



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea Magistrale in economia e management
Curriculum in Economia e Diritto di Impresa

**L’AFFITTO D’AZIENDA:
PROFILI ECONOMICO – AZIENDALI
ED APPLICAZIONI NELLE CRISI D’IMPRESA**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Antonio Acquaroli

Tesi di laurea di:

Augusto Sciamanna

Anno Accademico 2019/2020

A mio nonno,

A Licio

INDICE

INTRODUZIONE.....	5
CAPITOLO I: ASPETTI ECONOMICO AZIENDALI.....	7
1.1 L'azienda: profili giuridici ed economici introduttivi.....	7
1.2 Il trasferimento dell'azienda: definizione ed esegesi normativa.....	16
1.3 Il trasferimento del ramo d'azienda.	22
1.4 Natura giuridica e requisiti del trasferimento.....	28
1.5 L'affitto d'azienda: inquadramento e definizione.....	34
1.6 Peculiarità e caratteristiche dell'istituto.....	38
1.7 Motivazioni e finalità dell'operazione.....	45
1.7.1 Le Motivazioni del locatore.	46
1.7.2 Le motivazioni dell'affittuario.	50
1.7.3 Le motivazioni per l'imprenditore in stato di crisi (rinvio).	53
CAPITOLO II: ASPETTI PRELIMINARI E VALUTATIVI	55
2.1 La fase preliminare.	55
Premessa.	55
2.1.1 Le verifiche svolte dal locatore.	56
2.1.2 Le verifiche svolte dall'affittuario e le attività di due diligence.	58
2.2 La valutazione d'azienda per la stima del capitale economico.	64
2.2.1 I principali metodi di valutazione.....	70
2.3 La scelta del metodo valutativo per la determinazione del conguaglio.	74
2.4 L'individuazione del "congruo" canone d'affitto.....	81
2.4.1. Le modalità di stima del "congruo" canone nella dottrina economico-aziendale.	84
2.4.2 La stima del canone di "break even".	90

CAPITOLO III: PROFILI CIVILISTICI	97
3.1 Riferimenti normativi e ricostruzione della disciplina.....	97
3.2 I principali diritti e obblighi delle parti.....	107
3.2.1 Il Trasferimento dei segni distintivi dell'impresa.	114
3.2.2 Il mantenimento della destinazione economica.	118
3.2.3 La conservazione dell'efficienza dell'organizzazione degli impianti e la normale dotazione delle scorte.....	120
3.2.4 La conservazione dell'efficienza per il conguaglio di fine affitto sulle differenze inventariali.....	128
3.3 Gli oneri di forma e di pubblicità.	137
3.4 Il rispetto del divieto di concorrenza.	141
3.5 La successione nei contratti.....	148
3.5.1 Il trasferimento dei rapporti di lavoro e le tutele previste.....	158
3.4 La successione nei crediti e nei debiti pregressi.	167
3.5 L'estinzione del rapporto e la riconsegna dell'azienda (brevi cenni).	173
CAPITOLO IV: AFFITTO D'AZIENDA E CRISI D'IMPRESA.....	179
4.1 Il concetto di crisi e la via del risanamento	179
4.2 La nascita e l'evoluzione della composizione negoziale della crisi d'impresa.	192
4.3 L'affitto d'azienda come ipotesi di risanamento nella composizione negoziale della crisi d'impresa.	208
4.3.1 La "vexata quaestio" dell'affitto d'azienda nel concordato con continuità aziendale.	226
4.4 Il fallimento del concedente.....	249
4.5 L'affitto endoconcorsuale.....	253
4.5.1 La scelta dell'affittuario.....	258

4.5.2 La stipulazione del contratto.	265
4.5.3 Il diritto di prelazione dell'affittuario.	272
4.5.4 La retrocessione dell'azienda affittata.	275
4.6 Un breve caso di analisi: l'affitto d'azienda come misura cautelare.	280
CONCLUSIONI.....	289
BIBLIOGRAFIA.....	293
SITOGRAFIA.....	302
Ringraziamenti.	303

INTRODUZIONE

Il clima di variabilità ed incertezza presente sul mercato, tende a favorire i cambiamenti, e la nascita di nuove realtà aziendali che possano adeguatamente adattarsi alla tempestiva evoluzione di contesti imprenditoriali sempre più dinamici e competitivi.

Muovendo da tale prospettiva, uno degli strumenti più versatili ed interessanti, come perfetta sintesi della capacità di fornire efficace risposta a situazioni contingenti e momenti di criticità, coniugando opportunità ed esigenze, è rappresentato dall'istituto dell'affitto d'azienda, la cui crescente diffusione ha suscitato sempre più interesse tra gli operatori aziendali.

Con rigore concettuale, l'obiettivo che questa tesi si prefigge è quello di approfondirne gli aspetti più rilevanti sotto il profilo imprenditoriale e strategico, dedicando ampio spazio anche alle possibili modalità d'impiego all'interno delle soluzioni concordate di risanamento aziendale e nelle procedure concorsuali, ove in virtù di una particolare flessibilità operativa, nel corso degli anni l'istituto ha riscosso crescente affermazione come ipotesi di continuità aziendale tesa alla salvaguardia dei valori dell'impresa in crisi. Nel primo capitolo dell'elaborato, dopo aver inquadrato i tratti essenziali che contraddistinguono l'istituto e ne circoscrivono la fattispecie nell'ambito dei fenomeni circolatori dei complessi aziendali, ne verranno poste in disamina peculiarità e caratteristiche che possano profittevolmente sostanziarne un ricorso in ottica imprenditoriale e strategica, come evento di gestione straordinaria.

A tal fine, verrà proposta un'attenta analisi nel merito delle principali motivazioni che spingono i soggetti coinvolti a ricorrere a siffatto istituto, contemperandone finalità e principali elementi di rischiosità.

Nel secondo capitolo dell'elaborato, a seguito di alcune indagini preliminari finalizzate tanto al corretto recepimento dei profili soggettivi delle controparti, quanto alla verifica dell'effettiva consistenza patrimoniale ed economica del complesso affittando mediante processi di *due diligence*, verrà dedicato ampio spazio alla fase che presuppone il ricorso all'attività di valutazione, ricercando la tecnica più appropriata che possa giungere ad una stima obiettiva di un valore unitario, il quale fungerà da base per la regolazione dei rapporti tra le parti in sede di conguaglio finale, nonché come punto di partenza per la determinazione del canone di affitto.

A tale ultimo aspetto verrà dedicata particolare attenzione, dapprima ponendo in disamina le principali tecniche di valutazione elaborate nel corso degli anni dalla miglior dottrina economica aziendale, sino a proporre una modalità di stima alternativa autorevolmente accolta anche dalla prassi professionale.

Nel terzo capitolo, avendo ricostruito le fondamenta dell'istituto sulla base dei riferimenti normativi previsti dal Legislatore Civile, verranno presentati i principali obblighi e diritti che sorgono in capo alle parti tanto in fase costitutiva quanto in costanza di rapporto, nonché in sede di retrocessione del complesso affittato, avendo particolare riguardo sia alla disciplina prevista per la sorte dei rapporti reciprocamente spettanti, nonché in riferimento ai lavoratori dipendenti per i quali la legge appresta particolari forme di tutela nell'ambito delle vicende circolatorie.

Nel quarto ed ultimo capitolo dell'elaborato, ponendo anzitutto in disamina i fondamenti concettuali che portino un istituto a riscontrare degli elementi di criticità tentando di evidenziarne cause ed evoluzione, nel tentativo di conciliare il ricorso all'affitto d'azienda come ipotesi di risanamento verrà dapprima posto un accento sulle finalità che abbiano accompagnato il profondo mutamento che negli ultimi anni ha interessato il diritto concorsuale italiano, sino alle più recenti modifiche tese a rafforzare il ruolo partecipativo del ceto creditorio nella gestione concordata delle crisi d'impresa.

A tal fine, verranno attentamente esaminate le peculiarità specifiche che contraddistinguono le diverse forme negoziali previste dal Legislatore fallimentare come soluzione concordata della crisi d'impresa nelle quali ricomprendere l'eventuale ricorso all'istituto in commento, avendo particolare riguardo all'intensa produzione dottrinale e giurisprudenziale sul dibattuto tema dell'assoggettabilità dell'affitto d'azienda alla disciplina dettata per il concordato preventivo con continuità aziendale *ex. art. 186-bis*, sin dall'entrata in vigore del D.L. 22 giugno 2012 n. 83.

Nel prosieguo del capitolo, dopo aver trattato con meritata attenzione anche l'attività posta in essere dal curatore nell'assumere la decisione di ricorrere all'affitto d'azienda in corso di procedura di fallimento, ovvero di subentrare nel relativo contratto stipulato ante declaratoria fallimentare, in ultimo, verrà presentato un breve caso aziendale nel quale l'operazione tesa alla salvaguardia dei valori di un complesso in stato di crisi irreversibile, è stata predisposta con lungimiranza e successo come misura cautelare nel corso delle more della procedura prefallimentare *ex. art. 15. L.F.*

CAPITOLO I: ASPETTI ECONOMICO AZIENDALI

1.1 L'azienda: profili giuridici ed economici introduttivi.

L'affitto d'azienda rappresenta un istituto, che suscita particolare interesse nella prassi professionale ed a cui, di frequente, viene fatto ricorso soprattutto nell'ambito dei processi di risanamento aziendale, venendo a qualificarsi non solo come operazione di finanzia straordinaria, ma anche come strumento ampiamente flessibile che si adatta più di altri ad essere particolarmente dirimente di talune situazioni economico-aziendali.

Prima di concentrarsi in maniera specifica sulla disciplina inerente l'affitto, in questa sede si tenterà innanzitutto di fornire una definizione più conciliante possibile del concetto di "azienda".

Di "azienda" esistono varie nozioni¹, che a sua volta possano differenziarsi sia, a seconda della disciplina e ambito di riferimento oggetto di indagine, sia dal momento storico a cui è associato il tentativo di spiegarne l'esegesi del fenomeno.

Una delle definizioni più note, fornite da autorevole dottrina², qualifica l'azienda come un "sistema dinamico" e "mutevole" che nel tempo ha una sua evoluzione, lasciando intendere che anche il concetto che ne discende, consti di una propria trasformazione in relazione all'ambiente in cui questa è incardinata.³

¹ Si ricordano alcune nozioni di azienda, assai risalenti, fornite da autorevoli Maestri della Ragioneria e dell'Economia Aziendale, alla fine del diciannovesimo secolo, tra le quali spiccano quelle di alcuni esponenti della *teoria contrattualistica* come G. CERBONI (1886), in "La ragioneria scientifica", Vol. I, Ermanno Loescher & C., Roma, pp. 170 e ss., ove novellando espressamente di «*sostanza amministrata*» e «*azione amministrativa*» il concetto di azienda viene inteso nei suoi connotati giuridici. Invero essa non possiede delle caratteristiche proprie ma riflette le peculiarità che le vengono trasmesse dall'individuo o gruppo di individui direttamente o indirettamente collegati all'assetto proprietario. Sul punto si apprezza anche il contributo di F. BESTA, in "La ragioneria", Vol. I, Vallardi, Milano, 1922, p. 2 e ss., il quale, allievo del CERBONI, non osta anch'egli nel sottolineare i connotati giuridici dell'azienda, e pur riprendendo la logica della "sostanza amministrata", l'A. intende l'azienda come ente indipendente rispetto alla proprietà, ed al servizio dell'uomo.

² Si rimanda all'autorevole contributo di uno dei massimi esponenti della *teoria sistemica*, ovvero G. ZAPPA, in "Le produzioni nell'economia delle imprese", Giuffrè, Milano, 1957, cit. p. 37, ove secondo l'A. «*L'azienda è una realtà operante. Diviene di giorno in giorno, si costituisce continuamente, nelle sue strutture sempre si rinnova e sempre si ricompie; nei processi dinamici attuati sempre si trasforma e apertamente si manifesta, come dettano le circostanze mutevoli alle quali l'azienda deve adattarsi.*». Sul punto si veda anche P. ONIDA, "Economia d'azienda", UTET, Milano, 1963, secondo cui «*La vita dell'azienda si manifesta essenzialmente nella durevole e coordinata attività rivolta a dati fini, nel sistema continuamente rinnovantesi e mutevole degli atti e dei fatti di gestione.*»

³ Ricorda G. ZAPPA, in "Le produzioni nell'economia delle imprese", 1957, cit. p. 72, che «*[...] ogni organismo d'impresa, [...], per il suo stesso carattere funzionale e per le molte relazioni che stringono la vita dell'impresa per molteplici rapporti ad altre aziende e ad altri enti sociali, non potrebbe nemmeno*

Considerando nello specifico l'ambito giuridico, vedremo che la nozione di azienda è innanzitutto fornita dal Legislatore del 1942 all'interno del Codice Civile all'art. 2555, ove questi definisce l'azienda come «*il complesso dei beni organizzati per l'esercizio d'impresa*», conferendo all'istituto, invero, un elevato grado di astrattezza tale da rendere difficoltoso delimitarne sia concettualmente che concretamente i confini, di cosa debba essere effettivamente identificato e qualificato come azienda, e di cosa invece sia da ritenersi estraneo a tale nozione.⁴

A tal fine, parrebbe già opportuno sottolineare che, in realtà, la *ratio* dell'articolo sia da ricercarsi nell'elemento che qualifica l'azienda, ovvero, la “destinazione dei beni” per l'esercizio dell'impresa, di cui ogni imprenditore debba dotarsi per raggiungere gli scopi produttivi prefissati e per mezzo dei quali organizzare l'attività di gestione.

D'altro canto, va senz'altro menzionato che il tema della natura giuridica dell'azienda e la definizione del Legislatore del 1942 non siano state accolte pacificamente.

A tal riguardo, nel corso del tempo si è assistito alla contrapposizione di due tesi opposte elaborate dalla dottrina che rispondono a due visioni agli antipodi, l'una *unitaria* e l'altra *atomistica*.

Come molti autori⁵ ricordano, la *teoria atomistica*⁶ concepisce l'azienda come una semplice pluralità di beni tra loro eterogenei e funzionalmente collegati sui quali l'imprenditore può vantare diritti diversi.

Per cui, i singoli beni aziendali assumeranno rilevanza unitaria dal punto di vista economico, ma tale unitarietà risulterà invece irrilevante sul piano giuridico, negando che

concepirsi, nel suo continuo trasmutarsi, se non si avvertissero gli stretti e mutevoli vincoli che lo inseriscono nel mezzo ambiente [...]»

⁴ Cfr. G. SAVIOLI, “*Le operazioni di gestione straordinaria*”, III. ed., Giuffrè, Milano, 2008, p. 5.

Secondo l'A. la definizione dell'art. 2555 c.c., secondo cui l'azienda è “*il complesso dei beni organizzati per l'esercizio d'impresa*”, si differenzia in maniera più sostanziale da quella più ampia della dottrina economico-aziendale. Invero la definizione giuridica, pone in rilievo solo uno dei fattori produttivi aziendali, ovvero “il patrimonio”, ed essendo questa legata alla figura dell'imprenditore, si attaglia di una sola delle diverse tipologie di aziende individuate dalla dottrina aziendalistica, ovvero quella di produzione, escludendo di fatti quelle di erogazione e consumo.

⁵ Cfr. G. CAMPOBASSO, “*Manuale di diritto commerciale*”, UTET, Milano, 2017, p. 59., sul punto si veda anche P. CENDON (a cura di) “*Commentario al codice civile. Artt. 2555-2594: Azienda. Ditta. Insegna. Marchio. Opere dell'ingegno. Brevetti.*”, Giuffrè, Milano, 2010, p. 6.

⁶ Tra i principali sostenitori si veda F. FERRARA, “*Trattato di diritto civile italiano*”, I, Roma, 1921, p. 799, nonché G. AULETTA, voce “Azienda”, in “*Enciclopedia giuridica Treccani*”, IV volume, Treccani, Torino, 1988, secondo il quale anche volendo esaminare i singoli rapporti in cui, secondo taluni, l'azienda sarebbe stata trattata unitariamente, si può decisamente affermare «*che in nessun caso e in nessun rapporto l'azienda è stata regolata dal nuovo legislatore come unico bene, si tratti poi di cosa composta o di universitas*».

all'imprenditore possa spettare il riconoscimento di un diritto autonomo ed una titolarità sul complesso degli stessi, in quanto si tende ad escludere l'ipotesi di un "bene azienda". Di converso, la *teoria unitaria*⁷, preferita in giurisprudenza⁸, considera l'azienda come "bene unico", nuovo e distinto rispetto ai beni che la compongono, ritenendo il titolare insignito di un diritto di proprietà unitario sulla stessa, coesistente con i diritti reali od obbligatori che vanta sui singoli beni.

Nell'introdurre il concetto di azienda, anche lo stesso Legislatore all'art. 2555 c.c. parrebbe enfatizzarne il "carattere unitario"⁹ del complesso organizzato di beni, e come questo, dal punto di vista giuridico, sia da considerarsi come lo strumento attraverso il quale l'imprenditore svolge l'attività di impresa, nonché la proiezione patrimoniale di quest'ultima.

Volendo tentare una breve ricostruzione delle fondamenta teoriche a sostegno della concezione universalistica afferenti la teoria unitaria, una delle più risalenti¹⁰ è quella basata sul concetto di azienda come *universitas rerum*, da ricondursi nella nozione dell'art. 816 c.c. e nel *genus* delle universalità di beni mobili, in virtù della presunta similarità tra l'"atto di destinazione" che caratterizza le universalità, e l'organizzazione che contraddistingue il complesso dei beni aziendali.

Detta tesi, parrebbe fondarsi sul superamento concettuale della coesistenza dei presupposti del dettato legislativo del primo comma dell'art. 816 c.c., ove per universalità di beni mobili debba intendersi "*la pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno una destinazione unitaria*".¹¹

⁷ Tra i principali contributi in dottrina figurano quelli di, F. CARNELLUTTI, "*Teoria generale del diritto*", II. ed., Roma, 1946, p. 121, come sottolinea, S. MEUCCI, in "*Destinazione di beni tra atto e rimedi*", Giuffrè, Milano, 2009, p. 47, nonché lo stesso F. FERRARA, in "*La teoria giuridica dell'azienda*", Firenze, 1945, in C. FERRENTINO, A. FERRUCCI "*Dell'azienda. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*", Giuffrè, Milano, 2006, p. 19; in qualità di fermo sostenitore della tesi assai risalente ed isolata, dell'"azienda come bene immateriale", non identificantesi nel complesso dei beni che la compongono ma nell'organizzazione di questi, ed invero, nell'insieme di collegamenti funzionali tra i singoli beni aziendali, da considerarsi come accessori "del bene immateriale azienda".

⁸ Cfr. P. IASIELLO "*L'azienda e i segni distintivi dell'impresa*", Key Editore, Milano, 2019, p. 18, secondo cui la giurisprudenza si è maggiormente orientata verso la concezione unitaria dell'azienda, anche se non si registrano posizioni univoche sotto il profilo delle universalità di beni intese come, *universitas rerum* o *universitas facti*. Sul punto si veda *ex plurimis*, Cass. Civ. 29 agosto 1963 n. 2391, Cass. Civ. sez. Lav. 4 aprile 1992 n. 4274, più recente, Cass. Civ. sez. II. 15 gennaio 2003 n. 502.

⁹ Sul punto si veda, voce "Azienda" in Enciclopedia Treccani.

¹⁰ Cfr. R. TOMMASINI, "*Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*", Giuffrè, Milano, 1986, cit. pp. 96-97.

¹¹ Codice Civile (R.D. 16 marzo 1942, n. 262), Articolo 816, "Universalità di mobili", comma 1.

Alla luce di tale definizione, non è arduo avvedersi di come l'azienda in realtà non risponderebbe ai dettami sopra richiamati, sebbene sia costituita da una pluralità di cose caratterizzate da destinazione unitaria, difetterebbe non soltanto dell'appartenenza delle medesime ad una stessa persona, ma anche dell'esclusiva composizione di soli beni mobili, incompatibile sia con la compresenza dei beni in senso stretto considerati, nei quali figurerebbero anche gli immobili, sia in virtù degli svariati rapporti giuridici di cui agli artt. 2558 e ss.¹²

Più appropriato sarebbe, a questo punto, il riferimento di parte della dottrina¹³ nel merito dell'accostamento al primo comma dell'art. 670 c.p.c., in materia di sequestro giudiziario, ove si prevede che il giudice possa autorizzare il sequestro «*di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità i beni*».¹⁴

A tal fine, si potrebbe ricondurre la nozione di azienda nel novero delle 'universalità' più latamente intese, da un lato rimuovendo il riferimento esclusivo a quelle di "beni mobili" di cui all'art. 816 c.c., e dall'altro sostantivando una 'speciale universalità di beni' con caratteristiche più affini agli artt. 2555 e ss. del Codice Civile, divincolate da una concezione prettamente materiale.

Ad ogni modo, tale tesi sembrerebbe essere opinione consolidata della Corte di Cassazione¹⁵, ove l'azienda debba intendersi come «*universitas rerum*» potendo costituirne attività aziendali sia i beni materiali (i locali, i macchinari, le materie prime, ecc.) che i beni immateriali (know-how, marchi, avviamento, ecc.), purché riconducibili ed accomunati dalla stessa destinazione economica impressa dall'imprenditore.

Il fatto di essere coordinati per garantire l'esercizio dell'attività d'impresa, legittima questa visione omnicomprensiva e permette a tali beni di essere considerati dalla legge

¹² Cfr. M. CASANOVA, voce "azienda", in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957, cit., pp. 3-4, in senso analogo G.E. COLOMBO, "L'azienda e il suo trasferimento", in AA.VV. "L'azienda e il mercato. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia", diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 1979, p. 6; secondo il quale non sarebbe letteralmente compatibile con l'art. 816 c.c., la definizione di azienda come universalità di beni mobili, ben potendo costituire elemento aziendale anche un bene immobile.

¹³ Cfr. M. CASANOVA, voce "azienda", *op.*, *ult. cit.*, p. 5.

¹⁴ Codice di Procedura Civile (R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443) Articolo 670, "Sequestro giudiziario", co.1.

¹⁵ Cfr. *ex multis*, Cassazione Sez. Civile, 22 marzo 1980, n. 1939, «*L'azienda consiste in una «universitas rerum», comprendente cose materiali ed immateriali, funzionalmente organizzate in un complesso unitario ad un unico fine e, come non si richiede per la sua esistenza che concorrano tutti gli elementi, specie quelli immateriali, così la titolarità dell'azienda può essere disgiunta dalla proprietà dei beni strumentali, destinati al funzionamento di essa, posto che l'azienda appartiene alla categoria degli oggetti di diritto, mentre è l'imprenditore il soggetto che assume l'iniziativa ed il rischio della attività economica produttiva, risolvendosi nel complesso dei beni aziendali all'uopo organizzati*».

unitariamente, come oggetto unico di rapporti giuridici. Non rileva invece, il singolo titolo giuridico che legittima l'imprenditore a utilizzare un dato bene nel processo produttivo, potendo questi disporne sia a titolo di proprietà che di godimento personale o reale.

Muovendo dal considerare l'azienda in maniera unitaria, secondo parte della dottrina¹⁶ e taluna giurisprudenza¹⁷, la stessa potrà essere qualificata come forma di universalità patrimoniale e, più precisamente, come *universitas facti*, ovvero comprensiva dei beni materiali ed immateriali in senso stretto, (marchi, insegna, ditta), e dei mobili ed immobili organizzati per l'esercizio dell'impresa, e non anche i rapporti giuridici ad essa inerenti (contratti, crediti e debiti).

In un eventuale ipotesi di trasferimento, quest'ultimi assumerebbero esclusivamente una funzione "integrativa" dei precedenti artt. 2556 e 2557 c.c., disciplinanti la cessione d'azienda "in senso stretto".¹⁸

¹⁶ Per la tesi dell'azienda come *universitas facti*, si veda in particolare in dottrina, G. COTTINO, "L'imprenditore. Diritto commerciale." Vol. I, 1, Cedam, Padova, 2000, p. 226; il quale soffermandosi sulla norma in tema di contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa (art. 2558 c.c.), nota come tali rapporti giuridici non siano a questa collegato, essendovi la facoltà per l'imprenditore di disporne separatamente. Pertanto secondo l'A. l'*universitas* può essere trasferita a terzi anche mediante espressa esclusione pattizia di crediti e contratti *in fieri*.

¹⁷ In giurisprudenza si veda *ex multis*, (già citata) Cass. Civ. 29 agosto 1963 n. 2391; Cass. 16 novembre 1979 n. 5963; Cass. 10 marzo 1980 n. 1584; in particolare cfr. Cass. 27 novembre 1971 n. 3461, poiché l'art. 2555 c.c. definisce l'azienda come un complesso di beni, per determinare quali elementi possano costituirla, occorre stabilire in base agli artt. 810 e 813 c.c., quali elementi possano considerarsi beni, ed invero ne resterebbero esclusi rapporti giuridici, crediti e debiti.

¹⁸ In tal senso M. CONFALONIERI "Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società", ed. Il Sole - 24 Ore, 2010, p. 477. Sul punto, con riferimento alla tesi di chi individua un nucleo essenziale di azienda (in assenza del quale essa non sussiste), cui vanno ad aggiungersi elementi accidentali (non necessari), sostenendo che non farebbero parte dell'azienda "in senso stretto", ad esempio, i rapporti giuridici ad essa inerenti, si parla anche di teoria "dualistica". A tal fine, si veda G. AULETTA "Azienda nel diritto commerciale", Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1996, pp. 4 ss.

Dall'altro lato, basandosi su una nozione estremamente ampia di azienda, vi è invece chi ha sostenuto la tesi¹⁹ maggiormente condivisa in dottrina²⁰, che questa possa essere ricondotta ad una forma di *universitas iuris*, perché composta, non solo dagli elementi patrimoniali considerati in senso stretto, ma anche da tutti i rapporti giuridici, come contratti, debiti e crediti, o rapporti obbligatori in generale, ricomprendendo tutto ciò che contribuirebbe alla funzionalità e all'avviamento del complesso aziendale per l'esercizio dell'attività.

La distinzione non è meramente di carattere descrittivo, sebbene in dottrina²¹, si è concordi nel ritenere le due fattispecie separate, non si potrà negare, come riflesso immediato della concezione unitaria dell'azienda, le conseguenze derivanti dagli atti di disposizione.

Invero, che si tratti di acquirente, usufruttuario o, come avremo modo di affrontare nello specifico, affittuario di un'azienda, tale soggetto subentra in via di principio nei contratti privi di carattere personale stipulati per l'esercizio dell'impresa dall'imprenditore cedente.

Da tali note, potrà immediatamente desumersi l'intrinseco collegamento tra l'azienda, intesa nei suoi beni della più varia natura, e l'impresa, ovvero l'attività al cui esercizio è destinato il complesso aziendale.

Tale accostamento, sebbene talvolta nel linguaggio comune e nell'immaginario collettivo possa indurre ad utilizzare in maniera impropria i due termini come sinonimi, considerate anche le scelte semantiche poco convincenti del Legislatore nazionale che spesso

¹⁹ Cfr. G. AULETTA "Azienda nel diritto commerciale", *ibidem*, 1996, cit., p. 5, ove, con riferimento alla tesi dottrinale in esame, novella di teoria "omnicomprensiva".

²⁰ Sull'azienda come *universitas iuris*, si veda *ex multis*, M. CASANOVA, voce "azienda", *op. ult. cit.* pp. 3-4 secondo il quale tale linea di pensiero sarebbe riconducibile alla teoria universalistica, secondo cui l'azienda sarebbe costituita non solo dai beni in senso stretto ma anche da tutti i rapporti giuridici di cui all'art. 2558 c.c.; sul punto anche F. GUERRERA, in AA.VV., "I trasferimenti d'azienda", (a cura di) P. CENDON, Milano, 2000 p. 26, secondo cui l'attitudine del complesso a consentire la prosecuzione dell'impresa in capo all'acquirente dipende dalla circostanza che quest'ultimo sia messo in condizione di fruire di alcuni elementi indispensabili per l'organizzazione aziendale, ovvero di quei rapporti giuridici prima facenti capo all'alienante (crediti, contratti); in senso più ampio si veda apprezza la posizione di F. SANTORO PASSARELLI, "Dottrine generali del diritto civile", Napoli, 1976, p. 86 in G. BONILINI (a cura di) "Trattato delle successioni e donazioni", Giuffrè, Milano, 2009, p. 576, secondo cui l'unificazione degli elementi aziendali è vista in senso estensivo, riguardanti non solo i diritti sui beni, ma anche contratti, crediti e debiti inerenti l'azienda.

²¹ Sul punto si veda M. BIANCA, "Diritto Civile", Vol. VI, Milano, 1990, p. 90, in senso analogo, P. TRIMARCHI, voce "Universalità di cose", in "Enc. Diritto", p. 809.

erroneamente equipara le due fattispecie²², va senz'altro tenuto conto del fatto che in ambito giuridico la distinzione tra i due concetti è netta, assumendo questi, significati del tutto differenti e puntualmente distinguibili.

Nell'accezione giuridica corrente, l'impresa, è considerata come attività, e nello specifico, parafrasando l'enunciato dell'art. 2082 c.c., come «*attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*» ed in quanto tale inseparabile dall'imprenditore di cui costituisce un modo di operare, sostantivandone al contempo il carattere “*eminentemente soggettivo*”, che non viene meno nemmeno nei casi di cessione o di affitto d'azienda, in quanto si presuppone²³, che il passaggio del complesso non determini anche quello dell'impresa, determinando normalmente una situazione di continuità tra la precedente e la nuova gestione.

L'azienda invece, è il complesso di beni, strumento di detta attività d'impresa e frutto di detta organizzazione, che l'imprenditore utilizza per lo scopo prefissato ed in virtù di un rapporto di natura strumentale, di “*mezzo a fine*”.²⁴

Per altro verso, anche per le scienze aziendalistiche, il concetto di azienda ha subito un'evoluzione profonda nel corso del tempo.

Come parte della dottrina²⁵ ricorda «*il tempo storico in cui furono elaborate le definizioni mette in evidenza le diverse gradazioni del concetto dinamico di coordinazione, e l'evoluzione verso forme più mature e consapevoli di sistema*».

Già nei primi anni del ventesimo secolo, si apprezzano preziosi contributi da parte di alcuni autori italiani che fecero riferimento all'azienda ed anche al suo comportamento, definendo la stessa come «*la somma di fenomeni o negozi o rapporti da amministrare, relativi ad un cumulo di capitali che formi un tutto a sé, o a una persona singola o a una famiglia o ad un'unione qualsivoglia, od anche una classe soltanto di quei fenomeni o negozi o rapporti*». ²⁶

²² Tra i vari anche il precetto costituzionale dell'art. 43 Cost. ove si legge che “*A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese [...]*»

²³ Cfr. Cass. 13 dicembre 2006, n.26674, in nota di F. BOCCHINI, E. QUADRI, “*Diritto privato: Quinta edizione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 175.

²⁴ *Ex plurimis* in tema di strumentalità dell'azienda verso l'impresa, T. ASCARELLI, *Corso di commerciale*, Milano, 1962, p. 311 e ss.

²⁵ Cfr. L. MARCHI, “*Introduzione all'economia aziendale*”, Giappichelli, Torino, 2009, cit., p.10

²⁶ Cfr. F. BESTA, “*La Ragioneria*”, Vol. I, Vallardi, Milano, 1922, cit., pp. 3-4.

Tale definizione non fu esente da critiche, poiché sebbene per la prima volta si tentò di darne una visione unitaria, non si fece menzione degli elementi costitutivi e neppure del carattere sistemico dell'azienda stessa, qualificando negozi e rapporti come “somma” e slegati l'uno dall'altro.

Autorevole apporto in tal senso, fu fornito da eminenti esponenti della teoria sistemica, nonché dal proprio fondatore²⁷, il quale, alla fine degli anni venti del secolo scorso definì l'azienda come «*coordinazione economica in atto istituita e retta per il soddisfacimento di bisogni umani*» accentuandone il carattere sistemico e l'interpretazione dinamica, dall'espressione “coordinazione economica”.

Alla fine degli anni cinquanta, lo stesso autore propose per la nota definizione di «*istituto atto a perdurare*»²⁸ facendo riferimento per la prima volta al *corpus* costituente dell'attività aziendale (persone, mezzi e organizzazione) ed al contempo fornendo uno schema concettuale della vita aziendale nonché dei suoi caratteri propri di unità, durabilità e dinamicità.

Ad ogni modo, vi è chi ha saggiamente fatto presente che «*importante è essere consapevoli che le varie definizioni di azienda non sono in contrasto tra loro*»²⁹, ma sono tutte interpretazioni che tentano di spiegare un concetto che è in continua ed in perdurabile evoluzione.

Che si voglia far riferimento, inizialmente, ad un'interpretazione statica (o strutturale) basata sul concetto di struttura aziendale, l'azienda potrà configurarsi come «*organizzazione di persone e beni economici indispensabile per il raggiungimento del fine o di più fini dell'ente*».³⁰

Si si volesse invece inserirla in un insieme di operazioni da considerare coordinatamente in un sistema, secondo un approccio dinamico, che enfatizzi il fare, questa potrà essere qualificata come quella «*somma di fenomeni di negozi o rapporti da amministrare [...]*»³¹, che in forza di «*una coordinazione economica in atto [...]*»³² ed in un «*sistema*

²⁷ Cfr. G. ZAPPA, “*Tendenze nuove negli studi di ragioneria*”, Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1927, pp. 30 e ss.

²⁸ Cfr. G. ZAPPA, “*Le produzioni nelle economie delle imprese*”, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1957, p. 37.

²⁹ Cfr. E. GIANNESSE, “*Le aziende di produzione originaria*”, I. Vol., *Le aziende agricole*, Corsi, Pisa, 1960, cit. pp. 39-45.

³⁰ Cfr. V. VIANELLO, “*Istituzioni di Ragioneria generale*”, IX. Ed., Dante Alighieri, Milano, 1953, cit., p. 5.

³¹ Cfr. F. BESTA, “*La Ragioneria*”, 1922, cit. p. 4.

³² Cfr. G. ZAPPA, “*Tendenze nuove negli studi di ragioneria*”, 1927, cit. pp. 30 e ss.

dinamico di operazioni [...]»³³, potrà essere finalizzata ad un «processo di produzione o di consumo, o di produzione e consumo insieme [...]».³⁴

Se infine, si propendesse per un'interpretazione basata sulla considerazione di un approccio complesso, dove venga inquadrata nella sua completezza, ovvero nella sua struttura e dinamicità, al fine del raggiungimento di un «risultato economicamente utile»³⁵, l'azienda potrà essere intesa come «una unità elementare dell'ordine economico generale [...] nella quale i fenomeni della produzione, distribuzione e consumo vengono predisposti per il conseguimento di un determinato equilibrio economico, a valere nel tempo e suscettibile di offrire una remunerazione adeguata [...] al soggetto economico per conto del quale l'attività si svolge.»³⁶

³³ Cfr. T. D'IPPOLITO, *“Istituzioni di amministrazione aziendale - L'azienda - Le discipline aziendali”*, Abbaco, Palermo, 1964, cit. p. 19 e ss.

³⁴ Cfr. A. AMADUZZI, *“L'azienda nel suo sistema e nell'ordine delle sue rilevazioni”*, UTET, Torino, 1986, p. 18.

³⁵ Cfr. A. CECCHERELLI, *“Istituzioni di ragioneria”*, VIII. ed. ampliata, Le Monier, Firenze, 1955, cit., p. 6 il quale sottolineando l'aspetto strutturale scrive «mezzi economici e forze di lavoro costituite in rapporto alla quantità di mezzi disponibili ed alla particolare attività che intendono svolgere», mentre in base alla dinamicità «complessi operanti nei quali l'attività di lavoro deliberativa ed esecutiva di una o più persone si applica ai beni che formano le dotazioni dell'azienda per aumentarne l'utilità o il rendimento, per ottenere cioè un risultato economicamente utile».

³⁶ Cfr. E. GIANNESI, *“Le aziende di produzione originaria”* cit. p. 46; tale definizione “complessa” del Giannesi, permette di racchiudere tutti i caratteri che tipicamente si attribuiscono al sistema azienda, in termini di apertura (vita propria e riflessa), dinamicità (combinazione di fattori e composizione di forze), finalità (si dà risposta al fine, in cui è l'equilibrio economico a valere nel tempo), ed infine, probabilità (circa la possibilità di non realizzare il fine stabilito), come sottolinea L. MARCHI, *op.*, cit., p. 13.

1.2 Il trasferimento dell'azienda: definizione ed esegesi normativa.

Un'efficace gestione dell'attività d'impresa, porta inevitabilmente a rispettare particolari dinamiche aziendali ed organizzative che possono, in taluni casi, tradursi in azioni dettate da esigenze strategico-gestionali originatesi, talvolta da valutazioni di convenienza, talvolta di contiguità.

Tra queste, una possibilità certo non remota è quella di porre in essere operazioni di varia natura che abbiano come fine ultimo il trasferimento del complesso organizzato opportunamente qualificato, ove sia chiaramente definito il collegamento funzionale che sottostà alla definizione unitaria di azienda di cui si è trattato nel precedente paragrafo, prevedendo, così, il passaggio della titolarità dell'azienda da un imprenditore all'altro.

Sebbene il codice del 1942 sia carente sotto l'assetto definitorio dell'azienda, circoscrivendo di fatto la nozione di azienda, al novellato dell'art. 2555 c.c. di "complesso organizzato" suscitando da una parte, meritevoli e prestigiose interpretazioni e dall'altra, accesi dibattiti³⁷, è invece più scrupoloso nel definire il complesso di norme che racchiudono la disciplina inerente la circolazione della stessa, al Libro V, Titolo VIII del Codice Civile, agli art. 2555-2562.

Ma per ciò che concerne la disciplina inerente il trasferimento d'azienda, ovvero di un suo ramo, la normativa di riferimento nazionale è innanzitutto contenuta nel quinto comma dell'art. 2112 del Codice Civile, che rubricato al "*mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*"³⁸ disciplina la sorte e gli esiti dei rapporti di lavoro nel caso in cui un'azienda, o un ramo della stessa, sia trasferita a un nuovo titolare.

L'attuale formulazione del dettato dell'art 2112 c.c. non è stata esente da modificazioni ed integrazioni nel corso degli anni, sul piano nazionale sospinto dal piano comunitario.

³⁷ Si rimanda alle considerazioni già espresse *supra*, sulla concezione universalistica e atomistica del concetto di azienda. (CAP I, § 1).

³⁸ Cfr. Codice Civile, Articolo 2112, "*Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*", comma 5., (Comma così sostituito dall'art. 32.1, D. LGS. 10 settembre 2003, n. 276.): «*Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.*»

Nella sua originaria formulazione del 1942, quanto alla componente lavoristica, sanciva già la prosecuzione automatica dei rapporti di lavoro in capo all'acquirente³⁹, considerando l'azienda come un'entità economica unitaria, di cui la forza lavoro costituisce un elemento inscindibile nell'ottica dell'effetto traslativo, ma d'altra parte le disposizioni dell'epoca davano spazio ad un regime della libera recedibilità, segnando un netto distacco del rapporto di lavoro, dalle vicende circolatorie dell'azienda, in forza della subordinazione alla volontà dell'alienante per il mantenimento dei rapporti in essere.⁴⁰

Il richiamo a tale ultimo aspetto è emblematico, perché l'art 2112 c.c., da norma essenzialmente tesa alla salvaguardia dell'integrità funzionale dell'impresa, si è trasformato a norma posta a presidio del mantenimento dell'occupazione e dei diritti dei lavoratori coinvolti nella vicenda circolatoria, fino a diventare, nella sua attuale formulazione, una disposizione volta a garantire la realizzazione ed il contemperamento di entrambe le finalità, sia per l'aspetto garantista, che per le delucidazioni fornite nel merito del complesso fenomeno del trasferimento d'azienda.⁴¹

Invero, non soltanto i primi mutamenti si sono verificati a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 604/66⁴² la quale ha introdotto nel nostro ordinamento il principio della "necessaria giustificazione del licenziamento" innestando una *ratio* protettiva per i rapporti di lavoro, inclusi quelli coinvolti nel trasferimento d'azienda, poi confermata

³⁹ Si fa riferimento alla disciplina derogatoria del disposto dell'art.1406 c.c. per la cessione del contraente ceduto, in forza della quale non assume alcuna rilevanza né l'eventuale difforme intenzione del cedente e del cessionario né l'eventuale dissenso del lavoratore il quale, pertanto, passa alle dipendenze del cessionario a prescindere dalla propria volontà. Come opinione consolidata si veda in dottrina, R. DE LUCA TAMAJO, (a cura di) "*I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, pp. 9 e ss.

⁴⁰ Invero, nell'originaria formulazione l'articolo conteneva la dicitura "in caso di trasferimento dell'azienda, se l'alienante non ha dato disdetta in tempo utile, il contatto di lavoro continua con l'acquirente, e il prestatore di lavoro conserva i diritti derivanti dall'anzianità raggiunta anteriormente al trasferimento" Testo abrogato dell'art. 2112 c.c. ante modifiche disposte dall'art. 47 comma 3 della Legge 29/12/1990 n.428, art. 1 comma 1 del D.LGS. 2 febbraio 2001 n. 18 e art. 32 del D.LGS. 10 settembre 2003 n. 276.

⁴¹ Cfr. G. ZILIO GRANDI *Trasferimento d'azienda*, in V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, "*Codice della vendita*", Giuffrè, Milano, 2001, cit., parlando di «*auspicabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa e i diritti dei lavoratori coinvolti*».

⁴² Cfr. LEGGE 15 luglio 1966, n. 604 "Norme sui licenziamenti individuali." Art. 3 «*Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.*» in www.gazzettaufficiale.it

dalla giurisprudenza di Cassazione⁴³, che con riferimento esplicito alla cessione d'azienda ha previsto che questa non potesse costituire giustificato motivo di licenziamento.

Ma con riguardo al profilo collettivo, si è assistito nel tempo all'entrata in vigore di alcune direttive comunitarie, poi recepite nella normativa nazionale (Direttive nn. 77/187CE, 98/50CE e 2001/23CE), che hanno fatto sì che la normativa italiana e quella comunitaria, approdassero ad una armonizzazione dello stesso concetto di trasferimento.

Sul piano squisitamente lavoristico, la direttiva 77/187/CEE, è stata recepita dall'ordinamento nazionale e successivamente codificata con l'art. 47 della Legge n. 428 del 29 dicembre 1990⁴⁴ la quale, anzitutto, ha implementato l'effetto protettivo nei confronti dei lavoratori compresi nel trasferimento sul piano collettivo, tramite l'attivazione di una procedura di informazione e consultazione sindacale volta a garantire il controllo da parte delle rappresentanze dei lavoratori sugli esiti e le conseguenze dell'operazione traslativa.

Ma non solo, poiché, da un lato, codificando il principio secondo cui il trasferimento di azienda, *ipso iure*, non costituisce giustificato motivo di licenziamento, ha eliminato dal testo dell'art. 2112 c.c. il riferimento alla possibilità riconosciuta al datore di lavoro di dare disdetta ai contratti di lavoro, e dall'altro ha rafforzato la posizione creditoria dei lavoratori coinvolti nel trasferimento estendendo il regime di solidarietà tra alienante ed acquirente per tutti i crediti già maturati all'epoca del trasferimento, a prescindere dal fatto che risultassero o meno dalle scritture contabili o dal libretto di lavoro.

Mentre, sul piano definitorio la L. 428/90, non si pronunciò nel merito di una condivisibile definizione di trasferimento d'azienda, né di ramo, mancanza a cui sopperì l'entrata in vigore del successivo D. LGS. n. 18 del 2 febbraio del 2001, come attuazione della direttiva 98/50/CE, e del D. LGS. 10 settembre 2003, n. 276 (cd. *Legge Biagi*).

⁴³ *Ex plurimis*, si veda, Cass. 1 marzo 1985, n. 1754, in senso analogo Cass. 9 luglio 1984, n. 3991, in A. ZAMBELLI, "Risoluzione rapporto di lavoro", Il Sole 24 ore, Milano, 2010, p. 131.

⁴⁴ Art. 47 (Trasferimenti di azienda) - L. 29 dicembre 1990, n. 428 - *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee* (Legge comunitaria per il 1990), in www.gazzettaufficiale.it

Il primo comma⁴⁵ della direttiva 77/187/CEE si limitava a definire solo la natura giuridica del negozio traslativo (cessione contrattuale e fusione), lasciando indeterminato e sfuggente l'oggetto del trasferimento, novellando di «*imprese, stabilimenti, o parti di stabilimenti*».

Mentre la successiva direttiva 98/50/CE ha introdotto una chiarificazione di rilievo nel merito, definendo come oggetto della fattispecie traslativa «*un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*»⁴⁶.

Invero, la più recente formulazione di “entità economica”, e non di azienda, ripresa poi anche dalla Direttiva 2001/23 CE⁴⁷, dimostra come il Legislatore comunitario abbia inteso propendere per un'accezione estensiva del bene trasferito, attribuendo rilievo non ai singoli elementi (materiali o immateriali) costitutivi di un'impresa, bensì al suo valore economico, e dematerializzando il concetto di azienda stessa.

