplicitamente il valore del tempo e pone un limite alla durata in termini non assoluti, ma relativi e quindi modulabili dal curatore in funzione della situazione.

È stato evidenziato in dottrina come nella fase iniziale della procedura non sia possibile prevedere la durata «giusta» dell'affitto suggerendo quale possibile rimedio in tali casi la previsione della possibilità di una proroga per un periodo predeterminato.

14.5 L'INDIVIDUAZIONE DELL'AZIENDA O DEL RAMO D'AZIENDA

Vale la pena di soffermarsi su di un aspetto che può apparire non problematico, ma che al contrario da un punto di vista economico aziendale assume specifica rilevanza e che nella pratica spesso, proprio in quanto sottovalutato, può essere foriero di rilevanti contenziosi. È necessario che nel contratto di affitto di azienda siano esplicitamente e analiticamente individuati tutti gli elementi attivi e passivi che compongono l'oggetto del contratto. Questo significa operativamente che nel testo del contratto – o eventualmente in uno specifico allegato sottoscritto ed esplicitamente richiamato nel testo pattizio – deve essere inserito uno stato patrimoniale relativo alla azienda o al ramo d'azienda ceduto nonché i prospetti di dettaglio che permettano di individuare la composizione di tutte le poste attive e passive che passano alla controparte. Ciò significa che è auspicabile fornire indicazioni il più possibile complete quali, ad esempio, facendo riferimento alla classificazione civilistica di stato patrimoniale:

1. *per le immobilizzazioni materiali* l'elencazione dei singoli beni mobili di proprietà o in possesso a vario titolo, la loro dislocazione nell'ambito dei locali aziendali, l'elencazione dei beni immobili il valore ad essi attribuito;
2. *per le immobilizzazioni immateriali* l'elencazione dei singoli marchi, brevetti, formule di proprietà o in utilizzo a vario titolo con l'indicazione delle caratteristiche

⁵⁹ «[...] in relazione alla durata del contratto è previsto che la stessa debba essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni, il che fa comprendere come quei contratti di affitto per numerosi anni a canone quasi vile, che spesso l'ex fallito sotto mentite spoglie, propone, non siano nemmeno da prendere in considerazione», P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 598.

dei medesimi e il richiamo ai principali documenti che ne accertano l'esistenza e la disponibilità;

3. *per le immobilizzazioni finanziarie* l'elencazione e la natura delle singole componenti con l'indicazione: nel caso di crediti di finanziamento, dei saldi alla data di riferimento e delle anagrafiche dei soggetti nei confronti dei quali i medesimi sono vantati nonché la scadenza dei medesimi; nel caso di partecipazioni strategiche, delle indicazioni utili alla individuazione delle stesse e al reperimento delle informazioni necessarie per eventuali interventi sulla *governance*; nel caso di titoli, le indicazioni rilevanti per la gestione dei medesimi, ancorché considerata di lungo periodo;
4. *per le poste dell'attivo circolante*, nel caso in cui ne sia prevista l'inclusione nel perimetro dell'azienda locata, l'elencazione dei crediti di funzionamento alla data di riferimento completa di saldi, anagrafiche e scadenze; l'elencazione dei materiali – materie prime, semilavorati, merci, prodotti in corso di lavorazione – oggetto di cessione al locatario nonché la loro dislocazione fisica; l'elencazione di eventuali rapporti attivi con gli istituti di credito che si prevede possano continuare in capo al conduttore;
5. *per le poste del passivo*, nel caso in cui ne sia prevista l'inclusione nel perimetro dell'azienda locata, l'elencazione dei debiti che si prevede vengano accollati al conduttore (solitamente relative alle posizioni dei dipendenti che si prevede di trasferire al conduttore) completa di saldi, anagrafiche e scadenze.

È importante altresì che sia specificato in sede di stipulazione se esistano eventuali contratti attivi tipicamente consistenti in commesse già in essere nei confronti di clienti che il conduttore si impegna a portare a termine. A fronte di tali contratti potrebbero essere stati versati e incassati acconti e potrebbe pertanto sussistere uno specifico interesse della massa dei creditori ad una positiva conclusione dei medesimi da parte del conduttore in quanto ciò comporterebbe sia la riduzione del monte dei debiti solitamente chirografari – salva differente pattuizione – sia la riduzione del rischio di cause per danni derivanti dalla mancata tempestiva fornitura.

Infine, anche in considerazione dell'esplicito richiamo fatto dall'art. 104-bis, comma 2 alla «conservazione dei livelli occupazionali» è importante indicare analiticamente e quindi nominativamente i rapporti di lavoro oggetto di continuazione in capo all'affittuario.

La rilevanza di quanto precede è amplificata e diviene eccezionale quando anziché essere affittata l'intera azienda, si proceda con la conduzione di uno specifico ramo di essa. In questi casi può essere opportuno per il curatore, a complemento delle operazioni di individuazione ed elencazione poste in essere ai fini della stipulazione del contratto di affitto del ramo, procedere anche con l'accurata individuazione ed elencazione degli elementi attivi e passivi «residuali» ossia non ricompresi nell'operazione. Tale elencazione dovrebbe essere opportunamente portata a conoscenza del potenzia-

le conduttore in un momento antecedente la sottoscrizione del contratto. L'esperienza insegna, infatti, che l'esplicita esclusione di alcuni elementi può indurre quest'ultimo: i) a meglio soppesare la definizione concordata del perimetro del ramo d'azienda e ii) a presentare, di conseguenza, richieste di integrazione della proposta inizialmente formulata. Solitamente queste ampliano l'oggetto del contratto includendo elementi inizialmente non previsti e di conseguenza modificano in termini migliorativi per la massa le condizioni monetarie pattuite.

14.5.1 Criticità sul magazzino

Particolarmente critico è spesso il tema dell'inclusione e delle modalità di inclusione del magazzino nel perimetro dell'azienda locata. Nella maggior parte dei casi la proprietà e la disponibilità del medesimo è mantenuta in capo all'azienda fallita ed è prevista la cessione al conduttore a consumo talvolta accompagnata dalla conclusione di un contratto di deposito⁶⁰ e la cessione in blocco, sempre al conduttore, del materiale residuo al termine del periodo di affittanza. È fatto più raramente ricorso al contratto estimatorio previsto dall'art. 1556 c.c., in base al quale la proprietà, i rischi e i benefici economici inerenti allo stesso rimangono in capo al concedente, così come i relativi ricavi di vendita sono a quest'ultimo retrocessi con il riconoscimento di una quota parte del margine all'affittuario per l'attività svolta e l'affittuario si impegna ad acquistare il magazzino invenduto dopo un determinato periodo ad un prezzo di liquidazione pari ad una percentuale del costo.

Specialmente nel caso della vendita dei beni all'affittuario «a consumo» si propongono due principali criticità.

In primo luogo è necessario che il curatore mantenga il controllo – fisico o documentale – sui prelievi effettuati dal conduttore. Poiché nelle prime fasi della procedura è redatto l'inventario di tutti i beni materiali riconducibili all'azienda fallita e di conseguenza anche delle merci, materie prime, semilavorati, prodotti in corso di lavorazione presenti in magazzino è opportuno che il medesimo diventi il documento di riferimento per entrambe le parti. Sarà necessario stabilire delle procedure e delle modalità per l'effettuazione e la contabilizzazione dei singoli prelievi di magazzino.

Se i beni si trovano nel medesimo luogo in cui il conduttore sarà autorizzato a continuare e a svolgere l'attività, sarà indispensabile per il curatore porre in essere

⁶⁰ «Possono fare parte dell'azienda affittata dal fallimento, ove ciò venga ritenuto opportuno per la economicità della procedura i crediti e il magazzino di materie prime, scorte, semilavorati. Anche se di regola gli organi delle procedure preferiscono ritenere estraneo all'affitto di azienda il c.d. magazzino provvedendo alla separata vendita allo stesso affittuario delle merci che lo costituiscono, e ciò non solo per ragioni intuitive di carattere economico-finanziario e di più immediata realizzazione dell'attivo, ma anche per evitare pesanti problematiche di carattere inventariale al momento della restituzione dell'azienda», A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 42.

delle azioni di tutela e salvaguardia del patrimonio della massa ad esempio isolando fisicamente i locali in cui le merci sono custodite e nominando un proprio delegato alla gestione diretta in loco delle movimentazioni di materiale.

