

L'affitto d'azienda quale strumento per realizzare il concordato fallimentare

7

di *Patrizia Riva*

SOMMARIO

- 7.1** L'affitto d'azienda nel concordato fallimentare
- 7.2** La centralità del concetto di azienda
- 7.3** L'affitto d'azienda concluso dal curatore ex art. 104 - bis l.fall.
- 7.4** Lo scopo della sottoscrizione del contratto di affitto d'azienda nell'ambito del fallimento: preservare il valore dell'azienda
- 7.5** La gestione dei rischi aziendali potenzialmente a carico della procedura
- 7.6** I criteri di scelta dell'affittuario
 - 7.6.1** L'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali
 - 7.6.2** La conservazione dei livelli occupazionali
 - 7.6.3** La congruità del canone
 - 7.6.4** Le garanzie dell'adempimento: fideiussione bancaria o assicurativa, fideiussione corporate, deposito somme, altre forme e clausole
- 7.7** La durata del contratto
- 7.8** L'individuazione dell'azienda o del ramo d'azienda
- 7.9** Il diritto di ispezione del curatore
- 7.10** Il diritto di recesso del curatore
- 7.11** Il diritto di prelazione dell'affittuario
- 7.12** La retrocessione dell'azienda al fallimento

7.1 L'affitto d'azienda nel concordato fallimentare

La normativa in tema di concordato fallimentare stabilisce che la proposta presentata dal terzo possa contenere la cessione dei beni che fanno parte dell'attivo fallimentare e delle azioni di pertinenza della massa.

Si è visto nei precedenti capitoli che tra le fattispecie possibili può esservi la consegna delle attività fallimentari a un terzo tramite, tra l'altro, un contratto d'affitto d'azienda finalizzato alla gestione dell'azienda e al pagamento dei debiti. In questo caso la capacità imprenditoriale del terzo rappresenta la vera garanzia per i creditori e sarà pertanto compito del curatore valutare la medesima ex ante criticamente, nonché curare l'articolazione del contratto con particolare attenzione. Il ricavato della gestione e/o dell'affitto diviene infatti in questi casi la fonte di soddisfacimento del proponendo concordato fallimentare. Il ricorso all'affitto d'azienda è solitamente prodromico alla cessione dell'azienda stessa e permette, come meglio sarà descritto in seguito, di non disperdere il valore dell'azienda giungendo a un migliore realizzo delle attività aziendali – in quanto considerate e valorizzate quale sistema e non in modo atomistico - a tutto vantaggio dei creditori.

Vale solo la pena di ricordare che lo scopo del concordato fallimentare è consentire ai creditori di conseguire più di quanto riceverebbero con la liquidazione fallimentare, o di conseguirlo prima o eventualmente, con maggior certezza. Ne segue che i beni dovranno fuoriuscire dal patrimonio del debitore a valori più alti di quelli stimati nel fallimento, od in tempi più rapidi, rispetto all'ipotesi di fissazione della prima asta nel fallimento. La stipulazione di un contratto di affitto di azienda si giustifica pertanto in questo ambito soltanto se permette di raggiungere un tale obiettivo¹.

7.2 La centralità del concetto di azienda

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 miglioramenti

¹ Si rinvia per approfondimenti a Riva, *Affitto d'azienda e crisi* in Riva P, Bavagnoli F, De Tilla C, Ferraro N., *L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi di impresa*, Milano, 2011.

ulteriori al testo di legge, anche nell'ottica del maggiore coordinamento tra norme novellate e norme non novellate. Sono poi intervenuti il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modifiche nella legge 20 luglio 2010, n. 122. e, da ultimo il c.d. Decreto Sviluppo, approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2012 e in vigore dal settembre 2012.

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 e 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 voto². Chiude la gamma delle possibili opzioni, ma si colloca nel differente contesto del fallimento, il rinnovato concordato fallimentare - oggetto di approfondimento del presente studio - certamente considerato utile strumento per il superamento e la rimozione dell'insolvenza allorquando 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 ricollocamento³.

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

² Per approfondimenti sul tema qui solo sinteticamente affrontato si rinvia tra gli altri a: Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, VII ed., 2008; Gallone, Ravinale, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare. Profili civilistici, fiscali e lavoristici*, Milano, 2008; Riva, *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi. Principi e documenti di riferimento a confronto. Analisi empirica*, Milano, 2009; Danovi, Quagli, *Crisi aziendale e processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, Milano, 2012.