È qui che può essere considerato l'innestarsi del D. LGS., 2 febbraio 2001, n. 18⁴⁸, in attuazione e recepimento della direttiva sopracitata, che ha visto protagonista il nostro Legislatore nel tentativo di trasporre nell'ordinamento interno il contenuto della direttiva comunitaria, operato dal tentativo di accogliere anche le sollecitazioni provenienti dal fronte interno, per la specificazione della nozione di azienda nell'ottica del trasferimento. Sebbene il D. LGS. 18/2001, abbia mantenuto il termine “attività economica” e non “entità”, il novellato del 2001 ha fornito una specifica nozione di azienda, ma ai sensi dell'art. 2112 c.c., discostandosi da quella contenuta nell'art. 2555 c.c., così come interpretata dalla dottrina commercialistica, che attribuiva un ruolo determinante alla presenza di elementi materiali e strutturali, coadiuvata dal fatto che per la prima volta,

⁴⁵ DIRETTIVA 77/187/CEE DEL CONSIGLIO, del 14 febbraio 1977, “Concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti” - Articolo 1, c.1, «*La presente direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione.*» in www.eur-lex.europa.eu

⁴⁶ DIRETTIVA 98/50/CE DEL CONSIGLIO, del 29 giugno 1998 che modifica la direttiva 77/187/CEE - Articolo 1, c.1, lett. b), «*[...] è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria.*» in www.eur-lex.europa.eu

⁴⁷ DIRETTIVA 2001/23/CE DEL CONSIGLIO, del 12 marzo 2001, Art. 1 c.1 lett. b). in www.eur-lex.europa.eu

⁴⁸ DECRETO LEGISLATIVO 2 febbraio 2001, n. 18, “Attuazione della direttiva 98/50/CE relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti.” in www.gazzettaufficiale.it

una tale definizione di trasferimento d'azienda, sia valida «ai fini e per gli effetti del presente articolo».

Sembra chiaro che le nozioni di azienda e di trasferimento vadano interpretate alla luce della *ratio* e delle specifiche finalità perseguite che, come si evince dalla nuova rubrica dell'articolo 2112 c.c., così modificata *ad hoc* dal D.LGS. 18/2001, consistono nel “*mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*” e quindi, sganciate dall'accezione commercialistica di cui agli artt. 2082, 2555 e 2558 c.c.⁴⁹

Così il D. LGS. 18/2001, modificando il comma. 5 dell'art. 2112 c.c. e definendo il trasferimento d'azienda come «*qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*»⁵⁰, non solo ne delinea le caratteristiche essenziali, come la presenza di un'attività economica organizzata, l'irrilevanza dello scopo di lucro e la preesistenza e mantenimento dell'identità durante l'operazione di trasferimento, ma anche l'irrilevanza dello strumento giuridico mediante il quale si realizza il trasferimento. Invero, vengono ricomprese anche talune fattispecie di particolare interesse, come l'usufrutto ed in particolare l'affitto, dall'inciso «*a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è stato attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda*».

Ne consegue l'applicabilità della disciplina a tutte le ipotesi in cui si verifichi un mutamento nella titolarità del complesso aziendale, a prescindere dalla forma giuridica utilizzata, ma soprattutto nel tentativo di ricomprendervi anche fenomeni traslativi che prescindano da un rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario.⁵¹

⁴⁹ Sul punto si veda, M. NOVELLA, M. L. VALLAURI, “*Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*”, in “*Giorn. dir. lav. rel. ind.*”, 2005, p. 177.

⁵⁰ Cfr. DECRETO LEGISLATIVO 2 febbraio 2001, n. 18, Art. 1, comma.1.

⁵¹ Potendo altresì rilevare anche fenomeni indiretti e vicende giuridiche non contrattuali, in tal senso F. BUFFA, G. DE LUCIA, “*Il lavoratore nel trasferimento di azienda*”, Halley Editrice, Matelica, 2006, cit. p. 16.

In aggiunta, al quinto comma dell'art. 2112 c.c. nella nuova versione, il Legislatore ha esteso l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda anche al caso in cui oggetto del trasferimento sia una parte di questa⁵² *«intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (...) preesistente (...) al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità»*.

Il tema è stato ampiamente ripreso dall'entrata in vigore del successivo art. 32 del D. LGS. 276/2003⁵³, che ha nuovamente inciso sulla nozione di trasferimento d'azienda e soprattutto su quella di trasferimento di ramo d'azienda, scolpendo nuovamente il novellato del quinto comma e definendo l'azienda trasferita come un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, che preesiste al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, eliminando l'inciso *«ai fini della produzione o dello scambio di beni o di servizi»*.

Ben più significativamente, ha modificato la nozione di ramo d'azienda, sopprimendo il richiamo alla necessaria preesistenza al trasferimento dell'autonomia funzionale e della conservazione dell'identità nell'ambito dell'operazione di cessione, oggi definito come *«articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento»*.

La predetta autonomia funzionale, parrebbe dunque rilevabile anche *a posteriori*, e non come *condicio sine qua non*, nella fase di antecedente il negozio traslativo.

⁵² Tesi ampiamente sostenuta da pronunzie giurisprudenziali in accoglimento del principio secondo cui la vicenda circolatoria possa riguardare anche solo un segmento o un ramo dell'azienda. Tra le tante, Cass. 10 marzo 1992, n. 2887, Cass. 14 dicembre 1998, n. 12554.

⁵³ DECRETO LEGISLATIVO 10 settembre 2003, n. 276, "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30", Art. 32, c.1, in www.gazzettaufficiale.it

1.3 Il trasferimento del ramo d'azienda.

Nelle operazioni che comportano il mutamento della titolarità del complesso organizzato previste dal Legislatore nazionale ai sensi quinto comma dell'art. 2112 c.c., è da ritenersi, senza indugio, meritevole di menzione il tentativo di quest'ultimo, in occasione della revisione del 2001, in recepimento e applicazione della direttiva 98/50/CE, di tenere distinta l'unitarietà del complesso, da una sua eventuale ed autonoma appendice, prevedendo allo stesso tempo un'analogia disciplina applicativa.

La nozione di ramo d'azienda comparirà per la prima volta nel nostro ordinamento proprio dopo l'entrata in vigore del D. LGS. 18/2001, ma va senz'altro tenuto conto, che in precedenza, parte della giurisprudenza⁵⁴ di legittimità, avesse già previsto la possibilità di applicare l'art. 2112 c.c. quando oggetto del trasferimento non fosse il complesso aziendale considerato nella sua totalità, bensì un segmento determinato.

Anche secondo l'orientamento dottrinale⁵⁵ prevalente *pre* 2001, costituiva ramo d'azienda, quel complesso di beni dotato, oltre che di autonomia organizzativa e funzionale, anche di autonomia economica, più precisamente di «*compiuta autonomia economica*», da intendersi nel senso in cui doveva essere in grado di generare in maniera del tutto autonoma un risultato produttivo apprezzabile e valutabile dal punto di vista commerciale, mentre non era da ritenersi necessaria l'autonoma sussistenza da un punto di vista contabile, gestionale, amministrativo o finanziario.

Il che, secondo taluna dottrina⁵⁶, ha suscitato alcuni dubbi interpretativi per via della normale integrazione del ramo all'interno del complesso aziendale, rendendone difficoltoso un riscontro concreto e una valutazione separata.

⁵⁴ Cfr. Cass. 17 marzo 1993, n. 3148, MFI, Lavoro rapporto, 1993, 1298; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, MGL, 1995, 731.

⁵⁵ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, "Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro", Giappichelli, Torino, 2004, cit. p. 23.

⁵⁶ Si veda, R. DE LUCA TAMAJO, "Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, pp. 36 e ss.; secondo l'A. l'autonomia funzionale è stata infatti interpretata in dottrina nel senso di una "coesione funzionale ed organizzativa dell'attività ceduta", senza tuttavia implicare anche "un'autonomia gestionale o amministrativa, né una dipendenza economico commerciale o un'assoluta autonomia del risultato produttivo". Pertanto, "ciò che rileva è che il segmento aziendale separato dalla originaria organizzazione aziendale sia in grado di funzionare autonomamente e di produrre beni o servizi".

Inoltre l'orientamento giurisprudenziale⁵⁷ dell'epoca, si preoccupò anche di definire il calibro del concetto di ramo, per il quale, secondo il prevalente orientamento, la distinzione tra azienda e ramo d'azienda dovesse risiedere nella differente ampiezza delle due nozioni, differientemente qualificabili attenendosi a criteri di natura quantitativa, laddove il ramo d'azienda doveva possedere, seppur in minor misura, tutte le caratteristiche dell'azienda madre e configurarsi come «*una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo[...]*».

Ma il quesito sostanziale circa il ramo d'azienda gravita non tanto attorno alla sua definizione minima, così come fornita dal codice civile all' art. 2112, quanto, quando possa dirsi che questo effettivamente sia identificabile, sussista in piena autonomia funzionale e sia anche trasferibile.

Quanto all'identificazione, sono stati forniti autorevoli contributi in materia, anche dalla dottrina⁵⁸ più recente, secondo la quale «*il ramo d'azienda è compiutamente identificato quando l'attività svolta integri un autonomo e compiuto strumento d'impresa dotato di attitudine alla destinazione imprenditoriale*».

Ma senza dubbio l'efficace individuazione dei cardini concettuali relativi dell'autonomia funzionale, è sempre stato uno degli aspetti più problematici della disciplina del trasferimento di ramo d'azienda.

A tal proposito, è senz'altro utile ripercorrere l'*iter* legislativo che ha visto protagonista tale precetto, introdotto dal D. LGS. 18/2001, essenzialmente immutato nella sostanza, anche dopo le modifiche apportate dall'art. 32 del D. LGS. 276/2003, il quale si è preoccupato principalmente di posporre il *momentum* in cui verificarne la sussistenza.

Sul merito è ravvisabile innanzitutto il concorde orientamento giurisprudenziale⁵⁹ che ha puntualmente precisato che un segmento aziendale possa considerarsi funzionalmente autonomo ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 c.c. se dotato del requisito imprescindibile dell'«organizzazione» dei mezzi destinati all'esercizio di un'attività produttiva economicamente rilevante.

⁵⁷ Cfr. *ex multis*, Cass. 25 ottobre 2002, n. 17207, in P. CENDON, «*Commentario al codice civile*», cit., p. 19, sul punto, si veda in dottrina anche, F. BUFFA, G. DE LUCIA «*Il lavoratore nel trasferimento di azienda*», Halley Editrice, 2006, p. 44.

⁵⁸ Cfr. D. SANTOSUOSSO, (a cura di) «*Commentario del Codice civile*» diretto da E. GABRIELLI, *Delle Società, dell'Azienda, della Concorrenza (Artt. 2511-2574)*, Vol. I, UTET, Milano, 2014, cit. p. 804

⁵⁹ *Ex multis*, si veda, Cass. 13 ottobre 2009, n. 21697, in senso analogo, Cass. 6 aprile 2006, n. 8017, in P. CENDON, «*Commentario al codice civile*», cit., p. 1016.

Risulta chiaro il tentativo di riconoscere l'importanza cruciale e l'indissolubile simbiosi con il concetto di organizzazione per la configurabilità del ramo, poiché, così come anche previsto sul piano concettuale per l'intero complesso aziendale, anche i beni facenti parte di un ramo d'azienda, non solo debbano essere organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività, ma dovrà anche sussistere un «*legame funzionale che rende i beni ricompresi nel ramo interagenti tra di loro*». ⁶⁰

A questo si aggiunge che non è sufficiente che il collegamento sussista in vista dell'esecuzione di una sola opera, ma è necessario che il segmento aziendale sia capace di esercitare stabilmente e continuativamente un'attività di impresa.

Va precisato inoltre, come, conformemente agli orientamenti comunitari, ed in particolare a seguito dell'entrata in vigore della direttiva 98/50/CE, si possa delineare un trasferimento di ramo d'azienda anche in assenza di cessione di beni materiali.

Invero, l'espressione "attività economica organizzata", utilizzata nella formulazione dell'art. 2112 c.c. risultante dal D. LGS. n. 18 del 2001, sembrerebbe volere conferire alla nozione di trasferimento d'azienda un' indipendenza sostanziale dalla preesistenza di elementi materiali e strutturali per la configurabilità dell'evento traslativo, dovendosi ritenere sufficiente ai fini della trasferibilità del complesso, così come del ramo, anche la cessione di una mera attività realizzata attraverso l'impiego di risorse, come il fattore lavoro, tale da rendere il concetto di organizzazione pur in assenza di *substratum* materiale. ⁶¹

⁶⁰ Cfr. M. CIAN, *Dell'Azienda*, Giuffrè, Milano, 2018, cit.

⁶¹ In sede di approfondimento sulla questione, è stata tuttavia proposta una soluzione intermedia avendo riguardo all'evoluzione che ha caratterizzato la giurisprudenza comunitaria, ove è stato avvalorato il cosiddetto criterio relativistico: ovvero quando i mezzi materiali assolvono ad una funzione essenziale ai fini dell'attività produttiva, allora il trasferimento non potrà non compiersi se non attraverso la cessione dei suddetti beni materiali; quando invece l'espletamento di un servizio, venga realizzato prevalentemente o esclusivamente con prestazioni lavorative senza un decisivo apporto di mezzi materiali, allora il collegamento funzionale tra tali prestazioni ben può costituire quell'attività economica organizzata di cui all'art. 2112 c.c., indipendentemente dal trasferimento di beni strumentali. Cfr. R. ROMEI, "Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda", cit., 581 in M. NICOLOSI, "Il lavoro esternalizzato", G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 104; A tal riguardo a parere di chi scrive, parrebbe opportuno anche ripercorrere quanto previsto dalla sentenza Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentenza 27 maggio 2014, n. 11832, ove questa ha stabilito che «*l'elemento essenziale che caratterizza la cessione del ramo di azienda è la preesistenza di una struttura organizzata e funzionalmente autonoma all'interno della cedente e il mantenimento di tale struttura all'interno del cessionario.*» In tal senso, la Corte ha ribadito che il trasferimento di ramo d'azienda possa riguardare anche solo un gruppo di dipendenti, purché si tratti di lavoratori stabilmente coordinati, organizzati e interagenti tra loro in modo da creare un'unità autonoma produttrice di beni e servizi determinati.

La più recente evoluzione normativa che ha reso partecipe l'art. 2112 c.c., come già argomentato, sembra aver svincolato la disciplina del trasferimento di azienda e di ramo d'azienda da ogni congiunzione commercialistica ed in particolare dal disposto dall'art. 2555 c.c.

Infine, sulla questione dell'autonomia funzionale, come ulteriore bussola è apprezzabile il contributo della più recente giurisprudenza⁶², la quale parrebbe ricollegare il tema dell'autonomia funzionale in sede di trasferimento, a quello di "scorporabilità" dal resto dell'apparato aziendale, tale da permettere al ramo di soddisfare determinati scopi produttivi in maniera del tutto indipendente.

Per altro verso, ai fini dell'effettiva configurabilità ed inquadramento del ramo in sede di trasferimento, si rende opportuno porre un accento sul concetto di "mantenimento dell'identità", vincolato nel dettato legislativo ai precetti di "conservazione" e "preesistenza" come condizioni sostanziali ai fini dell'intera vicenda traslativa, così come prevista dal Legislatore del 2001, il quale in tale occasione novella di un'«*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata [...], preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*».⁶³

I requisiti di conservazione e preesistenza, nel rispetto del dettato normativo, rispecchiano gli stessi fini dell'azienda considerata come complesso organizzato, ma sul precetto della "conservazione", si registrò una disparità di vedute avendo riguardo al tipo di intervento che sarebbe consentito al cessionario dopo la cessione.

L'opinione prevalente riscontrata in dottrina⁶⁴, collegando il requisito della conservazione a quello della preesistenza, sosteneva che il segmento oggetto dell'evento traslativo non avrebbe dovuto subire alterazioni e il cessionario dovesse acquistare l'organizzazione produttiva così com'era nella struttura del cedente, senza apportarvi modifiche durante il

⁶² Corte Di Cassazione, sentenza n. 11247 del 31 maggio 2016, «[...] L' intervento normativo del 2003 ha quindi ribadito e sottolineato che costituisce elemento costitutivo della fattispecie della cessione d'azienda l'autonomia funzionale del ramo d'azienda ceduto, ovvero la capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi, funzionali ed organizzativi (così come chiarito in più occasioni da questa Corte, v. Cass. n. 5425 del 2015, n. 25229 del 2015, n. 8759 del 2014, n. 2766 del 2013, n. 22613 del 2013, n. 21711 del 2012) [...]»

⁶³ Cfr. DECRETO LEGISLATIVO, 2 febbraio 2001, n. 18, Art. 1, ult. comma.

⁶⁴ Cfr. S. CIUCCIUOVINO, "La disciplina del trasferimento dell'azienda dopo il D.Lgs. 18/2001", p. 98-99, in M. NICOLOSI, "Il lavoro esternalizzato", cit., p. 106; ove l'A. ricorda che anche la relazione di accompagnamento del D.LGS 2001, ammetteva che l'entità potesse essere «fatta oggetto delle modificazioni programmate dal nuovo imprenditore», ma solo dopo il trasferimento e per inserire il nuovo complesso nella nuova impresa, per adattarlo ad essa.

trasferimento, se non quelle strettamente necessarie per una sua migliore integrazione nel nuovo contesto aziendale.

Anche per ciò che attiene al requisito della “preesistenza”, introdotto proprio dal Legislatore in occasione del D. LGS. 18/2001, peraltro già insito nel concetto di conservazione stesso laddove «*l'elemento da conservare dovesse già esistere e non essere costituito in occasione del trasferimento*»⁶⁵, si produsse un acceso dibattito giurisprudenziale⁶⁶ prima dell'introduzione della novella del 2001.

In particolare, vi era chi asseriva in maniera più rigorosa, che il ramo d'azienda oggetto di cessione dovesse essere dotato di una piena e preesistente autonomia funzionale presso il cedente, ovvero se questa potesse essere anche solo potenziale, suscettibile di esplicarsi poi concretamente presso il cessionario a trasferimento avvenuto.

La novella del 2001, ha senz'altro aderito al più restrittivo degli orientamenti sopra indicati, richiedendo, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c., che il ramo aziendale trasferito fosse provvisto di un'autonomia funzionale che fosse vincolata ad un momento preesistente al trasferimento, richiedendo al contempo, in questo, la conservazione dell'identità.

Ma proprio sul precetto della preesistenza, si produsse la svolta più significativa segnata dall'entrata in vigore del successivo art. 32 del D. LGS. 276/2003.

La novella del 2003, ne determinò la soppressione dal corpo della disposizione, da un lato, restringendo la pretesa sull'autonomia funzionale la quale poteva positivamente sussistere, non più in momento antecedente al trasferimento, ma all'atto di questo, e dall'altro, attribuendo maggior rilevanza alla volontà dei contraenti che pongono in essere la fattispecie traslativa, con l'espressione «*identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento della cessione*».

Ciò implica, che a norma della nuova disposizione, l'autonomia funzionale, anche solo potenziale, potrebbe non essere verificata fino al momento del trasferimento, e l'accertamento sulla sua effettiva sussistenza, potrebbe esprimersi anche in meri termini di idoneità da rilevarsi in seguito per essere assoggettata alla disciplina dell'art. 2112 c.c.

⁶⁵ Cfr. M. MARINELLI, “*Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*”, cit., p. 71, in M. NICOLOSI, op., cit. p. 107.

⁶⁶ Per la sufficienza dell'autonomia potenziale si veda, *ex multis*, Trib. Milano 11 marzo 2000, in M. NICOLOSI, *ibidem.*, *CONTRA*, per la tesi più restrittiva, Pret. Genova, 27 giugno 1998, Pret. Genova 12 maggio 1998, Pret. Milano 16 settembre 1998, Pret. Genova 22 ottobre 1998.

Per questo, la posizione adottata dal Legislatore del 2003 sul requisito della preesistenza sollevò indubbiamente problemi applicativi ed interpretativi di non facile soluzione.⁶⁷

Sul merito, va tenuto conto del fatto che la precedente versione del quinto comma dell'art. 2112 c.c. del 2001, nell'esigere che l'oggetto della cessione fosse un ramo di azienda funzionalmente autonomo e preesistente alla vicenda traslativa, e che mantenesse la propria identità nella transizione, era stato concepito essenzialmente per finalità garantiste ed al fine di scongiurare l'uso distorto di siffatto istituto, tentando di precluderne forme fraudolente e non genuine.

D'altra parte, finiva inevitabilmente per escludere dal campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. tutte le vicende traslative relative a quei segmenti in cui era oggettivamente difficoltoso individuare una compiuta ed attuale autonomia funzionale, unicamente riscontrabili presso il cedente.

Ed invero, non solo nei casi in cui i rami oggetto di cessione gestiscano attività accessorie, tra loro anche molto eterogenee, ma soprattutto in quelli in cui la vicenda traslativa vedeva partecipare il trasferimento di un ramo di azienda preposto allo svolgimento di attività molto prossime al *core business* dell'intero complesso, ove i nessi di interdipendenza avrebbero reso difficoltosa l'individuazione di una compiuta autonomia funzionale.

Ragion per cui la precedente formulazione del 2001, selettiva e restrittiva, tendeva a limitare il ricorso all'istituto a tutta una serie di vicende circolatorie sostanzialmente legittime e genuine nelle finalità e nei propositi, non fornendo nemmeno un concreto sostegno a quelle presunte finalità garantiste sottese a tutta la disciplina che l'intera formulazione dell'art. 2112 c.c. mira a soddisfare.

A tal fine, come autorevolmente sostenuto⁶⁸, risulta piuttosto chiaro come l'accertamento della sussistenza del requisito della preesistenza *ex ante* non sia, da solo, sufficiente e valido ad escludere finalità fraudolente che siano già state concepite a monte dell'intera vicenda.

⁶⁷ Si rimanda alle considerazioni di R. DE LUCA TAMAJO, “Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura”, 2002, cit., pp. 33 e ss.

⁶⁸ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, “Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura”, *ibidem*, in nota di M. NICOLOSI, *op.*, cit. p. 110, recando l'esempio dell'intento fraudolento, volto a perseguire un obiettivo interpositorio, attraverso l'espulsione di personale, che comunque di fatti, continua a soggiacere al potere direttivo e di organizzazione del cedente.

1.4 Natura giuridica e requisiti del trasferimento.

La disciplina codicistica che verte sull'azienda ha ad oggetto essenzialmente il momento della sua circolazione, al quale il Legislatore nazionale risponde con le Disposizioni Generali del Titolo VIII del Libro V del Codice Civile.⁶⁹

Ripercorrendo per un istante l'essenza del fenomeno traslativo, che così come definito dall'art. 2112 c.c. consiste nel «*mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata [...]*», possiamo inizialmente associare e distinguere due fattispecie dispositive attraverso cui si perfeziona il passaggio del complesso, o del segmento, da un imprenditore all'altro.

Potremmo anzitutto distinguere tra trasferimenti per atto *inter vivos* e trasferimenti per atto *mortis causa*.

Con riferimento a questi ultimi, in realtà la vicenda traslativa non è normata dal Libro V del Codice Civile ma dal Libro II, pertinente alle successioni, giacché, se da un lato se ne prevede l'esclusione dalla disciplina speciale prevista per i trasferimenti per gli atti tra vivi, dall'altro la stessa non pregiudica che la fattispecie traslativa possa comunque verificarsi, con i dovuti adattamenti della disciplina, in applicazione al caso di specie.⁷⁰

Invero, l'impianto normativo previsto per la circolazione dell'azienda (artt. 2556-2562 c.c.), è stato concepito per delineare la disciplina specifica del fenomeno circolatorio per atto *inter vivos*.

È stato osservato⁷¹, che anche se l'art. 2556 c.c., il quale si occupa di definire la forma dell'atto, novella impropriamente di “trasferimento di proprietà”, anche se rappresenta di certo la fattispecie più comune di trasferimento del complesso, in realtà il vero oggetto del trasferimento, come si evince anche dal dettato dell'art. 2112 c.c., è la particolare posizione soggettiva che viene meglio definita come “titolarità” dell'azienda o del ramo, da intendersi come riflesso dell'unità funzionale che raccoglie i vari elementi del

⁶⁹ Si è rilevato che le norme del codice civile prevedono un regime derogatorio rispetto a quello del diritto comune relativo al compendio aziendale e ai beni che lo costituiscono, Cfr. R. ALESSI, D. RUSSO, L. QUAGLIOTTI, “*Manuale breve di Diritto commerciale*”, Giuffrè, Milano, 2008, p. 85.

⁷⁰ Ne è conferma l'ultimo comma dall'art. 2565, che, novellando dell'uso della ditta derivata, parla espressamente di «*successione dell'azienda per causa di morte*», espressione ampia da cui si evince che l'azienda può essere oggetto sia di chiamata all'eredità, che di legato. Cfr. V. BUONCUORE, “*Manuale di Diritto Commerciale*”, XIII ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 113.

⁷¹ Cfr. M. CIAN, “*Manuale di Diritto Commerciale*”, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2013, p. 144, il quale definisce il perfezionamento del trasferimento di proprietà mediante la «*cessione del fascio di eterogenee posizioni giuridiche facenti capo all'alienante su ciascuno degli elementi aziendali*».

complesso unitariamente considerato, e come sintesi delle posizioni giuridiche assunte dall'alienante nei confronti dei vari beni aziendali.

Ciò porta a considerare come, in realtà, il “trasferimento dell'azienda”, non costituisce un tipo negoziale autonomo, ma una fattispecie trasversale ai diversi tipi contrattuali consueti, tali da rendere il complesso, oggetto di atti di disposizione di varia natura.

Per questo l'azienda può essere venduta, conferita in società, donata, concessa in permuta, come possono costituirsi sulla stessa diritti reali e personali di godimento a favore di terzi, nei casi rispettivamente di usufrutto ed affitto.

Considerando invece la specificità dell'oggetto del trasferimento, è stato osservato⁷² che da questa discendano anche significative ripercussioni sul piano della causa del negozio. Pur nello scarno corpo normativo dedicato alla vicenda circolatoria, e nell'irrelevanza della modalità negoziale adottata dalle parti, apparirebbe evidente l'intento del Legislatore nel sottendere al trasferimento d'azienda, un fine più ampio, che non si sostanzierebbe solamente nel trasferimento delle posizioni giuridiche facenti capo all'alienante, quanto in un subentro dell'acquirente nel “concreto contesto imprenditoriale” servito dal complesso trasferito, come prova degli effetti direttamente derivanti dalla stessa vicenda circolatoria.

Tali effetti non si limiterebbero alla semplice conservazione del complesso aziendale e dello “strumento azienda” per garantire la continuità dell'attività d'impresa, ma anche nella salvaguardia dell'unitarietà che la contraddistingue, ed in particolare di quei valori che vi fanno parte come l'avviamento aziendale, senza ovviamente tralasciare, la produzione di quegli effetti tutelativi nei confronti del subentrante nella gestione aziendale.

Per altro verso, seppur il concetto di unitarietà funzionale del complesso organizzato sia chiaramente sotteso a tutta la vicenda circolatoria, sul piano pratico, non è sempre semplice definire in concreto se si tratti di trasferimento di un complesso organizzato o di singoli beni disgiunti.

⁷² Sul punto è ravvisabile una rilevante difficoltà applicativa nell'identificazione del negozio stesso come di applicazione della disciplina, laddove non si considererebbe qualificabile un trasferimento d'azienda quell'atto traslativo, pur di un complesso oggettivamente costituente un'azienda, ma posto in essere perseguendo volontà antitetiche a quelle dello scopo sopra richiamato. Cfr. CASANOVA, *Impresa*, p. 732 e ss.; FERRARA jr, *La Teoria*, p. 340 in M. CIAN *op.*, cit. p. 144.

Non soltanto esclusivamente nel primo caso risulterebbe applicabile la disciplina civilistica prevista, ma la distinzione assume particolare rilevanza anche ai fini del corretto inquadramento fiscale dell'operazione, la quale risponde a criteri dettati da un "principio di alternatività"⁷³, prevedendo da un lato l'assoggettabilità ad IVA, nel caso di beni disgiunti, ovvero ad Imposta di Registro proporzionale, nel caso di complesso aziendale.

Pare opportuno puntualizzare a tal fine, che avendo riguardo degli atti di disposizione di cui l'azienda può essere oggetto, indipendentemente che siano finalizzati al trasferimento della titolarità in maniera definitiva, (come nei casi di vendita, conferimento, donazione o successione), ovvero temporaneamente, (come per l'affitto e l'usufrutto), e prescindendo dalla controprestazione, (sia titolo oneroso o per spirito di liberalità), affinché si possa concretamente sostanziare il trasferimento del complesso "unitario", è parere consolidato in giurisprudenza⁷⁴ che la relativa convenzione negoziale, dovrà avere ad oggetto il trasferimento di beni *«organizzati in un contesto produttivo (anche solo potenziale) dall'imprenditore per l'attività d'impresa»*.

Secondo tale orientamento, il concetto di "organizzazione" assume una rilevanza fondamentale, in quanto solo nell'*«organizzazione del complesso dei beni va riconosciuta la componente immateriale caratteristica dell'azienda, o di un suo ramo, atteso che i beni singolarmente considerati, prospettano solo la loro specifica essenza, ma la loro organizzazione, finalizzata alla produzione, conferisce al complesso dei beni, il carattere di complementarità necessario perché possa attribuirsi ad esso la definizione di azienda»*.

Osservando il precetto dell'organizzazione dei beni finalizzata all'esercizio di impresa, si ravvisa che questo non solo costituisca carattere precipuo della configurazione dell'intero

⁷³ Invero, ai sensi dell'art. 2, comma 3., lett. b), D.P.R. 633/72, le cessioni di azienda e di ramo d'azienda non sono considerate di beni, ai fini IVA, e per contro non va emessa fattura. Gli unici adempimenti IVA riguardano le eventuali modificazioni del cedente (cessione attività, variazione dati) da comunicare ex art. 35 D.P.R. 633/72.

La cessione d'azienda o di ramo è invece soggetta ad Imposta di Registro proporzionale, dove l'aliquota varia a seconda dei beni oggetto di cessione, (art. 4 c.1 lett. a), nn. 1, 4, 7, Tariffa allegata D.P.R., 131/1986). Tuttavia, come stabilito dall'art. 23, comma.1, D.P.R. 131/1986, se una disposizione del decreto ha oggetto più beni o diritti, per i quali sono previste aliquote diverse, come tipico che avvenga nella cessione d'azienda, si applica l'aliquota più elevata, salvo che per i singoli beni o diritti non vengano pattuiti corrispettivi distinti.

⁷⁴ Cfr. Cassazione Civile Sez. I 28 aprile 1998, sentenza n. 4319.

istituto, quanto anche il naturale esito dell'opera unificatrice dell'imprenditore, finalizzata alla realizzazione di quel nesso di complementarità funzionale e strumentale alla produzione, o «*mantenimento di rapporto di complementarità, che di per sé, determina l'esatta qualificazione*», anche quando l'attività venga trasferita.

Invero, secondo la stessa giurisprudenza⁷⁵, non osta nemmeno la rilevazione o l'esistenza, all'interno del complesso produttivo trasferito, dell'eventuale componente riconosciuta in termini di "avviamento", né tanto meno che venga modificata la destinazione dei beni dall'acquirente ad altro contesto produttivo, purché la nuova produzione si realizzi in un contesto produttivo organizzato, anche se solo in via potenziale, dal precedente imprenditore.

Si rileva⁷⁶ che all'impianto teleologico afferente al criterio dell'organizzazione, a cui sempre dovrà corrispondere una "destinazione unitaria", debba essere senz'altro affiancata una componente tangibile ed effettiva che risponda al requisito di idoneità da un punto di vista strutturale ed organizzativo del complesso da permettere di svolgere una determinata attività d'impresa. Pur prescindendo dal fatto che detta attività, sia attuale, essendo sufficiente che «*il complesso dei beni presenti una attitudine a tale esercizio, ovvero una potenzialità produttiva*».⁷⁷

Tale ultima pronuncia, ha riguardato proprio il tema dell'assoggettabilità ad IVA o ad Imposta di Registro proporzionale.

Nello specifico, quando sussiste una cessione di beni strumentali, atti, nel loro complesso e nella loro interdipendenza all'esercizio dell'impresa, si deve ravvisare una cessione d'azienda soggetta ad Imposta di Registro, mentre la cessione di singoli beni inidonei, di per sé, ad integrare la potenzialità produttiva propria dell'impresa, dovrà essere assoggettata ad IVA.

Per altro verso, ai fini dell'assoggettamento ad Imposta di Registro, non è necessario che il suddetto complesso di beni costituisca un'organizzazione "vitale", ovvero che

⁷⁵ Si veda Cass. Civile, 28 aprile 1998, n. 4319, *ibidem*.

⁷⁶ Cfr. Cass. 30 gennaio 2007, n. 1913, ove novellando di «attività di coesione funzionale alla realizzazione di un rapporto di complementarità strumentale tra beni destinati alla produzione» lascerebbe intendere che possa parlarsi di complesso "organizzato" se a destinazione unitaria. In senso analogo, Cass. 13 maggio 2009, n. 10966, in G. ODETTO, L. FORNERO, M. NEGRO (a cura di), «*Cessione, conferimento, affitto e donazione d'azienda*», III. ed., Eutekne, Ipsoa, Gruppo Wolters Kluwer, 2011, p. 27.

⁷⁷ Cass. 25 gennaio 2002 n.897; in senso analogo si veda, Cass. 10 ottobre 2008, n. 24913; Cass. 9 ottobre 2009, n. 21481., in G. ODETTO, L. FORNERO, M. NEGRO, *op.*, ult., cit., *ibidem*.

l'esercizio dell'impresa debba essere attuale, essendo sufficiente, la mera attitudine potenziale all'esercizio dell'attività.⁷⁸

Va precisato, che così come è pacifico ritenere che possa essersi in presenza di un trasferimento d'azienda, laddove l'atto di disposizione abbia ad oggetto anche solo un ramo di questa, allo stesso modo è possibile per le parti determinare l'esclusione dall'atto di alcuni beni, pratica peraltro assodata nella prassi casistica, in riferimento soprattutto all'esclusione di quei beni strumentali che vengono ceduti o locati presso soggetti terzi.⁷⁹

La Suprema Corte⁸⁰ è intervenuta anche su questo punto, sancendo la sostanziale irrilevanza dell'esclusione di alcuni beni, disciplinando che *«anche se i contraenti escludono dal contratto determinati beni aziendali, purché risulti che le parti hanno inteso trasferire non una semplice somma di beni, bensì un complesso organico unitariamente considerato»*.

Invero, laddove i contraenti decidessero di sottrarre dall'atto del trasferimento alcuni beni aziendali, con analoga disciplina prevista per il ramo, autorevole giurisprudenza⁸¹ ha ritenuto che *«ai fini del trasferimento d'azienda è necessario il trasferimento di un complesso di beni di per sé idoneo a consentire l'inizio o la continuazione di una determinata attività d'impresa, requisito configurabile anche quando detto complesso non esaurisca i beni costituenti l'azienda o il ramo ceduti [...]»* purché detti beni trasferiti *«conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa»*.

In altre parole il dato a cui affidarsi, secondo la giurisprudenza di legittimità⁸², risiede essenzialmente nella verifica intenzione delle parti, le quali, nel determinare la natura del

⁷⁸ Sul punto si veda, E. E. GNECH, M. A. LANZA, (a cura di), *“Fiscalità immobiliare”*, Egea Editore, Milano, 2019, pp. 173-174.

⁷⁹ A tal proposito la Corte, in riferimento specifico al contratto d'affitto d'azienda, si è espressa seguendo un criterio di rilevanza, affermando che si ha locazione di azienda o cessione, quando l'oggetto del contratto è un complesso unitario di beni, organizzati per la produzione di beni e servizi, in modo che anche l'immobile si trovi in una situazione di *«interdipendenza e complementarietà con gli altri beni»*. Allo stesso modo si avrà cessione o locazione d'azienda, ove l'immobile assolva ad una funzione che è prevalente rispetto agli altri beni che abbiano carattere accessorio, e tra loro non sussista un vincolo che li unifichi per fini produttivi. Per contro si avrà semplice locazione di cose produttive, quando i beni non sono organizzati in un contesto unitario. Cfr. Cass. 17 aprile 1996 n. 3627; Cass. 16 aprile 2009 n. 9012 in G. ODETTO, L. FORNERO, M. NEGRO (a cura di), *op.*, cit., p. 27.

⁸⁰ Cfr. Cass. 9 agosto 1991, n. 8678, in senso analogo, già citata Cass. Sez. Trib., 25 gennaio 2002, n. 897.

⁸¹ Cfr. Cass. 9 dicembre 2005 n. 27286.

⁸² Si veda *ex plurimis* Cass. 26 luglio 1993 n.8365, ove la Corte afferma che «la determinazione dell'esatta figura contrattuale può discendere dalla destinazione prevista per il complesso dei beni compravenduti, sicché è decisivo individuare il fine economico dell'imprenditore per connotare la fattispecie della esatta

contratto, non ricorrano ad espedienti, come il frazionamento del trasferimento dell'azienda in più atti separati, per sottrarsi agli effetti che *ex lege* ne conseguono nei confronti dei terzi, come il subingresso nei contratti di lavoro o la responsabilità per i debiti aziendali.

Andrà stabilito, così, che questi abbiano inteso trasferire non una semplice somma di singoli beni, quanto un complesso unitariamente considerato, tale da garantire l'inizio o la continuazione dell'attività d'impresa.

Giova anche tener presente, che non rilevando la totalità dei beni facenti parte del complesso, che in esso non si “esaurisce” e l’“attuale” esercizio dell'attività, nonché l'interdipendenza anche solo potenzialmente sottesa a detti beni, in sede di trasferimento risulterà irrilevante la circostanza che la vicenda interessi “*anche le relazioni finanziarie, commerciali e personali*”.⁸³

Infine, premesso che detta interdipendenza debba preesistere⁸⁴, pur ricordando che non è elemento imprescindibile, ma sottolineandosene la necessità di riscontrarla già in capo all'alienante, il fatto di ricondurre ad un dato potenziale l'estrinarsi dell'effettiva attività d'impresa, porta a considerare alcune tipologie, che rientrando nella prassi applicativa, tendono ad asseverare l'ipotesi di mancata “attualità” dello svolgimento dell'attività.

Si faccia riferimento al caso in cui l'acquirente non sia ancora in possesso delle qualifiche necessarie allo svolgimento dell'attività d'impresa al momento del trasferimento⁸⁵, o che l'attività stessa, sia pur di un complesso organizzato, non sia ancora iniziata, o sospesa o cessata, essendo sufficiente, che la produttività che ne discende, sia diretta conseguenza della volontà pattizia da cui nasce e discende l'intento di ricomprendere nella vicenda traslativa «l'insieme» del complesso trasferito.⁸⁶

qualificazione giuridica». In E. E. GNECH, M. A. LANZA, (a cura di), “*Fiscalità immobiliare*”, cit. p. 173.

⁸³ Si veda *ex plurimis*, tra le più note, Cass. 16 aprile 2010 n. 9162; Cass. 14 maggio 2008, n. 12049; v. *infra*.

⁸⁴ Cfr. Cass. 30 gennaio 2007, n. 1913, in cui si afferma che « [...] se è vero che non si richiede che l'esercizio d'impresa sia attuale, bastando la preordinazione dei beni strumentali tra loro interdipendenti ad integrare la potenzialità produttiva dell'azienda, che permane ancorché non risultino cedute le pregresse relazioni finanziarie, commerciali e personali, è altresì vero che deve comunque preesistere tale collegamento funzionale per farne oggetto di cessione nella sua interezza da parte della venditrice. »

⁸⁵ Cfr. DI E. E. GNECH, M. A. LANZA, in “*Fiscalità immobiliare*”, cit. p. 175, presa in considerazione anche da Cass. 31 marzo 2010 n. 7981.

⁸⁶ A tal proposito, si veda, specificamente in riferimento all'affitto d'azienda, Cass. 23 marzo 2003, n. 4700, ove si afferma che « non è rilevante che la produttività non sussista ancora, o abbia cessato di esistere per l'interruzione o la temporanea sospensione dell'esercizio dell'impresa, essendo sufficiente che detta

1.5 L'affitto d'azienda: inquadramento e definizione.

Nel sancire l'irrelevanza inerente l'applicabilità dell'art 2112 c.c. a tutte le ipotesi in cui si verifichi un mutamento nella titolarità del complesso aziendale, a prescindere dalla forma giuridica utilizzata, si è visto come nel quinto comma del medesimo, il Legislatore abbia esteso la disciplina del trasferimento anche alle ipotesi di affitto e di usufrutto dell'azienda.

Alla lettera, il comma riporta espressamente che la vicenda traslativa possa avere luogo *«a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è stato attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda»*.⁸⁷

Siffatto riferimento, sebbene sia stato inserito a titolo esemplificativo, in realtà non fu circostanziale ma rimarchevole, già al tempo, della rilevanza che detti istituti avevano assunto, nonché predittivo, in un certo senso, considerato poi l'ampio utilizzo che ne è stato riscontrato nella prassi applicativa.

Tralasciando per un istante la normativa civilistica, che sarà oggetto di analisi approfondita più avanti, pur evidenziando già la carenza di una disciplina autonoma inerente l'affitto d'azienda, ad esclusione del novellato dell'art. 2562 c.c. e del richiamo per applicazione analogica, all'articolo precedente, ovvero l'art. 2561 c.c. dettato in materia di usufrutto, potremmo anzitutto cercare di considerare l'istituto sul piano commerciale, e nella prospettiva economico-aziendale.

Sotto tale profilo, l'affitto di azienda rientra nel ristretto novero delle operazioni straordinarie, le quali rivestono un ruolo di rilievo nel panorama gestionale della mutevole e variegata realtà aziendale.

produttività sia una conseguenza potenziale dell'insieme, prevista e voluta dalle parti» sentenza riportata in G. ODETTO, L. FORNERO, M. NEGRO, *op.*, cit., 2011, p. 29.

⁸⁷ Cfr. Codice Civile, Art. 2112, comma 5, c.c.

Dette operazioni, assumono carattere straordinario in quanto, eccedendo l'ordinaria gestione, nel tentativo di trovare risposta ad esigenze imprenditoriali sotto il profilo strategico, organizzativo e gestionale, danno vita ad un riconfiguramento sostanziale della realtà aziendale, comportando *«rilevanti mutamenti degli assetti istituzionali dell'impresa o assecondano orientamenti innovativi degli orientamenti strategici delle combinazioni produttive aziendali»*.⁸⁸

In alcuni casi, consistono in mutamenti della forma giuridica dell'impresa, della struttura, o del controllo, talvolta prevedono invece il trasferimento della titolarità della stessa, assurgendo in ogni caso a *«strumenti con cui assicurare lo sviluppo aziendale ovvero ricercare ridimensionamenti strategici e flessibilità, ma sempre al fine di migliorare la posizione competitiva e di creare valore»*.⁸⁹

In tal senso, l'affitto d'azienda andrebbe a configurarsi come una sorta di *tertium genus* accanto agli strumenti “classici” di fusione, scissione, conferimento, cessione e trasformazione.

Come autorevolmente rilevato⁹⁰, per un verso può prestarsi ad un'intensa utilizzazione per le sue indubbe doti di versatilità e flessibilità, essendo uno *«stimolo per imprenditori, dirigenti e professionisti per piegare l'istituto in esame, secondo le necessità contingenti, permettendo inoltre di poter operare, rispetto ad altre operazioni straordinarie, soffocate da adempimenti ed obblighi amministrativi e fiscali, con maggiore libertà e lasciando spazio all'esperienza ed all'inventiva personale»*.

Per altro verso si lascia apprezzare per il carattere non “invasivo” che contraddistingue l'intero istituto, legittimando il titolare a rientrare in possesso del complesso, all'atto della cessazione del contratto, e consentendo a quest'ultimo, allo stesso tempo, di ritrarre un valore economico dal disimpegno della gestione in via diretta dall'attività d'impresa, mediante la percezione di un rendimento periodico, formalmente predeterminato e certo, costituito dal canone.

⁸⁸ Cfr. A. PROVASOLI, prefazione a G.M. GAREGNANI, R. PEROTTA, 1999, p. XV, cit. in, F. BAVAGNOLI “L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile”, Giuffrè, Milano, 2006.

⁸⁹ Cfr. L. POTITO, “Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese”, Giappichelli, Torino, 2009, cit., p. 3.

⁹⁰ Si veda, M. CONFALONIERI, prefazione a D. BONDAVALLI, “L'affitto d'azienda”, Giuffrè, Milano, 2007, p. XIV.

Non vi è dubbio che l'affitto d'azienda possa rientrare nel novero delle “gestioni straordinarie”, tenendo ferma la conseguente necessità di misurare il capitale d'impresa, non in termini di funzionamento, ma in termini di capitale economico, trattandosi di un caso di cessazione dell'attività non assoluta ma relativa e temporanea.

Invero, proprio tale ultimo aspetto lo differenzia dalle altre operazioni straordinarie. Pur qualificandosi come fattispecie di trasferimento del complesso aziendale attraverso cui si dà luogo alla vicenda circolatoria, ma, per sua natura, e come ogni locazione, la transizione avviene in modo temporaneo, e non definitivo come nel caso di alienazione del complesso.

Senza tralasciare il fatto che, sebbene la vicenda stessa, a norma del già citato art. 2112 c.c., si perpetri in definitiva attraverso il “trasferimento della titolarità” dell'azienda, in realtà nell'affitto, la titolarità permane nelle vesti del concedente, in virtù di una dissociazione tra proprietà e godimento, che prevede che sia solo quest'ultimo ad essere trasferito.

In prima approssimazione, potremmo giungere ad una definizione dell'istituto in esame, riconoscendone la qualifica di particolare operazione straordinaria attraverso cui *«per un periodo di tempo determinato, al soggetto economico istituzionale, se ne sostituisce un altro, nell'interesse del quale, nei limiti previsti dalla legge e dal contratto, la gestione troverà le proprie leggi di convenienza economica»*.⁹¹

L'affitto d'azienda si qualifica, dunque, come operazione mediante la quale, il controllo, che si traduce nel potere di gestione del complesso e del conseguente diritto agli utili, viene trasferito, per un periodo di tempo determinato ed a fronte della percezione periodica di un corrispettivo, rappresentato dalla misura del canone contrattualmente pattuito, dal soggetto economico del concedente, e titolare, ad altro soggetto economico, che nelle vesti di affittuario, ne assume a tutti gli effetti la disponibilità, indipendentemente che si tratti di *«persona fisica o gruppo di persone nel cui prevalente interesse è di fatto l'azienda amministrata»*⁹², in quale si impegnerà a gestirla sotto la

⁹¹ Cfr. A. MUSAIO, “L'economia dell'azienda in «affitto». Profili istitutivi e contabili”, Giuffrè, Milano, 1995, cit., p. 12.