Se i beni sono utilmente ed economicamente asportabili in altro spazio a disposizione della curatela potrebbe essere opportuno provvedere al trasferimento delle stesse onde evitare qualsiasi dubbio o fraintendimento sulla titolarità dei medesimi e onde evitare commistioni tra i beni del fallimento e quelli del conduttore. In questo secondo caso i medesimi saranno in seguito man mano rimessi nella disponibilità del conduttore a seguito di sua formale richiesta.

Se nessuna delle due opzioni è percorribile – solitamente in quanto troppo costosa – è quantomeno necessario prevedere la programmazione di verifiche periodiche (settimanali/mensili) in contraddittorio con il conduttore volte a controllare la correttezza e completezza delle scritture di scarico delle quantità a magazzino effettuate a seguito degli utilizzi e delle vendite nonché la conseguente correttezza dell'indicazione delle quantità ancora in giacenza. Vale la pena precisare che quest'ultima verifica non può prescindere dall'implementazione di una procedura di inventario – più probabilmente svolta con verifiche bidirezionali di esistenza e di completezza a campione – sui beni.

In secondo luogo è indispensabile procedere con una valutazione analitica mediante perizia di terzo dei beni costituenti il magazzino in modo tale da valutare la congruità dei valori di carico nella contabilità industriale dell'azienda – qualora esistente – e/o nella contabilità generale. I valori di riferimento cui è pattuita la cessione sono infatti solitamente individuati nella configurazione di costo utilizzata dall'azienda cedente cui in alcune condizioni è aggiunto un *mark up* predeterminato. Il curatore potrà essere sicuro della bontà della pattuizione solo dopo avere verificato se il prezzo per l'acquisto a consumo del magazzino proposto sia almeno uguale, ma preferibilmente superiore, rispetto al valore riconosciuto alle stesse con specifica perizia indipendente. Quest'ultimo rappresenterebbe infatti, in caso di assenza di offerte complessive aventi ad oggetto l'azienda o un ramo d'azienda, il valore base d'asta del magazzino a partire dal quale verrebbe bandita la competizione tra i potenziali partecipanti e costituisce quindi il valore minimo di riferimento al di sotto del quale non pare a chi scrive possibile avallare l'operazione di cessione al conduttore.

14.5.2 Criticità sui crediti

Non è prassi diffusa l'inclusione nel perimetro dell'azienda ceduta dei crediti maturati. L'art. 106 l.f. titolato «Cessione dei crediti, dei diritti, delle quote, delle azioni, mandato a riscuotere», ha però enunciato in modo esplicito che «il curatore può cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione». L'ipotesi è pertanto divenuta non solo possibile, ma ordinaria e legittimata dalla previsione normativa, e il curatore dovrà prenderla in considerazione.

Da un punto di vista economico aziendale pare per altro sensato che per motivi di continuità possa essere previsto il passaggio all'affittuario dei crediti commerciali vantati nei confronti di soggetti con i quali quest'ultimo deve intrattenere rapporti durante il periodo del contratto. Ancora potrebbe essere utile il passaggio dei crediti commerciali legati a contratti di durata. Si pensi ad esempio ai crediti sorti per l'effettuazione di manutenzioni periodiche a favore di specifici clienti su macchinari in precedenza forniti dall'azienda.

14.5.3 Criticità sui debiti

Sono stati affrontati nella prima parte del presente lavoro, cui si rinvia, gli aspetti giuridici relativi all'esclusione del subentro dell'affittuario nei debiti del locatore precedenti la sottoscrizione del contratto e risultanti dalle scritture contabili obbligatorie.

In questa sede vale la pena di richiamare il fatto che la mancanza di responsabilità dell'affittuario per tali posizioni è confermata nella Relazione Illustrativa dove si afferma che la stessa «trova giustificazione nel bisogno di assicurare che i creditori anteriori, in funzione della cui tutela l'affitto è stato disposto, non vengano ad essere penalizzati dalla condotta dissennata dell'affittuario». Un'ulteriore indiretto conforto è rintracciabile nel disposto dell'art. 105, quarto comma, che, in materia di vendita dell'azienda, stabilisce che «salvo diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti ceduti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento».

È stato evidenziato da taluni autori che tale conclusione va confermata, nonostante la curiosa disposizione dell'art. 104-bis, comma 6, per un esame più compiuto del quale si rinvia *infra*. Trattando della retrocessione dell'azienda al fallimento, tale norma precisa che non vi è responsabilità per i debiti in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 c.c. (in base al quale «in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano») e 2560 c.c. (in base al quale «nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito, anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori»). La lettera della norma è qualificata come «curiosa» in quanto sembra affermare l'esistenza di una asimmetria tra la fase di stipulazione dell'affitto e la fase della eventuale retrocessione dell'azienda affittata al fallimento. Questa asimmetria, in realtà solo formale, potrebbe al contrario essere portata erroneamente a supporto della applicabilità dell'art. 2560 c.c. alla fase dell'affitto. Sulla base delle considerazioni svolte è invece necessario sostenere e concludere che il subentro automatico nei debiti della società fallita è escluso.

Resta aperta l'opzione del subentro convenzionale stabilito dalle parti al momento di stipulazione del contratto. Anche in questo caso può essere richiamato l'art. 105,

ultimo comma, l.f. che in tema di vendita ammette il pagamento del prezzo in parte mediante accollo dei debiti, «soltanto ove non venga stravolta ed alterata la graduazione degli stessi». La previsione è rilevante, infatti, l'eventuale compensazione tra l'accollo del debito e il pagamento del canone, comporta una riduzione della liquidità disponibile per la procedura e quindi per la massa. Può pertanto essere ceduto e quindi soddisfatto dal conduttore, con conseguente sacrificio della massa dei creditori, quel creditore che, sulla base delle valutazioni preventive del curatore, verrebbe in ogni caso soddisfatto dalla liquidazione fallimentare.

14.6 DIRITTO DI ISPEZIONE DEL CURATORE

Il terzo comma dell'art. 104-bis l.f. prevede esplicitamente «il diritto del curatore di procedere alla ispezione della azienda». Tale diritto è in realtà già previsto dall'art. 1619 c.c., ciò nonostante la norma fallimentare lo richiama enfatizzandone la rilevanza. La previsione è incastonata accanto alla richiesta all'affittuario della prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni assunte. A parere di chi scrive la scelta del legislatore non è casuale, ma è tesa a delineare esplicitamente un quadro comportamentale del conduttore ispirato a trasparenza e serietà.

Le ispezioni hanno carattere eventuale, non è infatti sancito alcun obbligo del curatore di porle effettivamente in essere. La possibilità di porle in essere, però, pone indiscutibilmente la procedura in una posizione contrattuale vantaggiosa. Il curatore può richiedere infatti sia accessi fisici ai locali in cui è condotta l'azienda o il ramo d'azienda, sia ispezioni sui libri contabili del conduttore. Quest'ultima possibilità è consentita dall'ampia formulazione normativa e permette di valutare l'effettivo rispetto dei piani e delle previsioni inizialmente prospettati alla procedura, nonché la capacità economico finanziaria di fare fronte agli impegni assunti. In questo senso è del tutto logico il collegamento tra questa facoltà del curatore e il dovere dell'affittuario di fornire garanzie: primi elementi atti a rassicurare circa l'adempimento sono senz'altro da considerarsi da un lato il comportamento trasparente del conduttore e, naturalmente, dall'altro la registrazione di risultati positivi derivanti dalle sue capacità gestionale.

Il curatore e la massa si trovano, una volta sottoscritto il contratto, in una posizione di potenziale asimmetria informativa. La possibilità di periodiche ispezioni, conforta in quanto rappresenta un mezzo per ridurre il *gap* informativo tra le parti. Tale clausola potrebbe essere convenzionalmente ampliata:

- i. prevedendo la possibilità di libero accesso all'azienda da parte del curatore o di incaricati della curatela – ad esempio di un perito – in modo tale da potersi rendere conto dello stato di manutenzione della stessa e del suo regolare funzionamento;
- ii. prevedendo la dazione in comodato di un locale al locatore che in questo modo di diritto avrebbe non solo accesso, ma anche la possibilità di rimanere a contatto in

via continuativa – qualora se ne presentasse la necessità – con il conduttore, senza dover chiedere alcun «permesso di accesso».