³ "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 d'emergenza di approdo a forme di gestione più stabili". Fimmandò, *Commento all'art. 104-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Jorio A. (diretto da), Fabiani M. (coordinato da), 1619 e ss.

organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. Dottrina⁴ e giurisprudenza⁵ hanno rielaborato il concetto così che è ormai consolidata la definizione di azienda come una *universitas* comprensiva delle cose materiali mobili e immobili, elementi questi tutti unificati e 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 operante»⁶. Un ramo d'azienda è, invece, generalmente uno specifico segmento, di solito individuato in modo da corrispondere a 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 a 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 a 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 a esso di una serie di attività e di passività giudicate appropriate in relazione allo scopo»⁷.

Il nuovo approccio normativo ha spogliato il fallimento del tradizionale carattere affittivo, 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

⁴ Per un esame sintetico ed efficace della dottrina giuridica si rinvia a: Gallone, Ravinale, op.cit., pag. 37 e ss.

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

⁶ Così Guatri, "Trattato sulla valutazione delle aziende", Milano, 1998, 361.

⁷ Così Guatri, "Trattato sulla valutazione delle aziende", 362.

la liquidazione fallimentare e consente di ripartire con una nuova attività e abrogando l'art. 50 rubricato *Pubblico registro dei falliti*⁸. 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. Più in generale si è spostato il centro decisionale dal giudice ai creditori, tramite il nuovo ruolo attribuito – almeno in linea di principio – al comitato dei creditori e il minor potere del Tribunale che non dirige più la procedura – come letteralmente prevedeva l'art. 25 l.fall. previgente – ma è chiamato a 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 coinvolti⁹. Il comitato dei creditori che assumeva un ruolo marginale ai sensi del novellato art. 41 l.fall. 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 crediti¹⁰. Il curatore a sua volta assume con la riforma nuove funzioni. La norma prevede che possa acquisire 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.fall., 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

⁸ 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.

⁹ Gallone, Ravinale, op. cit., 4.

¹⁰ “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, Sala, *La gestione giudiziale della crisi*, in Danovi A., Quagli A., op. cit., 343.

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.fall., *Esercizio provvisorio dell'azienda del fallito*, ma soprattutto negli artt. 104 - bis, *Affitto dell'azienda o di rami di azienda*, 105, *Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, nonché nell'art. 79 l.fall., *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 contenuti¹¹. Si esprime 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.

¹¹ «La spersonalizzazione 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 ciò 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 organizzata ad un fine produttivo, la cui estinzione si 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.», Bozza, *La vendita dell'azienda nel fallimento*, in *Fallimento*, 1987, 283 e ss.

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 e 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.

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

7.3 L'affitto d'azienda concluso dal curatore ex art. 104 - bis l.fall.

L'affitto d'azienda è imposto dall'art. 104 - bis l.fall. quale strumento da considerare obbligatoriamente e rispetto al quale la procedura deve assumere esplicitamente e in ogni caso una posizione positiva o negativa¹². Il soggetto sul quale è posto l'onere di valutare la situazione e stabilire l'opportunità di accedere o non accedere a 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'articolo 107, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati»¹³.

¹² «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 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», Fimmanò, op. cit., 1619 e ss.

¹³ L'art. 107 l.fall. «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,

Ciò implica da un lato un atteggiamento pro-attivo del curatore e dall'altro lato l'esistenza di uno o più soggetti potenzialmente e seriamente interessati alla continuazione dell'attività aziendale della fallita. Il primo – il curatore – dovrà curare e valutare con particolare attenzione le manifestazioni forse inizialmente “deboli” dei secondi – i potenziali conduttori – incentivandoli a farsi avanti con proposte concrete, strutturate e sostenibili. In questa fase il curatore dovrà comprendere altresì se queste ultime siano tali da portare all'inquadramento dell'operazione in quadro di più ampio respiro con l'impostazione di un concordato fallimentare.

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 provvisorio¹⁴. 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 inattività. 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 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

assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati».

¹⁴ È opportuno ricordare che nel caso dell'esercizio provvisorio previsto dall'art. 104 l.fall. 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'art.111, primo comma, n. 1).

quindi dipendere da eventi strutturali¹⁵. Ci si propone di approfondire queste considerazioni nelle pagine che seguono.

7.4. Lo scopo della sottoscrizione del contratto di affitto d'azienda nell'ambito del fallimento: preservare il valore dell'azienda

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 a 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 creditori¹⁶. 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 controparti, 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

¹⁵ Gallone, Ravinale, op. cit., 2008, 23.