⁹² Cfr. G. ZAPPA, “Le produzioni nell'economia delle imprese”, 1957, cit., p. 86; ponendo in risalto la dimensione del controllo *de facto* dell'impresa, riferita al soggetto economico, in senso analogo, A. MUSAIO, *op. ult.*, cit., p. 10, in riferimento alla qualifica dell'affittuario come soggetto economico, prescindendo dalla natura giuridico-formale a vantaggio della natura sostanziale del soggetto subentrante nella gestione durante la locazione.

ditta che la contraddistingue, senza modificarne la destinazione economica, in modo da conservarne l'efficienza degli impianti, nonché le normali dotazioni di scorte.⁹³

In altre parole attraverso questa operazione «*il titolare dell'azienda attribuisce ad un altro soggetto, verso un corrispettivo e per un periodo di tempo determinato, il diritto alla gestione della medesima ed a trarne i relativi frutti*»⁹⁴, implicando che al trasferimento del complesso aziendale, sia pur limitato nel tempo, corrisponda la momentanea separazione del proprietario dall'azienda.

Alla sospensione dell'attività imprenditoriale, seguirà una trasformazione del profilo remuneratorio del locatore, che da aleatorio e variabile, legato al rischio d'impresa e correlato alla gestione diretta dell'attività, diviene, di norma, certo e fisso e quantificabile nella misura del canone di locazione pattuito.

Per contro il soggetto affittuario si sostituisce nella gestione e nel diritto di godere dei frutti da questa derivanti, a patto di mantenerne intatta l'efficienza organizzativa.

⁹³ Sul punto si veda anche, R. PEROTTA, “*L'affitto d'azienda: la disciplina fiscale del conferimento*”, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1.

⁹⁴ Cfr. A. MUSAIO, “*L'economia dell'azienda In «affitto»*”, 1995, cit., p. 6.

1.6 Peculiarità e caratteristiche dell'istituto.

Nel tentativo di delineare i tratti salienti dell'operazione d'affitto d'azienda, la prima circostanza che, senza dubbio, si rende meritevole di considerazione, alla luce del fatto che ad essere trasferito sia il solo godimento del complesso e non la titolarità, è la summenzionata “dissociazione tra la proprietà e godimento” del complesso aziendale.

Invero, la titolarità dell'azienda permane in capo al concedente anche a trasferimento avvenuto, mentre l'affittuario acquisendo il diritto al godimento della stessa, si sostituisce nella gestione del complesso acquisendo lo *status* di imprenditore.

Per tutta la durata del contrattualmente prevista, l'affittuario diviene «*imprenditore a tempo determinato*»⁹⁵, sostituendosi al locatore, il quale, nella ventilata ipotesi in non sia titolare di altre aziende, ma imprenditore individuale, e concedendo l'unica azienda posseduta in affitto, perde la qualifica di imprenditore commerciale con il conseguente obbligo della cancellazione dal Registro delle imprese.⁹⁶

Viceversa, non è prevista la perdita dello *status* di imprenditore commerciale laddove il locatore sia soggetto societario che lochi una delle aziende possedute, come anche quando oggetto del contratto non sia l'intera azienda ma una sua partizione autonoma e indipendente, essendo la locazione prevista solo per il ramo.

E' quest'ultima, prassi abbastanza diffusa nelle realtà aziendali particolarmente sviluppate, laddove, al fine di contemperare esigenze valutative ed obiettivi strategico-gestionali, l'affitto di una sola parte dell'impresa, di certo può rappresentare una soluzione affabile, specie nell'eventualità che il ramo in questione corrisponda ad un «area d'affari»⁹⁷ non in grado di generare valore per l'azienda nel suo complesso, premesso, che questo sia nettamente distinguibile ed enucleabile dalla totalità del complesso.

⁹⁵Cfr. R. PEROTTA, “*L'affitto d'azienda: la disciplina fiscale del conferimento*”, 2007, cit. p. 3.

⁹⁶ Sul punto, va osservato che l'unico caso limite che prevede il mantenimento dello status di imprenditore commerciale è quello in cui l'affitto costituisca «*attività economica, abituale e professionale con organizzazione di lavoro e capitali, dunque, esercizio di attività di impresa, anche se è parere assodato che la concessione in godimento del complesso implica per il titolare la perdita dello status, essendo l'affittuario l'unico imprenditore nella vicenda.*» Si veda R. PEROTTA, op., cit., p. 3. Per un approfondimento; M. MICCINESI, “*Aspetti fiscali dell'affitto d'azienda in materia di imposte sui redditi*”, in *Giur. Comm.*, 1984; pp. 949-950.

⁹⁷ Si rimanda alle considerazioni di L. GUATRI, “*Trattato sulla valutazione delle aziende*”, Egea, Milano, 1998, cit. pp. 361-362, in F. BAVAGNOLI, cit. p. 14, ove l'A. descrive il ramo d'azienda come «*costruzione più o meno arbitraria e convenzionalmente di un'area d'affari, con la conseguente attribuzione ad esso di una serie di attività e passività giudicate appropriate in relazione allo scopo*».

L'operazione di affitto in tale circostanza, può rappresentare un *quid pluris*, stante la flessibilità del contratto che lo contraddistingue e che permette di determinare con estrema facilità gli estremi perimetrali delle attività trasferite.

Stimata dottrina⁹⁸ ricorda che «*da un punto di vista economico, amministrativo, contabile organizzativo [...] vi è la possibilità di definire i confini dell'azienda o del ramo d'azienda oggetto del contratto enucleando solo alcune delle risorse umane, tecniche e finanziarie dell'azienda organizzate dal concedente*».

Nell'eventualità, non è prevista da parte del concedente nemmeno la rinuncia allo *status* di imprenditore commerciale e la cancellazione dal Registro delle imprese in quanto la dissociazione dal godimento, sussiste solo limitatamente al ramo concesso in affitto, continuando questi a beneficiare dei frutti della restante parte del complesso non locata. Sebbene il connotato tipico della separazione tra proprietà e godimento, sia l'elemento caratterizzante dell'intera operazione di affitto d'azienda, in verità, questa porta alla luce un altro aspetto peculiare dell'istituto relativo ai contraenti che prendono parte all'operazione, per i quali sussiste un "mutamento dei profili di rischio" all'atto della concessione in locazione del complesso.

Per il locatore, l'operazione in sé comporta la sospensione dell'attività imprenditoriale e la conseguente trasformazione del proprio profilo di rischio-rendimento.

Inizialmente soggetto ad una forma di remunerazione incerta ed aleatoria, come diretta conseguenza dell'esercizio dell'attività imprenditoriale in via diretta ed alla sopportazione del rischio d'impresa in prima persona, il rendimento a fronte dell'investimento iniziale sostenuto, sarà ora rappresentato dal canone di locazione periodicamente percepito, in misura fissa e formalmente certa.

Per effetto del contratto, il locatore si attende un'equa remunerazione per la rinuncia a godere dei frutti derivanti dalla gestione e, contemporaneamente, concedendo a terzi il potere gestorio, trasforma, sia il proprio ruolo «*da imprenditore ad investitore*»⁹⁹ che il proprio profilo di rischio, sul piano reddituale e sotto il profilo patrimoniale.

⁹⁸ Cfr. F. BAVAGNOLI, "L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile", Giuffrè, Milano, 2006, cit., pp. 13-14.

⁹⁹ Cfr. R. PEROTTA, "L'affitto d'azienda: la disciplina fiscale del conferimento", 2007, cit., p. 2.

Sotto il profilo reddituale, esso, dapprima assoggettato al rischio derivante dalla conduzione in forma diretta dell'attività, commisurato dalla necessità di conseguire periodicamente un risultato economico d'esercizio soddisfacente, ora risulterà essenzialmente collegato alla possibilità di inadempimento da parte dell'affittuario riguardo al pagamento del canone.

Sul punto va precisato, che anche il rischio di inadempimento possa risultare concretamente legato all'andamento della gestione, avuto riguardo soprattutto alla scelta adottata in sede contrattuale relativa alla tipologia di canone pattuito.

Seppur sul piano formale, il locatore non sopporti più il rischio derivante dall'attività di gestione, in realtà potrebbe sostenersi che, nonostante in via mediata, l'estraniamento dall'attività gestoria non possa ritenersi sufficiente ad esimere quest'ultimo dai rischi relativi all'esercizio dell'attività.

In merito, autorevole dottrina¹⁰⁰ ha osservato che la remunerazione prevista dal canone d'affitto, stante la libertà riconosciuta alle parti in sede contrattuale, possa essere, a seconda dai casi, pattuita in misura fissa, o variabile e semi-variabile, perciò subordinata a specifici risultati conseguiti, usualmente associati a valori quali l'utile ante imposte conseguito nel periodo di conduzione ovvero al volume d'affari.

Nell'ipotesi che l'ammontare di questo sia in qualche maniera commisurato, in via percentuale od in proporzione alle predette grandezze, risulterà cristallina la forte dipendenza dal grado di economicità dell'azienda locata.

Se invece pattuito in misura fissa, solo apparentemente il locatore perde qualsiasi legame col rischio di gestione derivante dalla mancata copertura a causa di un flusso di ricavi non sufficiente.

Invero, anche l'ipotesi della remunerazione fissa, di fatti non esime il concedente dal rischio di impresa, essendone quest'ultimo investito solo indirettamente, e potendosi tutelare solo con le forme giuridiche previste in caso di inadempimento contrattuale.

¹⁰⁰ Si rimanda a, A. MUSAIO, *“L'economia dell'azienda in «affitto»”*, 1995, pp. 18 e ss. per le considerazioni sulla compartecipazione del rischio imprenditoriale tra locatore ed affittuario.

Mentre sotto il profilo patrimoniale, una volta concessa a terzi la gestione dell'attività imprenditoriale, il rischio sarà certamente rinvenibile e quantificabile nelle scelte imprenditoriali del soggetto affittuario, nella misura in cui queste, in taluni casi, possano provocare un depauperamento dei valori aziendali, non solo in termini di avviamento ma anche nella sfera patrimoniale dell'azienda, intaccandone parzialmente o interamente le disponibilità finanziarie.

Sotto tale aspetto vale la pena ricordare che, sebbene le disposizioni del Legislatore contenute nell'art. 2561 c.c., per ora solo anticipate, per un verso mirano a garantire al soggetto affittuario una gestione «*autonomamente sufficiente*»¹⁰¹, dall'altro sono poste a tutela e dell'integrità patrimoniale e dell'attitudine a generare reddito da parte del complesso locato, ponendo a carico dei soggetti coinvolti la determinazione di un conguaglio in denaro in sede di riconsegna del complesso, sulla base dei valori correnti di inizio e termine.

Se al termine della locazione dovessero essere riscontrate delle diminuzioni del valore economico del complesso, per ragioni riconducibili tanto a decrementi patrimoniali, quanto afferenti la capacità prospettica del complesso di generare redditi attesi, l'affittuario in sede di riconsegna sarà tenuto alla corresponsione di una somma a titolo di indennizzo per il minor valore accertato, esponendo il concedente che torna in possesso dell'azienda, ad un ulteriore rischio di inadempimento derivante dalla possibilità di mancata percezione del conguaglio finale.

In verità, i rischi direttamente derivanti dalla potenziale *malagestio* che possano pregiudicare la posizione competitiva e la stabilità patrimoniale del complesso, dovranno essere considerati temperando anche la relazione esistente con un altro aspetto peculiare caratterizzante l'operazione di affitto d'azienda, ovvero quello della "temporaneità".

Come anticipato, proprio tale caratteristica conferisce all'operazione di affitto un carattere di eccezionalità rispetto ad altri negozi giuridici attraverso cui si perfeziona la vicenda traslativa, prevedendo il trasferimento dell'impresa per un periodo di tempo limitato, anziché definitivamente come nel caso di cessione del complesso.

¹⁰¹ Cfr. R. PEROTTA, "L'affitto d'azienda: la disciplina fiscale del conferimento", 2007, cit., p. 3.

In merito è stato osservato¹⁰² che l'affitto potrebbe anche essere inquadrato come un'operazione a tempo indefinito, se la volontà delle parti è la continuazione del rinnovo del contratto, così come di converso è possibile che lo stesso sia limitato nel tempo se propedeutico e finalizzato alla cessione definitiva.

Anche qui la differenza risiede nel fatto che, allorquando il «ritorno alla situazione di partenza» nel caso l'affitto fosse propedeutico alla cessione, implicherebbe un nuovo intervento di gestione di carattere straordinario, ma nel caso non lo fosse, il riconfigurarsi della situazione iniziale in cui il complesso torni nella disponibilità del concedente è «effetto naturale dell'operazione», considerandone a monte il carattere transitorio.

Proprio la transitorietà dell'operazione ed il ristabilirsi delle condizioni di partenza al naturale epilogo della vicenda, potrebbe rivelarsi, oltre che fonte di indubbe opportunità strategiche, anche causa di rischi e frizioni tra concedente ed affittuario.

Alcuna dottrina¹⁰³ di rilievo, ha sottolineato che in realtà, la temporanea gestione ad opera dell'affittuario, che pur sempre resta, “imprenditore a tempo determinato”, sia intrinsecamente foriera di un “confitto implicito” che si ingenera tra l'attività di gestione da questi esercitata, tendenzialmente impostata sulla base di decisioni adottate in ottica di breve periodo, e la natura stessa dell'azienda come «istituto atto a perdurare».¹⁰⁴

Non è inverosimile ritenere che l'affittuario tenderà a «procrastinare il più possibile l'effettuazione di investimenti strategici fondamentali per il mantenimento e lo sviluppo della posizione competitiva dell'azienda», tra i quali possono figurare quelli relativi alla ricerca e sviluppo, formazione del personale, o quelli relativi strategie di marketing e pubblicitarie, con indubbi ritorni, ma solo nel medio e lungo termine.

Come anche adottare scelte imprenditoriali che releghino in secondo piano la prosecuzione o l'inizio di attività non ritenute essenziali nel breve termine, come lo sviluppo di nuovi prodotti o l'inserimento in nuovi mercati pur considerati strategici, cercando invece di «sfruttare il più possibile i vantaggi connessi ad una preesistente posizione di dominio su determinate combinazioni prodotto/mercato/tecnologia».¹⁰⁵

¹⁰² Cfr. A. MUSAIO, “L'economia dell'azienda in «affitto»”, 1995, p. 48.

¹⁰³ Cfr. R. PEROTTA, *op.*, cit., p. 4.

¹⁰⁴ Si riprende anche in questa sede la nota definizione di azienda, del “Maestro”, Zappa, apparsa in, G. ZAPPA, “Le produzioni nelle economie delle imprese”, Giuffrè, Milano, 1957, p. 37.

¹⁰⁵ Cfr. A. MUSAIO, “L'economia dell'azienda in «affitto»”, 1995, cit., p. 4 e ss.

Saranno proprio tali scelte, che pur legittime e non per forza rivelatrici di una gestione deficitaria, almeno all’inizio, potrebbero poi rivelarsi inevitabilmente pregiudizievoli del valore del capitale economico e della capacità dell’azienda di generare redditi in misura prospettica.

Se da un lato l’affidamento della gestione ad altro soggetto possa indubbiamente rappresentare una scelta intrigante, in realtà potrebbe rivelarsi un’arma a doppio taglio, soprattutto quando non si riescano a contemperare le diverse esigenze da ambo le parti.

Mentre dal lato opposto, considerando il profilo di rischio del soggetto affittuario, innanzitutto va rilevato che nell’essenza dell’operazione, divenendo questi soggetto economico istituzionale, a cui temporaneamente viene affidata la gestione del complesso, la prima conseguenza dello svolgimento in via diretta dell’attività imprenditoriale sarà quello di essere assoggettato al rischio d’impresa.

Il principale rischio per costui, discenderà dall’aspetto economico della vicenda, ovvero connesso alla possibilità che questi non abbia un ritorno economico soddisfacente o comunque rispondente alle sue aspettative.

Nel merito, la remunerazione conseguibile dal soggetto affittuario, durante il periodo di affitto, potrà dipendere sia da circostanze soggettive, quali ad esempio le capacità manageriali del conduttore, sia da elementi oggettivi, quali i vincoli e le opportunità offerti dall’ambiente di riferimento e le specificità dell’azienda, nonché il grado di coordinazione economica, tale da rendere la componente di avviamento, capace di incidere positivamente sul risultato della gestione.

In prima istanza, proprio a tali condizioni di economicità intese in senso lato, andrà senz’altro ricollegata parte della composizione del rischio del soggetto affittuario, ancor più, come già visto per il concedente, e attentamente osservato¹⁰⁶, prendendo in considerazione «*la struttura fissa, variabile e semi-variabile del canone*».

In particolare si ritiene che, dal lato manageriale, anche il legame esistente con il livello di flessibilità della gestione dei costi operativi possa incidere sulle predette condizioni di economicità.

¹⁰⁶ Cfr. F. BAVAGNOLI, “*L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*”, 2006, cit. p. 34.

Un canone interamente variabile, stimato sull'utile ante imposte porterebbe ad una sorta di «*condivisione del rischio imprenditoriale tra le due controparti*» ed allo stesso tempo alla massima flessibilità dei costi operativi.

Se il canone fosse parametrato in base al fatturato, comporterebbe egualmente una struttura flessibile dei costi per l'affittuario, pur aumentandone il profilo di rischio, in quanto la variabilità dei costi risulterebbe ininfluente per il locatore.

Se infine il canone fosse determinato in misura fissa, vi sarebbe totale rigidità della struttura dell'impostazione dei costi, ed il locatore sarebbe solo portatore di un rischio di credito.

Sebbene siano queste le difficoltà più pregnanti dal lato operativo, va senz'altro considerata come potenziale elemento di rischiosità, anche la corretta impostazione a monte dell'intera vicenda.

Se l'operazione di affitto fosse propedeutica ad una successiva cessione e finalizzata a soddisfare iniziali esigenze esplorative di un contesto imprenditoriale, o anche di un settore di cui si possiede scarsa conoscenza, l'investimento di risorse da parte dell'affittuario potrebbe essere soggetto al rischio di rivelarsi infruttuoso qualora l'azienda o lo stesso settore si rivelino di scarso interesse.

L'esito negativo dell'intento perseguito, in taluni casi, potrebbe anche concludersi con lo scioglimento anticipato del contratto, qualora l'affittuario decidesse di terminare l'operazione in anticipo, comportando per quest'ultimo, un ulteriore dispendio di risorse in caso sia stata prevista contrattualmente una penale per il recesso anticipato e questo non sia consentito *ad nutum*.

Di converso, laddove invece l'operazione si concludesse con esiti positivi, per il soggetto affittuario varranno infine le stesse considerazioni previste per il locatore in sede di determinazione e corresponsione del conguaglio di fine affittanza.

In questo caso, sarà il soggetto affittuario a dover beneficiare dell'incremento del valore del capitale economico dell'azienda temporaneamente amministrata ed il concedente invece, sarà gravato dell'onere della corresponsione del conguaglio, per i maggiori valori accertati in sede di riconsegna, esponendo il primo, ad un eventuale rischio di inadempimento.

1.7 Motivazioni e finalità dell'operazione.

L'affitto d'azienda, seppur possa celare, elementi di incertezza da cui si possano ingenerare fattori di criticità per entrambi i soggetti coinvolti, in virtù di una particolare flessibilità operativa, ed una normativa che lascia molto spazio all'autonomia negoziale, in molte circostanze, potrà invece prospettarsi come soluzione agevolmente percorribile, avendo riguardo dei diversi momenti della vita di un'impresa, quando questa sia ancora in salute o versi in uno stato di crisi.

In entrambi i casi, l'affitto d'azienda diviene compatibile con diverse situazioni concrete, nelle quali le finalità sottese all'operazione stessa come espressione delle aspettative e degli interessi delle parti coinvolte, muovono da una serie di motivazioni che lasciano preferire questa tipologia contrattuale rispetto ad altre operazioni di finanza straordinaria. Tali motivazioni, sottese alla conclusione di siffatta tipologia di contratto possono essere individuate sia dal lato del locatore che da quello dell'affittuario.

Tuttavia considerando che la volontà di concedere l'azienda in locazione viene innanzitutto manifestata dal proprietario, ciò porterà dapprima ad approfondire la sua posizione, per poi, contestualmente, indagare anche la posizione del conduttore.

Le ragioni che possono indurre l'imprenditore, individuale o collettivo, a sospendere temporaneamente l'esercizio dell'attività d'impresa, o ramo della stessa possono essere le più variegate.

Prima di affrontarle nello specifico, occorre premettere che, inizialmente ed a prescindere dalla ragione, il titolare dell'azienda, sia esso persona fisica o soggetto societario, che decida di ricorrere all'affitto d'azienda reputando necessario affidarla ad altro soggetto, sia mosso in tal senso in virtù del fatto che il conduttore possa non solo mantenere, ma anche migliorare la posizione acquisita.

In tale contesto, il disimpegno dall'attività da parte del locatore, non dovrà pregiudicarvi il rientro nella gestione diretta ed in un contesto svilito, né inficiare la possibilità di cedere o locare nuovamente il complesso a terzi.

A tal proposito, vi è chi ha osservato¹⁰⁷, che gli aspetti prettamente afferenti alla sfera economica, fiscale e aziendale del contratto d'affitto d'azienda siano in realtà, subordinate al riconoscimento di particolari qualità personali e professionali del conduttore, tali per cui potrebbe parlarsi di una sorta di *intuitu personae*.

Nel momento immediatamente precedente la predisposizione dell'atto negoziale, assume carattere fondamentale l'individuazione dell'attitudine della controparte, non solo nel farsi carico dell'impegno della gestione di un complesso di beni materiali, che pur potrebbero risentire di una gestione irresponsabile, ma anche di assicurarne la capacità di produrre reddito salvaguardandone gli *asset* immateriali.

Tra questi, non soltanto figureranno il buon nome dell'imprenditore concedente e la posizione dall'azienda acquisita nel tempo, ma di certo anche l'avviamento, che più di altri si presta ad essere esposto a rischi di depauperamento derivanti da una “gestione dissennata”.¹⁰⁸

1.7.1 Le Motivazioni del locatore.

Le motivazioni che spingono il soggetto locatore a ricorrere all'affitto d'azienda possono riguardarne sia la sfera soggettiva, personale o familiare, sia trarre origine da valutazioni economico-aziendali più strutturate, sulla base della contrapposizione tra il rendimento direttamente derivante dall'andamento dell'attività d'impresa, e le aspettative derivanti dalla congrua remunerazione del capitale investito mediante la percezione del canone pattuito.

Per ciò che attiene alle prime tipologie, ed in particolare alla sfera soggettiva dell'imprenditore, spesso nelle realtà aziendali di piccole dimensioni non è raro il caso in cui, fatte le dovute valutazioni di convenienza, si assiste ad una diretta manifestazione di volontà da parte del locatore che decide di disimpegnarsi temporaneamente dall'esercizio dell'attività d'impresa per ritornare ad esercitarla in un momento successivo.

Tale volontà, di frequente, va temperata con la compresenza di particolari situazioni personali, che possano addurre il titolare a dedicarsi ad altra attività imprenditoriale in altro settore, ovvero, approfittando di particolari condizioni, spingerlo nel tentare nuovi

¹⁰⁷ Si rimanda alle considerazioni di D. BALDUCCI, “L'affitto d'azienda”, III. ed., Edizioni FAG, Milano, 2007, p. 45.

¹⁰⁸ Cfr. D. BALDUCCI, “L'affitto d'azienda”, cit., p. 46.

percorsi professionali, anche di lavoratore dipendente, senza che a questi venga preclusa la possibilità di rientrare in possesso, in un secondo momento, dell'attività concessa in affitto.

Ma andando oltre il mero profilo soggettivo, spesso si riscontrano una serie di motivazioni dettate da esigenze di contiguità, che traggono origine dalla sfera personale e familiare della parte concedente.

Una fra queste, potrà essere certamente rinvenibile in quei contesti imprenditoriali in cui la proprietà fa capo ad un singolo soggetto o ad un ristretto numero di soggetti facenti parte dello stesso nucleo familiare, per i quali sorga la necessità di predisporre il passaggio generazionale del complesso.

In tale frangente, il disimpegno dalla gestione in via diretta, potrebbe associarsi all'intenzione da parte dell'imprenditore di far proseguire l'attività ad un familiare o ad un erede, il quale non sia ancora in età adeguata per assumersi rischi ed oneri direttamente derivanti dalla gestione.

Invero, l'opzione di cedere il complesso in affitto, potrebbe senza dubbio rivelarsi un'idonea soluzione *pro tempore*, dando modo al soggetto designato di entrare in possesso sia delle qualifiche, ma soprattutto delle capacità richieste dall'attività, consentendo allo stesso tempo all'imprenditore di predisporre adeguatamente la fase di transizione.

D'altra parte, si è osservato¹⁰⁹, che in tali contesti imprenditoriali, in molti casi si assiste alla reticenza dell'imprenditore - fondatore che, raggiungendo una certa età, si renda restio nel trasferire il controllo dell'azienda, sia per ragioni strettamente personali che riguardino l'identificazione sociale dovuta cambio di ruolo, sia per i dubbi che questi possa nutrire sulle capacità degli aspiranti subentranti, nonché per il potenziale ingenerarsi di dissidi e conflitti all'interno della famiglia al momento del passaggio.

Anche in tutti questi casi l'affitto d'azienda potrebbe rappresentare una soluzione, consentendo un passaggio più graduale, rispetto all'ipotesi di cessione o quella del trasferimento di pacchetti azionari.

¹⁰⁹ Sul punto si veda, F. BAVAGNOLI, "L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile", 2006, p. 18.

Concedere in affitto il complesso potrebbe significare, inizialmente, non solo un momentaneo appianamento delle divergenze tra i membri della famiglia ed un superamento della situazione di stallo, rimandando ad un momento successivo un'eventuale soluzione definitiva, ma anche evitare che tali dispute ai vertici possano cagionare danni all'attività aziendale, che certamente potrebbe risentirne.

In caso di più aspiranti successori, potrebbe essere, inoltre, proponibile, un'attribuzione temporanea di singoli rami dell'unica azienda, a ciascuno dei soggetti interessati, con i quali quest'ultimi possano saggiare le proprie capacità, confrontandosi concretamente con le difficoltà e le responsabilità derivanti dall'attività di gestione.

Invece, nel caso in cui la predisposizione del passaggio generazionale, non possa verificarsi, stante la mancanza di eredi o di soggetti interessati alla prosecuzione dell'attività, e che per età avanzata, il locatore stia decidendo di ritirarsi, il ricorso all'affitto potrebbe rappresentare una soluzione intermedia, che gli consenta di mantenere la proprietà dell'azienda, assicurando allo stesso tempo, sia la percezione di un reddito periodico, che la conservazione del valore economico del complesso, nell'ottica di una futura e definitiva cessione.

Se anche la cessione del complesso fosse l'unica alternativa praticabile, in molti casi l'affitto potrebbe anche rendersi un surrogato della stessa per la lunga durata del contratto. In questo caso, l'imprenditore potrebbe decidere di percepire una rendita anziché un corrispettivo *una tantum* per tutta la data contrattualmente prevista, ed alla scadenza, richiedere a titolo di corrispettivo di cessione, un valore simbolico o comunque inferiore al valore economico del complesso trasferito.

Per altro verso, le motivazioni di carattere prettamente economico, scaturiscono invece dalla valutazione dell'andamento dell'attività imprenditoriale e dal rendimento del capitale investito che viene tratto dall'esercizio dell'impresa.

Vale la pena precisare che solitamente tali motivazioni esulano dalla sfera privata del concedente, anche se dal lato opposto, è stato osservato¹¹⁰, che quando un'impresa sana raggiunge risultati ragguardevoli, tendenzialmente non si propenderà alla sospensione dell'esercizio dell'attività in forma diretta cedendo il complesso in affitto, se non in presenza di particolari circostanze afferenti la sfera personale.

¹¹⁰ Cfr. D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", p. 47.

In tali frangenti, la percezione di un rendimento certo rappresentato dal canone può comunque risultare un'opportunità intrigante finalizzata a contemperare differenziati interessi.

Meritevole di menzione è senz'altro l'ipotesi in cui, si tenti di innestare un nuovo impulso alla gestione.

In tale evenienza, il concedente potrà ricorrere all'operazione di affitto relativamente a uno specifico complesso, che pur gode ancora di ottima salute, ma col tempo affievolitosi in termini di redditività e di remunerazione rispetto al passato, perché appartenente a settori già maturi e saturi, cosicché la remunerazione del capitale investito negli anni, ora rappresentata dal canone, possa servire come forma di investimento e di finanziamento per la diversificazione dell'attività in altri settori.

Non di meno, anche l'ipotesi di innesto di una nuova gestione potrebbe significare il raggiungimento di risultati in termini di competitività nel settore di appartenenza che erano, anzitempo, preclusi alla precedente.

In merito a tale ultimo aspetto, va sottolineato che per il raggiungimento di tali obiettivi di competitività nel settore di appartenenza, non solo l'imprenditore subentrante a titolo di affittuario potrebbe presentare delle caratteristiche più consone in termini di consistenza patrimoniale, ma essere anche dotato di conoscenze tecniche e specifiche tali da recare benefici diretti ed indiretti, asseverando il precetto di *intuitu personae* di cui prima si discuteva, in relazione alle competenze professionali e personali della controparte.

In tali casi, il fatto di far svolgere l'attività da un soggetto che detiene competenze specifiche, può essere non solo visto come punto di forza dell'operazione di affitto in sé, ma come strategia premiante in termini assoluti, basato su un rapporto di «*complementarietà, sinergia e reciproco beneficio*»¹¹¹ tra le attività del concedente e quelle del conduttore, con risultati irraggiungibili se le stesse fossero rimaste integrate nella sola struttura ed economia del concedente.

¹¹¹ In tal senso, F. BAVAGNOLI, "L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile", 2006, cit., p. 20.

1.7.2 Le motivazioni dell'affittuario.

Alla posizione dell'affittuario, si associano una serie di motivazioni che assumono, anche in questo caso, una duplice veste.

Esse non originano tanto dalla sfera personale o da particolari esigenze come per il locatore, quanto invece, sia dai benefici diretti derivanti dalla conduzione *pro tempore* di un complesso altrui, volti al soddisfacimento di esigenze conoscitive della potenzialità del complesso o del settore senza dover sopportare oneri ingenti per addentrarsi in contesti imprenditoriali poco conosciuti, sia da quelli indiretti legati alle sinergie nascenti dall'operazione in ottica di gruppo aziendale in cui ricomprendere il complesso neo gestito.

Sotto il primo profilo, all'operazione di affitto di azienda si ricorre con particolare frequenza non solo per valutarne la capacità reddituale in ottica di una futura acquisizione, ma anche per valutare l'attrattiva del settore, in vista di un futuro investimento.

Il primo tratto è un tipico dell'affitto d'azienda come operazione “finalizzata”¹¹² e propeutica ad una successiva cessione.

In questo caso viene consentito al locatario di immettersi nella gestione di un complesso che si desidera acquisire in futuro, permettendo in pari misura, di superare quell'appannamento iniziale dovuto all'inserimento in contesto imprenditoriale differente fugando ogni perplessità legata all'asimmetria informativa normalmente riscontrabile nel rapporto tra venditore e acquirente.

Tale asimmetria, risulterà accentuata in misura ancor maggiore, considerando che si acquisisce un complesso funzionante anziché beni non standardizzati ed infungibili, slegati da ogni contesto organizzato.

In tal modo, l'affittuario sarà in grado di valutare attentamente e direttamente le virtù e le potenzialità del complesso, senza doversi impegnare in modo irrevocabile.

¹¹² Per un approfondimento sulla duplice connotazione dell'operazione di affitto come *autonoma* e *finalizzata* si rimanda alle considerazioni di A. MUSAIIO, “L'economia dell'azienda in «affitto»”, 1995, p. 48.

Quanto al secondo aspetto, relativo alla conoscenza del settore, sebbene si riscontrino delle analogie con il precedente, va sottolineato che il vincolo della “finalizzazione” possa anche non sussistere o sia meno accentuato, in quanto l’operazione potrebbe anche essere stata concepita dal soggetto affittuario prediligendone meramente l’aspetto conoscitivo, potendo prescindere da un futuro investimento nel complesso condotto in affitto.

Tale eventualità permetterebbe all’affittuario di perseguire delle finalità più ampie, e di valutare l’operazione in un’ottica più generale, saggiando allo stesso tempo, le prospettive di sviluppo del settore e le proprie capacità di operare in quel determinato ambito.

Indipendentemente dalle circostanze, il grande vantaggio in ambedue i casi, risiede dal trarre beneficio dalle due peculiarità tipiche dell’affitto, concernenti la flessibilità dal punto di vista finanziario e la temporaneità dell’operazione.

Da un verso l’affittuario potrà tentare un’esperienza imprenditoriale di suo interesse, senza doversi farsi carico degli oneri immediatamente derivanti dall’acquisizione del complesso, legati all’immobilizzazione di risorse finanziarie od ai costi di *start up* per la predisposizione dell’attività, disponendo di una struttura già in funzionamento e godendo dell’inerziale avviamento.

Per altro verso, a questi sarà concesso di perseguire le proprie finalità, che siano esplorative dell’azienda o del settore, o semplicemente legate alla remunerazione attesa dalla redditività del complesso, potendosi comodamente divincolare al termine del contratto, laddove giudichi l’esperienza non soddisfacente o poco redditizia.

Altro discorso va affrontato laddove si decida di ricorrere all’affitto di azienda come forma di “aggregazione aziendale”¹¹³, con lo scopo di realizzare utili tramite la gestione o l’inserimento dell’azienda affittata in una rete di più ampi rapporti economici.

¹¹³ Sul merito è stato osservato che anche l’affitto d’azienda può essere annoverata tra le operazioni che rientrano nelle *business combinations* definite nell’ambito dei principi contabili internazionali dall’IFRS 3, par.4 come «*the bringing together of separate entities or businesses into one reporting entity*» in virtù del risultato a cui si giunge che viene precisamente a configurarsi come «*that one entity, the acquirer, obtains control of one or more other businesses, the acquiree*», ovvero che l’affittuario (*the acquirer*) assume a tutti gli effetti il controllo e la disponibilità dell’azienda concessa in affitto dal locatore (*the acquiree*). Cfr. F. BAVAGNOLI, “*L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*”, 2006, cit., pp. 12-13.

Qualora si propendesse per tale scelta, è stato osservato¹¹⁴ che la remunerazione per l'affittuario, al netto del canone, possa dipendere tanto dall' "autonoma capacità reddituale" ovvero «l'attitudine dell'impresa a remunerare in modo congruo nel lungo periodo tutti i fattori da essa impiegati» quanto dal conseguimento di "condizioni di economicità", vista come condizione fondamentale «dell'equilibrio economico dell'esercizio o [...] dell'autosufficienza economica dell'impresa, [...] intesa come attitudine della gestione a remunerare con i ricavi, e alle condizioni richieste dal mercato, tutti i fattori produttivi»¹¹⁵, ancor più se inserita in un contesto di gruppo.

La ragione risiede nel fatto, che quando si intraprende una operazione di affitto d'azienda finalizzata a ricomprendere il complesso in una realtà aziendale più ampia e strutturata, l'affittuario potrebbe avvalersi non solo dei benefici direttamente derivanti dalla propensione al reddito dell'impresa, ma anche dei vantaggi indiretti, siano questi di carattere prettamente economico o di natura non strettamente economica.

Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui l'operazione venga posta in essere da un soggetto economico che occupandosi della produzione di un determinato prodotto, voglia acquisire la società che si occupa della distribuzione, come anche il voler acquisire un complesso in difficoltà per migliorare la propria immagine nella comunità locale, avendone risollevato le sorti e salvaguardato il lato occupazionale.

Ed invero, per concludere, è stato sostenuto¹¹⁶ che nell'ipotesi di inserimento del complesso in una rete più ampia di imprese appartenenti ad un gruppo, potrebbe anche non essere così utopistico il caso in cui il complesso affittato, pur in condizioni di squilibrio e non autonomamente in grado di sussistere, venga mantenuto in "condizioni di economicità" in considerazione dei vantaggi economici di cui beneficia il gruppo grazie all'esistenza dell'impresa stessa.

¹¹⁴ Si veda, A. VIGANO', "Le immobilizzazioni tecniche investigate nella dinamica dell'economia d'impresa. Principi e concetti", Giuffrè, Milano, 1979, p. 32 e ss. in F. BAVAGNOLI, "L'affitto d'azienda", p. 20, secondo cui in tal senso può considerata la "capacità reddituale" dell'impresa.

¹¹⁵ Il principio di economicità è stato ampiamente trattato dalla dottrina economico-aziendale, in tal senso si veda la definizione di P. ONIDA, "Economia d'azienda", UTET, Torino, 1971, p. 56, in F. BAVAGNOLI, "L'affitto d'azienda", cit., p. 21.

¹¹⁶ In tali casi potrebbe configurarsi l'ipotesi di "economicità conseguibile solo in seno al gruppo" o di "economicità in funzione del gruppo o economicità super-aziendale di gruppo". Cfr. P. ONIDA, 1971, op., cit. p. 64 in, F. BAVAGNOLI, "L'affitto d'azienda", cit., *ibidem*.

1.7.3 Le motivazioni per l'imprenditore in stato di crisi (rinvio).

In ultimo si pone la questione dell'utilizzo dell'istituto in situazioni di crisi.

Tenendo fermo l'ampio approfondimento che verrà dedicato all'argomento nell'ultimo capitolo dell'elaborato, avendone preliminarmente posto in disamina tanto la disciplina applicabile prevista dal Codice Civile quanto le norme dettate dal Legislatore Fallimentare che possano profittevolmente sostanziarne il ricorso nell'ambito delle modalità di risoluzione delle crisi d'impresa, in tale occasione potremmo già sottolineare, in via generale, che la finalità principale a cui tende l'operazione di affitto d'azienda è quella di permettere di preservare o rivitalizzare i valori residui, soprattutto in riferimento ai cd. *intangibles* dell'azienda, sia in presenza di situazioni patologiche e ancora reversibili, che irreversibili.

Invero, in taluni casi, l'operazione di affitto d'azienda potrà consentire non solo la prosecuzione dell'attività, nel tentativo di risanamento, con il miglioramento della posizione finanziaria del concedente tramite l'apporto di nuove risorse e nuove competenze, ma anche rivelarsi una soluzione funzionale e particolarmente auspicabile, tanto per la salvaguardia dei livelli occupazionali, quanto dei predetti valori intangibili dell'impresa, quali ad esempio, la presenza sul territorio, il know-how, il portafoglio clienti, o anche la notorietà dell'esercizio commerciale, altrimenti destinati ad ineluttabile deperimento in caso di interruzione dell'attività aziendale.

Si pensi a titolo esemplificativo, al caso in cui l'imprenditore in crisi non goda più dell'affidamento da parte degli istituti di credito, e concedendo in affitto l'azienda, potrà beneficiare del patrimonio di credibilità che porta in dote l'affittuario, e pianificare, al contempo, un rientro della propria esposizione debitoria proprio sulla base dei flussi finanziari attesi e generati dal pagamento periodico dei canoni d'affitto.

A tali ragioni è ascrivibile il frequente ricorso all'istituto nell'ambito delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa e nelle procedure concorsuali nell'ottica del soddisfacimento dei creditori, poiché salvaguardare la continuità aziendale renderebbe possibile l'ipotesi, innanzitutto, di ritrarre delle somme rappresentate dal canone, e di procedere poi, come alternativa alla liquidazione parcellizzata e "atomistica" dei singoli *asset*, a cedere l'azienda come complesso funzionante, monetizzandone anche i residui valori

CAPITOLO II: ASPETTI PRELIMINARI E VALUTATIVI

2.1 La fase preliminare.

Premessa.

Nell'inquadramento dell'operazione di affitto d'azienda in chiave economico-aziendale, si è già fatto riferimento alla caratteristica della flessibilità contrattuale come uno tra i principali punti di forza che contraddistinguono l'istituto.

La carenza di un quadro esaustivo ed i continui rinvii della normativa, se da un lato presuppongono l'arduo compito per gli interpreti di ricostruirne e di adattarne la disciplina, dall'altro conferiscono all'istituto la peculiarità di strumento estremamente duttile, la cui regolamentazione è lasciata in gran parte all'autonomia negoziale, che assume un ruolo fondamentale nel regolare i rapporti tra le parti coinvolte.

Aldilà, dalle limitazioni previste dal Legislatore¹¹⁷, che assurgono ad obbligazioni essenziali, viene concessa alle parti l'ampia libertà di stabilire il contenuto del contratto, potendo essere adeguato sia alle esigenze, sia alle finalità che queste intendano perseguire, tramite l'inserimento di specifiche pattuizioni, non solo relative, agli obblighi reciproci, alla successione dei contratti, al trasferimento dei crediti e dei debiti, od alla durata del contratto, ma anche per la determinazione del canone.

Prima di addentrarsi nell'individuazione specifica di ogni singolo elemento del negozio, occorrerà soffermarsi sulla fase che precede la formalizzazione dell'accordo.

Invero, va premesso che l'affitto d'azienda, anzitutto, è un'operazione che rientra in un disegno strategico, e prima di essere posta in essere, per i soggetti coinvolti, non solo si renderà fondamentale un'attenta valutazione di convenienza da un punto di vista economico, ma assumerà particolare rilevanza anche la corretta individuazione dei profili ricercati nella controparte con cui si intende portare a termine il contratto.

¹¹⁷ Si sta facendo riferimento agli obblighi discendenti dalla disciplina dell'art. 2561 c.c., in tema di usufrutto, per espresso richiamo dell'art. 2562 c.c., ai commi 1, 2, 4, dove vige l'obbligo per l'usufruttuario di esercitare l'attività sotto la ditta che la contraddistingue, senza modificarne la destinazione e in modo da conservarne l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte.

Nonché, la differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'affitto dovrà essere regolata in danaro, a seconda, dall'affittuario o dal locatore, sulla base dei valori correnti al termine dell'operazione. Si rimanda al Capitolo successivo la trattazione specifica dei profili civilistici, qui solo brevemente richiamati.

2.1.1 Le verifiche svolte dal locatore.

Nella fase preliminare, l'indagine svolta dal soggetto locatore nel recepimento dei profili della controparte, non si soffermerà unicamente nel merito delle disponibilità dell'affittuario in termini di capienza patrimoniale, o su sulla sussistenza di specifiche garanzie convenute in fase iniziale, potendo queste, anche essere rappresentate semplicemente da fidejussioni bancarie, ma in particolare, sull'individuazione di una specifica attitudine per la futura gestione del complesso.

Invero, taluna dottrina¹¹⁸ ha sottolineato che, rispetto ad altri negozi che prevedono la circolazione del complesso a titolo definitivo, nell'affitto d'azienda, stante la transitorietà dell'affidamento della gestione ad altro soggetto, gli aspetti soggettivi della controparte rilevano in modo fondamentale.

L'attenta valutazione delle caratteristiche personali e professionali del conduttore dovrà essere concretamente espressiva delle capacità e competenze di quest'ultimo, il quale, inserendosi in un contesto imprenditoriale funzionante, possa non solo essere in grado di gestirlo in maniera corretta, ma anche di evitare che al termine dell'operazione, pur con la previsione dell'indennizzo, il locatore rientri comunque in un contesto svilito in termini di capitale economico, tanto dal lato patrimoniale, quanto nella capacità del complesso di produrre reddito.

A tal fine, anche in sede di valutazioni preliminari, i criteri adottati per l'individuazione del potenziale conduttore, dovranno essere temperati con le stesse motivazioni connesse all'operazione di affitto.

In particolare, andrà considerato se l'operazione in questione possa servire da passaggio intermedio, essendo finalizzata ad una definitiva cessione, o ad un conferimento a favore di altro soggetto societario, che avrà luogo alla scadenza, ovvero se il complesso rientri semplicemente nelle disponibilità del concedente, senza ulteriori interventi di natura straordinaria.

¹¹⁸ Si veda sul punto, D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", Edizioni Fag, Milano, 2007, p. 45.

Se si prevedesse di impostare l'operazione come "autonoma", ovvero prospettando un ritorno alle posizioni originarie delle due parti, le caratteristiche relative "alla persona" assumeranno un'importanza ancora maggiore, ribadendo, ancora una volta, come sia centrale la salvaguardia dei valori patrimoniali e di avviamento, per il proprietario che voglia riacquisire la gestione alla scadenza del contratto.

Mentre, nella fattispecie configurabile come operazione "finalizzata", e propedeutica ad una futura cessione o ad un conferimento, il *focus* dell'analisi andrebbe a concentrarsi più su una figura riconducibile ad un potenziale "futuro acquirente" piuttosto che "futuro gestore", prediligendone l'affidabilità in termini finanziari ed il reale interessamento nell'inserirsi definitivamente nel contesto imprenditoriale del concedente, piuttosto che le predette capacità gestionali.

In tale evenienza, potranno anche essere previste ulteriori tutele per il locatore, ponendolo al riparo da un eventuale ripensamento dell'affittuario maturato durante la gestione circa l'acquisto al termine dell'operazione, prevedendo nel caso in questione, una penale per il mancato raggiungimento dell'accordo.

In verità, tali tipologie di indagini vengono effettuate anche dal conduttore, e la realtà in cui si perviene alla conclusione del contratto, prevede per le parti una lunga fase di trattative e di indagini circa la reciproca affidabilità, sicché non di rado, in situazioni del genere, vengono predisposte lettere di intenti ed accordi di riservatezza, garantendo una tutela più profonda, specie nel caso in cui le trattative non si concludano con l'esito inizialmente prospettato.

2.1.2 Le verifiche svolte dall'affittuario e le attività di due diligence.

Aldilà delle reciproche tutele fornite dalle parti per il raggiungimento dell'accordo, per il soggetto affittuario l'analisi si focalizzerà essenzialmente sull'azienda o ramo di questa oggetto del contratto.