Il contratto potrebbe prevedere a complemento del diritto di ispezione e a testimonianza della buona fede del conduttore informative periodiche volontarie di natura economico-finanziaria redatte dal conduttore a favore del curatore.

Infine a maggior tutela della possibilità di esercizio del diritto di ispezione, è stato suggerito di ricollegare all'inadempimento dell'affittuario che non consenta il pieno espletamento dei diritti di ispezione del fallimento, una ipotesi di risoluzione di diritto del contratto, ben potendo tale atteggiamento essere considerato grave al punto di porre a repentaglio la sopravvivenza stessa dell'azienda⁶¹.

14.7 DIRITTO DI RECESSO DEL CURATORE

L'art. 104-bis, comma 3, l.f. sancisce l'obbligo di prevedere «il diritto di recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'art. 111, primo comma n.1».

È stato evidenziato che si tratta di una previsione eccezionale in base alla quale è sostanzialmente sancita la non definitività della scelta del curatore di sottoscrivere un determinato contratto di affitto di azienda con una specifica controparte. Tale scelta infatti può essere in qualsiasi momento revocata comunicando il recesso unilaterale del curatore dal contratto.

In realtà la previsione di una opzione di uscita non pare preposta a rendere possibili discontinuità ingiustificate da parte del curatore. Poiché la durata del contratto è stabilita pattiziamente e la stessa è calibrata in funzione delle esigenze della procedura, la dottrina ha evidenziato che l'utilizzo della facoltà di recesso dovrebbe in ogni caso costituire evento «assai raro», che si verificherà solo per fare fronte a evenienze impreviste manifestatesi dopo la conclusione del negozio⁶².

La collocazione della previsione nell'ambito del terzo comma dell'art. 104-bis ne testimonia la natura di strumento posto a tutela – insieme con il diritto di ispezione e all'obbligatoria costituzione di garanzie – della procedura e della massa dei creditori. L'esercizio del recesso unilaterale consente infatti al curatore di potersi svincolare dal rapporto contrattuale qualora, ad esempio, le ispezioni abbiano messo in evidenza il fatto che il medesimo non si stia svolgendo secondo modalità soddisfacenti oppure qualora sia venuta meno la consistenza delle garanzie inizialmente concesse.

⁶¹ Cass. 13 giugno 1985, n. 3554, in *Foro It.*, 1985, I, 2915 e Cass. 5 marzo 1980, n.820, n *Giust. civ. mass.* 1980, fasc. 2, commentate in A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 79.

⁶² Evidenzia la rarità dell'esercizio del diritto Claudio Miele in *Affitto dell'azienda o di rami dell'azienda*, cit., p. 768.

Non si tratta però della sola fattispecie possibile. Potrebbero manifestarsi infatti nuove e convenienti opportunità per la liquidazione della azienda a condizioni più favorevoli e in tempi più rapidi per fruire delle quali il curatore può sciogliersi dal contratto sottoscritto⁶³.

Qualsiasi sia la motivazione del recesso è dovuta la corresponsione di un «giusto» indennizzo alla controparte.

Giova evidenziare che trattandosi dell'esercizio di un diritto non sarà necessario che il curatore motivi all'affittuario la propria decisione. Il recesso è espressione di un momento volitivo del fallimento e l'affittuario non può che: accettarlo al momento di sottoscrizione del contratto, in quanto previsto obbligatoriamente dalla normativa, e successivamente subirlo senza poter opporre alcuna eccezione nel momento in cui il curatore decida di ricorrervi.

Al contrario tale motivazione deve essere invece articolata nell'ambito dell'informativa che deve essere presentata, ai sensi del comma 2, al comitato dei creditori. Poiché si tratta di una decisione che va in senso opposto rispetto a quella con cui in precedenza il medesimo curatore ha richiesto l'autorizzazione al comitato e al Giudice Delegato alla sottoscrizione del medesimo contratto, è opportuno che siano descritte in modo convincente le ragioni che hanno indotto la modifica di orientamento. Da un punto di vista procedurale è però necessario puntualizzare che quello richiesto al comitato dei creditori per poter procedere è un parere obbligatorio ma non vincolante e che non è prevista alcuna autorizzazione del recesso da parte del Giudice Delegato. L'asimmetria del procedimento autorizzativo nelle due fasi – sottoscrizione e recesso – è stata definita in dottrina come «apparentemente incomprensibile»⁶⁴. Il valore del giusto indennizzo dovuto in prededuzione all'affittuario deve prudentemente essere predeterminato nel contratto o quantomeno devono essere individuati i criteri per la sua determinazione. L'omissione della previsione espone potenzialmente la procedura a richieste di indennità rilevanti da pagarsi in prededuzione.

Pare convincente la tesi dell'implicito richiamo alle modalità previste dall'art. 79 l.f. che regola, come più *infra* analizzato, il destino del contratto di affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento. In particolare è in quel contesto prevista la possibilità di recesso per entrambe le parti con corresponsione di un equo indennizzo all'altra parte. In caso di dissenso sulla quantificazione, questa è rimessa al giudice delegato, sentiti gli interessati. Si è evidenziato autorevolmente che anche in caso di scioglimento di un contratto endofallimentare «è affidata al giudice, nella sua recuperata funzione di risolutore di conflitti, la cognizione relativa alla determinazione

⁶³ «Particolare attenzione è stata dedicata al tema del recesso dal contratto da parte del curatore, poiché al medesimo potrebbe sorgere l'esigenza di far cessare, prima dello spirare della scadenza contrattuale, il contratto, ad esempio perché ha trovato un interessato all'acquisto che ha presentato una offerta particolarmente conveniente», P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 598.

⁶⁴ Così A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 28.

dell'equo compenso, consentendo al curatore di riacquistare la sua libertà, con parere consultivo del comitato dei creditori, in qualunque momento senza che ciò determini la possibilità di avanzare ingenti ed ingiustificate richieste di risarcimento danni»⁶⁵.

Riflessioni differenti porterebbero infatti a conclusioni dubbie. La considerazione che in assenza di un esplicito richiamo dell'art. 79 l.f. nel testo dell'art. 104-bis il medesimo non trovi applicazione porterebbe, infatti, a concludere che unico rimedio ad un depauperamento conseguente alla richiesta e al pagamento di elevati indennizzi sarebbe la revoca del curatore da parte del comitato dei creditori e del giudice delegato. Quand'anche si verificasse tale intervento, si tratterebbe di una azione *ex post* di tipo punitivo e soggettivo che non sarebbe in grado di invalidare, se non in via eventuale e in ogni caso con tempi lunghi, le eventuali conseguenze sfavorevoli alla massa dell'operato del curatore. La richiamata possibilità ha, pertanto, più che altro l'effetto di disincentivare comportamenti di quest'ultimo qualificabili come non razionali e non condivisibili, ma non è garanzia di per sé, né del corretto svolgimento delle operazioni, né del sereno esercizio del recesso inteso quale specifico diritto sancito dalla attuale normativa concorsuale.

14.7.1 Quantificazione del «giusto» indennizzo per il curatore ex art. 104-bis, comma 3 l.f.

Resta da affrontare il complesso tema della determinazione quantitativa del «giusto indennizzo» per il conduttore. Si è già affermato che è opportuno prevedere già nel contratto l'importo dello stesso, ovvero i criteri analitici per determinarlo ove necessario, al fine di evitare controversie. La norma non specifica in quale modo debba essere calcolato l'indennizzo, neppure in via generica.

A tale fine è in primo luogo necessario riflettere sulla natura giuridica dell'importo. La sua quantificazione deve ristorare un «danno da atto lecito»⁶⁶, infatti, come si è visto nel precedente paragrafo è la norma stessa che individua il diritto del curatore di sciogliersi in qualsiasi momento dal contratto precedentemente sottoscritto. Ne segue che il conduttore è a conoscenza di questa caratteristica strutturale del contratto sin dal momento della sua stipulazione. La possibilità che il medesimo sia interrotto e l'azienda sia retrocessa al locatore è reale: ciò nonostante il conduttore, evidentemente sulla base di differenti e, per lui, interessanti considerazioni di convenienza, accetta tale possibilità tenendone conto ai fini della formulazione della propria proposta.

Proprio la considerazione della natura di risarcimento di un danno da atto lecito, previsto dalla legge porta ad evidenziare che il medesimo può non essere comple-

⁶⁵ Si veda: P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 598.