¹⁶ Chiarisce in proposito Fimmandò 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», Fimmandò, op. cit., pagg. 1625.

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 costruito normativo sistemicamente inteso.

Sono proprio queste considerazioni che rendono rilevante l'eventuale prospettazione di un concordato fallimentare.

7.5 La gestione dei rischi aziendali potenzialmente a carico della procedura

Nell'ambito delle procedure concorsuali e in particolare nella fattispecie descritta dall'art. 104- *bis* l.fall. la modulazione dei rischi che strutturalmente la conclusione di un contratto di affitto d'azienda comporta sia per il locatore sia per il conduttore 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, 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'investimento, 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 mancato 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 a 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 per-

- tanto 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 indeterminazione. 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.

7.6 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.fall. 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.fall. 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:

1. il curatore identifica lo strumento dell'affitto d'azienda come momento decisivo per la migliore liquidazione dell'attivo e individua i parametri di scelta dell'affittuario in coerenza con il secondo comma dell'art. 104 - *bis*;
2. 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;
3. 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;
4. 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 autorizzato¹⁷.

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'affit-

¹⁷ «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», Paluchowski, Pajardi, op. cit. 596.

tuario 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 a 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 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"¹⁸ 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 e il mantenimento in forza di un certo numero di lavoratori dipendenti¹⁹.

¹⁸ Gallone, Ravinale, op. cit., 50.

¹⁹ «... 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 endo-

Nei seguenti paragrafi si propone di approfondire l'analisi di ciascuna delle quattro componenti del giudizio del curatore.

7.6.1 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.fall. chiede esplicitamente che “la scelta 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 e 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.

concorsuale 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», Fimmanò, op. cit., 1629. Nello stesso senso Paluchowski, Pajardi, op. cit., 597.

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 fab- *bisogni* 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*, 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'azienda²⁰.

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 tendenze 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'esauritiva 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 a 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

²⁰ Questa distinzione è stata avvicinata da Quagli, op. cit., 110, alla distinzione operata nel contesto nazionale tra "previsione" e "prospettiva", descritta e commentata ormai da tempo da Giannessi in *Possibilità e limiti della programmazione*, Pisa, 1981 e prima di lui già da Ceccherelli in *Le prospettive economiche e finanziarie nelle aziende commerciali*, Firenze, 1931.

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 a 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.fall., 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 a 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.fall., non dovranno essere strumentalmente utilizzate dal soggetto proponente, né tantomeno subite dal curatore. Peggio sarebbe infatti per i lavoratori se l'azienda fosse affidata a 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.

7.6.2 La conservazione dei livelli occupazionali

L'art. 104 - *bis* l.fall. 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 fallita²¹.

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 interessante 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.

7.6.3 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.

²¹ «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», Paluchowski, Pajardi, op. cit., 2008, 597.

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 a 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.

Infatti a chi scrive pare 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 successive parti del presente lavoro dedicate alla determinazione del congruo canone di affitto²², 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:

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

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

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

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

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

²² Si rinvia per approfondimenti al Capitolo 8 a cura di F. Bavagnoli.

contratto di affitto e da rimborsare in una sola soluzione alla scadenza. A 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» .

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 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 presistenti e naturalmente della composizione dello stato passivo al quale accedono i debiti presistenti. 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 predeterminato.

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.

Conviene, 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 infatti 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*, pur tenendo conto della difficoltà della stima in questo specifico contesto, da un soggetto terzo.

7.6.4 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.fall. prevede esplicitamente che la scelta dell'affittuario debba tenere conto delle garanzie prestate. Il terzo comma specifica che «il contratto di affitto stipulato dal curatore nelle forme previste dall'articolo 2556 del codice civile deve prevedere [...] la prestazione di 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 e 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’affittuaria 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 previste²³:

- 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 a 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;
- d. la previsione degli obblighi manutentivi a carico dell’affittuario e l’eventuale possibilità per l’affittuario di dismettere o sostituire beni aziendali;
- e. 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.

7.7 La 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.

Il quarto comma dell’art.104 - *bis* l.fall. stabilisce che «la durata dell’affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni». Questa

²³ Balducci, *L'affitto d'azienda*, V ed., Milano, 2010, 191; Miele, *Affitto dell'azienda o di rami dell'azienda*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro M., 769; Paluchowski, Pajardi, op. cit., 598.

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 contenuta²⁴. 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.