L'analisi dovrà tener conto, non solo di determinate aspettative, vincolate alla compresenza di specifici requisiti, afferenti da una parte, il grado di economicità del complesso affittato, e dall'altra la redditività attesa dall'operazione nel periodo di riferimento, ma del raggiungimento di particolari obiettivi, la cui perseguibilità andrà attentamente ponderata già nella fase dello svolgimento delle trattative, soppesandone, al contempo, potenziali elementi di rischiosità.

Ragion per cui, non di rado, in questa fase preliminarmente finalizzata al raggiungimento dell'accordo, il conduttore valuta l'ipotesi di richiedere un'attività di analisi e controllo svolta da una serie di soggetti specializzati, decidendo di ricorrere ad una *due-diligence*. Tale prassi, tipicamente rinvenibile nel corollario delle operazioni che sottendono il trasferimento di un complesso aziendale, si sostanzia «*in una serie complessa di verifiche e controlli volti ad indagare preventivamente la realtà aziendale*»¹¹⁹.

Nelle realtà aziendali di modeste dimensioni, tali tipologie di controlli, solitamente vengono effettuati dallo stesso soggetto affittuario, che anche in maniera informale, tenterà di reperire più informazioni possibili dal locatore, od al massimo, ricorrendo al consulente di fiducia.

Laddove invece, oggetto del contratto fosse un complesso di considerevoli dimensioni e di notevole complessità valutativa, l'intervento teso a verificare il rispetto di determinati adempimenti da parte della società *target*, nonché ad evidenziare eventuali elementi di deviazione rispetto alle corrette procedure, viene di norma affidato ad una società di consulenza esterna o ad un team di esperti di diversi settori, come fiscalisti, contabili, analisti di mercato, o anche tecnici informatici.

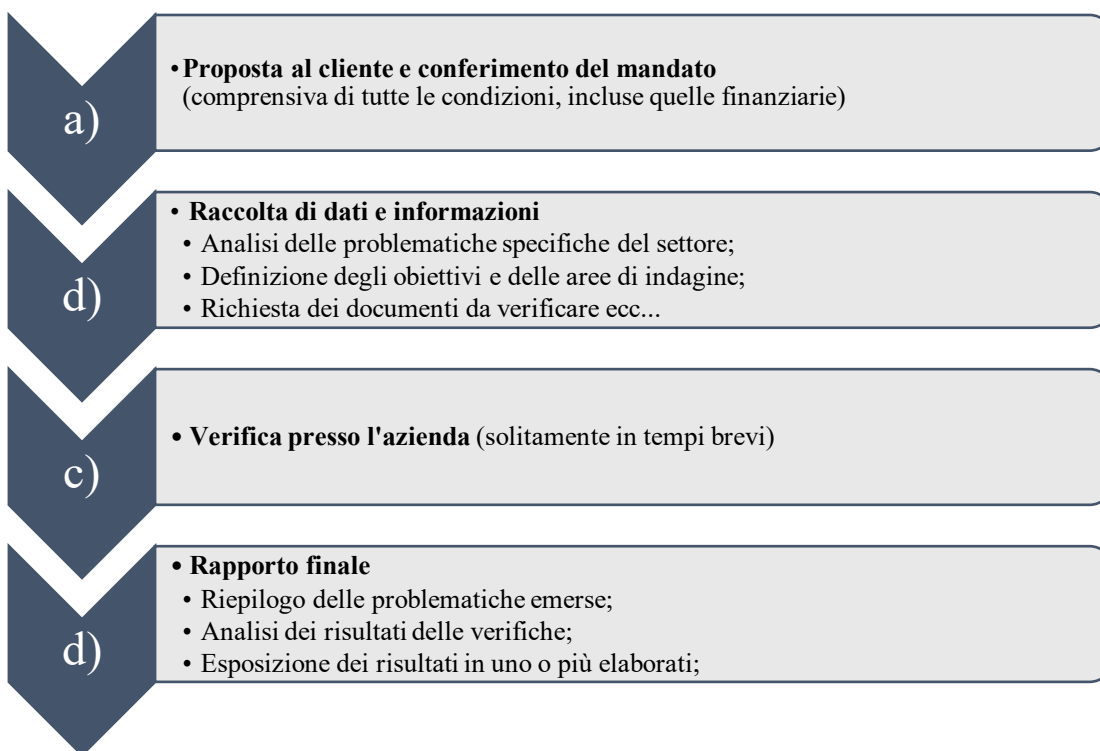
¹¹⁹ Cfr. D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", 2007, cit. p. 60.

La “dovuta diligenza” tramite cui il conduttore si innesta nel preliminare processo di analisi delle diverse procedure del complesso, attraverso un’approfondita raccolta di informazioni, permetterà a quest’ultimo non solo di verificare se sussistano o meno le condizioni di fattibilità dell’operazione, ma anche di stabilire una solida base per la negoziazione delle condizioni contrattuali.

Tale processo, potrà ricomprendere diverse aree e svolgersi secondo una pianificazione che dipenderà dalle esigenze del richiedente.

Secondo un’impostazione relativa alle fasi procedurali, lo svolgimento delle verifiche potrebbe essere così sintetizzato e schematizzato:

Grafico II.1: Fasi Procedurali Della Due-Diligence ¹²⁰



¹²⁰ Fonte: D. BALDUCCI, *op, ult. cit., ibidem*.

Considerando invece le diverse aree esaminate, lo studio si baserà sull'analisi congiunta di vari aspetti, tra i quali potremmo far anzitutto riferimento alla:

❖ *Due diligence contabile (Financial Due Diligence)*

La *due diligence* contabile, in contesti particolarmente ampi e per aziende di grandi dimensioni, di norma viene affidata ad una società di revisione, e nel merito, inizialmente verrà accertata l'esistenza dei libri contabili e dei registri obbligatori per poi procedere alla disamina, verificando criteri e principi adottati nella redazione.

L'obiettivo che la *financial due diligence* permette di raggiungere, per mezzo della raccolta di dati e l'analisi delle informazioni finanziarie, amministrative e gestionali della società, non solo è quello di stabilirne la "consistenza patrimoniale", ma anche di verificarne e quantificarne la "consistenza economica".

Sotto il primo profilo, il punto di partenza per la quantificazione della "consistenza patrimoniale" è l'ultimo bilancio di esercizio approvato e depositato.

Ma non è raro il caso a quest'ultimo vengano apportate una serie di rettifiche per eliminare le interferenze fiscali ed applicare correttamente principi contabili, evidenziandole al patrimonio netto.

Tali rettifiche si rendono fondamentali, soprattutto se tramite una serie di controlli dovessero risultare erroneamente contabilizzate o alterate alcune voci¹²¹, le quali più di

¹²¹ Sul punto, potrebbero ricondursi una serie di voci di dell'attivo di bilancio a cui va dedicata particolare attenzione in sede di controllo.

Non solo per quanto attiene alle voci di attivo immobilizzato, ove le immobilizzazioni materiali (voce *BII ; 1-terreni e fabbricati, 2- impianti e macchinari, 3- attrezzature industriali e commerciali, ...*) comunque andranno rilevate secondo l'OIC 16, o il *metodo del costo* e del *fair value*, per gli IAS/IFRS, e correttamente assoggettate ai processi di ammortamento, ma in sede di due diligence è opportuno verificarne anche «*per i terreni e fabbricati: visure catastali comprensive di trascrizioni ipotecarie, [...] per gli impianti: piani tecnici e perizie di stima, o limitazioni nel pieno godimento o disponibilità dei beni, polizze assicurative con riferimento ai sinistri ecc...*».

Andranno di certo considerati anche i crediti e le passività a lungo termine, ma in disapplicazione degli art. 2559-2560 c.c., in tema di affitto risulterà più rilevante la corretta valutazione di altre voci del circolante come le rimanenze di magazzino (voci *C.I.1; C.I.2; C.I.4*).

In questo i controlli andranno effettuati innanzitutto nel merito del criterio di determinazione (*costo specifico, costo medio ponderato, LIFO, FIFO*).

Ma nella fase di due-diligence, la valutazione delle rimanenze «*può costituire un'attività estremamente complessa, in presenza di magazzini ampi e stratificati, [...] per l'individuazione fisica e lo stato di conservazione e l'adeguatezza dei sistemi informativi [...]*» perciò in questo caso si rende indispensabile non soltanto verificare «*l'attendibilità della contabilità di magazzino, le valutazioni operate dalla società, (ma anche) il turnover di magazzino e i giorni medi di giacenza per individuare i beni con maggior rischio di obsolescenza [...]*».

altre, di solito, si prestano a modificazioni causate da determinate politiche di bilancio della società.

La “consistenza economica”, intesa come la capacità della stessa di produrre margini positivi in termini prospettici, si rende, invece, un carattere fondamentale per le aspirazioni che risiedono nella remunerazione attesa dal soggetto affittuario, il quale al netto del canone, dovrà quantomeno garantire un margine soddisfacente.

❖ *Due Diligence Fiscale (Tax Due Diligence)*

La *due diligence* fiscale assume come punto di partenza i dati raccolti nell’analisi precedente al fine di valutare l’eventuale esposizione del complesso oggetto di affitto nei confronti dell’Amministrazione Finanziaria, richiedendo particolari sforzi di coordinamento con la verifica contabile, e stretti scambi di informazioni.

Nello specifico, alla *due diligence* fiscale pertiene la verifica dei corretti adempimenti per gli anni “fiscalmente aperti” tramite l’analisi della documentazione relativa ad eventuali condoni, istanze di adesione, accertamenti e contenziosi, anche in essere, nonché il compito di stabilire la rilevanza quantitativa della futura incidenza delle passività effettive e potenziali.

L’ambito di analisi si concentra sulla verifica dei tipici adempimenti formali relativi alle varie tasse ed imposte della società, in particolare sulle dichiarazioni fiscali (Redditi, IVA, Sostituti d’Imposta, IMU), sulla verifica dei versamenti, sulla corretta applicazione dei principi per la determinazione della base imponibile, nonché su eventuali riflessi contabili derivanti da operazioni straordinarie precedentemente poste in essere.

Per un’ulteriore approfondimento si rimanda alle considerazioni di, M. FAZZINI, “*Due diligence*”, Ipsoa, Wolters Kluwer, Milano, 2015, pp. 21 e ss.

❖ Due Diligence legale (*Legal Due Diligence*)

La due diligence legale consiste nel procedimento che mira ad indagare ed analizzare la legittimità relativa ai negozi giuridici ed ai contratti che vedono l'azienda come parte contraente, nonché gli eventuali contenziosi.

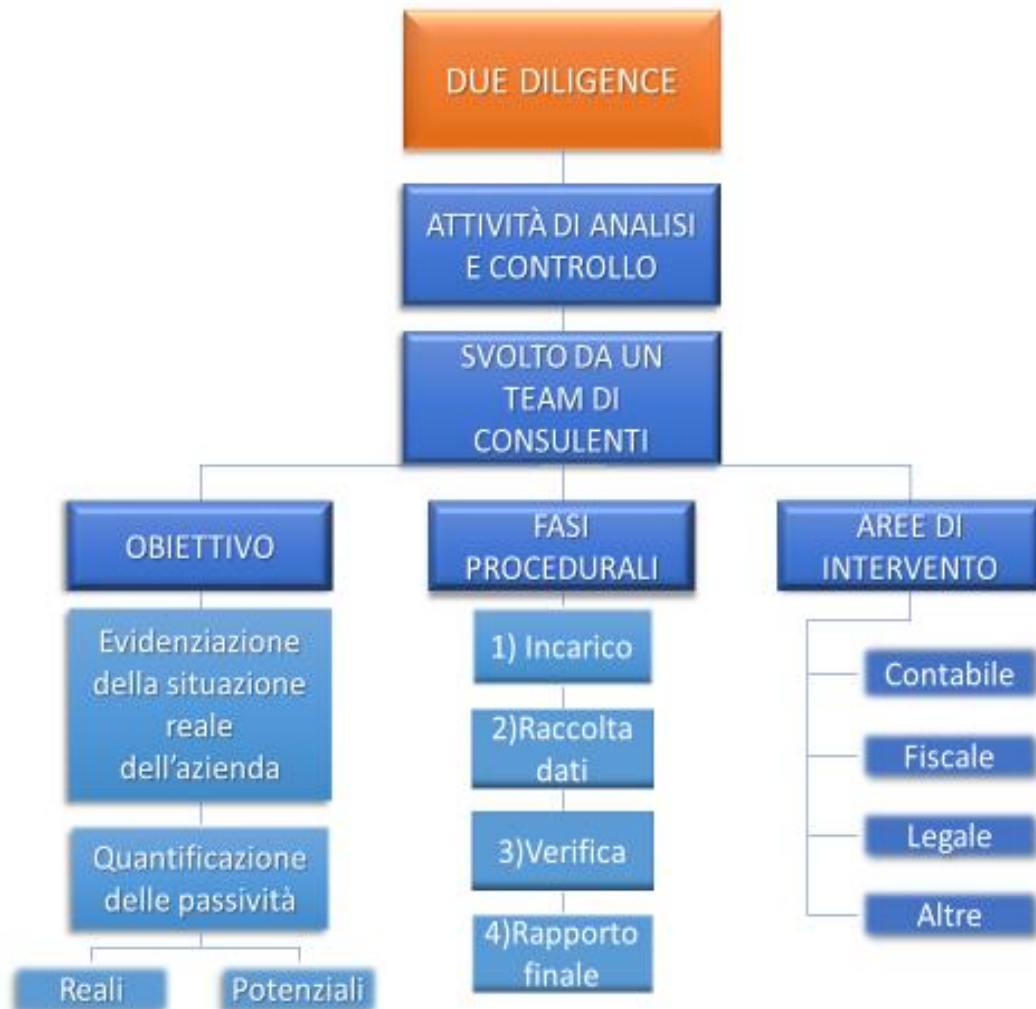
E' una tipologia di analisi critica che inciderà particolarmente sulla consapevolezza di quelli che saranno gli impegni futuri dell'affittuario, sia sotto il profilo formale, che sostanziale.

All'interno di questa, assumerà particolare rilevanza l'esame dei rapporti contrattuali stipulati col personale dipendente (tipologia di contratti di lavoro, posizione con gli enti previdenziali ecc...), nonché relativamente ai diritti posseduti, od ai segni distintivi del locatore, fino a ricomprendere problematiche di tipo ambientale, ovvero relative ad aspetti urbanistici ed edilizi, nonché di sicurezza sul posto di lavoro.

Tale tipologia di verifica si rende particolarmente significativa e più che mai essenziale, alla luce del principio di "successione dei contratti" stabilito dall'art. 2558 c.c., per il quale si prevede il subentro dell'affittuario in tutti i contratti stipulati dall'affittante per l'esercizio dell'impresa, fatta eccezione di quelli che hanno carattere personale.

In alcuni casi, può anche essere utile richiedere la *due diligence* su altre aree specifiche, considerando attentamente il settore di appartenenza, come ad esempio relativo a politiche ambientali e sull'*Information Technology*, ove, avendo riguardo al grado di complessità della struttura tecnologica, andranno effettuate una serie di revisioni ed analisi sulle politiche relative alla corretta configurazione dei programmi e sistemi informatici e nonché sulle procedure di protezione dei dati.

Grafico II.2; Mappa concettuale Due Diligence.¹²²



¹²² Fonte: D. BALDUCCI, *op. cit.*, p. 62.

2.2 La valutazione d'azienda per la stima del capitale economico.

La valutazione delle aziende rappresenta una materia essenziale che trova crescente affermazione nell'attività professionale, ed i molteplici scopi che permette di raggiungere la pongono alla base di numerose operazioni e misurazioni aziendali.

Lo scopo conoscitivo fondamentale rappresentato dalla valutazione d'azienda sottesa ad un'operazione di trasferimento del complesso, risiede essenzialmente nella stima del "capitale economico", ovvero quella particolare configurazione del capitale d'impresa che ricorre in presenza di specifiche ipotesi di riferimento.

Autorevole dottrina¹²³ economico-aziendale ha posto in luce, come il capitale d'impresa non risponde ad un'unica configurazione, ma costituisce «un'entità astratta», potendo essere valutato e quantificato in maniera differente, avendo riguardo degli scopi che con la valutazione si intende perseguire.

Le realtà aziendali che richiedono il ricorso alla determinazione del valore del capitale d'impresa nell'accezione di capitale di trasferimento sono molteplici, ed accomunate dalla circostanza che si preveda un trasferimento giuridico del complesso in funzionamento, sia questo totale o parziale, diretto o indiretto, e che ne muti il soggetto economico.

In tal caso, il valore assunto dal capitale d'impresa e la conseguente stima che ne deriva, effettuata da un soggetto indipendente¹²⁴, perviene alla quantificazione dello stesso, non solo avendo riguardo alla finalità perseguita, ovvero quella del trasferimento, ma sarà in grado di ricomprendervi anche tutti gli elementi in grado di contribuire alla futura produzione di reddito ed alla creazione di valore.

¹²³ Cfr. P. ONIDA, "Economia d'azienda", II. ed., UTET, Torino, 1965, pp. 628-629; l'A. sostiene che «la nozione di capitale è poliedrica e complessa e tale da non prestarsi ad una specifica definizione». In G. PAOLUCCI, "La valutazione d'azienda: fondamenti concettuali e prassi applicativa", Franco Angeli, Milano, 2011, p. 17.

¹²⁴ Cfr. G. PAOLUCCI, *op. ult. cit.*, p. 21; Secondo cui la stima da parte del soggetto indipendente si rende fondamentale poiché «il valore assegnato all'azienda muta in base al soggetto che effettua la valutazione, in quanto la convenienza strategica dell'operazione è legata alle sinergie e alle opportunità incrementali che, nell'ottica di ciascuna controparte, si possono generare dal trasferimento aziendale».

In tale prospettiva, potremmo proporre una sintesi del concetto di “capitale economico”, ovvero quella particolare accezione del capitale d’impresa, che ricorre nell’ipotesi in cui questo sia valutato ai fini del trasferimento della stessa e nell’ottica del perito indipendente.¹²⁵

Il concetto, ha trovato ampio spazio nella letteratura economico aziendale, identificato da autorevole dottrina¹²⁶ come «*un valore unico, derivante dalla capitalizzazione dei redditi futuri*».

In questa accezione, caratteristicamente economica, non sarebbe da considerare un mero fondo di valori diversi, sebbene coordinati tra loro, e nemmeno una semplice sommatoria di elementi eterogenei accomunati dal fatto di avergli attribuito un valore, come nel caso del capitale di funzionamento¹²⁷ e di liquidazione¹²⁸, ma un valore unico, risultante da un complesso apprezzamento della capacità di reddito dell’impresa, che in genere, è superiore alla somma delle sue parti componenti.

Per altro verso, si è osservato¹²⁹ che a differenza di altre operazioni di amministrazione straordinaria, in realtà, la disciplina giuridica dell’affitto d’azienda, non richiede espressamente “*a priori*” una valutazione del complesso aziendale oggetto di temporaneo trasferimento.

Al contrario, in un’ipotetica cessione d’azienda o di suo ramo, la valutazione si rende fondamentale per la determinazione del corrispettivo di cessione.

¹²⁵ Cfr. G. ZANDA, M. LACCHINI, T. ONESTI, “*La valutazione delle aziende*”, IV. ed., Giappichelli, Torino, 2001, cit. p. 5.

¹²⁶ Tale definizione si riscontra negli scritti del Maestro, G. ZAPPA, in “*Il Reddito d’impresa. Scritture doppie, conti e bilanci di aziende commerciali*”, Giuffrè, Milano, 1946, cit. pp. 81- 88, in cui l’A. afferma che «*[...] il capitale inteso in senso economico, è pur sempre il valore capitalizzato dei redditi futuri, anche se questi non possono congetturarsi che su dati tratti dalla passata gestione.*»

¹²⁷ In merito alla definizione di capitale di funzionamento lo stesso Zappa si esprime a riguardo, sostenendo che lo stesso possa configurarsi come «*un fondo di valori riferiti ad un dato istante e determinati in relazione al sistema delle variazioni di conto che essi vanno a integrare e nel quale ritrovano definizione.*» in G. ZAPPA, in “*Il Reddito d’impresa. Scritture doppie, conti e bilanci di aziende commerciali*”, 1946, cit. p. 61.

¹²⁸ Sul capitale di liquidazione si esprime, P. ONIDA, in “*Economia d’azienda*”, cit., p. 639, nel quale sottolinea che «*un’altra tipica configurazione che assume il capitale d’azienda, quando si ponga l’ipotesi che questa, cessando di funzionare, venga messa in liquidazione e si provveda, da un lato, a realizzare, per via di vendita, le attività, stralciandole dal complesso che esse già costituivano, dall’altro, a estinguere i debiti di ogni specie.*»

¹²⁹ Cfr. F.LA ROSA, “*Le operazioni straordinarie temporanee e di cessazione delle aziende*”, Giuffrè, Milano, 2010, p. 65.

Anche nella fattispecie di conferimento, dove allo scopo di offrire adeguate garanzie in ordine alla effettiva consistenza patrimoniale del complesso aziendale conferito, la disciplina dettata dagli artt. 2343 (per le S.p.a) e 2465 (per le S.r.l) c.c. stabilisce che, per i conferimenti diversi dal denaro, deve essere predisposta una Relazione di stima, meglio qualificata come “perizia”, redatta da un esperto, al fine di tutelare l’integrità del patrimonio sociale.

Se per un momento considerassimo uno dei principali aspetti procedurali inerenti l’affitto d’azienda, desistendo momentaneamente dalla disamina degli aspetti riguardanti l’interpretazione del disposto normativo, l’unico riferimento ad una stima ed una valutazione, si localizza nel dettato del quarto comma dell’art. 2561 c.c., ai sensi del quale vige l’obbligo per le parti di stabilire *«la differenza tra le consistenze d’inventario all’inizio e al termine dell’usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell’usufrutto»*.

Avendone riguardo dei risvolti pratici, risulterà particolarmente agevole comprendere che la disposizione, in modo chiaro, rimette alle parti la necessità della redazione di un inventario iniziale, e uno finale al termine dell’operazione.

D’altra parte, a ben veder, nulla viene espressamente previsto circa il momento effettivo in cui debba svolgersi la fase di redazione dell’inventario, e di converso null’altro vieterebbe che a questa si possa provvedere anche successivamente la stipula del contratto, ma non viene nemmeno fatto riferimento a nessuna tipologia di stima, ad eccezione del riferimento ai “valori correnti” degli elementi patrimoniali che vengano interessati dalla gestione dell’affittuario.

Sotto il primo profilo, il problema non si pone, considerando che la prassi¹³⁰ maggiormente diffusa prevede che l’inventario iniziale debba essere allegato al contratto in modo tale da essere sottoscritto da entrambe le parti, e stabilire su quale di queste incomba la spesa per la redazione.

¹³⁰ Cfr. D. BONDAVALLI “L’affitto d’azienda. Disciplina civilistica e fiscale. Riflessi contabili”, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 47 e ss.

Contestualmente, sarà preferibile anche stabilirne con la massima chiarezza e precisione anche le modalità di redazione, comprensive di quelle previste per quello finale, al fine di evitare possibili contestazioni future.

Sotto il secondo profilo, nel rispetto del tenore letterale della norma e dal punto di vista applicativo, sarà necessario procedere dapprima alla predisposizione di un bilancio d'esercizio provvisorio in prossimità della presunta data di inizio affitto, e di una situazione patrimoniale rettificata che esprima gli elementi del patrimonio a valori correnti.

Sulla base di questi, si provvederà alla redazione di un inventario iniziale *a valori contabili* che evidenzierà gli elementi patrimoniali attivi e passivi oggetto di trasferimento e di un inventario iniziale *a valori correnti* che tenga conto non dei valori storici, bensì di quelli di mercato, di sostituzione o di estinzione.

Nella fase finale, specularmente, spetterà alle parti sia la redazione di un inventario finale (o di riconsegna), espresso a valori contabili, per riconciliazione con l'inventario iniziale rettificato delle poste che hanno interessato le operazioni di gestione dell'affittuario, sia di uno espresso a valori correnti, per un raffronto con quello iniziale (espresso a valori correnti) per determinare la misura del conguaglio da regolare in denaro.

A tal riguardo, sebbene non sia espressamente previsto, voler prescindere del tutto da un'attendibile ed indipendente valutazione del "valore unico" dell'azienda, non soltanto significherebbe venir meno alle «*difformi esigenze conoscitive che si riconnettono al valore del complesso aziendale oggetto di affitto*»¹³¹ che sopraggiungono nei due istanti in cui per le parti diviene fondamentale la conoscenza del valore del capitale economico del complesso, ma anche non considerare due elementi che rilevano in maniera fondamentale.

¹³¹ Cfr. F. LA ROSA, "Le operazioni straordinarie temporanee ...", 2010, cit., p. 66.

In primo luogo, anche autorevole dottrina¹³² è giunta a ritenere, che ai fini della determinazione del conguaglio ai sensi dell'art. 2561 c.c. quarto comma, e per la corresponsione dovuta dal locatore o dall'affittuario, *«il confronto può essere effettuato tra il capitale economico all'inizio e al termine dell'affitto o, in alternativa, tra il valore patrimoniale dei beni dell'azienda sempre all'inizio e alla fine del contratto.*

Ma in questo secondo caso *«non considerando, [...], le variazioni che, nel corso della gestione da parte dell'affittuario, hanno interessato l'avviamento».*

Seppur taluna dottrina¹³³ ritiene che la stima di un valore unico, pur convincente sul piano teorico, possa essere una via poco praticabile, la differenza risulta abbastanza chiara, e di non poco conto, finendo inevitabilmente per influenzare l'economicità dell'operazione.

Come noto, il capitale economico differisce da quello puramente contabile desumibile dalla situazione patrimoniale, e non voler ricomprendere la componente di avviamento, la quale riassume le capacità reddituali presenti e prospettiche dell'impresa, significherebbe non tener conto delle relative variazioni verificatesi nel corso della gestione, pur se rilevanti.

Ancor di più laddove, sia la consistenza patrimoniale, che la capacità dell'azienda di generare prospetticamente flussi di reddito fosse attenuata o compromessa dalla gestione del conduttore, il fatto di considerare soltanto il valore patrimoniale dei beni escludendo l'avviamento, in sede di restituzione, limiterebbe l'obbligo dell'affittuario ad indennizzare il locatore della sola perdita di valore relativa al decremento delle poste patrimoniali, lasciandolo sprovvisto di un'adeguata copertura dei danni arrecati a detta componente.

¹³² Si sta facendo riferimento alle considerazioni espresse da, M. RUTIGLIANO, L. FACCINCANI, in *“La stima del “congruo” canone nell'affitto di azienda. Una diversa prospettiva di analisi”*, in *“Rivista Italiana di Ragioneria ed Economia Aziendale”*, settembre - ottobre 2011, p. 2.

¹³³ Si rimanda alle riflessioni di, C. VINCI, M. GAGLIARDI, *“L'affitto di azienda”*, V. ed., Pirola, Milano, 1988, p. 29. Secondo cui *«l'ipotesi di regolare la differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e alla conclusione dell'affitto d'azienda sulla base dei valori di capitale economico risulta però a nostro parere teoricamente convincente, ma ben difficilmente praticabile, fonte quasi certa di contenziosi tra le parti difficilmente componibili.»*

Di pari misura, ripercorrendo quanto già osservato da autorevole dottrina¹³⁴, volendosi limitare esclusivamente, e pragmaticamente, alla variazione della consistenza patrimoniale per determinare il conguaglio in oggetto, l'affittuario potrebbe forse ritenere non conveniente intraprendere azioni i cui benefici potrebbero manifestarsi concretamente solo in seguito al termine dell'affitto e di cui pertanto non potrebbe godere. Ciò potrebbe causare un indebolimento dell'attitudine a generare reddito dell'impresa e di conseguenza una diminuzione del capitale economico, i cui effetti ricadrebbero, in ogni caso, sul locatore, dato che l'affittuario non sarebbe tenuto a versare alcuna somma per il decremento verificatosi.

Di converso, prescindere del tutto da una valutazione basata sul capitale economico, e contestualmente non considerare la componente di avviamento, significherebbe invece, per il soggetto affittuario, rinunciare in sede di conguaglio, a quegli «*astratti benefici*», che possano originarsi nel corso della durata dell'affitto, derivanti dall'aver mantenuto «*inalterate o migliorate le prospettive economiche di medio-lungo termine dell'azienda effettuando, ad esempio, investimenti strategici, sviluppando differenti prodotti o inserendosi in nuovi mercati.*».¹³⁵

In tale circostanza, se il capitale economico al termine dell'affitto fosse superiore a quello iniziale, sarà il locatore a dover corrispondere un conguaglio all'affittuario, traendo beneficio, allo stesso tempo, dall'incremento dell'avviamento determinato dalla gestione di quest'ultimo.

Per tali ragioni, potranno essere le parti stesse, in sede di contrattazione, a prevedere che il raffronto avvenga proprio sulla base del valore del capitale economico, come tutela dei reciproci interessi.

In secondo luogo, l'esigenza di pervenire ad una stima del valore del complesso aziendale, in termini di capitale economico, diviene centrale per la fissazione di un corrispettivo adeguato, che sarà rappresentato dal “congruo” canone d'affitto.

¹³⁴ Cfr. A. MUSAIO, “*L'economia dell'azienda “in affitto”. Profili istitutivi e contabili*”, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 34-35.

¹³⁵ Cfr. M. RUTIGLIANO, L. FACCINCANI, “*La stima del “congruo” canone nell'affitto di azienda*”, ult. cit. *ibidem*.

A tal riguardo, in tema di affitto d'azienda, di frequente si utilizza il termine *congruo* riferendosi al canone d'affitto.

Detta congruità, a parere di autorevole dottrina¹³⁶, sarebbe da ritenersi tale sul rendimento percentuale delle “risorse” che compongono l'azienda o un suo ramo, e quindi del suo capitale economico, tenendo conto, d'altra parte, dei rischi specifici dell'operazione nella prospettiva del locatore, atti ad indurlo, o meno, all'ipotesi di discostarsi dalla gestione, a fronte di un'adeguata remunerazione.

2.2.1 I principali metodi di valutazione.

Alla luce di quanto appena argomentato, la valutazione del capitale economico, anche se non obbligatoria, si rende auspicabile se non necessaria per garantire specifiche tutele a salvaguardia di reciproci interessi.

La prima problematica che solitamente si riscontra, risiede nel connotato tipico di questi processi valutativi tra loro concorrenti e sostituibili, ovvero la scelta del criterio di valutazione più adeguato, tenendo presente che la determinazione del capitale economico debba essere in ogni caso condotta con professionalità, razionalità e trasparenza.

La difficoltà, in taluni casi, risiede nel fatto che non si possa giungere all'identificazione di un metodo migliore in assoluto, in quanto l'applicazione delle diverse tipologie si basa su «*ipotesi e congetture che potranno variare da periodo a periodo, dando luogo, pertanto a stime differenti anche in riferimento alla medesima impresa*».¹³⁷

L'unico dato certo nella valutazione del capitale economico, atterrà alla discrezionalità del valutatore, fermo restando, che questi dovrà sempre porsi in una posizione di terzietà rispetto ai contraenti, «*prescindendo dalle loro condizioni specifiche*»¹³⁸ per garantire alla stima massima oggettività.

¹³⁶ Cfr. M. RUTIGLIANO, L. FACCINCANI, *op. cit.*, si sta facendo riferimento alla puntuale “premessa” degli autori.

¹³⁷ Cfr. G. ZANDA, M. LACCHINI, T. ONESTI, “*La valutazione delle aziende*”, 2001, cit., p. 10.

¹³⁸ Cfr. G. PAOLUCCI, “*La valutazione d'azienda*”, 2011, p. 31, in senso analogo, G. ZANDA, M. LACCHINI, T. ONESTI, “*La valutazione delle aziende*”, *op.*, *ult. cit.*, *ibidem*.

La soggettività e discrezionalità insita del processo valutativo, condurrà di volta in volta alla scelta del metodo più coerente in relazione alle caratteristiche dell'azienda ed alle finalità per cui la stima si richiede, che nel caso in commento, sarà quello di determinare il valore del capitale del complesso da condurre in affitto.

Per la stima del valore del capitale economico, la dottrina¹³⁹ e la prassi, sono solite distinguere metodi di valutazione diversi appartenenti inizialmente a due macro-categorie:

- ❖ *I metodi diretti (o relativi)*, tramite i quali la stima del valore del capitale economico si ricava dai prezzi espressi dal mercato in riferimento a quote dell'azienda da valutare, o di altre aziende comparabili, differenziandosi, a seconda dei casi, in metodi diretti *in senso stretto* e metodi *basati su moltiplicatori empirici*.
- ❖ *I metodi indiretti (o assoluti)*, basano la stima del valore del capitale economico su grandezze riferite all'azienda, in termini di grandezze flusso (finanziari disponibili attesi, redditi medi prospettici, dividendi distribuibili attesi) e grandezze stock (consistenza patrimoniale).¹⁴⁰

Tra quest'ultimi figureranno:

- *metodi reddituali;*
- *metodi finanziari;*
- *metodi patrimoniali;*
- *metodi misti.*

Quanto alle prime tipologie, i *metodi diretti* (o dei multipli di mercato) prevedono di valutare il capitale economico dell'azienda, sulla base dei prezzi espressi dal mercato per la medesima azienda, nel caso questa fosse quotata in mercati “tendenzialmente efficienti”, ovvero su aziende qualitativamente analoghe quotate negli stessi mercati, laddove questa non lo fosse. In tale circostanza, da un punto di operativo, si parla di “*metodi diretti in senso stretto*”.

¹³⁹ *Ex multis* si veda, G. ZANDA, M. LACCHINI, T. ONESTI, *op., ult.*, cit. p. 24.

¹⁴⁰ Cfr. G. PAOLUCCI, “*La valutazione d'azienda*”, 2011, cit., p. 33.

Allo stesso modo, il valore del capitale economico potrà essere determinato tramite l'uso di moltiplicatori, detti “multipli di mercato” rappresentativi di un campione di aziende quotate e comparabili, mediante il rapporto tra il moltiplicatore scelto ed una grandezza rappresentativa del valore economico dell'azienda che si intende valutare. In tal caso si parla invece di “*metodi diretti basati su moltiplicatori empirici*”.

Per ciò che concerne le metodologie indirette basate su grandezze flusso, i metodi reddituali si basano sull'assunto secondo cui il valore dell'impresa dipenda dalla sua capacità prospettica di produrre reddito, per cui il valore del capitale economico sarà un valore di sintesi rappresentativo della redditività della gestione futura.

Per il calcolo del valore del capitale economico si rende necessaria l'attualizzazione dei flussi di reddito attesi, o meglio, nell'approccio più semplice, ovvero nel metodo reddituale “puro”, si attualizza un flusso di reddito medio “normale”¹⁴¹ atteso, calcolato sulla base di dati storici o previsionali, ad un certo tasso di attualizzazione che tenga conto del rischio associato all'attività d'impresa.

I metodi finanziari, di origine anglosassone¹⁴², rappresentano la trasposizione della logica tipica della valutazione degli investimenti nella valutazione d'azienda, e stimano il valore del capitale economico considerando il valore attuale dei flussi di cassa prospettici associati all'impresa e generati in futuro, a beneficio diretto o indiretto degli azionisti, attualizzati ad un proprio tasso di interesse.

I metodi patrimoniali, invece, sono metodologie indirette basate su grandezze “*stock*”, ed identificano il valore del capitale economico dell'azienda con il valore del patrimonio netto rettificato.

Nell'accezione più “semplice” o “pura”, contemplano solamente le poste patrimoniali relative a beni materiali e immateriali contabilizzati, mentre in quella “complessa” anche i valori immateriali non contabilizzati.

¹⁴¹ Cfr. G. PAOLUCCI, *op.*, p. 123, secondo l'A., in dottrina il reddito “normale” è considerato un reddito “corretto” che esprime una misura equilibrata di redditività, perciò derivante da dal valore dei flussi reddituali attesi generati dalla gestione in condizioni fisiologiche, nell'intervallo preso a riferimento. In senso analogo si veda G. FERRERO, “*La valutazione economica del capitale d'impresa*”, Giuffrè, Milano, 1966, cit. p. 124, in nota di G. PAOLUCCI, *op. cit.* “*Il reddito da capitalizzare è un reddito medio presunto futuro, e come tale dovrebbe riflettere le “normali” condizioni di redditività della futura gestione*”.

¹⁴² Si veda, L. GUATRI, M. BINI, in “*Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*”, Egea, Milano, 2005, p. 538, in nota di G. PAOLUCCI, *op.*, cit. p. 154; secondo cui «*il modello finanziario, conosciuto come DCF (Discounted Cash Flow), è molto diffuso, specialmente nel mondo anglosassone, e in alcuni ambiti professionali, quali, per esempio, il mondo delle banche d'affari.*»

In tale ultimo caso, si è soliti distinguere in “*metodo patrimoniale complesso di primo grado*”, se vengono valutate quelle attività immateriali, pur non contabilizzate, ma che risultino cedibili singolarmente poiché aventi valore di mercato indipendente (come marchi e brevetti non contabilizzati), mentre si parla di “*metodo patrimoniale complesso di secondo grado*” se oltre a quanto previsto dal precedente, vengono considerate anche quelle grandezze immateriali prive di un valore di mercato (cd. *intangibles*) non cedibili se non assieme al complesso, riassunti nella posta di avviamento.

I metodi misti, infine, esprimono un valore di sintesi tra grandezze “stock” e grandezze flusso coniugando l’approccio patrimoniale a quello basato sui flussi attesi, in genere reddituali, rappresentando un compromesso tra le due logiche valutative.

Uno degli esempi più noti, è rappresentato dal “*metodo misto con stima autonoma dell’avviamento*” mediante il quale, la stima del valore del capitale economico, risulterà pari alla somma algebrica tra il valore patrimoniale del complesso determinato con metodo patrimoniale semplice ed il valore attuale del sovra-reddito medio futuro (differenziale fra reddito medio atteso e reddito “normale” prodotto dall’azienda) che rappresenta l’avviamento.

2.3 La scelta del metodo valutativo per la determinazione del conguaglio.

Ripercorrendo il disposto normativo del quarto comma dell'art. 2561 c.c., è possibile notare che il Legislatore novella espressamente di redazione di un inventario a “valori correnti”, non facendo riferimento né ad alcuna tipologia di valutazione, se non l'adeguamento delle poste patrimoniali ai summenzionati valori, né tantomeno cenno ad un concetto di capitale, che ne lasci presupporre una stima basata su un valore “unico”.

Alla luce di quanto argomentato sull'auspicabile esigenza di pervenire ad una stima del valore del capitale economico del complesso oggetto di affitto, necessario sia per la redazione dell'inventario ed il calcolo del conguaglio da corrispondere al termine previsto, nonché per la determinazione in fase contrattuale del canone, potremmo provare a conciliare la prescrizione del Legislatore, con la necessità delle parti che vogliano addivenire ad una valutazione complessiva del capitale aziendale comprensiva di tutti i valori esistenti.

Innanzitutto, preme sottolineare che l'inventario può essere sia di natura ordinaria, (o di esercizio) che di natura straordinaria (di cessione) con riguardo alla ragione per cui se ne richiede la stima.¹⁴³

Nella prima ipotesi ricade la determinazione dei valori di inventario in occasione della redazione del bilancio d'esercizio ai sensi dell'art. 2217 c.c.¹⁴⁴, da effettuarsi seguendo i principi a cui quest'ultimo si ispira e tenendo presente che detta redazione sia espressamente finalizzata alla determinazione del risultato economico del periodo amministrativo di riferimento.

¹⁴³ Cfr. D. BONDAVALLI, “L'affitto d'azienda.”, 2007, p. 48.

¹⁴⁴ Cfr. Art. 2217 c.c., “Redazione dell'inventario” commi. 1, 2, «L'inventario deve redigersi all'inizio dell'esercizio dell'impresa e successivamente ogni anno, e deve contenere l'indicazione e la valutazione delle attività e delle passività relative all'impresa, nonché delle attività e delle passività dell'imprenditore estranee alla medesima. L'inventario si chiude con il bilancio e con il conto dei profitti e delle perdite, il quale deve dimostrare con evidenza e verità gli utili conseguiti o le perdite subite.»

In tale occasione, il valore attribuito alle poste patrimoniali, valutate ispirandosi ai principi di redazione del bilancio d'esercizio ed in particolare a quello della "prudenza" previsto dall'art. 2423 bis c.c.¹⁴⁵, risulteranno, perciò, basate sui costi storici corrispondenti ai relativi elementi patrimoniali.

Gli inventari di natura straordinaria, invece, vengono richiesti e redatti al sopraggiungere di particolari "momenti straordinari" che possono riguardare la gestione dell'attività imprenditoriale, come i trasferimenti del complesso con conseguente mutamento del soggetto economico, e pertanto, anche in occasione di affitto.

A tal fine, nel rispetto della disposizione del quarto comma dell'art. 2561 c.c., l'inventario "di cessione", dovrebbe pervenire ad un risultato di stima espressa a "valori correnti" contenente una sorta di elenco rappresentante una semplice sommatoria della valutazione delle poste patrimoniali, rinunciando ad evidenziarne un "valore unico".

In realtà, è stato ampiamente sostenuto in dottrina¹⁴⁶ che nonostante non venga esplicitato chiaramente, la *ratio* associata al suddetto comma dell'art. 2561 c.c., sia già intrinsecamente volta a garantire una sorta di conservazione del valore dell'azienda, tutelando «*l'integrità patrimoniale e l'attitudine a generare reddito del complesso aziendale trasferito*».

Ciò è corroborato dal fatto, che i meccanismi di tutela sottesi alla disciplina rifletterebero un'impostazione della stima delle differenze inventariali secondo la cd. "Teoria della Conservazione del Valore"¹⁴⁷, ove per il locatore, non si debba considerare unicamente un'apparente ed astratto concetto di quantità e qualità dei beni aziendali, quanto in concreto, un valore dei beni aziendali intesi come complesso funzionante.

¹⁴⁵ Cfr. Art. 2243-bis c.c., "Principi di redazione del bilancio", comma. 1, n.1, «*Nella redazione del bilancio devono essere osservati i seguenti principi: 1) la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività;*»

Secondo il principio di prudenza, onde evitare sopravvalutazioni bisognerà tenere conto di tutti i rischi prevedibili e delle eventuali perdite che traggono origine da operazioni dell'esercizio o di esercizi precedenti che potranno manifestarsi in futuro, ed allo stesso tempo, al fine di evitare anticipazioni di profitti non si dovrà invece tenere conto degli utili prevedibili, ossia non ancora realizzati alla chiusura dell'esercizio. In merito si veda, OIC 11, "Finalità e postulati del bilancio", marzo 2018, (nn. 16-20) in www.fondazioneoic.eu

¹⁴⁶ Cfr. A. MUSAIO, "L'economia dell'azienda "in affitto", 1995, cit. p. 63, in senso analogo, R. PEROTTA, G. M. GAREGNANI, "Le operazioni di gestione straordinaria", 1999, p. 127.

¹⁴⁷ Tale approccio, è stato diffusamente fornito da A. MUSAIO, *op.*, pp. 69 e ss., tale concetto verrà ripreso nel presente elaborato per la stima delle differenze inventariali avendo riguardo specifico al concetto di efficienza ivi presentato; si veda *infra* CAP III (§3.2.4)

Dall'altro lato, invece, al soggetto affittuario perterrà il corrispondente obbligo di conservare non astrattamente la qualità dei beni aziendali, ma in concreto il valore dell'azienda.

Tale impostazione, risulterà coerentemente perseguibile anche ai fini della determinazione dell'inventario nel merito dell'operazione di affitto d'azienda, ponendosi come obiettivo la rappresentazione del valore dell'azienda *«nel suo complesso, quale oggetto di un doppio scambio ideale, sia al momento dell'inizio sia al momento della fine del contratto»*.¹⁴⁸

Ancor di più, la stessa dottrina ha osservato¹⁴⁹ che affinché un contratto di affitto sia effettivamente imparziale, non si possa non prevedere una clausola che preveda la corresponsione del conguaglio finale *«sulla base della variazione del valore economico dell'azienda e non semplicemente sulla variazione delle consistenze di inventario a meno che in quest'ultimo non venga ricompreso anche l'avviamento»*, quanto è vero che il parametro su cui detto valore dovrà essere calcolato non possa non tener conto delle capacità reddituali e prospettive dell'impresa e di conseguenza l'inventario non potrà che non essere espressione anche degli *assets* intangibili corrispondenti.

Risulta chiaro a questo punto che, anche nel rispetto dei dettami del Legislatore, gli inventari non possono che essere la sintesi di una relazione di stima del capitale economico.

Alla luce di tali considerazioni, in prima approssimazione, potremmo già identificare il metodo di valutazione che in tale frangente, maggiormente si presta a soddisfare gli obblighi di legge e gli interessi delle parti, nel *“metodo misto con stima autonoma dell'avviamento”*.

Si noti, peraltro, che facendo riferimento ad altri metodi basati su grandezze flusso, l'uso dei metodi finanziari potrebbe essere non appropriato.

¹⁴⁸ Cfr. A. MUSAIO, *op.*, cit. pp. 72-73.

¹⁴⁹ Cfr. A. MUSAIO, *op.*, cit., in F. BAVAGNOLI, *“L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile”*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 26.

Anche se questi parrebbero essere in grado di rappresentare grandezze oggettive le quali difficilmente possano risentire di alterazioni dettate da particolari politiche di bilancio¹⁵⁰, va considerato *in primis* l'approccio prudentiale che debba adottarsi nel loro utilizzo, in quanto l'elevata aleatorietà della stima dei flussi di cassa finanziari attesi potrebbe non rispecchiare il reale valore del capitale economico aziendale.

Invero, come stimata dottrina¹⁵¹ sostiene, non è un caso che dette metodologie si rivelino difficilmente applicabili per la valutazione di quei contesti imprenditoriali caratterizzati da carente "dinamicità finanziaria".

In aggiunta, andrà sempre tenuto conto *a priori* che si sta facendo riferimento a dei criteri adatti maggiormente per la valutazione di singoli investimenti piuttosto, che dell'azienda nel suo complesso ai fini del trasferimento.

D'altro canto, nemmeno l'utilizzo dei metodi patrimoniali sembrerebbe opportuno.