⁶⁶ Così: C. Miele, *Contratto di affitto di azienda*, in Ferro M., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, CEDAM, 2007, p. 607; P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 598.

tamente esaustivo del danno che si è verificato. Vero è che il richiamo al concetto di «giustizia» rinvia a definizioni in via equitativa, ma pare a chi scrive più che mai opportuno ancorare le medesime a percorsi logici caratterizzati da razionalità e dimostrabilità. Si è sostenuto che la somma da corrispondersi ha senza dubbio la funzione di sollevare il contraente cui sia stato intimato lo scioglimento da quei pregiudizi conseguenti all'anticipata cessazione del rapporto, siano essi relativi al versante del danno emergente o a quello del lucro cessante⁶⁷. Il calcolo può quindi, in linea di principio, essere quantificato quale somma delle due componenti.

$$\text{Indennità di recesso} = \text{Danno emergente} + \text{Lucro cessante}$$

Ci si propone di riflettere sulle modalità di determinazione dei due addendi, precisando che nella pratica dovrà essere valutata la singola situazione e, di conseguenza, non necessariamente saranno valorizzati entrambi.

A) Determinazione del danno emergente

La determinazione del danno emergente non può prescindere dalla considerazione del contenuto del comma 6 dell'art. 104-bis l.f. che enuncia la non responsabilità della procedura per i debiti maturati in capo all'affittuario ed esistenti al momento della retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 c.c. Si è rilevato in dottrina che la perentorietà della definizione permette di affermare che non vi siano differenze tra il caso del ritorno definitivo o temporaneo dell'azienda nella disponibilità del fallimento ed il caso dell'immediata ricollocazione a terzi con vendita finale o nuovo affitto di azienda senza risoluzione di continuità. In tutti i casi il fallimento e/o il nuovo soggetto affittuario od il cessionario non saranno toccati dai debiti contratti dall'affittuario per l'esercizio dell'impresa⁶⁸. L'affittuario potrebbe infatti avere assunto durante il periodo di affittanza impegni con soggetti terzi contando sulla possibilità di fare fronte ai medesimi mediante l'attività dell'azienda locata.

La determinazione del danno emergente causato dal recesso del curatore dovrà tenere conto a parere di chi scrive di due principali elementi:

⁶⁷ In questo senso: C. Miele, *Contratto di affitto di azienda*, cit., p. 606. A favore si veda Fimmanò, secondo il quale la valutazione dell'indennizzo «va condotta sul piano dell'equilibrio delle prestazioni con riferimento al margine di guadagno che l'affittuario si riprometteva di trarre dalla esecuzione del contratto». F. Fimmanò, *op. cit.*, p. 1631. Dubbi in merito esprimono, invece, Paluchowski, Pajardi secondo i quali «non si comprende infatti se si debba rifondere solamente il lucro cessante e quindi ad esempio l'importo dei canoni a scadere non incassati o dei lavori che non si potranno concludere, oppure anche il danno emergente, inteso quale serie di investimenti eseguiti inutilmente per un'attività che deve cessare». I medesimi autori evidenziano anche che proprio perché l'equo indennizzo ristora un atto lecito, la determinazione dell'indennizzo «non equivale al lucro cessante, ma probabilmente al solo danno emergente», gli autori auspicano in ogni caso che le parti prefissino i criteri di calcolo dell'indennizzo nell'ambito al momento della stipula del contratto. P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 486 e p. 598.

⁶⁸ Così A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 160.

■ *i pregiudizi che nella specifica fattispecie derivano all'affittuario dalla impossibilità di terminare le lavorazioni in corso.* Sono da ricomprendersi in questa categoria i danni e le penalità da corrispondersi a terzi per la mancata conclusione delle forniture. Sono necessarie però alcune riflessioni in quanto la quantificazione di questa componente dell'indennizzo potrebbe essere differente a seconda delle cause che portano al recesso curatore. Nel caso in cui il recesso avvenga in quanto è pervenuta al curatore una favorevole proposta di acquisto d'azienda le citate lavorazioni in corso, e di conseguenza i relativi rapporti con la clientela e con i fornitori, potrebbero essere – almeno teoricamente – oggetto di trasferimento al nuovo soggetto. In questo caso sarebbero annullati nei fatti i potenziali pregiudizi per il conduttore uscente. Ancora, se il recesso avviene perché, a seguito di ispezioni del curatore, ci si è resi conto del fatto che l'affittuario non sta gestendo in modo efficace ed efficiente l'azienda e sta di conseguenza provocando un depauperamento del valore della medesima, sarà necessaria una specifica analisi. Le richieste di danni e di penalità da parte dei terzi potrebbero infatti essere da un lato ricondotte all'interruzione del rapporto dovuta al recesso del curatore, ma, dall'altro lato potrebbero essere pre-esistenti e legate alla *malagestio* del conduttore che è causa del recesso stesso. In questo secondo caso non sarebbe corretto commisurare l'indennità tenendo conto delle rivendicazioni di terzi causate all'affittuario dalla propria condotta;

■ *i costi non recuperabili che l'affittuario ha sostenuto al fine esclusivo di poter sottoscrivere il contratto di affitto.* È senz'altro da ricomprendersi in questa categoria il costo sostenuto per ottenere a norma dell'art. 104-bis comma 2 le garanzie bancarie, assicurative o corporate a favore della curatela necessarie per accedere alla sottoscrizione del contratto di affitto di azienda. Poiché la norma, come si è visto, richiede letteralmente che tutte le prestazioni previste debbano essere coperte, il costo delle stesse potrebbe essere non trascurabile. Dovrà poi essere considerato, se sostenuto dal conduttore, il costo del notaio per la redazione e l'imposta per la registrazione del contratto di affitto d'azienda. La forma del contratto di affitto di azienda, stante il richiamo all'art. 2556 c.c., è, infatti, quella pubblica, mediante rogito notarile, o quella della scrittura privata autenticata dinanzi al notaio ed in ogni caso il contratto deve essere depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese a cura del notaio che ha assistito alla stipula o rogato la stessa.

Vale la pena infine riflettere sulla opportunità di considerare anche l'eventuale costo finanziario dell'operazione per l'affittuario. È probabile che, soprattutto nelle fasi iniziali della locazione, quest'ultimo abbia fatto ricorso a fonti di finanziamento ulteriori rispetto a quelle in essere per la conduzione ordinaria della propria azienda o, in caso di costituzione di una *newco*, a fonti totalmente nuove. Qualora gli oneri finanziari relativi all'indebitamento «differenziale» contratto non siano stati coperti dal margine di contribuzione generato dall'azienda o ramo di azienda locato, è possibile affermare che essi rappresentano un costo non recuperabile da computarsi nel calcolo dell'indennizzo.

B) Determinazione del lucro cessante

La quantificazione del lucro cessante è effettuata tenendo conto del pregiudizio che potrà derivare all'affittuario dalla mancata percezione degli utili netti attesi nel periodo di residua vita del contratto. Tali flussi dovranno essere: a. determinati sulla base di ipotesi ragionevoli; b. corretti per tenere conto della possibilità che l'affittuario intraprenda attività alternative c. attualizzati al momento della definizione dell'equo indennizzo. Si propongono di seguito alcune riflessioni su ciascuno dei punti sinteticamente enunciati.

■ *La determinazione degli utili netti attesi.* Per la corretta quantificazione è necessaria la produzione a cura dell'affittuario di un *budget* annuale e, se necessario, anche di un piano pluriennale che tenga conto dell'effettivo sviluppo dell'attività nel periodo già trascorso e di ragionevoli prospettive di sviluppo future. Si potrà fare riferimento al piano – almeno in teoria – prodotto inizialmente al momento della sottoscrizione del contratto di affitto per poter concorrere alla assegnazione dell'azienda ai sensi dell'art. 104-bis, comma 2 l.f. Naturalmente il medesimo dovrà essere aggiornato a cura dell'affittuario per tenere conto dei risultati consuntivi dei periodi già trascorsi. Anche in questo frangente la valutazione della attendibilità delle informazioni future fornite dalla parte dovrà fare riferimento al principio internazionale di *assurance* ISAE 3400. Le indicazioni in quest'ultimo comprese sono particolarmente preziose per porre razionali limitazioni allo sviluppo di conteggi strumentalmente connotati da eccessivo ottimismo e funzionali al conseguimento di indennità sovrastimate. Il reddito netto dell'affittuario dovrà essere determinato al netto del canone di affitto periodico che il conduttore avrebbe dovuto corrispondere al locatore.