7.8 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:

- 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 e il valore a essi attribuito;
- per le immobilizzazioni immateriali – l'elencazione dei singoli marchi, brevetti, formule di proprietà o in utilizzo a vario titolo con l'indicazione

²⁴ «... in relazione alla durata del contratto è previsto che la stessa debba essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni, in 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», Paluchowski, Pajardi, op. cit., 598.

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

- 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;
- 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;
- 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 potenziale conduttore in un momento antecedente la sottoscrizione del contratto. L'esperienza insegna, infatti, che l'esplicita esclusione di alcuni elementi può indurre quest'ultimo:

- a meglio soppesare la definizione concordata del perimetro del ramo d'azienda e
- a presentare, di conseguenza, richieste di integrazione della proposta inizialmente formulata, che, solitamente, ampliano l'oggetto del contratto includendo elementi inizialmente non previsti e di conseguenza modificano in termini migliorativi per la massa le condizioni monetarie pattuite.

7.9 Il diritto di ispezione del curatore

Il terzo comma dell'art. 104 - *bis* l.fall. 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 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;
- 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'azienda²⁵.

7.10 Il diritto di recesso del curatore

L'art. 104 - *bis*, terzo comma, l.fall. 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

²⁵ Cass. 13 giugno 1985, n. 3554, in *Foro It.*, 1985, I, 2915 e Cass. 5 marzo 1980, n.820, in *Giust. civ. mass.*, 1980, fasc. 2, commentate in Gallone, Ravinale, op. cit., pag. 79.

si verificherà solo per fare fronte a evenienze impreviste manifestatesi dopo la conclusione del negozio²⁶.

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.

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 sottoscritto²⁷.

Qualsiasi sia la motivazione del recesso è dovuta la corresponsione di un "giusto" indennizzo alla controparte²⁸.

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

²⁶ Evidenzia la rarità dell'esercizio del diritto Miele, *op. cit.*, 768.

²⁷ "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", Paluchowski, Pajardi, *op. cit.*, 2008, pag. 598.

²⁸ Si rinvia per approfondimenti a Riva, *Affitto d'azienda e crisi*, in Riva P, Bavagnoli F, De Tilla C, Ferraro N., *cit.*

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”²⁹. 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.fall. 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 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»³⁰.

Riflessioni differenti porterebbero infatti a conclusioni non convincenti. La considerazione che in assenza di un esplicito richiamo dell'art. 79 l.fall. nel testo dell'art. 104 - *bis* il medesimo non trovi applicazione porterebbe, infatti, a concludere che unico rimedio a 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.

²⁹ Così Gallone, Ravinale, op. cit., 28.

³⁰ Si veda Paluchowski, Pajardi, op. cit., 598.

7.11 Il diritto di prelazione dell'affittuario

Il comma 5 dell'art. 104 - *bis* l.fall. 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 sostenuto³¹ 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 interessati³². Inoltre essa elimina per definizione 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.

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 comunicazione³³.

³¹ *Ivi*, op. cit., 599.

³² «Nell'affitto d'azienda il problema rimane quello che l'esistenza della prelazione dell'affittuario-gestore rappresenta normalmente un obiettivo 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 (...).» Fimmandò, op. cit., 1649.

³³ «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

7.12 La retrocessione dell'azienda al fallimento

L'ultimo comma dell'art. 104 - *bis* l.fall. regola la sorte dei rapporti e dei debiti contratti dal conduttore alla fine dell'affitto e 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 artt. 2112 e 2560 c.c. 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 e 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.³⁴. 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 a 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 che essi 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

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 Fimmandò, op. cit., 1658. Nello stesso senso: Paluchowski, Pajardi, op. cit., 599; Patti., *L'affitto dell'azienda*, in *Il Fallimento*, 2007, 1092; Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria*, in *Il Fallimento*, 1998, 927.

³⁴ Paluchowski, Pajardi, op. cit. pag. 600. Nello stesso senso Gallone, Ravinale, op. cit., 160.

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 affitto³⁵.

Specifiche riflessioni sono necessarie con riferimento alla posizione dei dipendenti. In particolare è pacifico il fatto che i contratti di lavoro subordinato proseguano in 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 viceversa³⁶.

³⁵ Dubbi in merito all'effettivo ambito di applicazione della norma sono stati sollevati da Gallone e Ravinale, op. cit., 163 e ss. 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».

³⁶ Paluchowski, Pajardi, op. cit. 600. Nello stesso senso Martorano in *La circolazione di ritorno dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, n.1, 2010: «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. 104bis 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».