Trattandosi di metodi indiretti basati su grandezze "stock", l'eventuale stima che ne deriverebbe, non consentirebbe di tener conto delle capacità prospettiche dell'impresa di generare reddito, venendo questa valutata sul valore del patrimonio netto rettificato, ed esattamente prescindere da tale caratteristica.

Neppure se si facesse riferimento al "*metodo patrimoniale complesso di secondo grado*", che nel caso, pur andrebbe a ricomprendere il valore degli "*intangibles*" aziendali non contabilizzati, ma sempre in ottica patrimoniale e come semplice sommatoria, non considerandone la prospettiva reddituale.¹⁵²

¹⁵⁰ In dottrina si ritiene che i flussi di cassa possano rappresentare delle grandezze "oggettive" che difficilmente si prestano a manipolazioni di tipo contabile e di alterazioni delle quali notoriamente risentono i metodi reddituali, attuate mediante capitalizzazioni, ammortamenti o evidenziazioni di passività potenziali. Cfr. L. GUATRI, M. BINI, in "Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende", in senso analogo, G. PAOLUCCI, "La valutazione d'azienda", 2011, cit., p. 169.

¹⁵¹ Cfr. G. PAOLUCCI, *op.*, cit., p. 171, secondo cui «*la valutazione basata sui cash flow si rivela inadeguata per la valutazione di aziende in crisi di liquidità e con elevata probabilità di fallimento, che presentano flussi di cassa non significativi o di difficile stima, ad eccezione di quelli prevedibili in termini di valore recuperabile di un asset (azienda) a vita definita.*»

¹⁵² Cfr. G. PAOLUCCI, *op.*, cit., p. 206, a detta dell'A. nel metodo patrimoniale complesso di secondo grado «*l'avviamento è calcolato in ottica patrimoniale, come sommatoria degli "intangibles" singolarmente considerati, [...] che complessivamente o idealmente lo determinano.*»

Per questo i metodi misti, anche detti “metodi UEC” in quanto fortemente raccomandati dall’Unione Europea degli Esperti Contabili”, rappresentando un ibrido per l’impiego congiunto di grandezze “stock” e grandezze flusso, si presentano come quelli più idonei agli scopi perseguiti dalle parti nel rispetto delle previsioni di legge, e grazie al loro impiego «*il valore del capitale economico diviene funzione della consistenza patrimoniale e della sua capacità reddituale prospettica contemporaneamente considerate.*»¹⁵³

In particolare, con l’applicazione del “*metodo misto con stima autonoma dell’avviamento*”, il valore del capitale economico sarà pari alla somma algebrica del suo patrimonio espresso a valori correnti e del suo avviamento, stimato ricorrendo alla seguente *formula*¹⁵⁴:

$$W = K + (R - Ki) a_{-i}^n$$

Dove:

K = valore corrente del patrimonio netto;

R = reddito medio prospettico;

i = tasso di attualizzazione ritenuto congruo per l’investimento (espressione di un tasso di redditività);

n = periodo di attualizzazione del sopra-reddito (o del sotto-reddito);

i' = tasso di attualizzazione del sopra-reddito (o del sotto-reddito);

Il primo addendo dell’espressione, ovvero (K) sarà il valore patrimoniale dell’impresa calcolato a valori correnti ed anche in ipotesi di affitto d’azienda, occorrerà, partire dai valori contabili e riesprimere gli elementi patrimoniali attivi e passivi a valore corrente di sostituzione (o semplicemente valori di mercato).

¹⁵³ Cfr. G. PAOLUCCI, *op.*, cit., p. 223.

¹⁵⁴ Fonte: *ex aliis*, L. GUATRI, “*La valutazione delle aziende. Teoria e pratica a confronto*”, Egea, Milano, 1990; G. ZANDA, M. LACCHINI, T. ONESTI, “*La valutazione delle aziende*”, cit.

Il secondo addendo rappresenta il valore attuale dell'avviamento, calcolato con un tasso di attualizzazione del sovra-reddito (i') che generalmente si ritiene più elevato del tasso di rendimento normale (i) in quanto incorpora l'incertezza dell'extra-profitto stimato, e su un orizzonte temporale di riferimento (n).

Mentre la differenza in parentesi ($R - Ki$) non è altro che il reddito medio prospettico al netto del rendimento ritenuto congruo in base al capitale impiegato e al tasso di rendimento richiesto da un'azionista per un investimento nell'azienda oggetto della valutazione.

In tali termini, il prodotto (Ki) rappresenta il rendimento che verrebbe conseguito se si investisse in un'altra attività comparabile sul piano del rischio.

Se la differenza in parentesi è positiva si parla di sovra-reddito (*goodwill*) potenzialmente generabile dall'impresa nel futuro, se è negativa di sotto-reddito (*badwill*)

Generalmente il tasso a cui si attualizza l'avviamento è quello delle attività prive di rischio da intendersi come una «*pura remunerazione finanziaria per il trascorrere del tempo*», anche se tale aspetto è particolarmente dibattuto in dottrina¹⁵⁵, dove si ritiene che debba, invece, riflettere le condizioni di rischiosità specifiche dell'azienda.

In definitiva, il pregio dei metodi misti consiste nel pervenire ad una stima del valore di un'impresa considerando simultaneamente sia il valore patrimoniale che la propensione al reddito derivante da elementi intangibili ricompresi nella componente di avviamento.

Ed in particolare, il “*metodo misto con stima autonoma dell'avviamento*” consentirà di conciliare l'esigenza delle parti che vogliono determinare il conguaglio finale sulla base della variazione del capitale economico ricomprendendovi il sovra-reddito (o sotto-reddito) generato da detta componente in un orizzonte di tempo definito e coincidente con la durata del contratto, con la prescrizione del quarto comma dell'art. 2561 c.c. in base alla quale ciò debba avvenire attraverso la redazione di un inventario espresso a valori correnti.

¹⁵⁵ Per un approfondimento sulla prima impostazione, si veda L. GUATRI, “La *valutazione delle aziende. Teoria e pratica dei paesi avanzati a confronto*”, cit. pp. 290 - 291, quanto alla seconda ipotesi si veda, P. JOVENITTI, “*Il valore dell'impresa*”, cit. p. 55; in senso analogo, O. PAGANELLI, “*Valutazione delle aziende. Principi e procedimenti*”, cit., p. 57; entrambe in nota di G. PAOLUCCI, *op. cit.*, p. 233.

A differenza di quanto avviene con i metodi finanziari, «*il valore del capitale economico stimato con il metodo reddituale, si presta ad essere ricondotto nella forma di inventario, nel quale la parte reddituale trova espressione nell'avviamento (positivo o negativo)*». ¹⁵⁶

Da ultimo, vale la pena far presente che non soltanto il criterio di valutazione prescelto esso dovrà essere lo stesso, sia per la stima all'inizio che al termine del periodo di affitto, ma l'omogeneizzazione che se ne richiede debba valere sia per il tipo di criterio adottato che per i due valori calcolati, relativi a lassi temporali differenti.

In tal caso, confrontare il valore del capitale economico calcolato all'inizio del periodo con quello calcolato al termine significherebbe sostantivare l'ipotesi quanto mai inverosimile che l'azienda mantenga la medesima capacità reddituale espressa in termini reali.

Si renderà necessario, al termine del periodo di locazione, adeguare i due valori alla variazione intervenuta nel potere d'acquisto, o come molto spesso nella prassi, “blindare”¹⁵⁷ il calcolo del valore economico ancorandolo a dei parametri prefissati, concentrandosi maggiormente sugli elementi della formula a più alta soggettività come i tassi, il reddito normale atteso, ovvero anche il periodo di permanenza dell'affittuario.

¹⁵⁶ Cfr. A. MUSAIO, “*L'economia dell'azienda “in affitto”*”, 1995, cit., p. 79.

¹⁵⁷ A riguardo, si veda, F. BAVAGNOLI, “*L'affitto d'azienda: profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*”, 2006, cit., p. 28.

2.4 L'individuazione del “congruo” canone d'affitto.

Uno degli aspetti più interessanti dell'affitto d'azienda, sia dal punto di vista economico-aziendale che per le rilevanti applicazioni sul piano professionale, consiste nella determinazione del “congruo” canone di affitto che l'affittuario sarà tenuto a corrispondere nel corso della durata del contratto.

Tale elemento risulterà fondamentale per il locatore nell'assumere la decisione di concedere l'azienda in affitto, rendendo preferibile, rispetto alle alternative disponibili, il ricorso all'operazione in questione.

Prescindendo dalle motivazioni afferenti la sfera personale atte ad indurlo ad un disimpegno, sotto il profilo economico-finanziario, l'operazione di affitto d'azienda presuppone sempre una valutazione comparata, ove l'imprenditore titolare, sarà tenuto a confrontare la redditività attesa derivante dalla gestione diretta con quella derivante dall'affitto del complesso aziendale.

Vi è chi ha sostenuto¹⁵⁸ che, detta valutazione, effettuata sulla continuazione diretta dell'attività da contrapporsi alla separazione temporanea dalla gestione del complesso, possa valere sia nella prospettiva dell'imprenditore *in bonis*, sia in quella del curatore fallimentare che debba valutare se subentrare o meno nel contratto di affitto d'azienda stipulato prima del fallimento oppure debba decidere nell'ambito della procedura se affittare o meno l'azienda.

Nello specifico, quest'ultimo dovrà valutare, nell'interesse dei creditori, quanto potrà essere ricavato dall'affitto dell'azienda e dalla successiva cessione, considerando i canoni che potranno essere incassati durante la procedura ed il prezzo finale di vendita, a confronto con le somme che si possano ricavare dall'immediata cessione unitaria dell'azienda oppure di suoi rami, piuttosto che dalla liquidazione dei singoli beni che costituiscono il complesso aziendale.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Cfr. A. DANOVI, “Fallimento, valutazione e affitto d'azienda”, in “Rivista dei Dottori Commercialisti”, n. 4, 2000, pp. 513-514.

¹⁵⁹ Cfr. M. LACCHINI, “Le valutazioni del capitale nelle procedure concorsuali”, Cedam, Padova, 1998, p. 122.

Facendo riferimento alla prospettiva dell'imprenditore, in primo luogo è stato osservato¹⁶⁰, che la pattuizione di un "congruo" canone negoziata tra il potenziale concedente ed un potenziale conduttore, debba scaturire dalla «*sintetica considerazione dei degli apporti dei rischi a carico delle parti*».

In tal caso, solo conoscendo tutti gli elementi che possano quantificare un canone "congruo", le parti potranno negoziare con trasparenza e facilità un accordo su un valore "teorico", che basato sui rendimenti attesi dell'azienda, possa permettere di dar luogo all'operazione.

Invero, in fase di contrattazione, il locatore tenderà di spuntare un canone periodico almeno pari al rendimento conseguito in passato dalla gestione diretta dell'attività, mentre il conduttore, di buon grado, accetterà di subentrare nella gestione in via temporanea solo se effettivamente i rendimenti attesi dall'attività siano superiori al canone da corrispondere, garantendosi un margine.

Preme sottolineare, dunque, che trattandosi per l'appunto di un "valore teorico", la stima del congruo canone di affitto d'azienda, non coincide esattamente con il corrispettivo che effettivamente l'affittuario dovrà corrispondere al locatore, dipendendo quest'ultimo dalle cd. "condizioni soggettive di negoziazione", ovvero da quegli stessi elementi, a cui taluna dottrina¹⁶¹, è solita ricondurre il divario tra "prezzo fatto" e "valore del capitale economico".

Ne consegue che le parti stabiliranno il predetto ammontare a seguito di un processo di contrattazione e trattative volto a contemperarne reciproci interessi.

Anche nell'ottica delle procedure concorsuali ed in un contesto di crisi¹⁶², ove l'affitto d'azienda costituisce un'utile strumento atto a scongiurare, anzitutto, l'interruzione dell'attività aziendale, viene assegnato al professionista indipendente il compito di valutare la congruità del canone del contratto stipulato prima del fallimento o in pendenza di procedura.

¹⁶⁰ Cfr. F. BAVAGNOLI, "L'affitto d'azienda: profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile", cit., p. 77.

¹⁶¹ Cfr. M. LACCHINI, "Le valutazioni del capitale nelle procedure concorsuali", 1998, pp. 325-326.

¹⁶² Per un approfondimento, si rimanda alle considerazioni del IV Capitolo (§4.3; 4.3.1) del presente elaborato.

Ciò ha lasciato presupporre, che anche in tal sede, l'individuazione del "congruo" canone possa presentare delle analogie con le metodologie di stima del capitale economico in ottica di cessione.

In particolare, è stato osservato¹⁶³ che tale analogia possa sussistere, in quanto, non solo anche in tale frangente la determinazione del canone viene effettuata in ipotesi di trasferimento del controllo del complesso, e che allo stesso modo, possa non essere allineata con i prezzi reali, effettivamente realizzabili sul mercato, per i beni a cui detto valore si riferisce, ma la terzietà rispetto alle parti coinvolte viene comunque garantita dalla nomina di un soggetto esperto ed indipendente da parte del Tribunale.

Ragion per cui, taluna dottrina¹⁶⁴ ha puntualmente sottolineato che, nel caso specifico, più di valore del capitale economico in senso lato, si debba considerare un «*valore economico del contratto di affitto*», inteso in termini di "quantità astratta", legata alle ipotesi sottostanti la sua determinazione.

In altre parole si sarebbe dovuto tener conto delle peculiarità caratterizzanti il contratto d'affitto, rappresentate «*dalla temporaneità della cessione e dalla eventuale presenza di limitazioni relative all'uso dei beni inerenti l'impresa*» il cui valore venga stimato in ipotesi di trasferimento e nell'ottica del perito indipendente.

¹⁶³ Sul punto si veda F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 78.

¹⁶⁴ Cfr. M. LACCHINI, "Le valutazioni del capitale nelle procedure concorsuali." 1998, cit., p. 326, secondo il passo riportato dall'A. «è evidente, tuttavia, che in caso di affitto, il prezzo teorico di cessione non potrà essere rappresentato dalla misura del capitale economico, ma da un valore che, stimato sulla base di tale grandezza, tenga conto anche delle peculiarità tipiche del contratto d'affitto rappresentate principalmente dalla temporaneità della cessione e dalla eventuale presenza di limitazioni relative all'uso dei beni inerenti l'impresa. In questo senso si potrebbe parlare di valore economico del contratto d'affitto.»

2.4.1. Le modalità di stima del “congruo” canone nella dottrina economico-aziendale.

Addentrando nel concreto delle modalità di determinazione, la stima di un cosiddetto canone di locazione “congruo” nell’ipotesi di affitto d’azienda, ha rappresentato una tematica particolarmente dibattuta nel corso del recente passato, alla quale la letteratura economico-aziendale ha tentato di fornire vari approcci.

Per delinearne un quadro completo, *in primis*, vale la pena ripercorrere l’autorevole contributo fornito da alcuna dottrina¹⁶⁵ secondo la quale «il valore del canone “congruo” di affitto risulta pari al prodotto tra il valore del capitale economico dell’azienda o ramo d’azienda dato in locazione e un tasso di remunerazione del capitale investito nell’azienda locata.»

Secondo tale premessa, si è sostenuto che ai fini della determinazione del valore del capitale economico, i metodi fondati su grandezze flusso, ovvero metodi finanziari, reddituali e misti, siano di scarsa utilità in quanto nell’applicazione della formula di determinazione del canone “congruo” i flussi attesi sarebbero, altresì, rappresentativi dell’incognita da determinare, generando conseguentemente dei “problemi di circolarità”.¹⁶⁶

Per tale ragione, si renderà necessario stimare il valore economico dell’azienda ricorrendo ai metodi patrimoniali complessi, ovvero sommando al patrimonio netto rettificato il valore dei beni immateriali non contabilizzati.

¹⁶⁵ Cfr. M. LACCHINI, R. TREQUATTRINI, “Sulla individuazione del canone «congruo» in ipotesi di affitto d’azienda (con particolare riguardo alle imprese in fallimento)”, in “Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale”, luglio-agosto 1998.

¹⁶⁶ Secondo gli A. l’adozione per la determinazione del valore economico di metodi basati sui flussi (reddituali e finanziari), darebbe, infatti, origine a problemi di circolarità del calcolo, per cui il dato di partenza (tipicamente il flusso reddituale da analizzare), coinciderebbe con il dato finale. *CONTRA*, si veda, M. RUTIGLIANO, L. FACCINCANI “La stima del “congruo” canone nell’affitto di azienda. Una diversa prospettiva di analisi”, in “Rivista di Ragioneria ed Economia Aziendale”, settembre-ottobre 2011; secondo cui «Non si comprende in realtà ove sia la “circolarità”, considerato che la stima del capitale economico prescinde dall’importo dei canoni, dipendendo dalla generazione di flussi reddituali o finanziari riconducibile all’ipotesi di gestione diretta dell’azienda. A meno di voler invece procedere ad una stima del capitale economico a partire dai flussi ottenibili dall’affitto dell’azienda oggetto di valutazione; è ovvio che in tal caso si riscontrerebbe il problema di circolarità evidenziato dagli Autori.»

Quanto al tasso di remunerazione, tale impostazione prevede che questo debba essere calcolato sommando ad un tasso *risk free* un tasso *risk premium* rappresentativo del rischio economico d'impresa, determinato utilizzando la tecnica del *Capital Asset Pricing Model* (CAPM)¹⁶⁷ o tramite la cosiddetta *regola empirica di Stoccarda*¹⁶⁸.

La formula¹⁶⁹ sarà la seguente:

$$C(w) = i \times W$$

Dove:

$C(w)$ = valore del congruo canone d'affitto;

W = valore del capitale economico dell'azienda (o di un suo ramo);

i = tasso di congrua remunerazione del capitale investito dell'impresa in affitto.

Secondo tale impostazione, il coefficiente (i), rappresenta la “congrua” combinazione del saggio di remunerazione che ci si attende dal capitale investito nel complesso in affitto, ed il “congruo” canone che ne scaturisce rappresenta, invece, il flusso di reddito ritraibile dall'investimento in azienda, senza intaccare l'economicità della gestione.

La stessa dottrina ha contemperato anche l'ipotesi, che non di rado si verifica, laddove l'operazione, non interessi il complesso nella sua totalità, ma venga concesso in affitto solamente l'“attivo operativo” dell'azienda.

In tale circostanza, il canone “congruo” risulterà pari al prodotto tra il valore corrente dei beni dati in affitto, sempre comprensivo di quelli immateriali non contabilizzati, e un tasso di remunerazione corrispondente al *Weighted Average Cost of Capital* (WACC).

¹⁶⁷ Per la formulazione originaria del CAPM si veda *ex multis*, W. F. SHARPE, “*Capital Asset Prices: a theory of Market Equilibrium Under Conditions of Risk*”, “*Journal of Finance*”, Vol. 19, n.3, 1964, pp. 425-442.

¹⁶⁸ Il Procedimento di Stoccarda, costituisce il metodo di apprezzamento del rischio generale d'impresa raccomandato dall'Unione Europea degli Esperti Economici Contabili e Finanziari (U.E.C.), che nel 1961 raccomandava di adottare tale procedimento e di tener conto del rischio generale d'impresa riducendo, in ragione del 30%, il reddito ritenuto durevole. Sul punto si veda U.E.C., “*La valutazione delle aziende*”, 1963, p. 93, in nota di G. ZANDA, M. LACCHINI, T. ONESTI, “*La valutazione delle aziende*”, VI. ed., Giappichelli, Torino, 2013, pp. 142-143.

¹⁶⁹ Cfr. F. BAVAGNOLI, “*L'affitto d'azienda: profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*”, cit., p. 79.

Infine, laddove l'affitto fosse deciso nel corso del fallimento, tenendo conto che l'azienda sia incapace di remunerare in maniera "congrua" il capitale investito, il valore del capitale economico o dell'attivo operativo, dovrebbe essere determinato sempre ricorrendo alle summenzionate metodologie, ma al contempo sarà necessario sottrarre dal valore stimato, l'ammontare di una correzione reddituale quantificata attualizzando i differenziali tra i redditi giudicati "congrui" ed i redditi normalizzati che verranno realizzati nei successivi 3-5 esercizi.

Sulla questione si è espressa anche altra autorevole dottrina¹⁷⁰, affermando che laddove l'operazione di affitto fosse decisa dagli organi della procedura in sede fallimentare, allora il canone, qualora venisse pattuito in misura fissa, sarebbe dovuto corrispondere al prodotto tra il valore dell'azienda o del ramo affittato e una percentuale pari ad (α).

Secondo tale orientamento, più precisamente, il valore dell'azienda dovrebbe sempre essere calcolato facendo ricorso al metodo patrimoniale, mentre la percentuale (α) risulterà essere «*inversamente proporzionale alla deperibilità delle componenti immateriali d'azienda e deve essere determinata considerando, quale limite superiore, il concetto di redditività normale del settore e scendendo, a seconda delle ipotesi, a valori tendenti a zero.*».

In altre parole, per la determinazione del tasso di remunerazione, occorrerà partire dal concetto di redditività normale del settore, come limite superiore, ed a seconda delle ipotesi, scendere a valori tendenti a zero o anche negativi, quando anche il valore economico dell'azienda sia destinato a degradare ove il complesso non venga mantenuto in uso.

Cosicché, l'entità del coefficiente in parola, sarà inversamente proporzionale alla deperibilità di dette componenti immateriali, e conseguentemente potrà essere positivamente correlata alla differenza tra il valore reddituale ed il valore patrimoniale dell'azienda.

¹⁷⁰ Cfr. A. DANOVI, "Fallimento, valutazione e affitto d'azienda", in "Rivista dei Dottori Commercialisti", n.4, 2000, p. 515.

Si osserva anche il prezioso contributo di alcuna dottrina¹⁷¹ di rilievo, la quale tentando di fornire un'impostazione differente, ha preso in considerazione alcuni elementi non menzionati dalle precedenti teorie.

Nello specifico, la tesi proposta, prevedeva di determinare il canone di locazione come prodotto tra il valore d'uso del patrimonio locato, identificato in termini di capitale economico e determinato attualizzando i risultati attesi dall'impiego del capitale dell'azienda o del ramo oggetto del contratto d'affitto, ed un tasso di congrua remunerazione dell'investimento effettuato.

Di tale impostazione, anzitutto, si nota immediatamente una differenza sostanziale rispetto alle altre proposte, le quali, al fine di stimare il canone "congruo", hanno calcolato il valore dell'azienda applicando il metodo patrimoniale.

Ma in aggiunta, per quanto attiene alla stima del tasso di congrua remunerazione, quest'ultima suggerisce che debba essere innanzitutto considerato anche il rischio di insolvenza dell'affittuario, nella misura in cui questi non sia in grado di rispettare gli impegni di pagamento derivanti dal contratto.

Il tasso dovrà, pertanto, riflettere il rischio di *default* dell'affittuario, che dipenderà tanto dalla capienza patrimoniale e dalla struttura economico-finanziaria di quest'ultimo, quanto dall'eventuale presenza di specifiche garanzie che assistono il contratto.

Inoltre, viene posto un accento fondamentale su un tema già affrontato nel corso dell'elaborato.

Tale impostazione si sofferma in modo attento sulla questione delle differenze inventariali, sostenendo che se queste non vengano determinate sulla base della variazione del capitale economico tra l'inizio e la fine del contratto, bensì solamente riferendosi alle modifiche intervenute nelle consistenze patrimoniali, il locatore sosterrà, in aggiunta, anche il rischio derivante dalla riduzione del valore di avviamento relativo all'azienda oggetto del contratto di locazione.

¹⁷¹ Cfr. A. MECHELLI, "La stima del valore congruo del canone di locazione nell'ipotesi di affitto d'azienda", in "Rivista dei Dottori Commercialisti", n. 5, 2007.

Ne discende, che il tasso di remunerazione dovrà ricomprendere, oltre la componente che riflette il rischio di *default*, anche una percentuale aggiuntiva che rappresenti il rischio che si verifichi una variazione inattesa del capitale economico nel corso della durata dell'affitto.

È stato osservato¹⁷², che seguendo tale impostazione, la determinazione del tasso di congrua remunerazione, sarebbe assimilabile, pur con i dovuti adattamenti alla fattispecie considerata, ai principi della valutazione degli investimenti, ed alle «*tradizionali proposizioni della migliore dottrina economico-aziendale*» le quali, in via preliminare considerano congiuntamente una componente remunerativa dell'investimento privo di rischio (r_f) o *risk-free*, ad una componente rappresentativa del rischio d'impresa (r_p) o *risk-premium*.

Ma in questo caso, la componente aggiuntiva di premio per il rischio non solo sarà comprensiva del rischio di perdita del valore economico del valore dell'azienda locata ($s_{\Delta w}$) ma anche del rischio di insolvenza dell'affittuario (s_d), tralasciando invece il rischio di incerta manifestazione dei risultati gestionali, essendo quest'ultimo, già trasferito in capo al soggetto affittuario per effetto dell'operazione stessa.

Da tale premessa, la determinazione del tasso di congrua remunerazione del capitale investito potrà essere desunto dalla seguente relazione:¹⁷³

$$i = r_f + s_d + s_{\Delta w}$$

Dove:

i = tasso di congrua remunerazione del capitale investito nell'impresa;

r_f = tasso di remunerazione degli investimenti privi di rischio, (o *risk-free rate*);

s_d = tasso di remunerazione del rischio di insolvenza;

$s_{\Delta w}$ = tasso di remunerazione del rischio di riduzione del valore economico del capitale.

¹⁷² Cfr. F. LA ROSA, “*Le operazioni straordinarie temporanee e di cessazione delle aziende*”, 2010, p. 69.

¹⁷³ Cfr. F. LA ROSA, *op.*, cit., *ibidem*.

Per la determinazione del rendimento degli investimenti privi di rischio, (r_f) si fa riferimento ai rendimenti dei titoli di stato a media e lunga scadenza, mentre il saggio remuneratore del rischio di insolvenza (s_d) è commisurato in base al tasso accordato dai terzi al soggetto locatario per la contrazione di debiti con scadenze di pagamento pari a quelle concordate nel contratto di affitto, considerando anche le eventuali garanzie prestate all'affittante.

Mentre il tasso di remunerazione del rischio di riduzione del valore economico dell'azienda affittata ($s_{\Delta w}$), nell'ipotesi di affitto dell'intero complesso, sarà inteso come congrua remunerazione del capitale proprio, e determinato con il metodo del C.A.P.M., ma se fosse concesso in affitto solo l'"attivo operativo", allora si configurerà come remunerativo del costo medio delle fonti di finanziamento, e potrà essere individuato con la tecnica del W.A.C.C.

Infine, tenendo fermo che se in sede di contrattazione, le parti avessero disposto che il rischio della riduzione del valore del capitale economico del complesso graverà solamente sul soggetto affittuario, allora il saggio di remunerazione del rischio di impresa, dovrà essere espressione solo della prima componente relativa al rischio di insolvenza (s_d).

2.4.2 La stima del canone di “break even”.

Pur con le dovute differenze, nelle modalità di rilevazione dei singoli parametri rientranti nella formula di stima, gli approcci dottrinali sin qui presentati, possono considerarsi uniformemente concordi nell'affermare che il “congruo” canone, possa essere quantificato moltiplicando il capitale economico dell'azienda per un adeguato tasso di remunerazione.

In tal modo, la stima così calcolata sarebbe espressiva di un “valore teorico”, che giustificerebbe la realizzazione di un'operazione di affitto d'azienda da parte di un imprenditore *in bonis*, ovvero la decisione del curatore di subentrare in un contratto stipulato prima dell'accesso alla procedura di fallimento, nonché di concedere in affitto l'azienda successivamente alla declaratoria fallimentare.

Ma se si volesse considerare una differente prospettiva¹⁷⁴, più rispondente alla realtà, più coerente «*con i principi della finanza d'azienda*» e più concreta «*in considerazione della effettiva valutazione comparativa alla quale è chiamato l'imprenditore nella decisione in oggetto*» dovremmo partire dall'assunto di come, al potenziale locatore che stia valutando l'affitto come alternativa per la durata dell'ipotizzata locazione, in realtà non interessi individuare un canone “congruo”, in quanto concetto finanziariamente indefinito, bensì un canone “minimo” di “break even”, ovvero «*una soglia di indifferenza al di sopra della quale l'affitto dell'azienda risulta preferibile rispetto alla gestione diretta.*»¹⁷⁵

Sotto tale prospettiva, l'individuazione del canone minimo richiederebbe innanzitutto una stima del valore attuale dei flussi di cassa netti che si otterrebbero dalla gestione diretta dell'azienda, lungo la durata dell'eventuale contratto di affitto, cosicché tale grandezza di *break even* sarà ottenuta eguagliando il valore attuale dei canoni, al valore attuale dei flussi attesi da quest'ultima.

¹⁷⁴ Si sta facendo riferimento all'approccio consigliato e sostenuto da, M. RUTIGLIANO, L. FACCINCANI “*La stima del “congruo” canone nell'affitto di azienda. Una diversa prospettiva di analisi*”, in “*Rivista di Ragioneria ed Economia Aziendale*”, settembre-ottobre 2011.

¹⁷⁵ Cfr. M. RUTIGLIANO, L. FACCINCANI, “*La stima del “congruo” canone nell'affitto di azienda. Una diversa prospettiva di analisi*”, cit., p. 8.

Tale approccio valutativo, muove dal presupposto che possa sussistere una concreta possibilità di scelta tra gestione diretta e affitto dell'azienda, come possa ritenersi, che le risorse (umane, materiali e finanziarie) necessarie per una gestione diretta siano normalmente reperibili, pur a condizioni che in talune circostanze potrebbero rivelarsi penalizzanti per il locatore.

Per altro verso, la valutazione dei flussi di cassa netti attesi dalla gestione diretta dovrà rispondere ad una logica “differenziale”, applicata individuando, al netto di imposta, i flussi di cassa che nell'ipotesi dell'affitto verrebbero meno e relativi, sia alla gestione operativa, che a quella finanziaria, avendo particolare riguardo al finanziamento del capitale circolante.

Mentre la determinazione del tasso di attualizzazione, dovrà essere rappresentativa sia dei rendimenti correnti per investimenti privi di rischio (netti di imposta), sia di un premio al rischio riconducibile alla specifica operatività che potrà essere svolta grazie alle coordinazioni produttive che costituiscono l'azienda oggetto di affitto.

Nella prospettiva di continuazione diretta dell'attività, potremmo giungere alla seguente relazione:

$$VA_{GD(L)} = \sum Ft_{GD(L)} / (1 + K_{E(L)})^t$$

Dove:

$VA_{GD(L)}$ = valore attuale dei flussi di cassa netti ottenibili dalla gestione diretta del locatore;

$Ft_{GD(L)}$ = flussi netti di cassa annui (anno t);

$K_{E(L)}$ = tasso di attualizzazione dei flussi attesi dalla gestione diretta.

A questo punto, effettuando una valutazione comparativa, il canone di *break even*, che possa giustificare il disimpegno, dovrà essere stimato ricercando quella struttura di flussi di canoni (netti di imposta) il cui valore attuale sia, almeno pari, al valore attuale dei flussi netti attesi derivanti dalla gestione diretta del locatore.

In tal modo, il tasso di attualizzazione dovrà incorporare un premio al rischio che rifletta specificamente il profilo contrattuale e l'insieme degli elementi di rischiosità che gravano sul locatore, e nello specifico, comprensivo anche del rischio di insolvenza del soggetto affittuario.

Nella comparata prospettiva di locazione del complesso, potremmo stabilire la seguente uguaglianza:

$$VA_{AF(L)} = \sum Ft_{AF(L)} / (1 + K_{AF(L)})^t = VA_{GD(L)}$$

Dove:

$VA_{AF(L)}$ = valore attuale dei canoni di affitto netti di imposta ottenibili dal locatore;

$Ft_{AF(L)}$ = canoni (anno t);

$K_{AF(L)}$ = tasso di attualizzazione dei canoni attesi per il locatore.

Parrebbe chiaro a questo punto, che soltanto laddove il locatore sia in grado di determinare i flussi attesi dal canone di affitto in misura superiore al canone di *break even* l'affitto risulterà preferibile rispetto alla gestione diretta, in quanto:

$$VA_{AF(L)} > VA_{GD(L)}$$

Nell'evenienza, parrebbe lecito chiedersi a questo punto, come possa concretamente verificarsi la condizione sopra ipotizzata, che denoti una convenienza dell'affitto d'azienda rispetto alla gestione diretta, tenendo conto della peculiarità che l'operazione in questione comporta, ovvero la "ripartizione tra locatore e affittuario della redditività ottenibile dalla gestione."

A tal fine, si è osservato¹⁷⁶ che le ragioni che assevererebbero la suddetta relazione, sarebbero da riscontrarsi nell'ipotesi tipica e avvalorata secondo cui le capacità gestionali dell'affittuario gli consentano di ottenere flussi superiori a quelli eventualmente realizzabili dalla gestione diretta da parte del locatore.

¹⁷⁶ Si veda, M. RUTIGLIANO, L. FACCICANI, *op.*, cit., p. 9.

Varrebbero le stesse considerazioni, anche quando il tasso di attualizzazione applicabile dal locatore ai flussi di cassa derivanti dalla gestione diretta ($K_{E(L)}$), risulti superiore al tasso di attualizzazione dei canoni attesi per lo stesso locatore ($K_{AF(L)}$), avendo riguardo, a titolo esemplificativo, all'elevata affidabilità sotto il profilo creditizio e gestionale riconosciuta all'affittuario.

Invero, in presenza di tali condizioni, l'affitto d'azienda potrebbe configurarsi come l'opzione più conveniente per il locatore, potendo garantire allo stesso tempo all'affittuario, un'aspettativa di creazione di valore derivante dalla gestione.

Proprio per questo tali considerazioni, potrebbero valere anche nella prospettiva dell'affittuario, la cui decisione è senz'altro guidata da un'ipotetica stima della creazione di valore derivante dall'operazione.

Nel caso specifico, egli individuerà un canone di *break even*, da intendersi, questa volta, come canone “massimo”, oltre il quale non sarebbe in grado di gestire l'azienda in condizioni di equilibrio economico.

A tal fine, egli sarà tenuto alla stima del valore attuale dei flussi netti di imposta, attesi dalla gestione dell'azienda in affitto, ed ovviamente, al netto del canone da dover corrispondere.

In tal modo, per il conduttore, il canone di *break even* sarà ottenibile eguagliando a zero il valore attuale netto dei flussi di cassa:

$$VA_{(A)} = \sum Ft_{(A)} / (1 + K_{E(A)})^t = 0$$

Dove:

$VA_{(A)}$ = valore attuale dei flussi di cassa netti per l'affittuario ottenibili dalla gestione dell'azienda;

$Ft_{(A)}$ = flussi netti di cassa annui per l'affittuario (anno t);

$K_{E(A)}$ = tasso di attualizzazione per l'affittuario.

In definitiva, alla luce di tale approccio e dalle considerazioni appena esposte, è agevole avvedersi di come, in realtà, il concetto di “congruo” canone sia essenzialmente privo di significato.¹⁷⁷

Invero, il criterio valutativo che deve essere espressione di una scelta alternativa, non dovrebbe prescindere dal porre il soggetto nella condizione di assumere una decisione sulla base di una valutazione comparativa dalla quale possa attendersi una creazione di valore.

Per questo si presuppone che tale criterio, non possa non condurre che alla stima di una “soglia”, oltre la quale, quella decisione avrebbe esattamente l’effetto contrario.

A meno che non si ritenesse che il concetto di “congruità” sia strettamente ancorato alla nozione di “soglia”.

Ma anche in tal caso, la scelta semantica si rivelerebbe errata, in quanto non si dovrebbe discutere di canone “congruo” ma di “canone minimo” (per il locatore) o “massimo” (per l’affittuario), rispettivamente al di sotto o al di sopra del quale, l’operazione di affitto di azienda costituisca un’alternativa non conveniente.

Secondo tale orientamento, anche le impostazioni consolidate sopra esposte, che presuppongono di addivenire ad una stima del “congruo” canone moltiplicando il valore del capitale economico dell’azienda, o il suo valore d’uso, per un tasso di remunerazione, non siano condivisibili e possano pervenire a stime fallaci, conducendo di conseguenza, a decisioni errate.

Nello specifico, si rinviene un errore di fondo, in merito all’incompatibilità delle tipologie di flussi utilizzati nella valutazione con la tipicità del contratto di affitto d’azienda, il quale, seppur per sua natura abbia scadenza pluriennale, ma sempre determinata.

Invero, come è tipico delle valutazioni di capitale economico, la stima dei flussi reddituali o finanziari, ottenibili dalla gestione dell’azienda andrebbe calcolata su un orizzonte infinito, e non già limitatamente al periodo dell’ipotizzata locazione.

¹⁷⁷ Cfr. M. RUTIGLIANO, L. FACCICANI, *op.*, cit. p. 10; Secondo gli A. sarebbe priva di significato anche la nozione di congrua redditività per un’impresa, o di congruo tasso di rendimento di un investimento, oppure di congruo costo di un finanziamento.

Quando si decida, quindi, di ricorrere alla stima del canone prendendo come riferimento il valore d'uso, si nota che tale tipologia di valutazione, «*oltreché inutilmente complessa [...] risulta viziata dal punto di vista logico*»¹⁷⁸, in quanto questo, è solito capitalizzare flussi economico-finanziari su un orizzonte infinito.

Dato che il riferimento temporale è indefinito, non è inverosimile il caso in cui potrebbero anche evidenziarsi delle dinamiche crescenti, ma successive al periodo di durata della locazione, e di converso dinamiche particolarmente fiacche, all'interno del periodo contrattualmente previsto.

Ne consegue che il valore d'uso potrebbe risultare anche relativamente elevato, ma per lo più come conseguenza di flussi attesi oltre la scadenza ipotizzata per l'affitto dell'azienda. Di conseguenza, se si pensasse poi di considerarlo come prodotto, ovvero di moltiplicare il valore corrispondente per il tasso di remunerazione, si giungerebbe, senza meno, alla determinazione di un valore del canone «*irrealistico e incoerente con i termini della reale decisione da assumere*», pregiudicando una corretta scelta di rispettiva convenienza per le parti in sede di contrattazione.

Naturalmente potrebbe anche verificarsi il contrario, ove il processo di stima del valore d'uso conducesse ad un valore relativamente basso e quindi il conseguente canone “congruo” sottostimasse il canone di *break even* minimo per il locatore.

In definitiva, si tratterebbe essenzialmente, non solo di un approccio inutilmente complesso rispetto alla natura della decisione, ma proiettando la stima su un orizzonte temporale non coerente con la durata del contratto, fisserebbe un valore seppur apparentemente “congruo” per il locatore, ma non necessariamente espressivo della scelta ragionevolmente più adeguata tra affitto e gestione diretta.

Se invece alla valutazione del capitale economico si addivenisse tramite il ricorso al metodo patrimoniale complesso al quale far corrispondere un “adeguato” tasso di remunerazione, la stima a cui si giungerebbe sarebbe forse meno soggettiva, ma allo stesso tempo anche meno attendibile nel rappresentare il “valore” dell'azienda nella prospettiva del locatore.

¹⁷⁸ Cfr. M. RUTIGLIANO, L. FACCICANI, *op.*, cit., *ibidem*.

La ragione, anche in questo caso, risiede nell'inadeguatezza di tali metodi dare adeguata rilevanza e rappresentazione delle componenti intangibili che possono, a seconda delle circostanze, fare una notevole differenza sull'economicità dell'operazione.

In conclusione, sebbene possa ritenersi che la stima del valore del capitale economico sia determinante per stabilire il canone d'affitto, e debba essere opportunamente effettuata da un soggetto terzo e indipendente, in modo da basare la valutazione su «*ipotesi comunque plausibili, criteri difendibili e tenendo conto di comportamenti deontologicamente corretti*»,¹⁷⁹ nella realtà, molto spesso, accade che la determinazione del canone sia lasciata alla contrattazione tra le parti, pervenendo ad un giusto compromesso che rispecchi la situazione del mercato e la forza contrattuale detenuta

¹⁷⁹ Cfr. D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", 2010, cit., p. 31.

CAPITOLO III: PROFILI CIVILISTICI

3.1 Riferimenti normativi e ricostruzione della disciplina.

Per l'istituto dell'affitto di azienda, non è prevista una disciplina autonoma nel Codice Civile, né risulta disciplinato in maniera organica.

Ragion per cui, autorevole dottrina¹⁸⁰ sostiene che l'insieme delle norme specificamente dettate dal Legislatore in tema, risulti altamente insoddisfacente o «*comunque inidoneo ad offrire all'interprete un'adeguata certezza con riguardo alla disciplina dei principali aspetti problematici dell'istituto stesso*».

L'unico riferimento normativo specifico del Legislatore nazionale fa riferimento al disposto dell'art. 2562 c.c. che espressamente rimanda all'art. 2561 c.c. stabilendo che le disposizioni in materia di usufrutto, disciplinate dagli artt. 978 a 1020 c.c. risultino applicabili in via analogica anche all'affitto d'azienda.

Ciò è corroborato dal fatto, che anche l'usufrutto possa avere ad oggetto un'universalità di beni nelle quali l'azienda rientra per definizione, a patto, che dette norme, non siano in contrasto con le specificità dell'istituto.¹⁸¹

Al fine di sopperire alle evidenti lacune della disciplina, vengono richiamate le norme contenute nel capo VI del Libro IV del Codice di cui agli artt. 1571 ss. c.c., in tema di contratto di locazione, compatibilmente con le norme generali in tema di affitto, dagli artt. 1571-1654 c.c., nonché a norma del sopracitato art. 2561 c.c. si ritengono applicabili alcune disposizioni previste per la cessione d'azienda agli artt. 2556, 2557 c.c. mentre negli artt. 2558, e 2112 c.c., il Legislatore fa espresso richiamo dell'istituto.

Rispettivamente nella “successione dei contratti” il Legislatore stabilisce al terzo comma dell'art. 2558 c.c., che “*le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell'usufruttuario e dell'affittuario per la durata dell'usufrutto e dell'affitto*”, mentre nel “*mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*” al quinto comma dell'art 2112 c.c., prescrive che il trasferimento è attuato «*a prescindere dalla*

¹⁸⁰ Cfr. F. TASSINARI “*L'affitto d'azienda tra norme di legge e clausole di autonomia privata*”, *Notariato*, 5, 2010, p. 533.

¹⁸¹ Sul punto si veda, diffusamente, A. CICOGNANI, voce “*Azienda*”, in “*Enciclopedia Trecc.*”, Roma, 1988, p. 7 e ss.

tipologia negoziale o dal provvedimento [...] ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda».

In mancanza di esplicita menzione, invece, non sarebbero da ritenersi applicabili le disposizioni relative alla successione dei crediti e dei debiti rispettivamente previsti dagli artt. 2559 e 2560 c.c.

Con riferimento al contratto, in assenza di disposizioni specifiche, all'affitto di azienda possono applicarsi anche le norme generali sul contratto dagli artt. 1321 e ss. c.c.

Parrebbe chiaro a questo punto la difficoltà riscontrabile nella ricostruzione dell'istituto, considerando la frammentarietà e la molteplicità dei richiami costituenti la cornice normativa in cui debba incardinarsi l'affitto d'azienda, sulla quale non sono mancate critiche e disparità di vedute.

Ai fini dell'esatta qualificazione della fattispecie, dovremmo considerare congiuntamente due aspetti.

In prima istanza, almeno in termini generali, va premesso che la *ratio* di tali norme sia da individuarsi nella simultanea esigenza, da un lato, «*di consentire all'affittuario di gestire in modo sufficientemente autonomo l'azienda, dall'altro di garantire la conservazione dell'integrità patrimoniale dell'impresa e la sua attitudine a generare reddito nell'ottica della temporaneità dell'operazione.*¹⁸²

In secondo luogo, rimarcando il fatto di come, tanto la puntuale ricostruzione della disciplina, quanto la stessa nozione di affitto di azienda, siano affidate alle parti stesse la cui opera sarà orientata, per un verso, nel difficoltoso tentativo di coordinamento tra un ingente numero di norme che astrattamente concorrono a disciplinare l'istituto, dall'altro, nell'attenta determinazione caso per caso dell'oggetto del contratto, comunque costituito da un bene produttivo.

Invero, proprio l'autonomia negoziale in detta sede, assumerà un ruolo fondamentale, costituendo sia il punto di partenza che l'approdo nell'identificazione delle norme applicabili al contratto in questione.

¹⁸² Cfr. R. PEROTTA, "L'affitto d'azienda: La disciplina fiscale del conferimento", Giuffrè, Milano, 2007, cit., p. 3.

La disciplina del caso concreto verrà ad esistenza avendo riguardo al criterio interpretativo adottato nella singola ipotesi, ed in particolare, dalla preferenza accordata al c.d. *criterio di prevalenza* di un gruppo di norme su un altro gruppo di norme, ovvero al c.d. *criterio di compatibilità* delle regole stabilite da differenti gruppi di norme.¹⁸³

Se si propendesse per la definizione della fattispecie avendo riguardo alla tipologia negoziale, premettendo che tale tesi non sia da considerarsi univoca, quanto anche in disaccordo con la maggior parte della dottrina¹⁸⁴, è comunque legittimamente concesso alle parti di prendere in considerazione le disposizioni di cui agli artt. 1571 ss. c.c., dettate dal Legislatore in materia di *locazione in generale*, e ancora più precisamente quelle di cui agli artt. 1615 ss. c.c. che regolano quel particolare sottotipo negoziale della locazione, che è rappresentato dall'affitto di una *cosa produttiva*.

In tal caso, in virtù dell'applicazione del sopracitato criterio della *compatibilità*, si potrà ritenere «*pacifico che all'affitto di azienda possano applicarsi le norme sull'affitto in generale e quelle sulla locazione, sempre che siano compatibili con quelle sull'affitto di azienda*»¹⁸⁵.

Vale la pena sottolineare che tali norme si pongono tra loro in un sistematico rapporto di *genus ad speciem*, ove la locazione è la fattispecie più generale mentre l'affitto d'azienda è la figura più particolare che si differenzia dalle altre per il suo specifico oggetto.