■ *Correttivi agli utili netti prospettivi.* Si è rilevato in dottrina che i flussi di reddito netto futuri attesi individuati coerentemente con quanto indicato al punto precedente devono essere rettificati per tenere conto di opportuni correttivi⁶⁹. In primo luogo, secondo questa scuola di pensiero, gli importi inizialmente individuati dovranno essere congruamente ridotti nel loro ammontare per tenere conto della natura di equo indennizzo del risultato cui il conteggio deve condurre. Non è corretta la corresponsione *tout court* della sommatoria di una serie di flussi futuri potenziali, ma deve essere considerato il fatto che:

- per definizione non vi sarà alcuna reale prestazione di attività da parte dell'affittuario a favore dell'azienda o del ramo di azienda retrocessi al fallimento a causa dell'esercizio del diritto di recesso;
- e, soprattutto, l'affittuario, una volta riconsegnata l'azienda o il ramo di azienda avrà la possibilità di impiegare altrimenti le proprie energie e il proprio tempo, elidendo potenzialmente almeno in parte il pregiudizio.

⁶⁹ C. Miele, *Contratto di affitto di azienda*, cit., p. 607.

Conviene evidenziare che l'auspicata riduzione, pur condivisibile in linea teorica, è di difficile parametrizzazione in quanto basata su informazioni differenziali relative all'attività del conduttore successiva al momento di esercizio del diritto di recesso da parte del curatore. In altri termini l'impostazione di un calcolo analitico presuppone il fatto che il conduttore metta a disposizione – su basi volontarie – informazioni che in ultima analisi lo danneggiano. In assenza di dati e documenti di parte, dovranno essere svolte considerazioni più generali ed introdotte ipotesi necessariamente soggettive. Molto probabilmente la parte sarà disponibile alla produzione della documentazione a supporto nel caso in cui le citate ipotesi siano considerate scorrette e lesive dei propri interessi.

In secondo luogo, la medesima dottrina, puntualizza che la determinazione dell'indennizzo dovrà essere sviluppata considerando i flussi reddituali con riferimento ad un orizzonte temporale diverso ed inferiore rispetto a quello contrattuale. Più in particolare si è evidenziato che il calcolo deve essere riferito al minore tra la durata residua prevista in contratto ed il tempo ragionevolmente necessario a procurarsi beni aziendali di consistenza e qualità simile a quella oggetto del negozio.

14.7.2 Natura dell'indennizzo

Il comma 3 dell'art. 104-bis l.f. chiarisce che la natura dell'indennizzo è indubbiamente preeducibile e da soddisfarsi ai sensi dell'art. 111, comma 1, n. 1 l.f. con preferenza su ogni altro credito – fatti salvi i crediti pignorati e ipotecari. Si pone però il problema della graduazione tra i crediti preeducibili in caso di insufficienza dell'attivo per la realtà già risolto positivamente dalla lettera della norma dell'art. 111-bis. Quest'ultimo in proposito stabilisce che «i crediti preeducibili vanno soddisfatti per il capitale, le spese e gli interessi con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione [...]».

È pertanto rilevante comprendere in quali termini il credito per indennizzo possa concorrere al riparto ossia è rilevante comprendere se al medesimo siano o meno associabili cause di prelazione. Poiché la norma non richiama alcun privilegio, al contrario di quanto accade nell'ambito dell'art. 80, comma 4 con riferimento al diverso indennizzo dovuto al locatore di immobili, si deve concludere che la natura del credito dell'indennizzo dovuto all'affittuario dell'azienda o del ramo di azienda abbia natura chirografaria.

14.7.3 Rapporto tra indennizzo e conguaglio

L'indennizzo deve essere tenuto ben distinto dalle diverse somme dovute, pur sempre in conseguenza della cessazione del contratto, ma relative alle differenze di inventario, previste in via generale dagli artt. 2561 e 2562 c.c. e da liquidarsi secondo i parametri da tali norme previsti. Appartengono a questo piano anche tutte le questioni che riguardino l'acquisto di beni strumentali o il miglioramento degli stessi da parte

dell'affittuario; fattispecie che devono essere regolate in sede di determinazione delle indicate differenze di inventario, attribuendo se del caso all'affittuario un credito per detti incrementi, depurato peraltro dagli ammortamenti già verificatisi in costanza di rapporto. Per maggiori approfondimenti sul calcolo del conguaglio si rinvia alla precedente parte di questo lavoro dedicata alle situazioni ordinarie, in quanto non sono rinvenibili tratti specifici in situazione di crisi⁷⁰.

La differenza tra tali ragioni di credito e quelle derivanti dall'indennità appare del resto evidente ove si pensi che ben potrebbe verificarsi il caso di crediti contrapposti ad esempio nel caso in cui il curatore concedente eserciti il diritto di recesso, con conseguente iscrizione a suo carico di un debito di indennità, e il credito per differenze di inventario sia però a suo favore⁷¹.

14.8 DIRITTO DI PRELAZIONE DELL'AFFITTUARIO

Il comma 5 dell'art. 104-bis l.f. recita: «Il diritto di prelazione a favore dell'affittuario può essere concesso convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori».

Con la riforma la scelta è stata quella di non imporre per legge la prelazione, ma di farne l'eventuale oggetto della contrattazione fra le parti. Si afferma che il diritto può essere concesso convenzionalmente e quindi sulla base di un accordo tra le parti, con una autorizzazione esplicita del giudice delegato, che deve essere emessa previo parere favorevole del comitato dei creditori. È stato autorevolmente sostenuto⁷² che è demandato ai creditori valutare dal punto di vista economico la convenienza della conclusione di un contratto di affitto nel quale il conduttore abbia la prelazione nella futura vendita e che la scelta è affidata ai creditori perché l'eventuale ricavo minore della vendita inciderà sulla prevedibile percentuale di riparto agli stessi destinata. La concessione del diritto di prelazione potrebbe infatti costituire un deterrente alla partecipazione alla procedura competitiva – in ogni caso prevista dalla normativa – di soggetti potenzialmente interessati⁷³. Inoltre essa elimina per definizione

⁷⁰ In merito si veda anche F. Bavagnoli, *L'affitto d'azienda*, cit.

⁷¹ C. Miele, *Contratto di affitto di azienda*, cit., p. 607.

⁷² P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 599.

⁷³ «Nell'affitto d'azienda il problema rimane quello che l'esistenza della prelazione dell'affittuario-gestore rappresenta normalmente un oggettivo ostacolo al migliore realizzo possibile, in quanto costituisce evidentemente un disincentivo alla partecipazione alla gara o all'asta dei soggetti potenzialmente interessati all'acquisto [...]. Nel caso specifico solo l'affittuario è in grado di conoscere l'intrinseco ed effettivo valore aziendale e soprattutto, entro certi limiti, è in grado di comprimerlo rispetto ai valori di perizia al fine di rendere la stessa meno appetibile a potenziali interessati. E sono proprio questi i veri problemi che dovrà valutare il comitato dei creditori nell'esprimere il proprio parere [...]» F. Fimmanò, *op. cit.*, p. 1649.

la possibilità di una partecipazione attiva alla procedura competitiva dell'affittuario che rappresenterebbe, se non fosse portatore del diritto, inevitabilmente il soggetto più portato a proporre offerte in rialzo pur di aggiudicarsi la continuità del proprio operato.

Ci si è già chiesti, nell'ambito del presente lavoro, se al diritto di prelazione concesso all'affittuario convenzionalmente sia possibile attribuire un valore economico. Pur rinviando *supra* per approfondimenti, si ricorda in questa sede che le considerazioni svolte hanno portato ad una conclusione negativa⁷⁴.

Infine si richiama autorevole dottrina che chiarisce come nel caso di mancato rispetto della prelazione da parte della procedura, non esista alcuna tutela reale, bensì solo risarcitoria, in favore dell'affittuario pretermesso. In altri termini all'affittuario non è riconosciuto alcun diritto nei confronti del terzo, ma solo la facoltà di agire per danni nei confronti degli organi della procedura o della procedura stessa per la mancata comunicazione⁷⁵.

14.8.1 Criticità di natura economico-aziendale risolte dal diritto di opzione

Nel contesto ordinario di gestione, e a maggior ragione nel contesto della crisi, la caratteristica di temporaneità dell'affitto d'azienda può rivelarsi, oltre che fonte di opportunità strategiche, causa di rischi e di tensioni tra il locatore e l'affittuario. Si è a ragione sostenuto in dottrina come sia individuabile un conflitto implicito tra la temporaneità della gestione ad opera dell'affittuario stesso e la natura dell'impresa

⁷⁴ «Il diritto di prelazione sulla vendita dell'azienda è un elemento naturale del contratto in presenza di una procedura fallimentare. Nel contesto iperuranico dei mercati perfettamente efficienti il diritto in parola costituirebbe un diritto privo di valore economico, in quanto comporta semplicemente la possibilità di acquistare un bene al suo valore di mercato nell'ambito di un'asta aperta. In tale prospettiva, al fine di determinare il congruo canone di affitto, il diritto di prelazione configura in qualche caso un diritto spettante per legge e, in generale, una sorta di garanzia dell'affittuario che non comporta oneri aggiuntivi per il locatore. Si può, quindi, non attribuire uno specifico valore a tale diritto. Diverso sarebbe, ovviamente, il caso di rilascio all'affittuario di una opzione *call* sull'acquisto dell'azienda al termine della gestione in affitto con uno *strike price* determinato a priori. In tal caso, l'opzione avrebbe un valore, anche se molto difficile da quantificare non essendo possibile *sic et simpliciter* ricorrere alle formule di Black and Scholes che, al di fuori del contesto delle opzioni su attività finanziarie quotate e nei casi di *vesting period* piuttosto lunghi nel tempo e di dividendi difficilmente prevedibili, perdono molto del loro potere esplicativo». Così F. Bavagnoli in una parte precedente del presente lavoro cui si rinvia per approfondimenti.

⁷⁵ «Ciò in quanto il diritto di prelazione di cui discutiamo è sicuramente un diritto soggettivo, ma farlo accompagnare da un diritto di seguito vorrebbe dire riconoscerne automaticamente la valenza giuridica di diritto reale e cioè di diritto che può essere fatto valere non solo verso la procedura, ma erga omnes. In ordine alle prelazioni convenzionali, in particolare, tende a prevalere la tesi che attribuisce loro un'efficacia obbligatoria a causa dell'impossibilità per il contratto di estendere i suoi effetti oltre la sfera delle parti contraenti [...]», così F. Fimmanò, *op. cit.*, p. 1658. Nello stesso senso: P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 599; A. Patti, «L'affitto dell'azienda», *Il Fallimento*, 2007, p. 1092; L. Panzani, «Affitto d'azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria», *Il Fallimento*, 1998, p. 927.

che, come si è più ampiamente ricordato *supra* è istituto destinato a perdurare nel tempo⁷⁶. Questo conflitto, se non gestito correttamente, può portare a comportamenti sicuramente leciti per il conduttore che li pone in essere, ma sconvenienti per il locatore che li subisce e quindi in ultima analisi, in caso di crisi, per la massa dei creditori⁷⁷. Se si ipotizza la buona fede dell'affittuario si può affermare che l'incertezza sull'evoluzione futura della gestione e sulla configurazione dell'assetto proprietario aziendale a venire possono portare alla formulazione di scelte strategiche cosiddette di attesa. Se al contrario si mette in dubbio la buona fede dell'affittuario si può affermare con autorevole dottrina che l'affittuario non ha particolare interesse a valorizzare l'azienda, nella fase locativa, anzi ha un potenziale interesse a deprimerne il valore, in modo da evitare che il prezzo di vendita salga troppo o che ci siano più concorrenti interessati alla partecipazione alla procedura competitiva⁷⁸.

La previsione convenzionale del diritto di opzione pare rappresentare una modalità per ricomporre gli interessi delle parti in quanto permette all'affittuario di poter contare su di una relativa certezza – quantomeno in termini di possibilità, anche se non di convenienza – del trasferimento della proprietà a termine⁷⁹. Vale la pena di ricordare in proposito che si legge nella Relazione Ministeriale all'art. 104-bis che la scelta dell'ammissibilità della prelazione convenzionale è stata opportuna, proprio come mezzo per incentivare l'affittuario ad effettuare investimenti sull'azienda, onde rafforzarne il suo successivo interesse acquisitivo⁸⁰.

⁷⁶ R. Perotta, *op. cit.*, p. 128.

⁷⁷ «Non è difficile immaginare, ad esempio, che l'affittuario tenderà a procrastinare il più possibile l'effettuazione di investimenti strategici – quali ricerca e sviluppo, formazione del personale, pubblicità, – fondamentali per il mantenimento e lo sviluppo della posizione competitiva dell'azienda, ma con ritorni solo nel medio e lungo termine, ovvero lo sviluppo di nuovi prodotti o l'inserimento in nuovi mercati pur considerati strategici, mentre cercherà di sfruttare il più possibile i vantaggi connessi ad una pre-esistente posizione di dominio su determinate combinazioni prodotto/mercato/tecnologia». R. Perotta, *op. cit.*, p. 128; A. Musaiò, *op. cit.*

⁷⁸ F. Fimmanò, *op. cit.*, p. 1630.

⁷⁹ «È evidente che il successo di un'operazione di affitto d'azienda presuppone l'individuazione e la composizione degli interessi del locatore e dell'affittuario; l'incontro degli stessi risulta più complesso rispetto alle altre operazioni di trasferimento dell'azienda, dove, in definitiva, il componimento degli interessi delle parti si sostanzia nella definizione di un prezzo», R. Perotta, *op. cit.*, p. 128.

⁸⁰ È stato puntualizzato sul punto che «Nel nostro ordinamento giuridico, infatti, l'interesse del soggetto titolare di una prelazione normalmente cede innanzi all'interesse dei creditori agenti *in executivis*, ed allora è evidente che mentre l'attribuzione ad opera del legislatore, del diritto di prelazione legale all'affittuario endoconcorsuale, in deroga a tale principio, deve fondarsi su una ragione tanto rilevante da meritare una peculiare tutela (come nella fattispecie delle aziende socialmente rilevanti il mantenimento dell'occupazione ed il connesso mancato ricorso alla CIGS), l'attribuzione convenzionale deve rispondere al precipuo interesse dei creditori, il cui auspicio è rappresentato dalla realizzazione del massimo corrispettivo dalla vendita nel minor tempo possibile, risultato che non è sempre agevolato dall'affitto e dalla connessa prelazione che incoraggia la prosecuzione dell'attività, ma scoraggia acquirenti terzi». F. Fimmanò, *op. cit.*, p. 1650.

14.8.2 Procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda

Il legislatore individua il meccanismo pratico di funzionamento della prelazione chiarendo che quando sia stato concesso convenzionalmente il diritto di prelazione all'affittuario, «esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda, o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione».

Vale la pena di sottolineare che il diritto di prelazione può essere esercitato solo dopo l'esperimento di un «procedimento» competitivo di determinazione del prezzo. Il diritto di esercitare la prelazione «si attualizza cioè solo dopo che sia stata superata la fase dell'aggiudicazione, senza alcun intralcio delle fasi relative alla vendita, sulla base del prezzo raggiunto in via definitiva nel corso dell'asta pubblica»⁸¹.

Il curatore, quindi, esegue la pubblicità e mediante procedura competitiva cerca ed individua il miglior contraente nel soggetto che ha formulato l'offerta di acquisto dell'azienda considerata più idonea. Nel bando che dispone la vendita deve essere espressamente detto che l'azienda è stata concessa in affitto nel corso della procedura e che quindi è oggetto di prelazione a favore dell'affittuario; ciò al fine di dare una corretta informazione agli eventuali interessati e determinarne una giusta formazione della volontà di partecipare alla vendita. Solo una volta espletata la procedura competitiva, il curatore ha l'onere di comunicare – entro dieci giorni – il prezzo e le condizioni accessorie all'affittuario. La forma della comunicazione deve evidentemente essere quella scritta, tenuto conto che si innesta un procedimento di vendita forzata. Quest'ultimo può esercitare il proprio diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione formale da parte del curatore. È stato chiarito dalla giurisprudenza⁸² che la comunicazione al prelazionario ha natura di atto di interpello non negoziale, anche se presenta oggettivamente il contenuto di una proposta mediante l'indicazione delle condizioni del trasferimento e costituisce al tempo stesso, in quanto atto dovuto, oggetto di uno specifico obbligo legale. L'adesione del titolare del diritto di prelazione non costituisce accettazione di una proposta produttiva come tale di effetti traslativi, ma consente solo di acquistare il diritto alla successiva conclusione del contratto⁸³.