Osservando la disposizione più nello specifico e prendendo spunto dal dettato legislativo, non può ritenersi un caso che la rubrica dell'art. 2562 c.c. sia intitolata all'affitto d'azienda e non alla locazione di cui all'art. 1571 c.c., da intendersi come «*contratto con il quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile, per un dato tempo e verso un determinato corrispettivo*».¹⁸⁶

¹⁸³ Sul punto si veda, C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, “*Dell'azienda. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*”, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 456 e ss.

¹⁸⁴ Si veda, G.E. COLOMBO “*Usufrutto e affitto dell'azienda*”, in “*Trattato di diritto commerciale*”, diretto da GALGANO F., Vol. III, Cedam, Padova, 1979, p. 292, in particolare, secondo l'A. non sarebbero applicabili all'affitto di azienda gli artt. 1620, 1621 e 1622 c.c., in quanto incompatibili, mentre egli avanza dubbi anche sull'applicabilità all'affitto di azienda dell'art. 1626 c.c.

¹⁸⁵ Cfr. M.P. NASTRI “*L'affitto di azienda, l'usufrutto e la locazione*”, in “*Affitto di azienda*”, “*Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*”, 2010.

¹⁸⁶ Cfr. Codice Civile, Art. 1571 “*Nozione*”, «*La locazione è il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo.*»

A tal riguardo la rubrica all'affitto è essenziale, configurandosi quest'ultimo, ai sensi dell'art. 1615 c.c., come *«tipologia di locazione che ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile di cui l'affittuario deve curare la gestione in conformità della destinazione economica della cosa e dell'interesse della produzione, godendo dei relativi frutti.»*¹⁸⁷

In questi termini, l'affitto d'azienda costituirebbe una variante dell'affitto di un bene produttivo, in cui il bene produttivo è rappresentato proprio dall'azienda come complesso di beni organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.

Mentre di converso, non vi sarebbe affitto, ma solo locazione, nel caso si trattasse di un bene con funzione prevalente, ovvero di altri beni con mera funzione accessoria, come spesso accade per la locazione di un immobile arredato.¹⁸⁸

Ricostruendo la fattispecie sulla disciplina della figura negoziale, altro aspetto di fondamentale importanza inerente l'aspetto della "compatibilità", sarà anche quello di chiarire quali possano essere i confini del rapporto tra la disciplina generale della locazione e quella "speciale" dell'affitto.

In tal caso, varrebbe la regola generale secondo cui se la fattispecie non è regolata da una norma specificamente prevista per l'affitto, possa farsi applicazione della disciplina generale prevista per la locazione, dopo averne verificato la suddetta compatibilità.

Tale sembra essere anche il parere della giurisprudenza¹⁸⁹ di legittimità, che in tempi non remoti ha chiarito espressamente i rapporti tra l'istituto dell'affitto e quello della locazione, secondo cui *«nel Codice Civile tra le norme sulla locazione e quelle sull'affitto, compreso l'affitto d'azienda, corre il rapporto tipico delle norme generali e quelle speciali, per cui, se la fattispecie non è regolata da una norma specificamente prevista per l'affitto, dovrà farsi ricorso alla disciplina generale prevista per la locazione di cose, salvo l'incompatibilità con la normazione speciale.»*

¹⁸⁷ Cfr. Codice Civile, Art. 1615 "Gestione e godimento della cosa produttiva", *«Quando la locazione ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile, l'affittuario deve curarne la gestione in conformità della destinazione economica della cosa e dell'interesse della produzione. A lui spettano i frutti e le altre utilità della cosa.»*

¹⁸⁸ Cfr. D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", Edizioni Fag, Milano, 2007, cit., p. 69.

¹⁸⁹ Cfr. Cass. 1 agosto 2001, n. 10485.

Seguendo tale impostazione, ne seguirà che le norme generali dettate dal Legislatore in materia di locazione, o meglio di affitto di una cosa produttiva saranno considerate in ogni caso “prevalenti” su ogni altra disposizione astrattamente idonea a qualificarne la fattispecie facendovi ricorso in maniera esclusiva.

Mentre per i casi non espressamente regolati, si ammetterà anche il ricorso ad altre normative speciali, come le disposizioni di cui agli artt. 2556 ss. c.c. dettate in materia di cessione d’azienda in generale, laddove espressamente richiamate, o se si rendesse necessario applicarle per regolare specifici obblighi pattizi nonché per quelli legati alla natura formale del contratto.

Di converso, seguendo il criterio della compatibilità, il ricorso alle norme generali in materia di locazione o di affitto di una cosa produttiva sarà ritenuto possibile solo se tali disposizioni siano “compatibili” con le norme speciali applicabili al caso concreto.

Se si propendesse, invece, per un’interpretazione letterale del dettato legislativo dell’art. 2561 c.c., così come la maggior parte della dottrina parrebbe preferire¹⁹⁰, avendo riguardo al richiamo operato in favore dell’art. 2562 c.c. all’usufrutto d’azienda, assumeranno rilevanza anche le disposizioni di cui agli artt. 978 ss. c.c., dettate dal Legislatore in materia di usufrutto in generale, tenendo sempre costante riferimento alla diversa natura giuridica delle fattispecie considerate.

Invero, si avrà usufrutto d’azienda quando il proprietario attribuisce, ad una persona fisica o ad un ente, un *diritto reale* di godimento sull’azienda stessa, tramite contratto oneroso, (ma anche tramite donazione o testamento, non previste per l’affitto), a seguito del quale l’usufruttuario acquisisce il godimento di un complesso aziendale nonché i poteri di gestione dello stesso, subentrando nei relativi rapporti ed impegnandosi a non modificarne la destinazione economica ed a conservarne l’integrità economico-tecnica.

Mentre nell’affitto d’azienda, oltre la fonte contrattuale imprescindibile, non viene costituito un diritto reale, ma un *diritto personale* di godimento a favore dell’affittuario che comporta la gestione dell’impresa.

Nonostante tale diversità sul piano sostanziale, il Legislatore non preclude di consentirne comunque la congiunzione per il tramite del disposto dell’art. 2561 c.c.

¹⁹⁰ Si vedano G. AULETTA, voce “Azienda (*diritto commerciale*)”, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1988, in senso analogo, G.E. COLOMBO “*Usufrutto ed affitto dell’azienda*”, in “*Trattato di diritto commerciale*”, diretto da F. GALGANO, *ult. cit., ibidem*.

Questo perché, una volta stabilita l'espressa applicabilità dell'art. 2561 c.c. all'affitto d'azienda, sarà possibile di volta in volta, non solo valutare l'adattamento al contratto in esame, di tale specifica disposizione contenente obblighi essenziali, ma più in generale delle regole previste dalla legge in materia di usufrutto, a cui si possa attingere per l'esatta determinazione del rapporto.

L'applicazione all'affitto di azienda delle norme sull'usufrutto mirerebbe, infatti, a controbilanciare due opposti interessi che ricorrono sia in caso di usufrutto che di affitto di azienda.

Si assisterà da un lato, all'interesse del proprietario nel ricevere specifiche garanzie in ordine al fatto che al termine dell'esercizio dell'impresa da parte dell'usufruttuario o dell'affittuario, gli venga restituita un'azienda in buono stato di efficienza e funzionamento, e dall'altro, all'interesse dell'usufruttuario o dell'affittuario nel poter esercitare in autonomia l'attività di impresa, nonché, di essere legittimamente indennizzato in ordine al plusvalore creato attraverso la sua gestione.¹⁹¹

D'altro canto, anche la giurisprudenza¹⁹² ha avuto modo di osservare l'accostamento che il Legislatore fa dell'affitto all'usufrutto d'azienda, ove secondo il parere della Cassazione questo possa giustificarsi in considerazione del fatto che in entrambe le fattispecie non venga meno la proprietà sul complesso aziendale da parte dell'imprenditore, e ciò a prescindere dalle possibili variazioni che esso possa subire in pendenza del rapporto.

Proprio tale ultima osservazione della Suprema Corte, permetterebbe di porre un accento sulla questione forse più spinosa, critica e controversa riguardante l'adesione alle due ricostruzioni dell'istituto secondo la normativa della locazione o dell'usufrutto, ovvero a quale fare riferimento in considerazione dell'eventualità di inadempimento dell'affittuario alle proprie obbligazioni.

¹⁹¹ Cfr. F. TASSINARI "L'affitto d'azienda tra norme di legge e clausole di autonomia privata", 2010, *ult. cit.*, *ibidem*, in senso analogo, V. RUSSO "Affitto di azienda: i problemi di una disciplina civilistica fatta di rinvii", "La gestione straordinaria delle imprese", 3, 2014, pp. 15 ss.

¹⁹² Si veda, Cass. 12 ottobre 1973, n. 2574, in C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, "Dell'azienda", 2006, *cit.*, p. 456.

Se nonostante il richiamo espresso dell'art. 2562 c.c. alla disciplina prevista dall'art. 2561 c.c., si considerassero “prevalenti” le disposizioni dettate in materia di affitto in generale alle norme stabilite dalla legge in tema di usufrutto, ne seguirà l'applicazione del disposto dell'art. 1618 c.c. relativo all'inadempimento dell'affittuario, escludendo di conseguenza il rinvio dell'art. 2561 comma. 3 alle sanzioni di cui all'art. 1015 c.c., in tema di abusi dell'usufruttuario.

In tale maniera, il locatore potrà considerarsi legittimato unicamente a chiedere alla parte inadempiente la risoluzione del contratto di affitto.

Peraltro, tale previsione parrebbe essere in piena aderenza con la tesi preferita in dottrina¹⁹³ secondo la quale l'esclusione dell'applicabilità del terzo comma dell'art. 2561 c.c., e del rinvio all'art. 1015 c.c., «risulta dettata in vista delle particolari caratteristiche dell'usufrutto e non compatibile con le diverse caratteristiche dell'affitto».

In particolare, si sostiene¹⁹⁴ che le sanzioni ivi comprese sarebbero incompatibili con la genesi obbligatoriamente contrattuale dell'affitto di azienda, ove le ragioni dell'affittante possano invece trovare piena tutela nell'istituto contrattuale della risoluzione per inadempimento *ex art.* 1618 c.c., piuttosto che nell'art. 1015 c.c.

Se, invece, secondo il criterio della “compatibilità”, si ritenesse che la disciplina dell'affitto di cosa produttiva sia applicabile solo in quanto “compatibile” con le norme speciali dettate dal legislatore in materia di usufrutto, seguendo alla lettera il richiamo espresso dalla disposizione di cui all'art. 2562 c.c., ne conseguirà, sia l'applicazione al caso in esame del terzo comma dell'art. 2561 c.c., sia l'illegittimità dell'eventuale domanda di risoluzione del contratto di affitto d'azienda da parte del locatore *ex art.* 1618 c.c.

In tal caso, se l'affittuario non dovesse adempiere ai propri obblighi di gestione, «alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni», ovvero anche quando cessasse arbitrariamente la gestione dell'attività, ricadrà nelle sanzioni previste dal predetto disposto *ex art.* 1015 c.c.

¹⁹³ Cfr. G. AULETTA voce “Azienda” in “Diritto commerciale”, *op.*, cit., 1988, in senso analogo, G.E. COLOMBO “Usufrutto ed affitto dell'azienda”, in “Trattato di diritto commerciale”, diretto da F. GALGANO, cit., 1979, p. 289 e F. TASSINARI, *op.*, cit., 2010, p. 533.

¹⁹⁴ Cfr. F. TASSINARI, *op.*, cit., *ibidem*.

Nello specifico, come previsto dal secondo comma, l'autorità giudiziaria potrà, secondo le circostanze, ordinare che l'affittuario non solo presti garanzia in ordine all'adempimento delle proprie obbligazioni, quanto anche disporre che l'azienda concessa in godimento venga locata a terzi o posta sotto amministrazione a sue spese, ovvero che torni nel possesso del proprietario, con l'obbligo di pagare annualmente una somma determinata, a quest'ultimo, per la durata prevista dal contratto.

Ciononostante, in virtù di un criterio possibilista, vi è chi sostiene¹⁹⁵ che le suddette norme sarebbero entrambe applicabili all'affitto d'azienda, l'art. 1015 c.c. per il richiamo espresso del Legislatore, e l'art. 1618 c.c. in quanto parte integrante della disciplina inerente l'affitto.

L'applicabilità congiunta parrebbe giustificata proprio dal fatto che le due norme non assolverebbero la medesima funzione, prevedendo mezzi di tutela differenti per il soggetto affittante, ma d'altra parte assicurerebbero a quest'ultimo una difesa più completa.

In definitiva, sebbene la dottrina¹⁹⁶ più autorevole affermi che laddove sia controversa l'applicazione dell'art. 2561 c.c. oppure la disciplina generale sull'affitto, debba darsi sempre prevalenza alla disciplina dettata in materia di usufrutto, con esclusione della parte concernente i principi dettati per le peculiarità dell'usufrutto stesso, in quanto incompatibili con l'affitto, (riferendosi quindi all'applicazione del soprarichiamato art. 1015 c.c.), al contrario non vi sarebbe dubbio alcuno sull'applicabilità all'affitto d'azienda dei commi 1, 2, 4 dell'art. 2561 c.c. riguardanti i principali obblighi a carico del soggetto affittuario.

Nello specifico il primo comma dell'art. 2561 c.c., stabilisce l'obbligo per l'usufruttuario (e, quindi, l'affittuario) dell'azienda di esercitare l'attività sotto la ditta che la contraddistingue; il secondo comma, che questi dovrà gestire l'azienda senza modificarne la destinazione e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte; il quarto comma che la *«differenza tra le consistenze di inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto»*.

¹⁹⁵ Cfr. D. BALDUCCI, *op.*, cit., p. 70.

¹⁹⁶ Cfr. F. TASSINARI, *op.*, cit., p. 533.

Da ultimo, va senz'altro tenuto conto che seppur debbano preferirsi le norme dettate in materia di usufrutto, si rileva¹⁹⁷ che l'intensa produzione normativa in tema di affitto d'azienda, in realtà, non agevoli le parti, la cui scelta nella maggioranza dei casi sarà quella di propendere per una disciplina contrattuale *ad hoc* specificamente riferibile all'istituto, «*sovrapponendosi a quella generale dettata dal Legislatore Civile*».

Ciononostante, queste non dovranno venir meno alle peculiarità e agli elementi specifici sottesi alla fattispecie stessa, laddove in ogni caso l'affitto d'azienda dovrà considerarsi come quel contratto *consensuale, ad effetti obbligatori, sinallagmatico, a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata e periodica* con il quale un soggetto (locatore) concede ad un altro (affittuario) il godimento di un complesso di beni organizzati e finalizzati allo svolgimento di un'attività produttiva verso un determinato corrispettivo rappresentato dal canone.

Sarà un contratto *consensuale*, in quanto il diritto di godimento dell'azienda per un determinato periodo di tempo nasce in capo all'affittuario per effetto del solo consenso legittimamente manifestato dalle parti, mentre invece la consegna dell'azienda rappresenterebbe, in questo senso, solo un atto di adempimento della principale obbligazione del locatore in esecuzione dell'accordo.

Sarà un contratto *a prestazioni corrispettive*, poiché una parte sarà obbligata a concedere in godimento all'altra l'azienda e questa invece si obbligherà a versare alla prima il canone di locazione.

Sarà *sinallagmatico* perché le prestazioni rispettivamente a carico di una parte ed a vantaggio dell'altra sono legate da un *nesso di reciprocità e di interdipendenza*.

Sarà un contratto *ad esecuzione continuata e periodica*, in quanto l'esecuzione si protrae nel tempo, con prestazioni continuative e ripetute.

A ciò si aggiunge, che per aversi affitto d'azienda non si ritiene necessario il concorso di tutti gli elementi che normalmente costituiscono il complesso aziendale, potendo questi anche mancare, purché non risulti compromessa l'unità economica aziendale.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Cfr. D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", cit. p. 68.

¹⁹⁸ Cfr. Cass. 17 dicembre 1984, n. 6617 in C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *op.*, cit., p. 449 e ss.

Allo stesso tempo la produttività potrebbe anche non sussistere, come realtà oggettiva al momento della stipulazione del contratto, ma sarà sufficiente che il complesso dei beni organizzati risulti anche solo “potenzialmente idoneo” al raggiungimento del fine produttivo al quale è destinato.¹⁹⁹

E da ultimo, potrebbe anche aversi il caso in cui il concedente non abbia mai utilizzato il complesso aziendale in una propria attività imprenditoriale o che l’esercizio dell’impresa debba essere iniziato dall’affittuario ovvero ancora che il complesso aziendale sia, al momento della conclusione del contratto, temporaneamente inattivo.²⁰⁰

¹⁹⁹ Cfr., sul punto *ex multis*, Cass., 5 ottobre 1957, n. 3613; Cass., 23 aprile 1959, n. 1223; Cass., 8 agosto 1964, n. 1779, *ibidem*.

²⁰⁰ Cfr. *ex multis*, Cass. 7 ottobre 1975, n. 3178, Cass 5 ottobre 1957, n. 3613, Cass. 23 aprile 1959 n. 1223, *ibidem*.

3.2 I principali diritti e obblighi delle parti.

Le regole pattizie che si pongono alla base della redazione di un contratto d'affitto d'azienda, possono certamente rispondere ad una comune struttura di fondo, definita da schemi e tecniche consolidati nella prassi professionale, ma non ne restano vincolati, poiché è concesso agli utilizzatori, in virtù della flessibilità che contraddistingue l'istituto, di modellare l'accordo nel rispetto delle finalità e degli obiettivi che ne sostanziano l'utilizzo.

Tale potere di personalizzazione che porta ad un adattamento della struttura contrattuale sulle esigenze delle parti, con ampliamenti, deroghe e modificazioni delle singole clausole, volto a tanto a riconoscere specifiche tutele quanto a dare espressione delle rispettive posizioni particolari, dovrà essere esercitato nel rispetto delle obbligazioni assunte e nella liceità delle suddette clausole integrative che si vogliono inserire.

Dal combinato disposto previsto dall'impianto normativo in materia di usufrutto, di locazione e di affitto, potranno evincersi alcuni obblighi essenziali tanto dal lato dell'affittuario, quanto da quello dell'affittante, da controbilanciarsi con diritti direttamente spettanti.

Si ritengono obbligazioni essenziali a carico dell'affittante:

- ❖ L'obbligo ai sensi dell'art. 1617 c.c. di consegnare l'azienda in condizioni tali da poter servire all'uso pattuito, garantendone il pieno godimento, così come richiamato dall'art. 1575 c.c., comma. 3.
- ❖ L'obbligo di provvedere alle riparazioni straordinarie, ai sensi dall'art. 1621 c.c.
- ❖ L'obbligo di cooperazione, se richiesto dall'affittuario, per il subentro nelle autorizzazioni amministrative mediante voltura;
- ❖ L'obbligo di rispettare il divieto di concorrenza, ai sensi dell'art. 2557 c.c., nell'astenersi per un periodo di cinque anni²⁰¹ successivi il trasferimento dell'azienda, dall'intraprendere nuova attività d'impresa che per ubicazione ed oggetto o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'attività ceduta.

²⁰¹ La precisazione è dovuta in quanto il quarto comma dell'art. 2557 c.c. stabilisce espressamente che «Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma [...] (di cinque anni) [...] vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto.»

- ❖ L'obbligo di trasferire la ditta in ottemperanza al correlato diritto dell'affittuario di esercitare l'attività sotto la ditta che la contraddistingue ai sensi del primo comma dell'art. 2561 c.c.;

Mentre con riferimento alla normativa speciale prevista dagli artt. 2556 - 2560 c.c., prevista per la cessione d'azienda, rientra oltre l'obbligo di ottemperare al divieto di concorrenza, anche quello di osservare le adeguate forme per la validità e pubblicità dell'atto, ai sensi dell'art. 2556 c.c., in modo da rendere il contratto d'affitto d'azienda efficace nei confronti dei terzi.

Per ciò che concerne i diritti riconosciuti in capo al soggetto affittante, seppur non specificati dal Legislatore, questi saranno desumibili dal complesso di norme a disposizione, e rinvenibili di riflesso, nel rispetto degli obblighi gravanti sulla controparte. Da questi discenderanno *in primis*, il diritto alla percezione del canone nei modi e tempi stabiliti dal contratto, di veder garantita la conservazione della destinazione economica del complesso, nonché il mantenimento dell'organizzazione, del funzionamento degli impianti e la normale dotazione di scorte ai sensi dell'art. 2561 c.c.

Inoltre, a rafforzamento di quanto previsto dall'art. 2561 c.c., si ritiene applicabile per analogia anche la disciplina dettata in materia di affitto ai sensi dell'art. 1619 c.c., da cui discende il diritto per il locatore «*di accertare in ogni tempo, anche con accesso in luogo, se l'affittuario osserva gli obblighi che gli incombono*», il che si traduce nel diritto di controllo e di verifica, in ogni momento del rispetto degli obblighi dell'affittuario posti a suo carico, mediante accessi e sopralluoghi *in loco*.²⁰²

Infine al termine del contratto, egli godrà tanto del diritto alla restituzione dell'azienda al termine del periodo di affitto, come di vedersi riconosciuto un indennizzo sulla base delle differenze delle consistenze di inventario.

²⁰² Cfr. R. PEROTTA, "L'affitto d'azienda. La disciplina fiscale del conferimento", Giuffrè, Milano, 2007, cit., pp. 8-9.

Considerando la vicenda dal lato opposto, gli obblighi essenziali in capo all'affittuario, già presentati in parte, sono innanzitutto contenuti nel disposto dell'art. 2561 c.c., ai commi 1, 2 e 4, riferiti all'usufruttuario d'azienda, nei quali si apprende che l'affittuario dovrà:

- ❖ *«esercitare l'attività sotto la ditta che la contraddistingue»* se il concedente vi ha acconsentito, in modo tale da conservare i valori di avviamento del complesso, che continuerà così ad essere identificato nella figura dell'affittante.

Va premesso che sebbene detta obbligazione sia espressamente prevista dall'art. 2561 c.c., primo comma, richiamato dal successivo art. 2562 c.c., il trasferimento della ditta è, in concreto, subordinato al consenso dell'affittante, *indi* per cui non sussisterà tale obbligo in capo al soggetto affittuario se in sede contrattuale non venga prestato tale consenso;

- ❖ *non modificare la destinazione economica dell'azienda*, ai sensi del secondo comma, che consiste nella necessaria condizione di esercitare la medesima attività dell'affittante.

Tale condizione dovrà essere sempre indicata nel contratto d'affitto, in quanto non sarebbe consentito utilizzare l'affitto di azienda per procurarsi un'azienda da destinare allo svolgimento di qualsivoglia altra attività rimessa alla discrezionalità dell'affittuario.

Ciò si desume in ragione delle caratteristiche proprie del contratto di affitto, che comporta solo la concessione temporanea del diritto di godimento del complesso, il quale, una volta riconsegnato nelle disponibilità del concedente, dovrà essere idoneo all'esercizio dell'attività da questi esercitata fino al momento della conclusione del contratto di affitto;

- ❖ *provvedere alla conservazione dell'efficienza dell'organizzazione e degli impianti, nonché le normali dotazioni di scorte*, ai sensi del quarto comma, traducendosi, nell'assunzione di norma delle spese di manutenzione ordinaria che implicano la sopportazione degli oneri per la sostituzione o per il rinnovo di quei cespiti necessari per mantenere la funzionalità dell'azienda affittata.

A questi si aggiungono gli obblighi:

- ❖ alla corresponsione del canone dovuto, nei tempi e attraverso le modalità stabilite dal contratto;
- ❖ ad osservare il divieto di cessione o subaffitto dell'azienda, a norma dell'art. 1624 c.c. senza il consenso dell'affittante se previsti contrattualmente;
- ❖ l'obbligo di gestire l'azienda con diligenza, custodire e fare buon uso dei beni ricompresi nel complesso aziendale e di non compiere atti intesi a danneggiare o pregiudicare la loro integrità.

Anche per il soggetto affittuario, in riferimento alla disciplina dettata dal Legislatore agli artt. 2556-2560 c.c., spetterà l'obbligo, ai sensi dell'art. 2558 c.c. di subentrare al locatore, salvo patto contrario, in tutti i contratti stipulati per l'esercizio dell'attività, ad eccezione di quelli aventi carattere personale, premettendo che è comunque riconosciuta la facoltà al terzo contraente di recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia della cessione del complesso in affitto in presenza di giusta causa, salvo la responsabilità dell'affittante, nonché alla continuazione nei contratti di lavoro ai sensi dell'art. 2112 c.c.

Infine, ai sensi del quarto comma dell'art. 2561 c.c., vige l'obbligo congiunto relativo alla redazione dell'inventario dei beni costituenti il complesso oggetto del contratto a valori correnti, per la regolazione in denaro delle differenze al termine, come specificato dal Legislatore.

Grafico III, 1 – obblighi dell'affittuario in relazione alle fasi operative:



Fonte: D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", p. 89

Anche per quanto riguarda i diritti di cui diviene titolare l'affittuario per effetto del contratto, il Legislatore non fornisce una puntuale definizione, dovendosi questi desumere dal combinato disposto dell'applicazione analogica delle normative sopra richiamate, nonché dalla volontà delle parti, purché non contrastanti con il complesso di norme ascrivibili alla fattispecie.

Si è certi nel ritenere, almeno in termini generali, come principale diritto spettante al soggetto affittuario da contratto, il riconoscimento del diritto al godimento del complesso aziendale preso in affitto, come sintesi dell'aggregato di operazioni caratterizzanti la gestione dell'attività, pur sempre nel rispetto dell'art. 2561 c.c., i cui obblighi di gestione,

dovranno essere assolti a norma dell'art. 1001 c.c., dettato in materia di usufrutto, con la diligenza del «*buon padre di famiglia*».²⁰³

Detta diligenza secondo altri²⁰⁴, sarebbe invece da valutarsi alla stregua del secondo comma dell'art. 1176 c.c., nel merito dell'esercizio di attività professionale, come quella del “buon imprenditore del settore”, avendo riguardo alla dinamica ed alle caratteristiche aziendali.

Volendo tentare di contestualizzare tale diritto nella normativa, si ritiene applicabile per analogia sia l'art. 982 c.c. in base al quale l'usufruttuario ha il diritto di acquisire il possesso della cosa, sia l'applicazione dell'art. 1615 c.c. ultimo comma, contenuto nel capo dedicato all'affitto, secondo il quale il conduttore ha il diritto di godere dei frutti e delle utilità derivanti dalla “cosa” affittata, ovvero l'azienda.

D'altro canto, si è meno certi su come concretamente si espliciti il diritto al godimento dell'azienda, comprensibilmente con la difficoltà intrinseca di specificare con norme *ad hoc* siffatto tipo di contratto d'affitto avente ad oggetto il complesso aziendale, il cui godimento discende proprio dalla gestione da parte dell'affittuario.

Questo perché, al soggetto affittuario verrà certamente riconosciuto il potere-dovere di gestire l'azienda sempre nei limiti degli obblighi disposti a suo carico dall'art. 2561 c.c., ma tale potere-dovere, anche per il richiamo all'art. 982 c.c. a cui si è fatto riferimento, non può che non esplicitarsi anche nel potere di disposizione sui beni componenti del complesso affittato.

Occorrerà stabilire, come sottolineato da autorevole dottrina²⁰⁵, se la costituzione di un diritto personale di godimento, come può essere considerato l'affitto d'azienda, possa comportare anche il trasferimento della proprietà di scorte e merci o di altre cose mobili, oppure comporti esclusivamente il trasferimento del solo potere di disposizione.

Tale aspetto è stato oggetto di ampio dibattito, ove la dottrina si è divisa in due orientamenti in merito al diritto in forza del quale l'affittuario possa esercitare il potere di disposizione.

²⁰³ In tema di usufrutto (e di affitto), la giurisprudenza ha affermato che «[...] l'usufruttuario che esegua opere che alterino l'originaria destinazione dell'oggetto del suo diritto, si rende inadempiente all'obbligazione di godere della cosa usando la diligenza del buon padre di famiglia [...]», Cfr. Cassazione n. 1571/1995 in G. CIAN, A. TIRABUCCHI, “*Riforma del Commentario breve al Codice Civile*”, Cedam, 1996, p. 902 in R. PEROTTA, *op.*, cit.

²⁰⁴ Cfr. R. PEROTTA, “*L'affitto d'azienda. La disciplina fiscale del conferimento*”, cit., p. 9.

²⁰⁵ Sul punto si veda, D. BONDAVALLI, “*L'affitto d'azienda*”, p. 18.

Un primo orientamento²⁰⁶, più condivisibile, riconoscerebbe all'affittuario un diritto personale di godimento esercitabile sia sul capitale fisso che sul capitale circolante, mentre il locatore conserverebbe sia un diritto di titolarità dell'azienda che il diritto di proprietà sui beni della stessa, e pertanto, al conduttore verrebbe riconosciuto solo di un diritto di utilizzazione.

Nello specifico, sui beni che costituiscono il capitale circolante, l'affittuario acquisterebbe una disponibilità in forma piena, ma temporaneamente circoscritta alla sola durata del contratto d'affitto, tale da garantire un diritto reale di disposizione, sempre nel limite delle normali dotazioni di scorte ai sensi dell'art. 2561 secondo comma c.c.²⁰⁷

Per i beni che costituiscono il capitale fisso, invece, il diritto di disposizione sarebbe più limitato, operando il vincolo di non modificare la destinazione dell'azienda nonché quello di conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti, per cui l'affittuario avrebbe il potere di disporre la sostituzione di un bene strumentale, al solo fine di assicurare la continuità e l'efficienza della gestione aziendale.

Un secondo orientamento²⁰⁸, tentando di distinguere la disponibilità, nel patrimonio aziendale, tra il capitale fisso e il capitale circolante, sostiene che il locatore, pur rimanendo titolare del diritto di proprietà sul capitale fisso, perderebbe la proprietà del circolante, e specularmente, l'affittuario, in seguito alla stipula del contratto d'affitto, vanterebbe un diritto personale di godimento sul capitale fisso e un diritto di piena proprietà sul capitale circolante.

In base a tale orientamento, che peraltro, non sembra pienamente in linea con il dettato dell'art. 2561 c.c., si ravviserebbe la necessità di un atto traslativo del capitale circolante tra locatore e affittuario sia all'inizio che alla fine del contratto.

²⁰⁶ Si veda G.E COLOMBO, "Usufrutto ed affitto dell'azienda", in "Trattato di diritto commerciale", cit., p. 225 ripreso da R. PEROTTA, *op.*, cit., p. 11.

²⁰⁷ Cfr. R. PEROTTA, *op.*, cit., *ibidem*, con riferimento a G.E COLOMBO, *ult. op.*, cit., p.235, il quale sottolinea che «L'obbligo della conservazione della normale dotazione di scorte deve essere peraltro interpretato in senso dinamico: l'affittuario ha la piena disponibilità di gestire merci e magazzino secondo la propria capacità imprenditoriale, fatto salvo l'obbligo di regolare in danaro la differenza tra le consistenze inventariali all'inizio e al termine dell'affitto».

²⁰⁸ Cfr. M. CASANOVA, "Impresa e azienda", in "Trattato di Diritto Civile", a cura di F. VASSALLI, UTET, 1984, p. 817, in R. PEROTTA, *op.*, cit., *ibidem*.

Ad ogni modo si ritiene, almeno secondo l'impostazione dottrinale²⁰⁹ prevalente, che all'affittuario spetti solo il potere di disposizione sulle cose consumabili ed in particolare su scorte e merci esistenti, non anche la proprietà delle stesse, unitamente, al diritto di percepire un indennizzo per i maggiori valori accertati in sede di riconsegna, per le differenze di consistenze di inventario, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2561 c.c.

3.2.1 Il Trasferimento dei segni distintivi dell'impresa.

Il primo comma dell'art. 2561 c.c. prevede che l'affittuario debba gestire l'azienda sotto la ditta che la contraddistingue.

La ditta, come noto, è uno dei segni distintivi dell'impresa, assieme al marchio e all'insegna, e precisamente «*il nome sotto cui l'imprenditore esercita l'attività*»²¹⁰ con cui questi viene identificato dal mercato, rispetto ai suoi concorrenti.

Nel segno distintivo della ditta possiamo identificare sia quel soggetto economico, che in qualità di titolare di un'azienda è responsabile di un'organizzazione produttiva, sia il mezzo con cui detta organizzazione viene percepita sul mercato, nella quale figurano quel complesso di relazioni economiche e giuridiche che le consentono di realizzare la sua attitudine produttiva.

Essa viene trasferita al conduttore per effetto di apposita disposizione all'interno del contratto, allo scopo di permettere a quest'ultimo non solo di avvalersi ma anche di garantire la conservazione dell'avviamento connesso all'azienda, che continua ad essere identificata nel nome del concedente.

Con il contratto d'affitto d'azienda, di norma, viene automaticamente trasferito all'affittuario il diritto di avvalersi della ditta sotto la quale viene esercitata l'attività imprenditoriale, salvo il caso in cui tale obbligo venga disatteso.

Invero, detto trasferimento, che avviene in sede contrattuale, e per atto *inter vivos* come espressamente richiamato dal secondo comma dell'art. 2565 c.c., è sempre subordinato al consenso dell'affittante, il quale potrebbe non manifestarlo.

²⁰⁹ Cfr. D. BONDAVALLI, “*L'affitto d'azienda*”, cit., p. 18, in riferimento ad A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, cit.

²¹⁰ Cfr. G. F. CAMPOBASSO, “*Manuale di Diritto Commerciale*”, I. ed., Utet, Milano, 2001, p. 71

Tale consenso, o manifestazione di volontà, sebbene debba sempre essere espresso, invece, come stabilito dalla Corte di Cassazione «[...] non richiede un'esplicita menzione della ditta nell'atto di trasferimento, potendo la volontà di estendere il trasferimento alla ditta ricavarsi dall'interpretazione dell'atto [...]».²¹¹

In ogni caso, per prassi si ritiene necessario indicarlo all'interno del contratto.

La stessa sentenza della Corte stabilisce che tali disposizioni inerenti il trasferimento della ditta si applichino anche quando oggetto del trasferimento sia solo un ramo d'azienda, ma ciò che rileva in particolare, è che quest'ultima, non essendo cedibile singolarmente, debba sempre essere trasferita assieme all'azienda, come da previsione del primo comma dell'art. 2565 c.c., in quanto «presuppone la produttività quanto meno potenziale dell'azienda».²¹²

Al contrario, sarebbe cedibile singolarmente, solo laddove «non sia più ravvisabile la presenza di una vera e propria organizzazione dei beni e servizi».

Resta invece facoltativo per le parti, sempre per espressa previsione contrattuale, disciplinare il trasferimento degli altri segni distintivi dell'impresa, ovvero dell'insegna e del marchio.

Ai sensi dell'art. 2568 c.c., con richiamo agli artt. 2564 e 2598 c.c., l'insegna si configura come quel segno distintivo che l'imprenditore utilizza per distinguere i propri locali da quelli dei concorrenti, la quale non potendo essere uguale a quella utilizzata da imprenditori, consente al pubblico di ricollegare in maniera esclusiva certe prestazioni ad un'attività svolta in un certo locale.

Di norma, anche il trasferimento dell'insegna è automatico quando si suppone che l'affittante debba svolgere attività d'impresa negli stessi locali del locatore, nell'ipotesi tipica nelle imprese di produzione, laddove si rende difficoltosa la dislocazione dei cespiti ad altro luogo destinato.

In sede di trasferimento, per l'insegna all'art. 2568 c.c., il Legislatore civile si limita a richiamare il primo comma dell'art. 2564 c.c., lasciando presupporre che anche questa sia trasferibile assieme all'azienda, ma nulla dispone se, di fatto, il trasferimento della ditta debba comprendere automaticamente quello dell'insegna.

²¹¹ Si veda, Cassazione civile, Sez. I, 22 marzo 1994, sentenza n. 2755.

²¹² Cfr. Cass. Sez. Civile. I., 6 aprile 1995, n. 4036.

Tra opinioni discordanti, la tesi prevalente²¹³ anche se non risulta esplicitamente dal contratto, è che anche l'insegna segue l'azienda nel trasferimento, in quanto "accessorio" di questa.²¹⁴

Per ciò che concerne il marchio, che sia costituito da un carattere figurativo o da una denominazione, che sia di fabbricazione o di commercio, questo rappresenta il segno distintivo dei prodotti o dei servizi dell'impresa.

Anche se non essenziale, certamente è il segno distintivo più importante per il ruolo che assolve nella moderna economia industriale, caratterizzata dalla forte concorrenza di prodotti simili da parte di più imprenditori.²¹⁵

Invero, le capacità prospettive dell'impresa di generare reddito non possono che non essere collegate in parte anche al "valore" del marchio se si pensa a ciò che i consumatori identificano in esso, in termini di qualità del prodotto e di soddisfazione nel consumo.

Servirsi di un marchio consolidato sul mercato, significherà per l'affittuario assicurarsi una remunerazione più ampia in termini di redditività attesa, sapendo beneficiare delle strategie adottate in passato e finalizzate al mantenimento del livello di positiva percezione nei consumatori, ma di converso, il trasferimento dello stesso finirà di certo per accrescere le aspettative del locatore incrementando la misura del canone da corrispondere.

Con l'affitto d'azienda è possibile trasferire il diritto esclusivo all'utilizzo del marchio, per il quale si rende necessario sempre pattuirne contrattualmente le condizioni.

La precedente versione del primo comma dell'art. 2573 c.c., prevedeva, in senso restrittivo che questo fosse trasferibile solo assieme all'azienda, o con un ramo di questa.

²¹³ Cfr. D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", cit., p. 91.

²¹⁴ Si veda *CONTRA*, Cass. 27 febbraio 1985, n. 1715, in C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, "Dell'azienda. Manuale e applicazioni pratiche...", cit. p. 173; ove secondo la Corte, anche l'insegna segue la ditta nei trasferimenti, soltanto quando ciò sia stato pattuito tra il precedente ed il nuovo titolare dell'azienda. Pertanto in assenza di tale patto, l'insegna resterebbe nella titolarità dell'alienante, il quale sarebbe l'unico a poterne fare uso.

²¹⁵ Cfr. G. F. CAMPOBASSO, *op.*, cit., p. 75.

L'entrata in vigore del D. LGS. 480/92²¹⁶ nel modificare l'art. 15 della legge sui marchi, ed il primo comma dell'art. 2573 c.c., ha eliminato tale vincolo, disponendo che il marchio possa essere trasferito indipendentemente dall'azienda o dal ramo «[...] per la totalità o per una parte dei prodotti o servizi per i quali è registrato [...]», con la conseguenza, inammissibile nella precedente versione, che possano coesistere marchi identici per prodotti diversi.

Mentre dall'attuale formulazione dell'art. 2573 c.c. si evince anche che questo potrà essere concesso in licenza, considerandone solamente il diritto all'uso.

L'unico limite giuridico alla validità del trasferimento del marchio, sempre ai sensi del primo comma dell'art. 2573 c.c., è costituito dal divieto di conseguenze ingannevoli ai consumatori, nella misura in cui questo, distaccandosi dai segni dell'impresa di cui era parte, possa ingenerare un particolare rischio di lesione degli interessi del pubblico.

In sede contrattuale, potrà essere concesso l'utilizzo, per espressa previsione, anche di quei particolari beni immateriali costituiti dai brevetti.

A tal fine, occorre distinguere il caso in cui il brevetto sia proprietà dell'affittante da quello in cui esso sia utilizzato dallo stesso in virtù di una licenza d'uso.

Nel primo caso il brevetto appartiene al locatore, e sarà direttamente trasferibile all'affittuario attraverso la concessione dell'uso dell'invenzione brevettata, o tramite apposita clausola contrattuale, ovvero ancora, come spesso avviene, con un atto separato mediante concessione in licenza.

Mentre qualora l'affittante non abbia la proprietà del brevetto, ma lo detenga in forza di apposito contratto di licenza d'uso, tale contratto sarà invece assoggettato alla disciplina generale dell'art. 2558 c.c., prevedendo, salvo patto contrario, il subentro in via automatica dell'affittuario.

²¹⁶ DECRETO LEGISLATIVO 4 dicembre 1992, n. 480 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 16 dicembre, n. 295) “Attuazione della direttiva (CEE) n. 104/89 del Consiglio del 21 dicembre 1988, recante ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa”, Art. 15., n.1, in www.gazzettaufficiale.it

3.2.2 Il mantenimento della destinazione economica.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 2561 c.c., viene sancito l'obbligo per il conduttore di gestire l'azienda senza modificarne la destinazione economica.

Seppur richiamato dal Legislatore dall'art. 2561 c.c. in materia di usufrutto, si conviene che detto obbligo discenda anche dal principio generale dettato in materia di locazione, previsto dal primo comma dell'art. 1615 c.c., ove previsto, che laddove la locazione abbia ad oggetto il godimento di una "cosa produttiva", l'affittuario dovrà curarne la gestione «*in conformità della sua destinazione economica e dell'interesse della produzione*».

Tale duplice richiamo si rende tanto necessario quanto essenziale, avendo riguardo al connotato tipico dell'operazione di affitto d'azienda, che attiene alla "temporaneità" del trasferimento della gestione.

La *ratio* di tale disposizione è facilmente comprensibile, poiché, essendo l'affitto d'azienda un'operazione "a termine", la garanzia del mantenimento della funzione economica originaria del complesso aziendale, come espressione della conservazione dei valori aziendali comprensivi dell'avviamento, sarà interesse principale del locatore in vista della futura riconsegna.

Ed invero, a rafforzamento della posizione del soggetto locatore, vengono previste specifiche forme di tutela e di garanzie, *in primis*, previste dall'art. 1618 c.c., a norma del quale quest'ultimo sarà legittimato a chiedere la risoluzione del contratto se l'affittuario non dovesse destinare al servizio della gestione aziendale i mezzi necessari, o non osservi le regole di "buona tecnica" ovvero ne muti stabilmente la destinazione, ed in aggiunta, a norma dell'art. 1619 c.c., viene riconosciuto a quest'ultimo la facoltà di accertarsi in ogni momento del rispetto di detti obblighi in capo al concedente, con accessi e verifiche *in loco*.

Come ulteriore forma di tutela per il locatore, parrebbe opportuno inserire nelle pattuizioni individuali anche una clausola contrattuale che sancisca precipuamente gli obblighi della controparte, ricomprendendo, in senso estensivo, anche l'eventualità che l'affittuario possa, per ragioni personali o economiche, ovvero quando non giudichi più remunerativa la continuazione dell'attività, nonché quando questa non soddisfi le proprie aspettative, cessare arbitrariamente l'esercizio di attività d'impresa, costituendo un "abuso" ai sensi dell'art. 1015 c.c.

Se tale disposizione venisse espressamente richiamata in sede contrattuale, allora attribuirebbe la facoltà alla parte adempiente di far cessare il rapporto per abuso, con le conseguenze già prospettate ai sensi del secondo comma del medesimo articolo.

In sintesi, è posto il divieto assoluto per il soggetto l'affittuario di modificare in alcun modo l'attività aziendale, la sua organizzazione e la sua conformazione, dato che modificarne la destinazione economica, significherebbe quanto meno metterne a repentaglio i valori, anche a titolo di avviamento, se non pregiudicarli del tutto.

Per altro verso, è stato osservato²¹⁷, che nella mutevole ed incerta realtà aziendale, talvolta tale obbligo potrebbe anche essere disatteso.

Nello specifico dovremmo far riferimento a due circostanze come ipotesi limite, una più generica, e l'altra invece condizionata:

- 1) *la possibilità di un'eventuale inclusione all'interno del contratto di una clausola derogatoria;*
- 2) *la disciplina relativa al caso in cui l'affittuario modifichi la destinazione, essendovi autorizzato da un'espressa clausola contrattuale.*

Qualora venga pattuita una clausola derogatoria al divieto di modifica della destinazione, la previsione può essere fissata astrattamente in contratto, oppure può essere sospensivamente condizionata al sopraggiungere di determinate esigenze che possano avere manifestazione nel corso del rapporto.

Particolarmente indicativo, seppur remoto, potrebbe essere considerato il caso in cui, a contratto in corso, la gestione si dimostri sempre meno profittevole, tanto che la modifica della destinazione, o del tipo di attività esercitata, potrebbe rendersi opportuna se non necessaria, prendendo in considerazione l'ipotesi di voler dar seguito ad un'azione riconversione dell'attività stessa.

Pur vero, che in tale evenienza, si assisterebbe ad un pressoché totale azzeramento dei valori di avviamento, con gravi conseguenze per l'affittante, dovendosi registrare non solo il ridimensionamento delle potenzialità aziendali, ma anche il pregiudizio della clientela e dell'immagine e buon nome dell'azienda.

²¹⁷ Sul punto, si veda, D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", cit., p. 98.

Laddove invece sia posta come clausola, in termini più generici e non condizionata a specifiche circostanze all'interno del contratto, la richiesta di modifica della destinazione potrebbe, invece, anche fungere da espediente al fine di celare eventuali inefficienze da parte dell'affittuario, a cui potrebbe aggiungersi l'ulteriore tentativo di quest'ultimo, di divincolarsi dagli obblighi contrattuali che prevedono un riesame dei valori di avviamento al termine del contratto.

Ne consegue che la modifica della destinazione potrà essere concessa dall'affittante, ma solo a condizione sia stato preventivamente posto in essere un accertamento accurato delle cause allo scopo di scongiurare conseguenze più gravose, come d'altro canto, se si volesse perseguire per tramite del concedente, un'attività di riposizionamento dell'azienda, derivante dalla modificazione tecnologica che abbia, nel frattempo, reso obsoleto il complesso dei beni strumentali aziendali, suggerendo di intraprendere altre linee produttive.

Ma, laddove a seguito di detto accertamento, emergessero responsabilità dirette da parte dell'affittuario per aver anzitempo decrementato i valori aziendali, allora in tal caso l'affittante potrà chiedere oltre la risoluzione del contratto anche il risarcimento del danno, invocando la clausola contrattuale che prevede l'impegno ad osservare le norme di buona tecnica e corretto esercizio dell'attività imprenditoriale.