14.8.3 Scomputo dei canoni dal prezzo proposto per l'acquisto dall'affittuario: compatibilità con l'art. 104-bis, comma 5

Nella prassi sono spesso riscontrabili formulazioni dei contratti di affitto d'azienda che prevedono: da un lato la formulazione sin dalla momento in cui è sottoscritto il

⁸¹ Cass. 11 febbraio 2004, n. 2576.

⁸² Cassazione, Sez. Un., 4 dicembre 1989, nn. 5357 e 5359, in *Mass. Foro it.*, 1989.

⁸³ F. Fimmanò, *op. cit.*, p. 1654.

contratto di affitto, di una parallela e concorrente proposta di acquistare l'azienda al termine del contratto per un importo pre-determinato; dall'altro lato la richiesta che i compensi corrisposti a titolo di canone siano in realtà considerati dei veri e propri acconti da decurtarsi dal prezzo proposto per l'acquisto.

È necessario riflettere sulla compatibilità tra questa specifica prospettazione e le previsioni del quinto comma dell'art. 104-bis l.f. commentato nei paragrafi precedenti. Si sono sviluppate in proposito due scuole di pensiero.

Autorevole dottrina⁸⁴ propende per l'inammissibilità della configurazione delineata in quanto il contratto oneroso di affitto di azienda si tramuterebbe di fatto in un comodato gratuito, così modificando le condizioni contrattuali sulla cui base era stata data l'autorizzazione da parte del giudice e dei creditori. È inoltre puntualizzato che, consentendo di imputare a prezzo versamenti eseguiti in origine per una diversa causa, si genererebbe una sostanziale disparità di trattamento nei confronti degli altri offerenti, i quali, per potersi aggiudicare il bene, dovrebbero offrire la stessa somma senza avere però precedentemente goduto dell'azienda.

Un secondo approccio⁸⁵ critica la posizione descritta e al contrario è portato ad ammettere la configurazione a patto che si renda coerente la previsione contrattuale con l'iter autorizzativo e con quanto enunciato dal curatore a fondamento dell'istanza o del programma di liquidazione. In primo luogo è considerata la fase di aggiudicazione del contratto di affitto d'azienda. Il curatore dovrebbe evidenziare nella sua istanza per essere autorizzato alla conclusione di un contratto di affitto di azienda che non vi sono preclusioni alla previsione dello scomputo dei canoni dal prezzo proposto per l'acquisto. La possibilità di proporre configurazioni di questo tipo sarebbe pertanto riconosciuta *ab initio* a tutti i potenziali concorrenti a fronte della speranza di ottenere una migliore offerta complessiva. Di conseguenza la gara non risulterebbe in linea di principio falsata. In secondo luogo è considerata la fase della gara per la cessione dell'azienda. Nessun potenziale offerente potrà dolersi del fatto che altri paghino meno al momento della stipulazione del contratto di vendita poiché quegli stessi altri, per godere di tale «apparente beneficio», hanno dovuto accollarsi, operando una scelta che altri imprenditori non hanno voluto fare, il rischio dell'affitto, prevalendo a tale fine su altri concorrenti potenzialmente avvertiti. In terzo luogo è obiettato che l'imputazione dei canoni in conto prezzo non modifica la causa del contratto trasformandolo in un comodato gratuito. L'onerosità del rapporto non verrebbe meno in quanto la sottoscrizione del contratto comporta l'assunzione di un complesso di obbligazioni tutte gravanti sull'affittuario tra le quali certamente il canone di affitto, ma, soprattutto, il mantenimento in vita dell'unità produttiva.

Conviene evidenziare che nel presente lavoro, in particolare nella parte dedicata

⁸⁴ C. Miele, *Contratto di affitto di azienda*, cit., p. 769.

⁸⁵ A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 136.

agli aspetti economico-aziendali dell'operazione, la qualificazione della prospettazione delineata è già stata oggetto di attenzione e trattazione⁸⁶ ancorché con riferimento a contesti diversi dalla crisi. In particolare si è sostenuto che la fattispecie richiama il contratto di *leasing* d'azienda, riferendosi naturalmente al contratto di *leasing* finanziario. Nella sostanza economica l'affitto d'azienda che preveda lo scomputo dei canoni dal prezzo proposto per l'acquisto, sarebbe equivalente ad una operazione di acquisto a debito che prevede, tipicamente, l'opzione di riscatto dell'azienda ad un prezzo sensibilmente inferiore al *fair value* atteso dell'azienda a termine. Le due fattispecie presentano punti comuni da un punto di vista economico aziendale: nei fatti si sta concedendo una dilazione di pagamento al gestore che sta pagando canoni che contengono una quota interessi e una quota capitale. In situazioni ordinarie, e quindi diverse da quelle endofallimentari, il prezzo rende probabile l'esercizio dell'opzione da parte del locatario che, in sostanza, paga progressivamente delle quote di proprietà dell'azienda nella forma di quote capitale incluse nel canone di leasing. È importante ricordare che nel caso in cui il locatario non eserciti l'opzione egli comunica la propria scelta, riconsegna l'azienda e nulla deve essergli restituito a valere sui canoni versati per il godimento della stessa nei precedenti periodi per il fatto del non esercizio dell'opzione. Infine si puntualizza che nell'affitto d'azienda non è concesso alcun reale «diritto di riscatto» infatti l'eventuale «diritto di prelazione» rappresenta un vantaggio dell'affittuario, ma il suo esercizio non ha effetti traslativi.

Nelle situazioni endofallimentari l'interpretazione delineata di questa particolare configurazione contrattuale mantiene una la sua validità anche se come già ampiamente esposto sopra essa va reinterpretata per tenere conto delle previsioni normative in merito alle modalità di esercizio dell'opzione al termine del periodo di affittanza. L'offerta del locatario infatti in questo diverso contesto non è vincolante per il curatore, che, anzi, è tenuto a ricercare strutturalmente migliori offerenti mediante procedimento competitivo. Il locatario è posto dalla normativa fallimentare nelle condizioni di poter sempre esercitare il proprio diritto di trattenere a sé l'azienda, ma, prevalendo l'interesse al migliore realizzo dell'attivo della procedura, la determinazione del «prezzo» è rimessa al procedimento competitivo e non alla sola pattuizione delle parti.

Sembra a chi scrive necessario riflettere sul prezzo che deve essere posto quale base del procedimento competitivo da parte del curatore. Si è sino ad ora ipotizzato che si tratti del *fair value* dell'azienda. Questa impostazione non può che portare al dibattito dottrinale precedentemente illustrato⁸⁷.

In presenza di una previsione contrattuale quale quella delineata e al fine di garantire la par condicio tra i potenziali partecipanti alla gara, potrebbe però essere

⁸⁶ Si rinvia alla parte del presente lavoro di F. Bavagnoli.

⁸⁷ C. Miele, *Contratto di affitto di azienda*, cit., p. 769.

seguita una seconda via. Si potrebbe pensare di utilizzare quale valore base per la ricerca del migliore offerente il «prezzo di riscatto» – anziché il *fair value* – prezzo che, come si è detto, è solitamente inferiore a quest'ultimo. In questo caso il vantaggio ottenuto potenzialmente dal conduttore per lo scomputo dei canoni verrebbe riconosciuto nei fatti anche agli altri concorrenti ponendo tutti nelle medesime condizioni. Si renderebbe in questo modo visibile la reale situazione finanziaria della procedura.

Nei fatti si riconoscerebbe il differente carattere della configurazione contrattuale – più simile al leasing finanziario – e si reinterpreterebbe, in coerenza con la prassi prevalente, la competizione per l'aggiudicazione come una opportunità per la massa di migliorare una situazione già favorevole che ha permesso da un lato di non perdere il valore economico aziendale e, dall'altro, di realizzarlo parzialmente. Il curatore potrebbe in questo modo:

- venire in contro alla richiesta di scomputo dei canoni – comune nella prassi – dei potenziali conduttori;
- assicurarsi di avere al momento dell'asta competitiva almeno una offerta, quella dell'affittuario appunto;
- proporre la cessione dell'azienda ad un prezzo molto conveniente incentivando la partecipazione di più soggetti alla gara a tutto vantaggio della procedura.

Con questa impostazione, a parere di chi scrive, la prospettazione potrebbe essere considerata compatibile con le previsioni normative relative all'organizzazione del procedimento competitivo. Il diritto di opzione del locatario, in questo eventuale contesto, potrebbe essere considerato una tutela normativa al «diritto di riscatto» del conduttore, tutela che coerentemente con la situazione endofallimentare si estende soltanto all'*an* e non al *quantum*.

14.9 RETROCESSIONE DELL'AZIENDA AL FALLIMENTO

L'ultimo comma dell'art. 104-bis l.f. regola la sorte dei rapporti e dei debiti contratti dal conduttore alla fine dell'affitto ed a seguito della restituzione dell'azienda al fallimento in virtù del mancato acquisto anche da parte di un terzo o dell'eventuale recesso del curatore. Prevede letteralmente che «la retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati fino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla Sezione IV del Capo III del Titolo II».

Si è affermato che la disciplina della retrocessione al fallimento è il problema più «incandescente» che si rinviene in caso di affitto in quanto l'azienda è un'entità economicamente viva ed attiva che quindi durante il periodo dell'affitto matura nuovi

debiti e crediti, consuma il proprio magazzino, modifica lo stato di manutenzione delle macchine ecc.⁸⁸ La Relazione Ministeriale ha chiarito espressamente che la deroga prevista dalla norma trova giustificazione nel bisogno di assicurare che i creditori anteriori, in ragione della cui tutela l'affitto è stato disposto, non vengano ad essere penalizzati dalla eventuale condotta dissennata dell'affittuario.

La norma stabilisce due principi. In primo luogo afferma chiaramente che la retrocessione dell'azienda o di un ramo di essa non determina la responsabilità solidale della procedura per i debiti maturati durante l'affitto in capo all'affittuario ed esistenti al momento della retrocessione. Ciò rappresenta una deroga a quanto previsto in situazioni diverse rispetto a quella endofallimentare, qui studiata, dall'art. 2112 (Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda) e dall'art. 2560 (debiti relativi all'azienda ceduta). In secondo luogo regola tutti i rapporti giuridici pendenti al momento della retrocessione introducendo il principio dell'esistenza di un «secondo inizio della procedura» in quanto prevede gli stessi siano regolamentati dalla Sezione IV «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», del Capo III «Degli effetti del fallimento», del Titolo II «Del fallimento», della legge fallimentare. Ciò significa che il temporaneo esercizio dell'attività da parte di terzi ha prodotto un coacervo di rapporti contrattuali analogo a quello esistente al momento della dichiarazione di fallimento che è considerato meritevole di autonoma considerazione. Vale la pena di puntualizzare che la normativa ha creduto opportuno disciplinare specificatamente tale gruppo di rapporti senza distinguere tra quelli preesistenti alla dichiarazione di fallimento per i quali vi sia stata prosecuzione in capo al curatore e quindi all'affittuario e i nuovi contratti posti in essere direttamente dall'affittuario durante il contratto di affitto⁸⁹.

Specifiche riflessioni sono necessarie con riferimento alla posizione dei dipendenti. In particolare è pacifico il fatto che i contratti di lavoro subordinato proseguano in

⁸⁸ P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 600. Nello stesso senso A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, p. 160.

⁸⁹ Dubbi in merito all'effettivo ambito di applicazione della norma sono stati sollevati da Gallone e Ravinale che così si esprimono in merito: «In altre parole, non si comprende in forza di quale meccanismo giuridico un contratto che esca da una fase di sospensione dei suoi effetti per una positiva decisione degli organi della procedura debba rientrarvi di lì a poco, senza che il contraente *in bonis* possa fare nulla per evitare la dolorosa conseguenza di una altalena che non pare rispondere ad alcuna logica. E ciò soprattutto ove si consideri che la scelta di subentrare o meno in un contratto può essere influenzata dalla opzione affitto, ma resta pur sempre connotata di ampia autonomia. [...] Resta comunque la perentorietà della norma [...]». Ancora: «Nel caso della retrocessione vi è un soggetto terzo – l'affittuario – che non cessa di esistere, che ha assunto obblighi ed diritti e che soprattutto ha costituito centro di affidamento per i terzi, i quali ben sapevano dell'esistenza di un affitto di azienda ma che per ciò solo non intendevano vedere compromessi i propri diritti creati in buona fede. Ma se così è non si comprende perché i diritti del terzo debbano essere sacrificati sull'altare della tenuta del complesso negozio liquidatorio, andando in questo modo a privilegiare senza particolare motivo (la cessazione anticipata del contratto potrebbe discendere proprio da fatti dell'affittuario) l'affittuario stesso». A. Gallone, M. Ravinale, *op. cit.*, pp. 163 e ss.

capo al fallimento senza soluzione di continuità. Tale conclusione nasce dalla considerazione che se l'art. 104-bis avesse voluto sancire una netta cesura tra l'affitto e la ripresa in forza dei lavoratori da parte del fallimento, avrebbe dovuto specificamente affermarlo, così come ha creduto di dover fare per i crediti maturati dai lavoratori durante il periodo di affitto di azienda, per i quali ha espressamente previsto la deroga agli artt. 2112 e 2560 c.c. ossia ha sancito il mancato affiancamento quale responsabile delle obbligazioni assunte della curatela al conduttore e viceversa⁹⁰.

⁹⁰ P. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit.*, p. 600. Nello stesso senso Martorano: «Nonostante l'ampia formula dell'art. 104-bis, dalla facoltà di scelta attribuita al curatore devono ritenersi esclusi i rapporti di lavoro dipendente instaurati dall'affittuario. Infatti, anche in caso di retrocessione dell'azienda trova applicazione, non diversamente da quanto avviene all'atto dell'apertura della procedura concorsuale, il disposto dell'art. 2112 cod. civ. con riguardo sia alla continuazione del rapporto che al trattamento economico e normativo: tanto si ricaverebbe implicitamente dal disposto dell'art. 104-bis ultimo comma, che, nel prevedere un'espressa deroga per quanto concerne la debitoria pregressa, appare escluderne un'analoga sotto il profilo della continuità del rapporto, salva ovviamente la possibilità per la curatela di recedere dallo stesso secondo la disciplina generale». F. Martorano, «La circolazione di ritorno dell'azienda nell'affitto endofallimentare», *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, n. 1, 2010.

Capitolo 15

IL CONTENUTO DEL CONTRATTI PROPOSTI NELLA PRASSI: IL CASO DEI CONCORDATI PREVENTIVI

SOMMARIO

- 15.1 Popolazione, campione, metodo di analisi, ipotesi.
- 15.2 Oggetto del contratto.
- 15.3 Congruità del canone, Garanzie, verifiche sull'affidabilità del terzo.
- 15.4 Previsione di clausole a tutela del concordato: diritto di ispezione, contratti di assicurazione.
- 15.5 Durata del contratto, periodicità del canone.
- 15.6 Criticità relative a poste specifiche
- 15.7 Previsione della cessione dell'azienda all'affittuario

A chiusura della presente parte dedicata all'utilizzo del contratto di affitto di azienda quale strumento utile per la risoluzione delle crisi si è voluto procedere con un confronto tra le previsioni della normativa, dei principi e dei documenti di riferimento esaminati e la prassi. In particolare, la maggiore libertà di articolazione dei contenuti contrattuali, possibile quando l'affitto d'azienda sia impostato nell'ambito di un concordato preventivo, ha portato la scrivente a considerare utile l'impostazione di una indagine empirica per valutare le opzioni più diffuse nei contratti proposti in questi frangenti. In particolare si è cercato di comprendere se e in che misura le indicazioni previste con riferimento alla stipulazione endofallimentare influenzino gli operatori nel contesto del concordato preventivo.

15.1 POPOLAZIONE, CAMPIONE, METODO DI ANALISI, IPOTESI

La scrivente ha analizzato, facendo ricorso al metodo dell'analisi documentale, i contratti di affitto di azienda previsti nell'ambito di un a popolazione di cento procedure di concordato preventivo presentate nella circoscrizione del Tribunale di Monza nel quadriennio 2007-2010.

La rilevanza dell'operazione è testimoniata dalla composizione: il 29% del campione quindi quasi un terzo delle procedure prese in considerazione, propone nell'ambito del piano concordatario il ricorso all'affitto d'azienda. Anche la distribuzione temporale dei dati permette alcune considerazioni utili per meglio valutare l'attualità del tema og-