3.2.3 La conservazione dell'efficienza dell'organizzazione degli impianti e la normale dotazione delle scorte.

L'art. 2561 c.c. al secondo comma, stabilisce chiaramente, che la gestione da parte dell'affittuario, debba perpetrarsi «*conservando l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte*».

Tale aspetto merita più che mai un'attenzione particolare ed un approfondimento in chiave economico-aziendale, poiché tale disposizione in parola, solleva non poche perplessità su questioni tecniche e di carattere interpretativo.

In prima istanza, occorrerà individuare il significato e la portata di tale disposizione, richiamando il significato del concetto di efficienza, e come questo, qualificabile come «particolare capacità costante di rendimento e di rispondenza alle proprie funzioni»²¹⁸, rimandi al rapporto tra mezzi e risorse impiegati e risultati conseguiti da parte di un detto complesso economico.

Peraltro, nell'ambito del controllo di gestione, tale concetto risulterà strettamente legato anche al concetto di efficacia, per la verifica degli obiettivi effettivamente raggiunti e quelli pianificati, nonché al concetto di economicità, come criterio di scelta razionale, per il perseguimento dell'equilibrio economico istituzionale.

Si dovrebbe presumere a questo punto, non solo che il concetto di efficienza dovrebbe essere applicato in maniera unitaria ai mezzi e alle risorse dell'intero complesso aziendale, e non già unicamente all'organizzazione degli impianti come il Legislatore suggerisce, ma ci si potrebbe chiedere anche, perché invece questi nulla disponga, sul mantenimento dell'efficienza delle attrezzature o dei mobili, che di certo in termini generali andrebbero giustamente considerati.

Discorso analogo potrebbe essere affrontato per le scorte, ovvero in concreto, cosa voglia dire mantenerne un livello di “normale dotazione”, laddove fosse sufficiente basarsi unicamente su andamenti storici, o sui dati di settore, ovvero ancora su livelli di *best practise*.²¹⁹

È chiaro come non sia facile rispondere in maniera univoca, quanto è vero la locuzione del Legislatore è stata interpretata dalla dottrina²²⁰ in maniera pressoché atecnica, considerando in primo luogo, l'impossibilità di codificarla in senso letterale, ed in secondo luogo, presupponendone una *ratio* equitativa, riferita all'azienda come complesso di un sistema dinamico e interrelato di parti interdipendenti, nel quale l'intento normativo sia quello di considerare l'efficienza degli impianti e la normale dotazione di scorte non nella loro individualità, ma in quanto fattori produttivi impiegati all'interno di un sistema.

²¹⁸Cfr. L. MARCHI, “Introduzione all'economia aziendale”, VII ed., Giappichelli, Torino, 2009, p. 383.

²¹⁹ Cfr. F. BAVAGNOLI, “L'affitto d'azienda: profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile”, Giuffrè, Milano, 2006, p. 36.

²²⁰ Sul punto si veda, A. MUSAIO, “L'economia dell'azienda in «affitto», profili istitutivi e contabili”, Giuffrè, Milano, 1995, p. 63.

In questi termini, il vero obbligo dell'affittuario coinciderebbe, in forza del fine equitativo rilevato, nel mantenere in senso lato il “valore” dell’azienda, e di gestirla conservandone almeno «*l’originaria capacità di conseguire il risultato per cui è stata organizzata, sia per ciò che concerne le componenti materiali, che quelle immateriali*». ²²¹

Più che di mantenimento dell’efficienza relativa a singole componenti, sarebbe più calzante ed adeguato sostantivare l’obbligo del mantenimento dei valori aziendali in termini di “*valore del capitale economico*”, il quale, ancora una volta, parrebbe essere maggiormente conciliante ed espressivo di ciò che di fatti venga richiesto al concedente di salvaguardare con la gestione.

Nell’assicurare il concreto esercizio dell’attività imprenditoriale, sussisterà l’obbligo per affittuario di utilizzare congiuntamente i fattori produttivi, non solo relativamente ai i beni strumentali, ma anche di impiegare il personale dipendente, di avvalersi di collaboratori, ovvero astrattamente, di porre in essere quel complesso di operazioni di gestione in modo tale da garantire che l’azienda non cessi di essere un complesso funzionante, avendo riguardo alla circostanza che detti fattori vengano impiegati per lo scopo per il quale l’azienda è stata costituita.

Alla luce di quanto argomentato, si rende fondamentale definire concretamente l’insieme delle operazioni di gestione che possano definirsi “consentite” o meno da parte dell’affittuario, astrattamente idonee a garantire detta “efficienza”, ravvisandone l’essenza sia nell’impianto normativo di riferimento, che nella regolazione dei rapporti fra le parti.

Con riferimento ai beni strumentali, parrebbe conforme all’essenza del dettato normativo del secondo comma dell’art. 2561 c.c., anche ricomprendere l’ammodernamento o il rinnovamento degli impianti.

Da un lato, la conservazione dell’efficienza presuppone di per sé la funzionalità dei beni strumentali e degli altri fattori aziendali in relazione al fine produttivo, altrimenti non raggiungibile se dette componenti per effetto del deperimento fisico-tecnico o economico, non siano più in grado di generare utilità.

²²¹ Cfr. D. BONDAVALLI, “*L’affitto d’azienda*”, 2007, cit., p. 14.

D'altra parte, a norma di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 1176 c.c. ove sussiste l'obbligo da parte dell'affittuario di svolgere l'attività con la diligenza del "buon imprenditore", sarebbe da ritenersi naturale che nella normale gestione dell'azienda, quest'ultimo non solo sia tenuto a provvederne alla modernizzazione, ma laddove si rendesse necessario, anche alla sostituzione, facendosi carico sia delle spese ordinarie, che di quelle straordinarie, solo se contrattualmente previsto in tale ultima ipotesi.

Avendo riguardo a quest'ultimo aspetto, anzitutto, parrebbe opportuno richiamare le disposizioni contenute nell'art. 1621 c.c. riferibili all'affitto in generale, secondo le quali al locatore spetterebbero a sue spese gli interventi carattere straordinario, mentre al conduttore spetterebbero quegli interventi di manutenzione ordinaria.

Il *discrimen* tra le spese di manutenzione ordinaria che l'affittuario dovrà sostenere e quelle di natura straordinaria, da cui è esentato, non è sempre facilmente identificabile, in quanto non sono fissati dal codice civile criteri validi in assoluto.

Anche se, in linea di principio, per manutenzioni ordinarie dovranno intendersi quelle spese di piccola dimensione normalmente prevedibili, come risultato del deterioramento dei fattori aziendali conseguente al loro utilizzo, mentre le riparazioni di carattere straordinario potrebbero essere considerate, secondo autorevole dottrina²²², quelle a scopo incrementativo del valore del bene che possano contribuire a migliorarne «l'efficienza, la produttività, ovvero anche il periodo di utilizzo».

Tuttavia, considerando che il potere-dovere gestorio riconosciuto all'affittuario, non possa prescindere dalla conservazione dell'efficienza, dovendo ricomprendere nella "normale" gestione, anche le spese di ammodernamento o di sostituzione degli impianti, si potrebbe arrivare a sostenere che all'affittuario perterranno tutte le spese di rinnovo o sostituzione degli impianti che siano necessarie a mantenere la funzionalità dell'azienda nel suo complesso.

Di converso, al locatore saranno direttamente imputabili quelle spese di manutenzione straordinaria, che si rendano tali, proprio riferendosi alla relazione esistente con la sola attività di conservazione dei cespiti aziendali, esulando, dunque, dai normali oneri di conservazione della "destinazione economica" del complesso originariamente affittato,

²²² Cfr. D. BONDAVALLI, *op.*, cit., p. 15.

quali a titolo esemplificativo, quei costi sostenuti per il mutamento dell'oggetto principale della produzione.

Ad ogni modo, va tenuto conto che qualora l'esecuzione delle riparazioni ordinarie per l'affittuario determinino una perdita «[...] superiore a un quinto del reddito annuale, o, nel caso di affitto non superiore a un anno, al quinto del reddito complessivo [...]», a mente del disposto dell'art. 1622 c.c., verrà riconosciuto il diritto in capo a quest'ultimo di chiedere una decurtazione del canone in relazione alla diminuzione del reddito, ovvero anche la risoluzione del contratto, avendo sempre riguardo alla gravità delle circostanze che ne giustifichino lo scioglimento, come quando a questi sia di fatto impedito di utilizzare l'azienda nel suo complesso, o sia impossibilitato all'uso di un cespite essenziale per l'attività.

In ogni caso, sebbene la regola generale per la suddivisione delle spettanze inerenti le riparazioni sia dettata dall'art. 1621 c.c., è buona norma che le parti lo stabiliscano espressamente in sede contrattuale per evitare il potenziale ingenerarsi di contrasti.

A tal riguardo, in piena autonomia negoziale, si potranno ipotizzare soluzioni differenti. Laddove si volesse espressamente stabilire che la totalità delle spese di manutenzione e riparazione vengano sostenute *in toto* dal locatore, allora si renderà necessario tenerne conto nella fissazione del canone d'affitto in misura incrementativa, considerando i potenziali rischi gravanti dal sostenimento di tali oneri.

Mentre dal lato diametralmente opposto, potrà essere stabilito che tali oneri siano di spettanza esclusiva del soggetto affittuario, in capo al quale, al termine del rapporto e con consenso sempre espresso in forma scritta dall'affittante, sorgerà il diritto di vedersi riconosciuto un conguaglio a titolo di indennizzo, che tenga conto anche delle migliorie apportate al complesso.

Forse tale seconda ipotesi si renderebbe preferibile, poiché di frequente, quei complessi aziendali di considerevoli dimensioni, i quali a seconda del tipo di attività, necessitano di impianti, attrezzature, automezzi o altri beni strumentali, soggetti per loro stessa natura, a manutenzioni e riparazioni frequenti se non anche programmate, e di ingente entità, va tenuto conto che a questi si associa sempre e comunque un "parziale rinnovamento".²²³

²²³ Cfr. D. BALDUCCI, "L'affitto d'azienda", 2007, cit. p. 103.

Ed invero, proprio in virtù di quest'ultimo aspetto, si potrebbe arrivare a sostenere che, se alla lettera una riparazione come quella appena descritta debba intendersi come “ordinaria” ed al contempo migliorativa, non potrà che non essere anche in minima parte espressiva dei valori di avviamento del complesso, al pari di una manutenzione di carattere straordinario che esuli dalla mera conservazione.

Alla luce di quanto affermato, se si sostiene che il vero obbligo dell'affittuario, sia in via generale quello del mantenimento della funzionalità del complesso e del suo “valore” in senso lato, non solo una manutenzione di carattere straordinario potrebbe servire per garantire l'integrità dei valori di avviamento, ma anche una riparazione “ordinaria” potrebbe parzialmente incidere sul grado di economicità del complesso.

Dato il labile confine tra le due fattispecie, se si ragionasse in sede di conguaglio in termini di valore del capitale economico all'inizio e al termine, forse ci si potrebbe anche esimere dal tentativo di declinarne una puntuale suddivisione, stabilendo al termine dell'operazione il riconoscimento di un valore a titolo di conguaglio in cui vengano ricompresi anche tutti gli interventi, ordinari e straordinari, che abbiano simultaneamente contribuito al mutamento della consistenza del capitale ed inciso anche sulle capacità dell'azienda di generare reddito in ottica prospettica.

In senso analogo potrebbe essere affrontata la questione del trasferimento da parte dell'affittuario di beni strumentali verso terze economie, ad eccezione di quelli per i quali sussistano limitazioni poste dalla legge, come nei casi di beni mobili registrati o immobili registrati (rispettivamente nel “*Pubblico Registro Automobilistico*” nella “*Conservatoria Dei Registri Immobiliari*”), per i quali è necessario l'intervento del proprietario, ovvero previste dall'inserimento di apposite clausole contrattuali, al fine di non integrare gli estremi della violazione dell'obbligo stabilito dall'art. 2561 c.c., secondo comma.

Per altro verso, lo stesso discorso potrebbe valere anche quando sia l'affittuario stesso a procedere all'acquisizione di nuovi beni necessari al funzionamento dell'impresa, i quali a loro volta, entrando a far parte del complesso aziendale, al termine del rapporto, verranno consegnati all'affittante e ricompresi nella sua sfera di disponibilità, incidendo ovviamente sulla misura del conguaglio.

Particolarmente controversa risulta anche l'interpretazione della norma al secondo comma dell'art. 2561 c.c., che dispone l'obbligo per l'affittuario di mantenere la normale dotazione di scorte.

Ciò che preme sottolineare, considerando che non solo possa ritenersi particolarmente difficoltoso definire in maniera concreta ed univoca quando un livello di scorte possa dirsi “normale”, ma anche determinare su quali basi di partenza tale quantitativo debba essere individuato, che porti a giustificare un certo livello di giacenze in magazzino in condizioni di normale gestione, è che l'esegesi della norma a cui si associa l'obbligo di mantenimento di detta dotazione, debba risiedere anche in tale occasione nella condizione più generale imposta al concedente di conservare in senso lato il valore del complesso aziendale in funzionamento, il quale, ai fini della preservazione dell'integrità del capitale, dovrà ricomprendervi anche la gestione delle scorte.

Partendo da questo presupposto, potremmo giungere a considerare un approccio sostanziale ricavato dalla prassi²²⁴, secondo il quale per le “consistenze di inventario” costituite da materie prime, sussidiarie, di consumo, semilavorati, prodotti finiti, e merci, si ritiene che il secondo comma dell'art. 2561 c.c. sia volto essenzialmente ad escludere l'ipotesi che alla scadenza, venga restituita un'azienda con una dotazione di scorte carente, o particolarmente eccessiva, dal momento che tale circostanza potrebbe rivelarsi pregiudizievole per il proprietario, che riprendendo l'attività, intenda continuarla oppure alienarla presso terzi.

Considerando le due ipotesi agli estremi, se a titolo esemplificativo si facesse riferimento ad un'impresa industriale che per sua natura, all'interno del processo produttivo necessiti di una repentina e sistematica sostituzione dei fattori, parrebbe chiaro che questa debba disporre anche di scorte adeguate di materie prime, sussidiarie e di consumo, sia per poterne correttamente disporre, sia per garantire la continuazione della produzione, impostando adeguatamente il cd. “ciclo tecnico”.

²²⁴ Sul punto si veda, D. BALDUCCI, *op.*, cit., pp. 103-104.

L'elevata rotazione del magazzino, in mancanza di un corretto reintegro, assevererebbe l'ipotesi di restituzione dell'azienda al termine dell'affitto con scorte pressoché inesistenti, rendendo necessario il sostenimento di ingenti costi di approvvigionamento, magari a prezzi anche più elevati.

Dal lato opposto, potrebbe anche verificarsi, specie prendendo come riferimento un'azienda commerciale, al dettaglio o all'ingrosso, che la gestione dell'affittuario abbia determinato un accumulo eccessivo di scorte, parte delle quali potrebbero rivelarsi di difficile smaltimento, perché corrispondenti a beni deperibili, o anche fuori moda, che finiranno inevitabilmente per deprezzarsi.

Per evitare il potenziale ingenerarsi di dette spiacevoli circostanze, potrebbe essere utile stabilire contrattualmente dei criteri per quantificare gli "scostamenti di scorte"²²⁵ prevedendo ad esempio che l'affittuario si obblighi a riconsegnare l'azienda con una dotazione di scorte che non ecceda il 10% del valore iniziale ed indicando allo stesso tempo determinati criteri per la valorizzazione, o al termine del rapporto, oppure prevedendo degli inventari periodici, cosicché le eventuali differenze positive o negative potranno essere conguagliate in denaro alla cessazione del rapporto, sulla base, come prassi suggerisce, dei valori di mercato delle giacenze.

In definitiva, volendo considerare congiuntamente il mantenimento dell'efficienza e della conservazione degli impianti nonché la normale dotazione di scorte, potremmo giungere alla conclusione che al soggetto affittuario, spetti l'obbligo sia di trasformare, che di alienare e ricostruire le scorte di materie prime, nonché di sostituire gli impianti non più efficienti o tecnicamente superati e, in linea generale, tutti quegli elementi aziendali, ma sempre allo «scopo di conservare il valore dell'avviamento» e garantire «la prospettiva di conservazione dell'azienda».²²⁶

²²⁵ Cfr. D. BALDUCCI, *op.*, cit., *ibidem*.

²²⁶ Cfr. F. LA ROSA, "Le operazioni straordinarie temporanee e di cessazione delle aziende", Giuffrè, Milano, 2010, p. 55.

3.2.4 *La conservazione dell'efficienza per il conguaglio di fine affitto sulle differenze inventariali.*

Alla luce di quanto argomentato, potrà convenirsi che la disposizione del Legislatore al secondo comma dell'art. 2561 c.c., relativa alla conservazione dell'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e delle normali dotazioni di scorte, sia volta essenzialmente a sostantivare l'obbligo astratto per il soggetto affittuario di mantenere inalterato il valore dell'azienda nella sua interezza e di preservarne la capacità di conseguire il risultato per cui il complesso è organizzato.

D'altra parte, è stato più volte sottolineato da autorevole dottrina²²⁷ che tale disposizione relativa alla conservazione dell'organizzazione, in realtà dovrebbe essere letta ed interpretata unitamente alla previsione dettata dal Legislatore al quarto comma del medesimo articolo, relativamente al regolamento delle differenze inventariali, poiché solo contemperando tale aspetto potrà acquisire concretezza e significato.

Nello specifico, si è osservato che l'obbligo astrattamente posto al conduttore di conservare detti valori tramite il mantenimento del livello di efficienza aziendale, in realtà, in assenza della previsione relativa al conguaglio al termine della vicenda, costituirebbe un'obbligazione piuttosto debole, potendosi risolvere essenzialmente nel potere-dovere di gestione da parte di quest'ultimo nel mero rispetto della destinazione economica e nella riconsegna del complesso in una situazione di funzionamento.

Mentre invece, se l'onere del mantenimento dei livelli di efficienza aziendale e dei livelli di dotazione delle scorte fosse considerato nell'ottica del conguaglio di fine affitto, da dover percepire o corrispondere, l'obbligo in questione parrebbe assumere una valenza concreta, nella misura in cui entrino in gioco gli interessi del soggetto affittuario di non dover pagare una somma a titolo di indennizzo.

Solo allora potrà nascere l'esigenza effettiva di mantenere integro il valore dei cespiti aziendali, comprensivo, delle spese di manutenzione e di sostituzione nonché della misura delle giacenze in sede di riconsegna.

²²⁷ Cfr. F. BAVAGNOLI, "L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile", 2006, cit., p. 36 e ss.

Parrebbe chiaro a questo punto l'esigenza di collegare le disposizioni del secondo comma dell'art. 2561 c.c. e quelle del quarto comma dello stesso, in quanto potrebbe risultare difficile negare, almeno in parte, che l'adempimento di detti obblighi non possa non dipendere, quanto meno come misura deterrente ed a scopo dissuasivo, dalla presenza e dalla regolazione del conguaglio, prevista per entrambe le parti.

L'esistenza del legame tra l'obbligo di cui all'art. 2651 comma. 2, ed il conguaglio di cui al quarto comma, risulta rinfrancato non solo da quanto argomentato in dottrina²²⁸, laddove si è rimarcato che *«la prescrizione del conguaglio di fine affittanza, evidentemente, deve essere interpretata alla luce dell'obbligo imposto all'affittuario [...] in merito al mantenimento dell'efficienza, o meglio, in merito al mantenimento del valore dell'azienda affittata»*, ma anche avendo riguardo alla prassi contabile di riferimento per la rilevazione degli ammortamenti, in questa sede solo accennata.

Invero, gli ammortamenti relativi ai beni strumentali dell'azienda affittata, possono essere sia calcolati²²⁹ che dedotti²³⁰ dall'affittuario, solamente qualora non si decida di derogare dall'onere del mantenimento dell'organizzazione e dell'efficienza degli impianti, mentre se disposto diversamente, il calcolo e la deduzione saranno a carico del locatore.

Ma la natura di detti ammortamenti che l'affittuario rileverebbe, qualora a questo spettasse l'onere del mantenimento dell'efficienza del complesso, assume un significato differente dalla rilevazione classica ed ordinaria per i beni di proprietà, stante l'obbligo di istituire non un fondo ammortamento, ma un fondo per oneri futuri, e più precisamente, *“Fondo per manutenzione e ripristino dei beni gratuitamente devolvibili e dei beni d'azienda ricevuti in affitto”*, il quale secondo autorevole dottrina²³¹, assolverebbe ad una sorta di *“risarcimento del danno”* derivante dalla perdita di valore per deperimento e

²²⁸ Cfr. A. MUSAIO, *op.*, cit., p. 69.

²²⁹ A riguardo si veda, OIC. 31 – *“Fondi per Rischi e oneri e trattamento di fine rapporto”*, dicembre 2016, ove le quote di ammortamento debbano essere imputate alla voce B4 “altri”, come *“Fondi per manutenzione e ripristino dei beni gratuitamente devolvibili e dei beni d'azienda ricevuti in affitto”* in www.fondazioneoic.eu

²³⁰ Si sta facendo riferimento all'art. 102 c. 8, D.P.R. 917/86 (TUIR) - *Ammortamento dei beni materiali. (ex art. 67)* - ove si legge che *«Per le aziende date in affitto o in usufrutto le quote di ammortamento sono deducibili nella determinazione del reddito dell'affittuario o dell'usufruttuario [...] Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano nei casi di deroga convenzionale alle norme dell'articolo 2561 del codice civile, concernenti l'obbligo di conservazione dell'efficienza dei beni ammortizzabili.»*

²³¹ Cfr. F. DEZZANI, *“Affitto d'azienda: calcolo degli ammortamenti ed iscrizione in bilancio”*, in Il fisco n.25/1989, in nota di F. BAVAGNOLI., *op.*, cit., p. 39.

consumo relativa ai cespiti durante il periodo di affitto, che l'affittuario sarà tenuto a corrispondere al proprietario a titolo di conguaglio al momento della riconsegna.

In tale prospettiva, risulterà agevole avvedersi di come anche tale aspetto sia da ricomprendersi nel concetto conservazione dell'efficienza dell'organizzazione degli impianti, e pertanto, di come questo a sua volta risulti inscindibilmente connesso e vincolato alla previsione del conguaglio, sostantivandone l'aspetto economico, in mancanza del quale sarebbe privo di contenuto e di significato.

Addentrandosi nello specifico del dettato del Legislatore, relativamente al quarto comma dell'art. 2561 c.c., viene previsto, che *“La differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto”* o affitto in questo caso.

Tenendo a mente quanto già presentato nel secondo capitolo dell'elaborato²³², sull'esigenza di addivenire ad una stima del valore del conguaglio calcolata in termini di “valore del capitale economico” all'inizio e al termine, in modo tale da permettere alle parti di ricomprensere quelle componenti immateriali a titolo di avviamento, in cui riassumere le capacità reddituali presenti e prospettive dell'impresa, e nel non disattendere la volontà del Legislatore, che espressamente novella di inventario a “valori correnti”, volendo prescindere per un attimo dalla componente di avviamento e considerare più strettamente il concetto della conservazione dell'efficienza aziendale, potremmo trasporre tale concetto mediante una breve relazione.²³³

Dal punto di vista del soggetto affittuario, il conguaglio risulterà pari alla sola differenza tra:

$$C = V^o - V^f$$

Dove:

C = conguaglio;

V^o = valore dell'inventario iniziale;

V^f = valore dell'inventario finale.

²³² Si veda *supra*, CAP II (§2.2).

²³³ Si veda, F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 40.

Ragionando in questi termini, il valore dell'inventario finale (V^f) sarà pari ai valori nominali correnti degli elementi del patrimonio aziendale al termine del contratto, mentre non vi è stata in dottrina, una parità di vedute su come debba invece calcolarsi il valore iniziale (V^o), ove si sono essenzialmente distinti tre diversi approcci:

- 1) conservazione delle *quantità*;
- 2) conservazione delle *quantità* e delle *qualità*;
- 3) conservazione del *valore*.

Secondo la *prima teoria*²³⁴, il conguaglio verrebbe semplicemente calcolato sulla base delle variazioni della “consistenza numerica” dei beni inventariati all'inizio e al termine del contratto, non considerando la diminuzione o incremento di valore che quei beni sottoposti ad usura od a rinnovamento, abbiano subito nella gestione da parte dell'affittuario.

In modo tale, stante l'irrilevanza del valore dei cespiti la quale non darà origine ad oneri a carico delle parti, per l'affittuario l'indennizzo da corrispondere o da ricevere, si baserà solamente sulla presenza di dette componenti al netto di dismissioni od immissioni.

Ovviamente, il presupposto su cui poggia questa teoria, peraltro superata, è che del deperimento e del logorio dei beni debba rispondere unicamente il proprietario, che sarà tenuto a rilevarne l'ammortamento anche nel corso dell'affitto, mentre in capo al soggetto affittuario sorgerà unicamente un credito o un debito nei confronti del locatore, a fronte rispettivamente di immissioni e dismissioni.

²³⁴ Tra i principali sostenitori si veda, A. DE MARTINI, “*L'usufrutto d'azienda*”, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 434 e ss. in F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 41.

Oltre che per il fatto che tale tesi risulti contraria all'impostazione della dottrina dominante²³⁵, in merito al logorio e deperimento dei beni aziendali, in quanto si prevede che questi debbano essere a carico dell'affittuario, anche la giurisprudenza di Cassazione²³⁶ si è espressa contrariamente, sostenendo che le differenze di inventario debbano rispondere ad un criterio qualitativo di determinazione, non solo quantitativo, in mancanza del quale, qualora non venisse tenuto conto, tanto del deperimento fisico dei cespiti, quanto della valutazione delle scorte e delle poste del circolante, si ingenererebbero inevitabilmente degli effetti distorsivi e pregiudizievoli dell'equità della misura del conguaglio.

Ciò porta a considerare il *secondo approccio*, che basandosi sulla congiunta conservazione delle *quantità* e delle *qualità*, richiede che la valutazione degli elementi presenti nell'inventario iniziale sia da effettuarsi riferendosi al valore corrente degli stessi elementi, ma alla fine del contratto, e dunque, tenendo conto del loro stato d'uso e della qualità rilevate ad inizio affitto.

Sebbene questa impostazione abbia riscosso particolare successo in dottrina²³⁷, in realtà comporterebbe delle implicazioni non di poco conto ai fini della determinazione del conguaglio.

In primis, per i beni presenti nell'inventario iniziale e non più presenti in quello finale, potrebbe rendersi difficoltosa una stima del loro valore corrente in un momento successivo, come quello dell'inventario finale, poiché non è raro supporre che non siano più osservabili sul mercato beni con caratteristiche simili, o gli stessi potrebbero non essere più commercializzati, finendo inevitabilmente ed ancora una volta, per favorire

²³⁵ Cfr. G. AULETTA, "Logorio e perimento dei beni nell'usufrutto d'azienda", in "Rivista delle società", 1967, p. 8, in senso analogo G. E. COLOMBO, "L'azienda e il mercato", in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale*, III Vol., CEDAM, Padova, 1979, pp. 269 e ss., note in F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 43.

²³⁶ In tal senso, Corte di Cassazione, Sezione III., Civile, Sent., 28 gennaio 2002, n. 993, ove si afferma che «la differenza tra le consistenze di inventario all'inizio e al termine dell'affitto, è la misura degli elementi che, nella loro entità e nel loro modo di essere strutturano l'azienda nel momento di estinzione del rapporto, rispetto a quelli che, nel loro insieme, componevano l'azienda, all'inizio del rapporto. Tale differenza non è solo quantitativa, ma anche qualitativa, cioè relativa non solo all'entità, ma anche al modo di essere degli elementi strutturali dell'azienda».

²³⁷ Tra i più ferrei sostenitori, si vedano, G. AULETTA, "Logorio e perimento dei beni nell'usufrutto d'azienda", 1967, p. 8; G. E. COLOMBO, "L'azienda e il mercato", 1979, cit., p. 273, in nota di F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 45.

l'affittuario, qualora questi ne abbia realizzato il valore in tempi particolarmente prossimi all'inizio della sua gestione.

In aggiunta, per ciò che concerne i cespiti aziendali, secondo tale impostazione, premettendo che l'ammortamento venga rilevato dal soggetto affittuario, la variazione di valore dei beni aziendali verrebbe innanzitutto considerata a prescindere dall'operato di quest'ultimo, implicando che l'obsolescenza degli stessi andrebbe in ogni caso a favorire il locatore gravando sul concedente.

Considerando unicamente le quantità e le qualità dei beni inventariati, a prescindere dalla variazione di valore che questi potrebbero subire durante la gestione, la valutazione di quest'ultimi, quantificati unicamente in ottica di funzionamento e avendo riguardo del solo deperimento fisico, potrebbe pervenire anche ad una stima iniqua per il locatore in sede di conguaglio.

Invero, laddove questi si siano invece rivalutati, l'affittante potrà richiedere la corresponsione della somma corrispondente al solo valore residuo di utilizzo, rinunciando ai maggiori valori che gli sarebbero invece spettati a seguito di detta rivalutazione.

Ne segue che, sebbene tale approccio sia in linea con il tenore letterale della norma, in tali casi potrebbe condurre a delle stime fuorvianti a vantaggio o a scapito di una delle due parti.

Per questo, si ritiene maggiormente preferibile, il *terzo metodo* proposto dalla dottrina²³⁸, che ci spinge anche in questa sede, a richiamare quanto già affrontato sulla necessità di privilegiare la *conservazione del valore* dell'azienda, intesa in senso unitario.

Assumere come ratio del disposto del quarto comma dell'art. 2561 c.c., la "conservazione del valore dell'azienda", significa garantire una tutela al locatore non in senso apparente basato sul concetto delle quantità e qualità dei beni aziendali, in realtà anche privo di interesse per quest'ultimo, ma in concreto sul valore dei beni aziendali facenti parte dell'azienda inteso come complesso funzionante.

Ancor di più avendo riguardo al dettato della norma che prevede che le differenze di inventario debbano essere regolate in danaro, allora più che mai si ritiene necessaria la determinazione di un "valore unico" espresso in termini monetari e non di consistenze quali-quantitative.

²³⁸ Si sta facendo riferimento alla teoria proposta da, A. MUSAIO, *op.*, cit., p. 63.

Ciò è corroborato dal fatto che anche la scelta semantica del Legislatore, ove al quarto comma novella di “consistenze”, non rimandi solo ad un concetto di quantità e di qualità dei beni, bensì indirettamente sottintende la quantificazione di un “valore”.

Peraltro tale concetto risulta rinfrancato anche dalla giurisprudenza di Cassazione²³⁹, ove ai fini della determinazione del conguaglio si ritiene «fondamentale [...] l'esistenza in concreto di un inventario iniziale e [...] la specificazione della relativa consistenza in termini monetari, ai fini della determinazione degli importi dovuti dall'affittuario».

Secondo tale approccio, la differenza tra le consistenze di inventario di inizio e fine affitto, da regolare in denaro sulla base dei valori correnti al termine, potrà essere desunta dalla seguente relazione²⁴⁰:

$$C = [V^o * (1 + \pi)] - V^f$$

Dove:

C = conguaglio;

V^o = valore corrente dell'inventario iniziale calcolato alla data di *inizio* affitto;

V^f = valore corrente dell'inventario iniziale calcolato alla data di *fine* affitto;

π = tasso di inflazione cumulata dall'inizio alla fine dell'affitto.

Giova ricordare, che momentaneamente si sta prescindendo dall'inserimento della componente di avviamento nel calcolo, il cui eventuale inserimento non inficia detta modalità di calcolo, in forza della quale, dal lato operativo sarà necessario:

1. calcolare il valore corrente, alla data di inizio contratto, dei beni presenti nell'inventario iniziale;
2. calcolare il valore corrente, alla data di fine contratto, dei beni presenti nell'inventario finale;
3. applicare i coefficienti di rivalutazione ISTAT al primo addendo per renderlo omogeneo al secondo.

²³⁹ *Ibidem*, Cass. Sentenza 28 gennaio 2002 n. 993.

²⁴⁰ Fonte: F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 50.

In prima istanza, la preferenza accordata a tale approccio, sarà da riscontrarsi nella capacità di elisione di quegli effetti distorsivi scaturenti dall'applicazione del metodo della conservazione delle quantità e qualità, cosicché l'omogeneizzazione dei valori correnti di inizio a quelli a termine, tramite l'applicazione dei coefficienti di rivalutazione ISTAT, permetterebbe di superare quelle iniquità rilevatesi a seguito di potenziali rivalutazioni, altrimenti indifferenti se si prescindesse degli incrementi di valore per cause esogene all'attività del conduttore, come ad esempio a seguito della rivalutazione di alcuni immobili locati per effetto di una potenziale riqualificazione di un area urbana.

In secondo luogo, il metodo in questione sarebbe da considerarsi il più appropriato, per la natura degli inventari che vengono richiesti, redatti dunque, in ottica di cessione, ed in funzione di quel "doppio scambio ideale"²⁴¹ dell'azienda a pronti e a termine, da un lato, discostandosi dal tenore strettamente letterale della norma di cui al quarto comma dell'art. 2561 c.c. privilegiandone la sostanza economica, e dall'altro, ponendosi come perfetta sintesi di rappresentazione del valore dell'azienda nel suo complesso, o per meglio dire, del valore del capitale economico del complesso.

²⁴¹ Cfr. A. MUSAIO, *op.*, cit., pp.72-73.

Da ultimo, in forza dell'autonomo potere regolamentare delle parti, non sussistendo alcun obbligo di legge in questione, ma nemmeno nessun limite laddove queste vogliano comunque ricomprendere i valori e le variazioni di avviamento ai fini del conguaglio, (ma non tra gli elementi dell'inventario iniziale e finale)²⁴², si renderà allora necessaria la predisposizione di due inventari di cessione volti a rappresentare il capitale economico dell'azienda oggetto di affitto, all'inizio e al termine, sempre con la metodologia già presentata e che più a tal fine si presta, ovvero del *metodo misto con stima autonoma dell'avviamento*, calcolando così:

1. il valore del capitale economico (W) alla data di inizio del contratto sulla base delle informazioni disponibili;²⁴³
2. calcolare il valore del capitale economico (W) alla fine del contratto
3. applicare i coefficienti di rivalutazione ISTAT, per rendere omogeneo il valore del primo addendo al secondo.

Tutto ciò, prestando particolare attenzione alla specifica pattuizione dei criteri per la valutazione del capitale economico ad inizio e termine, soprattutto per l'adattamento dei parametri ove previsto, esplicitandoli come prassi vuole, in specifico allegato al fine di evitare possibili vertenze, possibilmente anche demandandone la determinazione ad un soggetto esterno ed indipendente, e da ultimo, ma non per importanza, non dimenticando di disciplinare il sistema di indennizzi²⁴⁴ per il suo decremento o incremento.

²⁴² Questo perché è uniforme parere e consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che «l'avviamento, costituendo una qualità dell'azienda, non può farsi rientrare tra le consistenze che costituiscono, invece elementi (materiali e immateriali) della sua struttura, e non fruisce, perciò della indennizzabilità, prevista dall'ultimo comma dell'art. 2561 c.c. (solo) per gli incrementi di queste ultime prodotti [...] dall'affittuario» Cass. Civile, Sez. I, sentenza 20 aprile 1994.

²⁴³ Cfr. A. MUSAIO, *op.*, cit., p. 86, poiché la stima dovrà essere tempestivamente calcolata ed in un momento non troppo lontano dalla data di riferimento, e non *a posteriori* o alla fine dell'affitto, onde evitare discrepanze valutative derivanti dall'andamento dell'azienda, successivo alla consegna iniziale, in tal senso F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 56.

²⁴⁴ A tal fine, nella prassi si è soliti inserire la seguente clausola: «L'affittuario opererà cercando di migliorare ed incrementare la produttività aziendale con i mezzi che riterrà più efficaci. In tal caso si conviene che all'affittuario venga corrisposto un compenso a titolo di incremento dell'avviamento determinatosi durante la sua gestione, non superiore all'80% dell'incremento registrato. Qualora, alla scadenza del contratto, venga, invece, accertata una diminuzione dell'avviamento originariamente determinato, la differenza è posta a carico dell'affittuario in sede di conguaglio finale.» Cfr. D. BALDUCCI, *op.*, cit., p. 105.

3.3 Gli oneri di forma e di pubblicità.

La previsione del Legislatore inerente la *forma* del contratto, in riferimento alle imprese soggette a registrazione ai sensi dell'art. 2556, comma. 1, c.c., stabilisce che i contratti aventi ad oggetto il godimento dell'azienda debbano essere *provati* per iscritto.

In tal senso recita il primo comma dell'art. 2556 c.c. ove previsto che «*per le imprese soggette a registrazione i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda devono essere provati per iscritto, salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto.*»²⁴⁵

Sebbene si sia discusso in dottrina, se la norma si riferisca al trasferimento di un diritto reale di godimento sull'azienda, come l'usufrutto, o personale, come l'affitto, si ritiene, come opinione consolidata ²⁴⁶che il dettato legislativo non faccia alcuna distinzione fra i contratti che trasferiscono diritti reali e quelli che concedono diritti personali di godimento, cosicché anche il contratto di affitto di azienda, dovrà essere provato per iscritto in applicazione della suddetta disposizione.

Osservando con particolare attenzione il novellato del Legislatore recato al primo comma, potremmo già avvederci del fatto di come questi, in realtà, non imponga l'adozione di forme particolari per la validità tra le parti del perfezionamento di un accordo avente ad oggetto il trasferimento di un complesso aziendale, nonché per la cessione del godimento dello stesso, permanendo il trasferimento dell'azienda nell'ambito dei negozi non formali.²⁴⁷

Invero, il dettato del primo comma dell'art. 2556 c.c. puntualizza espressamente ed unicamente, che debba essere adottata la forma scritta, peraltro non specificando se tramite atto pubblico, o semplice scrittura privata autenticata, ma necessaria ai soli fini probatori (“*ad probationem*”), ove si debba provare in giudizio l'esistenza e il contenuto del contratto, e non anche ai fini della validità dell'accordo.

²⁴⁵ Cfr. Codice Civile, Art. 2556, “Imprese soggette a registrazione”, comma. 1

²⁴⁶ Cfr. M. CASANOVA., “*Impresa e azienda (Le imprese commerciali)*”, in *Trattato. Diritto civile*, Torino, 1986, cit.

²⁴⁷ *Ex plurimis*, F. FERRARA, F. CORSI, “*Gli imprenditori e le società*”, Milano, 2001, p. 151, in *lo studio Consiglio nazionale del Notariato 5517/I*; in senso analogo, G.E. COLOMBO, “*L'azienda e il suo trasferimento*”, in Tratt. Galgano, III, “*L'azienda e il mercato*”, Cedam, Padova, 1979, p. 34; M. CASANOVA, “*Impresa e azienda*”, in Tratt. Vassalli, I, Torino, 1974, p. 760.

In mancanza della stessa, stante l'irrelevanza sul piano della validità dell'atto tra le parti, verrebbe precluso all'interessato il ricorso alla prova testimoniale di cui all'art. 2725 c.c. e, di conseguenza, alle presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c.²⁴⁸

Sebbene venga richiesta la forma scritta ai soli fini probatori, espressamente la norma non manca di fare salva l'osservanza delle forme scritte ("*ad substantiam*"), stabilite ai fini della validità dell'accordo.

In primo luogo si fa riferimento alle particolari forme di circolazione riferite ai singoli beni che compongono l'azienda e che con essa vengono trasferiti, ove si tratti di elementi patrimoniali, quali, a titolo esemplificativo, beni mobili o beni immobili registrati, per i quali la legge non solo prescrive la forma scritta a pena di nullità *ex art. 1350 c.c.*, ma anche la trascrizione nel caso in cui il contratto sia stipulato per una durata superiore a *nove anni* e comprenda anche beni immobili di proprietà del locatore ai sensi dell'art. 2643, comma 1, n. 8. c.c.

In secondo luogo, viene fatto riferimento alla natura del tipo negoziale di volta in volta adottato, laddove ad esempio si volesse trasferire l'azienda con un atto di donazione, allora in tal caso si dovrà far ricorso, a pena di nullità, all'atto pubblico (art. 782 c.c.).

Alla luce di tali considerazioni, ne deriva che il contratto di affitto di azienda sarà in ogni caso soggetto ad obbligo di forma scritta *ad probationem*, mentre nell'ipotesi in cui avesse durata ultra novennale e contenesse beni immobili, anche di forma scritta *ad substantiam*.²⁴⁹

²⁴⁸Cfr. *Ex multis*, F. FERRARA, F. CORSI, "Gli imprenditori e le società", in, lo studio Consiglio nazionale del Notariato 5517/I, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 28.1.2005 e dal Consiglio nazionale del Notariato il 18.3.2005, *ibidem*.

²⁴⁹ Cfr. G.E. COLOMBO, "Usufrutto ed affitto dell'azienda", in "Trattato di diritto commerciale", diretto da F. GALGANO, Vol. III, 1979, p. 286; in senso analogo M. FRAGALI, voce "Affitto", "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano, 1958, p. 737 ss.

Invece, per quanto riguarda la *pubblicità* del contratto di affitto di azienda, il secondo comma dell'art. 2556 c.c., così come modificato dall'art. 6 della Legge 310 del 12 agosto 1993²⁵⁰, emanata per prevenire fenomeni di riciclaggio di denaro provenienti da attività illecite, prosegue disponendo che «*i contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese, nel termine di 30 giorni, a cura del notaio rogante o autenticante*».

Pertanto, se da una parte, è vero che la legge non impone una particolare forma per la validità del trasferimento dell'azienda, fatto salvo il caso in cui una forma particolare sia richiesta dalla natura dei beni trasferiti o dal tipo di contratto da cui origina il trasferimento, dall'altra, in base al dettato del secondo comma, è altrettanto vero che gli atti di cessione o di affitto d'azienda, relativi ad imprese soggette a registrazione presso il Registro delle imprese, dovranno essere a loro volta iscritti presso il suddetto Registro, e redatti nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, con deposito per l'iscrizione, nel termine di trenta giorni, a cura del notaio autenticante o rogante.

Dunque, seppure non richiesta la forma “*ad substantiam*”, la veste dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata viene ad essere di fatto «*un requisito formale ineludibile per la circolazione di un complesso aziendale*»²⁵¹, ma ai soli fini della pubblicità dell'atto. Questo perché il trasferimento di un'azienda compiuto in mancanza di tali prescrizioni, non è nullo per difetto di forma, ma è valido ed efficace tra le parti purché sia rispettata la sola prescrizione del primo comma, essendo sufficiente ai fini dell'effetto traslativo.

Invero, in mancanza di una modifica del primo comma, la disposizione novellata nel 1993, a ben vedere, non ha introdotto una forma *ad substantiam* per la validità tali contratti, ma solo per il suddetto sistema di pubblicità.

²⁵⁰Cfr. Legge 12 agosto 1993, n. 310: “*Norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali, nonché nella cessione di esercizi commerciali e nei trasferimenti di proprietà dei suoli.*”, Art. 6., in www.gazzettaufficiale.it

²⁵¹ Cfr. E. ZANETTI “*Manuale delle operazioni straordinarie*”, Manuali, Eutekne, Torino, 2013, p. 145.

Per questo la dottrina maggioritaria²⁵² ritiene che la forma stabilita, in realtà, non sia propriamente *ad substantiam* ma costituisca una forma *ad regularitatem* o “integrativa”, nel senso che alla forma scritta, richiesta *ad probationem*, si aggiunge quella autentica, richiesta ai fini dell’iscrizione.

In tali termini, l’intero impianto normativo dell’art. 2556 c.c., dovrà ricostruirsi da un lato, con l’affermazione secondo la quale atto pubblico e scrittura privata autenticata non sono imposti a pena di nullità, e dall’altro lato considerando gli stessi comunque come una forma obbligata, in funzione dell’iscrizione, che rimane in ogni caso un adempimento obbligatorio.

Per ciò che riguarda l’iscrizione dell’atto con firme autenticate nel Registro delle Imprese, di competenza della sede dell’affittante, a questo, essenzialmente, pertiene lo scopo di risolvere, attraverso il *sistema delle presunzioni* di cui all’art. 2193 c.c., l’eventuale ingenerarsi di conflitti tra i terzi e l’imprenditore, in relazione ad atti compiuti nell’esercizio dell’impresa.

Cosicché dall’iscrizione dell’atto di affitto d’azienda nel Registro delle Imprese, in caso di conflitto tra più titolari di diritti di godimento sulla medesima azienda, non deriveranno degli effetti sostanziali, (di acquisto di diritti), ma solamente gli effetti propri della pubblicità dichiarativa, con la conseguente opponibilità ai terzi dell’atto iscritto, senza prova contraria, se iscritto nella sezione ordinaria (presunzione *iuris et de iure*), e l’inopponibilità ai terzi dei fatti non iscritti, salvo che si provi che questi ne fossero comunque a conoscenza (presunzione *iuris tantum*).

L’inadempimento dell’obbligo di iscrizione del contratto d’affitto d’azienda nel Registro delle imprese, comporterà di certo l’applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie, ma non lo rende né inefficace tra le parti, né inefficace nei confronti dei terzi, laddove l’imprenditore riesca a dimostrare che questi fossero ugualmente a conoscenza dell’avvenuto trasferimento mediante affitto dell’azienda.

²⁵² Cfr. P. PASQUALIS, “*Commento agli artt. 6-9, L. 12 agosto 1993, n. 310*”, cit. in “*Consiglio Nazionale del Notariato*”, Legge 12 agosto 1993, n. 310. *Criteri applicativi.*, Studio n. 5517/I, in www.notariato.it

3.4 Il rispetto del divieto di concorrenza.

Ritenendosi applicabile anche all'affitto d'azienda, la disciplina dettata in materia di cessione della stessa, per ciò che concerne le disposizioni recate dall'art. 2557 c.c., il Legislatore fa espresso richiamo alla fattispecie in commento nel quarto comma del medesimo, in quanto anche per il locatore, l'osservazione il divieto di concorrenza, costituisce uno degli obblighi principali scaturenti dalla determinazione del rapporto e dalla concessione in godimento del complesso.

Nel primo comma dell'art. 2557 c.c. è contenuta la regola generale in tema di cessione, ove il Legislatore prevede che *«chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta.»*

Il richiamo espresso previsto al quarto comma, stabilisce invece che *«Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda, il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto.»*

La differenza principale rispetto all'ipotesi di cessione sarà, dunque, sotto il profilo temporale, ritenendosi che tale obbligo non debba essere limitato alla durata quinquennale, bensì a tutta la durata del contratto.

Il divieto di concorrenza può essere considerato un "effetto naturale" discendente del contratto di affitto di azienda, così come di usufrutto o di cessione, trovando la propria giustificazione nella necessità di tutelare il soggetto che subentrando nella gestione, sia a titolo di acquirente, o di usufruttuario, ed entrando in possesso di un complesso organizzato di beni contro il pagamento di prezzo, rappresentato dal corrispettivo o dal canone, possa esercitare l'azienda avvalendosi delle capacità di produzione e di attrazione della clientela che la caratterizzano.

A tal fine, il fondamento del divieto posto dall'art. 2557 c.c. potrà essere individuato esattamente nel "risultato economico" che le parti intendano perseguire attraverso il trasferimento d'azienda.²⁵³

²⁵³ Si veda, D. LATELLA "Il divieto di concorrenza dell'alienante", in "I trasferimenti d'azienda", Giuffrè, Milano, 2000, pp. 453 e ss.

In altri termini, si ritiene²⁵⁴ che la *ratio* giustificatrice della norma sia quella di garantire all'affittuario il pacifico godimento della stessa a fronte del potenziale tentativo del locatore di riappropriarsi in fatto di ciò che egli per tutta la durata del contratto, ha ceduto in affitto.

Invero, per ciò che attiene nello specifico alla clientela, il riferimento del Legislatore al primo comma è emblematico, poiché in concreto chi affitta l'azienda, non trasferisce all'affittuario i clienti, che non sono beni, e che di fatto né singolarmente né globalmente possono formare oggetto del contratto.

Piuttosto, trasmette all'affittuario il potenziale economico espresso dall'organizzazione aziendale «di cui la clientela e l'avviamento, sono la più cospicua manifestazione».²⁵⁵

La finalità ultima della norma, sarà quella di garantire, da un lato la piena disponibilità dell'azienda, e dall'altro, impedendo lo sviamento della clientela, di tutelare l'integrità dell'avviamento.²⁵⁶

A tal fine, inoltre, non solo si ritiene che l'alienante o l'affittante dell'azienda non debba tenere un comportamento “negativo”, od ostantivo, astenendosi da azioni di disturbo, ma anche un comportamento “positivo” ed un atteggiamento collaborativo, potendosi sostanzialmente, a detta di autorevole dottrina²⁵⁷, anche il sorgere di obblighi cd. “strumentali”, collegati all'obbligo di non concorrenza, come necessario presupposto della soddisfazione del soggetto affittuario nel poter concretamente conseguire la clientela.

²⁵⁴ Cfr. D. BONDAVALLI, “L'affitto d'azienda”, 2007., cit., p. 17

²⁵⁵ Cfr. D. BONDAVALLI, *op.*, cit., *ibidem*.

²⁵⁶ Si veda E. ZANETTI “Manuale delle operazioni straordinarie”, Manuali, Eutekne, Torino, 2013, p. 146; G. SAVIOLI “Le operazioni di gestione straordinaria”, Giuffrè, Milano, 2005, p. 102, M. CONFALONIERI “Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società”, ed. Il Sole - 24 Ore, Milano, 2010, p. 479 e F. GALGANO “Diritto civile e commerciale”, in “L'impresa e le società”, Vol. III, Cedam, Padova, 1994, p. 94. Tali Autori sottolineano, infatti, la “pericolosità” della concorrenza del cedente, il quale, essendo a conoscenza dell'organizzazione e della rete commerciale dell'azienda ceduta e approfittando delle relazioni personali e del rapporto di fiducia che lega la sua persona al pubblico, potrebbe facilmente conservare i propri clienti, sottraendoli al cessionario. L'avviamento, inoltre, è di regola un elemento rilevante ai fini della stessa determinazione del prezzo di acquisto dell'azienda.

²⁵⁷ Cfr. G. SAVIOLI “Le operazioni di gestione straordinaria”, 2005, p. 103, in senso analogo, D. LATELLA “Il divieto di concorrenza dell'alienante”, 2000, pp. 458 ss.

Nello specifico detti obblighi, se stabilito da specifiche clausole, potranno rinvenirsi sia nel trasferimento al soggetto di tutte le informazioni, relative a clienti, fornitori o collaboratori al fine di favorirne la transizione, anche tramite l'invio di lettere dirette ai clienti e fornitori abituali per annunciare il passaggio di consegne, sia anche in una collaborazione diretta, quantomeno per il periodo immediatamente successivo alla cessione dell'attività, e se richiesto, dove l'affittante potrebbe anche rimanere in azienda per affiancare e indirizzare l'affittuario agli inizi della sua gestione.

Va tenuto conto, allo stesso modo, che anche l'affittuario, in sede di riconsegna, non dovrà tentare azioni di disturbo finalizzate al tentativo di accaparrarsi la clientela acquisita dalla sfera del locatore.

Si pensi a tal proposito, che il contratto d'affitto si protrae per anni nei quali il conduttore instaura e consolida rapporti con clientela, fornitori e collaboratori, per cui alla scadenza del contratto non è inverosimile ipotizzare che egli possa approfittare di detta consolidata posizione.

Se è vero che tale obbligo, almeno alla lettera, faccia capo solo al locatore ai sensi dell'art. 2557 c.c., è stato osservato dalla giurisprudenza di legittimità²⁵⁸, che nei casi in cui il trasferimento dell'azienda avvenga per usufrutto o in affitto, e perciò a titolo temporaneo, per analogia il divieto di concorrenza dovrebbe trovare applicazione anche in capo all'usufruttuario e all'affittuario, in sede di retrocessione dell'azienda.

Invero, in senso estensivo e secondo la pronuncia della Corte, si ritiene che questo operi ogni qualvolta *«si avveri la sostituzione di un imprenditore all'altro nell'esercizio dell'impresa, come conseguenza diretta della volontà delle parti o di un fatto da esse espressamente previsto»*.

In tal caso, al fine di estendere tale disciplina anche al soggetto affittuario sarebbe preferibile ed opportuno inserire all'interno del contratto stesso una clausola che vieti a quest'ultimo di iniziare una nuova impresa, che per ubicazione ed oggetto sia concorrente con l'attività dell'azienda ricevuta in affitto e potenzialmente idonea a sviarne la clientela, prevedendo anche il periodo di detta astensione, altrimenti fissato *ex lege* di durata quinquennale.

²⁵⁸ Cfr. Cass. 20 dicembre 1991 n. 13762, nonché, nello stesso senso, Cass. 23 settembre 1995 n. 10105.

Pare opportuno precisare, inoltre, nel rispetto del tenore letterale del primo comma dell'art. 2557 c.c., che per tutta la durata del contratto in realtà al locatore venga preclusa unicamente la facoltà di iniziare una “nuova impresa” idonea a sviare la clientela di quella affittata, fermo restando, la legittimità di sue attività, seppur concorrenziali, ma preesistenti.

Il richiamo alla “novità” è essenziale, poiché il divieto di concorrenza *ex art. 2557 c.c.* è posto esclusivamente a colui il quale, a qualunque titolo, dopo aver trasferito l'azienda inizi “una nuova impresa”, la cui attività sia idonea, “per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze”, a sviare la clientela dell'azienda trasferita, potendosi convenire sul fatto che questo, di converso, non solo non troverebbe applicazione con riferimento ad attività del locatore preesistenti alla data del trasferimento del complesso aziendale, ma anche secondo parte della dottrina²⁵⁹, in caso di atti concorrenziali isolati ed occasionali latamente intesi.

Alla luce di tali considerazioni, si potrà affermare che la mancanza del requisito della “novità” dell'impresa esercitata in seguito al trasferimento, sancisce l'inapplicabilità del divieto di concorrenza, sia per l'affittante, che essendo titolare di più aziende dello stesso tipo, voglia trasferire una sola di esse, proseguendo l'esercizio della medesima impresa con l'azienda o le aziende residue, ovvero anche con un ramo diverso e non affittato dell'azienda ceduta, sia che venga concessa in affitto un'azienda non ancora utilizzata per l'esercizio di un'impresa.²⁶⁰

Nel primo caso, continuando l'affittante nell'impresa già esistente prima del trasferimento e pertanto differente da quella affittata, ovviamente non potrà parlarsi di “nuova attività”, mentre nel secondo caso, dovrà comunque escludersi la “nuova impresa”, non essendone mai esistita una precedente che, di fatti, facesse capo all'affittante.

²⁵⁹ Cfr. D. LATELLA “Il divieto di concorrenza dell'alienante”, in “I trasferimenti d'azienda”, 2000, p. 488.

²⁶⁰ Cfr. D. LATELLA, *op.*, cit. pp. 473-474, secondo l'A. può ritenersi che rientri in tale ipotesi anche il caso di chi venda un'azienda subito dopo averla acquistata a mero scopo di speculazione ovvero venda l'azienda ricevuta in eredità o in legato prima di averla gestita.

Mentre per ciò che concerne, i concetti di “ubicazione” ed “oggetto” a cui si fa riferimento nel primo comma della norma in commento, al fine di definire il perimetro delle attività vietate, si è osservato²⁶¹ di come il Legislatore, pur facendone espresso richiamo, in realtà non ne sottende un’identità”.

Questo perché l’idoneità a sviare la clientela può dipendere da caratteristiche che non sono sempre definibili *a priori* potendo in concreto variare ed essere diversamente rilevanti avendo riguardo tanto alla contiguità geografica quanto all’identità dell’oggetto. Si è osservato²⁶² come, in verità, la norma presupponga piuttosto un giudizio da operarsi sul piano dell’offerta, verificando in sostanza «*se vi sia o non vi sia una coincidenza nel mercato di sbocco dell’attività intrapresa dal cedente e quella servita dall’azienda*» ed a valutare dunque, l’idoneità della nuova impresa a sviare la clientela con un certo grado di elasticità.

In ogni caso si dovrebbe configurare l’ipotesi di violazione quando il locatore inizi, nella stessa area territoriale, una nuova impresa per la produzione di beni anche non identici, ma succedanei a quelli dell’impresa affittata, ovvero pur localizzando altrove la nuova impresa, avente lo stesso oggetto di quella affittata, ne estenda l’attività fino alla zona di operatività di quest’ultima.²⁶³

Proprio tale ultimo aspetto porterebbe a considerare un’ipotesi particolarmente controversa di configurazione del divieto, relativa al caso di affitto di una tra più aziende, in cui l’affittante possa poi estendere o sviluppare l’attività dell’azienda, o delle aziende non locate, al fine di “*colmare il vuoto*”²⁶⁴ lasciato dall’azienda affittata.

Andrà stabilito, se nel determinare l’estensione del divieto di concorrenza, debba tenersi conto, oltre che dell’effettiva sfera di operatività dell’azienda affittata, anche delle sue potenzialità di espansione.

²⁶¹ Cfr. D. LATELLA, *op.*, cit., p. 489.

²⁶² Cfr. M. CIAN, Articolo, “*Divieto di concorrenza (trasferimento d’azienda)*”, cit., p. 5.

²⁶³ Cfr. G.E. COLOMBO, “*L’azienda*”, in “*Trattato dir. comm.*” diretto da F. GALGANO, III, 1979, cit., p. 204.

²⁶⁴ Cfr. D. BALDUCCI, *op.*, cit., p. 154.

Sebbene la dottrina²⁶⁵ prevalente sembrerebbe propendere per una risposta affermativa, ma sempre limitatamente, a quelle attività, immediatamente precedenti alla concessione del complesso in affitto e per le quali fosse già stato predisposto un programma di espansione o poste in essere attività propedeutiche, come iniziative pubblicitarie o programmi di adattamento dell'organizzazione aziendale, sembrerebbe forse più consono accogliere la tesi di chi invece negherebbe il divieto di concorrenza anche in questo caso. Questo perché il presupposto di una limitazione allo sviluppo, o comunque, al mutamento delle proporzioni di un'impresa, non possa ritenersi corrispondente alla volontà delle parti nell'attuale struttura economica.

Come d'altra parte sarebbe illogico presupporre che ogni impresa sia dotata di una propria clientela assicurata e non dovesse, invece, adeguare la propria attività alle esigenze di mercato, come condizione non solo fisiologica ma anche necessaria.

Per cui il divieto in questione, dovrebbe essere letto nel garantire contro il livello della pericolosità sull'affittante e non contro l'aumento dell'offerta sul mercato rispetto a quello esistente al momento dell'affitto, operando solo per l'attività reale dell'azienda e non per l'attività potenziale o la semplice eventualità di espansione sul mercato, apparendo in tal caso del tutto inconsistente.²⁶⁶

In aggiunta, non dovrebbe trovare applicazione nemmeno laddove l'affittante, assuma la qualità di socio in una società in concorrenza, oppure svolga attività d'impresa tramite esercizio indiretto attraverso altri, come nelle ipotesi di prestanome, o per conto altrui, come amministratore.

In entrambe le ipotesi, l'esercizio dell'attività "schermato", fa sì che l'affittante non si riveli agli occhi del pubblico come imprenditore.

Invero, la sua presenza potrebbe rimanere anche del tutto ignota per la clientela ceduta, o comunque non idonea a sostantivarne una potenziale attrattività, anche se si ritiene sempre necessaria una valutazione in concreto per accertare l'eventuale pericolo di attrazione ed escluderne l'ipotesi di sviamento.²⁶⁷

²⁶⁵ In tal senso, G.E. COLOMBO "Contratti, crediti e debiti nel trasferimento dell'azienda in piena titolarità", in *op.*, ult. cit. p. 206; in senso analogo, G. SAVIOLI "Le operazioni di gestione straordinaria", 2005, p. 103; *CONTRA*, D. LATELLA "Il divieto di concorrenza dell'alienante", p. 490.

²⁶⁶ Cfr. D. BALDUCCI, *op.*, cit., *ibidem*.

²⁶⁷ Cfr. E. ZANETTI, "Manuale delle operazioni straordinarie", 2013, cit., pp. 151 e ss.

Ad ogni modo, è riconosciuta alle parti la facoltà di ricostruire convenzionalmente la disciplina del divieto adattandola al caso concreto ed ovviando ad incertezze ed aspetti controversi, potendone sia estenderne la durata che prevedere una portata più ampia, come anche di derogarne del tutto, al fine di scongiurare l'ipotesi di violazione e le conseguenze direttamente derivanti, comportanti a seconda dei casi, azioni inibitorie, risarcitorie o risolutive dello stesso contratto.

Le previsioni di estensione del divieto dovranno, però, essere in linea con le limitazioni previste dal Legislatore al secondo e terzo comma dell'art. 2557 c.c., potendo ritenersi valido il patto di astenersi in maniera più ampia, ma solo se questo non ecceda la durata dell'affitto e che non sia tale da impedire di fatto ogni attività "professionale" dell'alienante intesa in senso stretto, ovvero, come attività d'impresa.

3.5 La successione nei contratti.

Nel rispetto della conservazione e mantenimento della unità economica e funzionale dell'azienda, da contemperarsi con la necessità di consegnare all'affittuario un'azienda funzionante che possa essere agevolmente gestita, particolare attenzione merita la disciplina dettata del Legislatore in tema di successione nei contratti, volta ad agevolare il subingresso dell'acquirente nella fitta trama dei rapporti contrattuali in corso di esecuzione che prevedano reciproche obbligazioni precedentemente stipulati dal locatore. Come autorevolmente sostenuto²⁶⁸, in tal modo si attuerebbe il vero trasferimento dell'attitudine produttiva e dell'avviamento aziendale, poiché proprio in questi contratti l'azienda trova uno strumento necessario per il suo ordinato e favorevole sviluppo economico.

La fonte legislativa della disciplina in commento, in via generale, trae origine da quanto disposto in materia di cessione del contratto in generale, agli artt. 1406 e ss. c.c., ove stabilito, nel medesimo che *«ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta»*.

Tuttavia, stante la circostanza che il subentro nel contratto di un soggetto terzo ad uno degli originari contraenti si realizza nell'ambito di un'operazione di trasferimento, la disciplina che si renderà applicabile, sostituendosi a quella generale, sarà contenuta nelle norme in materia di circolazione dei complessi aziendali ed in particolare nell'art. 2558 c.c.

Seppur fissata, in via generale, per la cessione a titolo definitivo, anche il tal caso, al terzo comma il Legislatore ne estende l'applicazione all'affitto d'azienda.

Invero, al primo comma il Legislatore stabilisce che *«se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale»* mentre al secondo *«il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante.»*

²⁶⁸ Cfr. G. FERRARI, voce "Azienda" *in (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 717

Al terzo comma questi invece prevede che «*Le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell'usufruttuario e dell'affittuario per la durata dell'usufrutto e dell'affitto.*»

Da tali note potrà desumersi come l'art. 2558 c.c. preveda da una parte, che tale subentro del cessionario o affittuario nei contratti stipulati dal cedente o affittante per l'esercizio della stessa sia un "effetto naturale" della cessione d'azienda, verificandosi in via automatica, salvo "patto contrario", dall'altra invece, sotto un profilo esclusivamente privatistico, stabilendo una forma di deroga alla sopra richiamata disciplina generale dettata in materia di cessione del contratto dall'art. 1406 e ss. c.c., riconosca una maggior autonomia decisionale alle parti del contratto, mediante la quale l'azienda viene trasferita a scapito del contraente ceduto.

A quest'ultimo, peraltro, in mancanza di consenso ed in presenza di giusta causa, facendo salva la responsabilità dell'affittante o alienante ed escludendo quindi, il diritto al risarcimento del danno, sarà riconosciuta la facoltà di recedere entro tre mesi.

Chiaro che la giusta causa dovrà sempre essere provata, ma laddove in concreto il terzo contraente veda pregiudicata la propria posizione, a seguito del mutamento di circostanze che si configurino come "rilevanti" ed "obiettive"²⁶⁹ nella valutazione della convenienza di un contratto, avendo riguardo a titolo esemplificativo, alle qualità personali dell'affittuario, ovvero della di lui minor consistenza patrimoniale, potrà rinunciarvi in modo da determinare lo scioglimento, con efficacia *ex nunc*, del rapporto.

In tali termini potrà essere ricostruito l'effetto "automatico" (o "naturale"), che prevede il subingresso del affittuario contratti stipulati dal affittante per l'esercizio dell'attività che rientrino nel campo di applicazione dell'art. 2558 c.c.

Sempre salvo "patto contrario", tale effetto è automatico, in quanto in primo luogo si verifica "*ipso iure*", e quindi per il solo fatto della cessione o affitto del complesso aziendale, risultando valido "*inter partes*", senza che sia necessaria un'espressa pattuizione nonché a prescindere dalla conoscenza che i contraenti abbiano, o possano avere, dell'esistenza e del contenuto dei singoli rapporti trasferiti.²⁷⁰

²⁶⁹ Cfr. G. AULETTA "Azienda nel diritto commerciale", in "Enciclopedia Giuridica Treccani", Roma, 1996, p. 19.

²⁷⁰ In tal senso, *ex plurimis*, Cass. 19 giugno 1996 n. 5636 ove si afferma che «*l'acquirente subentra, quindi, in forza dell'art. 2558 c.c., anche nei contratti di cui ignorava l'esistenza.*»

In secondo luogo, nel momento in cui si realizza il trasferimento, questo sarà efficace anche nei confronti del terzo contraente ceduto, senza che questi debba accettare la cessione o la concessione in godimento del complesso.

Si riterrà comunque necessario dargliene comunicazione, solitamente, come prassi vuole, mediante raccomandata con ricevuta di ritorno, ma al solo fine di iniziare a far decorrere il termine di tre mesi entro il quale gli è consentito di recedere dal contratto.

In ogni caso, fatte salve alcune disposizioni di legge per le quali viene precluso il diritto delle parti di stabilire diversamente dall'automaticità del trasferimento dei contratti in essere, la derogabilità dal profilo di subentro *ex lege*, viene sancita dallo stesso Legislatore al primo comma del presente articolo, con la locuzione «*se non è pattuito diversamente*». Se da un lato i contraenti decidessero il subentro in una determinata posizione contrattuale rientrante nella sfera d'azione dell'art. 2558 c.c., sarebbe sufficiente anche omettere qualsiasi riferimento ad essa nel testo dell'accordo, cosicché in assenza di specifica pattuizione espressa, troverebbe applicazione il principio generale di successione automatica.

Ma laddove invece volessero escluderla, allora sarà necessario che specifichino espressamente detta volontà ricorrendo a diverse clausole, a mezzo delle quali possano stabilire appositamente, o la generica intrasmissibilità di tutti i contratti in capo all'affittuario, facendo salvi quelli a loro volta specificatamente menzionati nel contratto come traslati in capo allo stesso, ovvero la semplice previsione dei contratti che non vengono traslati in capo al conduttore.

Tra le due soluzioni la dottrina²⁷¹ parrebbe preferire la prima, in quanto solo una rafforzata esplicitazione della volontà delle parti nello stabilire l'intrasmissibilità *ex ante* permetterebbe di invertire la regola generale del profilo di automaticità della successione, ad eccezione delle posizioni contrattuali espressamente richiamate ed indicate in specifico allegato, per le quali invece questa si verificherebbe.

Invero, nella seconda ipotesi, l'intrasmissibilità non sarebbe esclusa ma, di fatti, confermata.

²⁷¹ Sul punto evidenzia E. ZANETTI “*Manuale delle operazioni straordinarie*”, Manuali, Eutekne, Torino, 2013, p. 167, che la prima impostazione consente di passare da una logica “successione di tutti i contratti salvo quelli espressamente esclusi” ad una logica “successione dei contratti esclusa salvo che per quelli espressamente richiamati”.

La “generale” sostituzione dell’avente causa affittuario, nel nostro caso, nella posizione contrattuale del dante causa, o affittante, non funge solo da garanzia dell’adempimento dei contratti inerenti all’esercizio dell’azienda, ma sottende anche alla conservazione dell’integrità del complesso aziendale affittato, assicurando che questo, attraverso il trasferimento *«non venga menomato, né nella sua organizzazione, né nel suo avviamento»*.²⁷²

Se da un lato, viene garantito l’interesse dell’affittante a liberarsi da obblighi contrattuali che non è più in grado di adempiere, non disponendo più del complesso aziendale, dall’altro, viene tutelato l’interesse dell’affittuario ad acquisire un complesso idoneo all’esercizio dell’attività d’impresa che egli possa agevolmente gestire, senza ulteriori incombenze che risulterebbero impeditive della prosecuzione dell’attività in capo a quest’ultimo.²⁷³

In aggiunta, come anticipato, il terzo comma dell’art. 2558 c.c. ha esteso l’applicazione della disposizione anche nei confronti dell’affittuario e dell’usufruttuario dell’azienda, per la durata dell’affitto e dell’usufrutto, suscitando non poche problematiche con riguardo alla caratteristica principale di detti istituti, ovvero della temporaneità del trasferimento della gestione.

In particolare, la questione gravita attorno alla sorte di quei contratti stipulati dall’affittuario o dall’usufruttuario per l’organizzazione e il funzionamento dell’azienda, una volta che quest’ultima venga restituita al locatore o al proprietario.

²⁷² Cfr. Cass. 7 dicembre 2005 n. 27011.

²⁷³ Cfr. G. AULETTA *“Azienda nel diritto commerciale”*, *“Enc. Giur. Treccani”*, Roma, 1996, p. 17
Sul punto si osserva anche la posizione di G. E. COLOMBO, *“L’azienda e il mercato”*, in *“Trattato di Diritto Commerciale”*, III Vol., 1979, cit., p. 243, in cui l’A. ravvisa la sola differenza rispetto al trasferimento dell’azienda in piena titolarità, rinvenendosi questa nella minore ampiezza che potrà assumere il patto contrario al subingresso dei contratti, *«nel trasferimento in piena titolarità infatti l’acquirente può proporsi di ristrutturare l’azienda acquistata e può quindi preferire non succedere in taluni contratti, mentre l’affittuario, assumendo l’obbligo di gestire quell’azienda in vista della restituzione al titolare, ben difficilmente potrà escludere dal trapasso contratti attinenti alla gestione o alla organizzazione dell’azienda»*, in senso analogo anche F. GALGANO *“Diritto privato”*, Cedam, Padova, 2004, p. 494, il quale, pur affermando la natura dispositiva dell’art. 2558 c.c. primo comma, ritiene che le parti non possano escludere pattiziamente il subingresso del cessionario o affittuario nei contratti aziendali aventi ad oggetto il godimento di beni essenziali, allorché il complesso di beni oggetto di cessione non potrebbe più qualificarsi come “azienda”.

Nel silenzio del Legislatore, la giurisprudenza²⁷⁴ si è espressa sul tema del subingresso del locatore, in occasione della chiusura del rapporto di affitto, ed al fine di tutelare la posizione dell'affittante, ha fissato un duplice limite, prevedendo da un lato che i contratti stipulati dall'affittuario non eccedano né la potenzialità produttiva dell'azienda, né i poteri di gestione attribuiti all'affittuario stesso, e dall'altro, che la retrocessione dell'azienda al locatore si ricolleggi direttamente alla volontà delle parti o ad un fatto dalle stesse espressamente previsto, come per la scadenza del termine finale, o recesso volontario pattizio.

Ne consegue, che pur ammettendosi l'estensiva applicazione della disciplina dell'art. 2558 c.c. in tutti quei casi in cui si verifichi la sostituzione “di un imprenditore ad un altro” nell'esercizio dell'impresa, si esclude che la successione possa verificarsi quando tale sostituzione avvenga in conseguenza di un fatto non negoziale, come ad esempio una la risoluzione del contratto di affitto per inadempimento contrattuale a seguito di pronuncia giudiziale.²⁷⁵

Ma affinché si realizzi detto automatismo, essendo vaga l'espressione del Legislatore, riferendosi a quei «*contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale*» occorrerà indagare in concreto a quali pattuizione la norma si rivolge e quali caratteristiche debbano possedere.

Innanzitutto si è concordi nel ritenere che dovranno essere ricompresi, sia quei cd. *contratti aziendali*, ovvero quelli stipulati per la costituzione dell'azienda stessa che consentono all'imprenditore di vincolare a sé i beni aziendali, come quelli aventi per oggetto il godimento di altri beni, non appartenenti a quest'ultimo, ma acquisiti per lo svolgimento dell'attività, sia i cd. *contratti d'impresa*, che non hanno ad oggetto beni aziendali, ma si ritengono attinenti all'esercizio e all'organizzazione dell'impresa stessa, venendo stipulati nel corso dell'attività cui l'azienda accede, quali ad esempio, quei contratti di somministrazione con i fornitori o anche con gli agenti di commercio.²⁷⁶

²⁷⁴ Cfr. *ex multis*, Trib. Milano 19 dicembre 1974, in “*Giurisprudenza Commerciale*”, 2, 1976, p. 123.

²⁷⁵ Si veda *ex multis*, Cass. 23 settembre 2015 n. 18805; Cass. 16 giugno 2004 n. 11318; Cass. 29 gennaio 1979 n. 623.

²⁷⁶ In giurisprudenza si veda, Cass. 12 aprile 2001 n. 5495; Cass. 2 marzo 2002 n. 3045, Cass. 22 luglio 2004 n. 13651 e Cass. 29 marzo 2010 n. 7517. Secondo Cass. 29 gennaio 2003 n. 1278, si trasmettono in capo al cessionario, in quanto attinenti all'organizzazione imprenditoriale, anche i contratti di assicurazione contro gli infortuni e il rischio morte dei dipendenti. In dottrina, si vedano le osservazioni di F. GALGANO “*Diritto privato*”, Cedam, Padova, 2004, pp. 493 e ss.

Giurisprudenza unanime²⁷⁷ ritiene che la successione automatica, in ogni caso, non riguardi tutti i contratti relativi all'azienda, ma soltanto quei contratti a *prestazioni corrispettive* non ancora completamente “esauriti”, ossia non ancora compiutamente eseguiti da alcuno dei contraenti.

Tra questi, peraltro, occorre tener distinto quelli che devono ancora essere eseguiti da entrambe le parti o che sono in corso di esecuzione, ma non esauriti.

A tal fine, appare preferibile interpretare restrittivamente l'art. 2558, comma 1, c.c., avendo riguardo all'effettività della prestazione e prendendo in considerazione solo i primi, in quanto nel secondo caso si tratterebbe di disciplinare la successione in un credito o un debito a seconda delle circostanze.

Come regola generale si ritiene necessario che «*al debito non saldato di chi trasferisce l'azienda si contrapponga un suo credito non saldato, derivante dal medesimo rapporto giuridico, nei confronti del contraente ceduto*»²⁷⁸ e pertanto, che ciascun contraente sia contemporaneamente creditore di una prestazione e debitore di una controprestazione.

Di fatti, la successione dei crediti e debiti aziendali, viene disciplinata dagli articoli successivi, e di converso le fattispecie ricomprese nell'art. 2558 c.c., non possono essere riferite ai contratti anche non interamente eseguiti da una sola parte, da cui residuino a carico dell'altra, solo crediti o debiti.

Si faccia il caso di esempio di una vendita a consegne ripartite, laddove siano già state effettuate alcune consegne, senza che ne sia stato pagato il prezzo prima del trasferimento dell'azienda.

È evidente che per le consegne future il contratto può trasferirsi all'affittuario dell'azienda, perché queste saranno bilanciate dai prezzi corrispondenti che ne rappresenteranno la controprestazione, ma per le consegne già effettuate esiste solo un debito dell'azienda, già maturato e, per così dire, “distaccato” dal rapporto fondamentale di natura contrattuale.

²⁷⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. 8 giugno 1994 n. 5534, in senso analogo, Cass. 29 aprile 1998 n. 4367.

²⁷⁸ Cfr. M. WEIGMANN “Note introduttive sulla cessione d'azienda”, “*Schede di Aggiornamento*”, 1, 2000, p. 75; In giurisprudenza, particolarmente dirimente si veda, Cass. 19 giugno 1996 n. 5636, ove si sottolinea come l'art. 2558 c.c. si applichi allorché tra i contraenti persistano «*contrapposte ragioni di credito e di debito*».

Ad ogni modo, si ritengono esclusi i contratti a prestazioni corrispettive già “esauriti” al momento del trasferimento dell’azienda, ossia già interamente eseguiti dall’imprenditore o dal terzo contraente, come anche i rapporti obbligatori derivanti da contratti con prestazioni a carico di una sola parte, come accade nei contratti c.d. *unilaterali*.

Mentre il medesimo comma dell’art. 2558 c.c. stabilisce che detto trasferimento “*ipso iure*” dei rapporti contrattuali non operi con riferimento ai contratti che, pur essendo stati stipulati per l’esercizio dell’azienda, risultino dotati di “carattere personale”.

Tale disposizione potrebbe trarre in errore, perché in realtà i contratti aventi carattere personale cui si riferisce l’art. 2558 comma. 1 c.c. non coincidono con i contratti comunemente definiti come contratti personali, caratterizzati dall’“*intuitu personae*” ove l’identità e le qualità personali dell’altro contraente siano state determinanti e rilevino nella disciplina dei vizi del consenso, anche se parte della dottrina,²⁷⁹ seppur minoritaria propenderebbe diversamente.

Invero, secondo quanto osservato in dottrina e in giurisprudenza²⁸⁰, al fine di escludere il subentro *ex lege* dell’affittuario dell’azienda nei contratti stipulati dall’affittante per l’esercizio della stessa, non è sufficiente che, in detti contratti, la scelta del contraente sia avvenuta in base a determinate sue qualità personali.

Agli effetti del primo comma dell’art. 2558 c.c., dovranno invece considerarsi di “carattere personale”, i soli contratti che abbiano ad oggetto una prestazione, oggettivamente o soggettivamente “infungibile”, ossia una prestazione pattuita con “esclusivo ed insostituibile” in riferimento all’altro contraente.²⁸¹

²⁷⁹ In dottrina, tra gli Autori che identificano i contratti a carattere personale di cui all’art. 2558 co. 1 c.c. nei contratti conclusi dall’alienante in considerazione delle qualità personali riferite al terzo contraente, si veda, in particolare, F. GALGANO “*Diritto privato*”, Cedam, Padova, 2004, p. 496. Tale Autore sottolinea altresì come, in base all’impostazione in esame, il carattere personale di un contratto operi, dal punto di vista del terzo contraente, non come impedimento alla trasmissione del contratto al cessionario dell’azienda, bensì, esclusivamente, come giusta causa di recesso: in altri termini, «*se l’identità o le qualità personali dell’imprenditore alienante erano stati determinanti del consenso del terzo contraente, ciò gli permetterà di recedere, entro tre mesi, dal contratto*».

²⁸⁰ In tal senso rileva puntualmente la Suprema Corte che «dovrebbe escludersi dalla successione anche il contratto di lavoro, che viene sempre stipulato in relazione alle qualità professionali del lavoratore» Cfr. Cass. 26 febbraio 1994 n. 1975.

²⁸¹ In giurisprudenza di veda, Cass. 27 settembre 2008 n. 23949, in dottrina si vedano le considerazioni di, M. WEIGMANN, “*Note introduttive sulla cessione d’azienda*”, ult., cit., *ibidem*; secondo cui in generale, il riferimento è, dunque, a quelle prestazioni pattuite sulla base della fiducia del creditore nell’idoneità degli strumenti di quello specifico debitore, e non di altri equipollenti, per l’adempimento dell’obbligo.

In tal caso potrà distinguersi tra “oggettivamente” infungibile dove la prestazione promessa dal debitore, se fosse eseguita da un altro, risulterebbe “ontologicamente” diversa (ad esempio quei contratti d’opera intellettuale o artistica) e “soggettivamente infungibile” se invece considerata tale, in concreto, dalle parti.²⁸²

Infine si ritengono esclusi dal profilo di automaticità del trasferimento, e dal campo di applicazione dell’art. 2558 c.c. quei contratti soggetti ad una diversa e specifica disposizione di legge, per cui alla disciplina “generale” dettata in materia di successione nei contratti recata nella norma in commento, si sostituiscono alcune norme “speciali”, che regolamentano autonomamente la tipologia.

Tra queste, innanzitutto si segnalano quei contratti di locazione aventi ad oggetto immobili a destinazione diversa da quella abitativa, (c.d. “immobili commerciali”), la cui norma di riferimento, ovvero l’art. 36 della Legge del 27 luglio 1978 n. 392 (*Legge Equo Canone*), prevede che il conduttore possa sublocare l’immobile o cedere il contratto di locazione anche senza il consenso del locatore, purché venga insieme ceduta o locata l’azienda, ovvero anche singoli rami²⁸³, dandone comunicazione al locatore mediante lettera

raccomandata con avviso di ricevimento, così che questi, proprietario dell’immobile possa opporsi, per gravi motivi, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione. Premettendo che in ogni caso l’affittuario dovrà continuare a svolgere l’attività nei locali dell’impresa, occorrerà tener distinte le due fattispecie, che possano prevedere la stipulazione di un contratto di sublocazione con il locatore d’azienda, che potrà essere ricompreso nel contratto d’affitto d’azienda, oppure la cessione del contratto di locazione dal locatore d’azienda, assumendo così una posizione autonoma nei confronti del proprietario dell’immobile.

Questo perché nel primo caso il locatore d’azienda (conduttore originario) rimane personalmente legato al contraente ceduto (proprietario dell’immobile), mentre nel secondo caso l’affittuario subentra nell’intera posizione contrattuale del locatore d’azienda.

²⁸² Sul tema si veda in dottrina G. CIAN, A TRABUCCHI., “*Commentario breve al codice civile*”, Cedam, Padova, 2007, p. 3093.

²⁸³ S veda in tal senso, Cass. sentenza 10 dicembre 1986 n. 7326, secondo la quale la norma trova applicazione non solo quando oggetto di cessione sia l’azienda del cedente, ma anche quando la cessione abbia per oggetto singoli rami d’azienda.

Si aggiunge che, in molti casi, in realtà, non risulti nemmeno particolarmente agevole comprendere in concreto come il “subentro” dell'affittuario dell'azienda nel contratto di locazione dell'immobile aziendale si realizzi a titolo di cessione del contratto di locazione o di sublocazione, considerando che nell'una o altra soluzione si producono degli effetti rilevanti e differenti.

Invero, la sublocazione non è che un contratto di locazione stipulato nella veste di locatore da chi detiene l'immobile come conduttore, e dovrà innanzitutto essere stipulato per la durata prevista dall'art. 27 della L. 392/78, (ovvero di sei anni o nove se alberghiero), ma d'altra parte, risulta inevitabilmente condizionato e dipendente alle vicende dal contratto di locazione originario tra proprietario e locatore d'azienda, pertanto questo potrebbe anche venir meno prima della scadenza, in caso di risoluzione del contratto principale.

Al contrario, la cessione del contratto di locazione, produce il subingresso dell'affittuario al locatore d'azienda, nella posizione di conduttore della locazione già in atto, cosicché, una volta che questa sia stata comunicata al proprietario dell'immobile, l'unico conduttore sarà l'affittuario, e la locazione continuerà come se non vi fosse stato alcun mutamento del soggetto conduttore, a patto che il proprietario una volta ricevuta comunicazione non decida nei trenta giorni successivi di opporsi per gravi motivi.

Nel caso in cui il l'affittante dell'azienda opti per la cessione del contratto di locazione, potremmo rinvenire la principale differenza dell'art. 36 della L. 392/78, rispetto alla disciplina “generale” recata dall'art. 2558 c.c., nel fatto che non viene previsto alcun meccanismo automatico di subentro (salvo espressa

pattuizione contraria), poiché si ritiene necessario che l'affittante e l'affittuario dell'azienda si accordino espressamente in relazione al subentro del secondo nella locazione contratta dal primo.

Cosicché la successione a titolo particolare del conduttore nella posizione giuridica concedente d'azienda, si perfezionerà, per le parti, solo in presenza di volontà concorde ed espressamente manifestata.²⁸⁴

²⁸⁴ Recita in tal senso, *ex plurimis*, Cass. 3 aprile 2003 n. 5137, «la successione nel contratto di locazione non discende automaticamente dal negozio di cessione o di affitto dell'azienda quale suo effetto necessario (omissis), ma è soltanto eventuale e richiede comunque la conclusione, da parte del cedente e del cessionario dell'azienda, di un apposito negozio volto a porre in essere la sublocazione o la cessione del contratto di locazione, senza necessità, in tale seconda ipotesi, in deroga all'art. 1594, comma 1, c.c., del consenso del locatore».

Mentre non è necessario il consenso del locatore originario, verso il quale l'unico obbligo, anche in caso di sublocazione dell'immobile²⁸⁵, sarà quello di comunicare l'avvenuto trasferimento del contratto, ma al solo fine di iniziare a far decorrere il termine di trenta giorni entro cui quest'ultimo deciderà se opporsi al subentro dell'affittuario nel contratto, in presenza di gravi motivi reali e documentabili.²⁸⁶

In ultimo, tra le norme speciali che si sostituiscono alla disciplina generale dell'art. 2558 c.c. si rinviene quella dettata per il trasferimento dei contratti di lavoro dipendente, disciplinata all'art. 2112 c.c., ma vista la delicatezza di quest'ultimo argomento, in quanto dagli effetti della norma dipendono le sorti dei lavoratori presenti in azienda a seguito del trasferimento del complesso, il Legislatore ha voluto conferire particolari tutele che meritano un'attenzione più specifica.

²⁸⁵ Cfr. Cass. 24 febbraio 2015 n. 3597, secondo la quale «la qualificazione come sublocazione, ovvero come cessione dell'originaria locazione, del contratto intervenuto tra le parti relativamente all'immobile in cui è esercitata l'azienda non rileva con riguardo all'esclusione della necessità del consenso del locatore - prevista, per entrambi i casi, dalla L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 36, rispettivamente in deroga agli artt. 1594 e 1406 c.c.».

²⁸⁶ A tal fine si veda, *ibidem* Cass. 3597/2015, la quale espressamente rileva che «detta opposizione del contraente ceduto, ove riconosciuta fondata in sede giudiziaria, costituisce vicenda successiva ed estranea al negozio originario e si prospetta, perciò, funzionale soltanto all'elisione *ex post* dell'effetto negoziale già prodottosi con l'accordo cedente-cessionario. Pertanto, rispetto alla ordinaria cessione di contratto (che si contraddistingue per la sua struttura negoziale trilaterale), deve ritenersi che la cessione del contratto di locazione non contempla tra i propri elementi costitutivi il consenso del ceduto, mentre l'eventuale dissenso del locatore fondato su gravi motivi integra un elemento estraneo al negozio, siccome funzionale alla sospensione temporanea della cessione e – per il caso di accertamento giurisdizionale o di riconoscimento spontaneo da parte del cedente della fondatezza dell'opposizione – al venir meno degli effetti della medesima cessione, ed eventualmente alla risoluzione del rapporto di locazione.».

3.5.1 Il trasferimento dei rapporti di lavoro e le tutele previste.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 2112 c.c., quando in conseguenza di una vicenda traslativa, “*ivi compresa l'usufrutto e l'affitto d'azienda*” muta il titolare del complesso, a beneficio della salvaguardia dei rapporti contrattuali dei lavoratori subordinati coinvolti nel trasferimento d'azienda e delle obbligazioni da esso derivanti, in deroga all'applicazione dell'art. 2558 c.c. l'ordinamento appresta particolari forme di tutela, di tipo “individuale” e “collettivo”, ai primi quattro commi del medesimo articolo, e di tipo “procedurale” dall'art. 47 della L. 428/90, in materia di informativa ed esame congiunto da parte del cedente e del cessionario nei confronti dei sindacati.

Osservando con attenzione la disposizione civilistica, al primo comma dell'art. 2112 c.c. il Legislatore stabilisce che, «*in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano*».

In altri termini, ciò implica che il trasferimento d'azienda può configurarsi come successione legale nel contratto, e differentemente da quanto accadrebbe in caso di cessione del contratto, gli effetti del passaggio si producono automaticamente, senza necessità di consenso da parte del lavoratore ceduto.²⁸⁷

Ma non solo, poiché disponendo l'art. 2112 c.c. che il contratto di lavoro sopravviva intatto alla cessione o all'affitto d'azienda, è inammissibile ogni possibilità di “patto contrario.”

Invero, rispetto alla disciplina “generale” recata dall'art. 2558 c.c., la norma in esame non attribuisce, al cedente o affittante e al cessionario o affittuario alcun margine di autonomia pattizia, prevedendo invece che, in ogni caso, il trasferimento del complesso aziendale implichi il contestuale subentro nella titolarità del contratto di lavoro con i dipendenti occupati nell'azienda trasferita.

Si prevede che il rapporto di lavoro prosegua in tutti i suoi aspetti contenutistici, considerandosi unitario e senza alcuna interruzione dovuta alla modificazione soggettiva intervenuta rispetto al datore di lavoro.

²⁸⁷ Cfr. G. ODETTO, L. FORNERO, M. NEGRO in “*Cessione, conferimento, affitto e donazione d'azienda*”, Ipsoa, Wolters Kluver, Milano, 2011, p. 186; Sottolineano gli A. che secondo la Cassazione l'art. 2112 c.c. sia congegnato in modo da «*determinare l'inscindibilità tra rapporto di lavoro e azienda, facendo della successione a titolo particolare nel contratto di lavoro dell'acquirente un effetto legale immancabile della cessione di azienda*».

Per altro verso, va ricordato che tale automatismo, non operi, invece, laddove il rapporto di lavoro si sia «*legittimamente risolto precedentemente al trasferimento*»²⁸⁸, e pertanto non vi sarà prosecuzione automatica nemmeno per i rapporti di lavoro che alla data del trasferimento siano già terminati.

A tal proposito, invocando la giurisprudenza di legittimità, dovrà farsi «*riferimento solo a quelle posizioni dei lavoratori che abbiano già assunto la natura di veri e propri diritti soggettivi, non riguardando invece le mere aspettative o situazioni in fieri che potranno trasformarsi in diritto in tempi futuri*»²⁸⁹ così come anche i lavoratori licenziati dal cessionario o dal locatore.

La giurisprudenza²⁹⁰ chiarisce, altresì, come questi non siano da ritenersi assoggettabili nemmeno alla disciplina di tutela “reale”, piena o attenuata per l’illegittimità del licenziamento, in mancanza del requisito numerico (di 15 dipendenti) di cui all’art. 18 della L. 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori), non potendo reclamare la conservazione del posto di lavoro presso la precedente impresa, per le maggiori dimensioni della stessa, atteso che «*il diritto alla tutela (reale o obbligatoria) del posto di lavoro sorge solo al momento dell’intimato licenziamento*».

Ad ogni modo la *ratio* della disposizione risulta abbastanza chiara, e va ravvisata nell’intento del Legislatore di dare prevalenza alla tutela degli interessi individuali del lavoratore rispetto a quelli del datore di lavoro, tutelando la posizione dei dipendenti, mantenendone lo stesso inquadramento e garantendone la conservazione dei diritti da essi già maturati nei confronti del cedente o affittuario.

Per questo vengono mantenute sia l’anzianità di servizio maturata e il relativo TFR, sia il diritto al godimento delle ferie complessivamente maturate e dei permessi non usufruiti, nonché anche le mensilità aggiuntive le quali dovranno essere corrisposte per intero, compresa la quota maturata alle dipendenze del cedente o locatore.

²⁸⁸ Cfr. Cass. 28 agosto 2000 n. 11272 e in senso analogo Cass. 12 aprile 2010 n. 8641.

²⁸⁹ Cass. 10 novembre 1999 n. 12492.

²⁹⁰ Cfr. Cass. 12492/1999, *Ibidem*, secondo cui i lavoratori non possono invocare «*la posizione per essi più vantaggiosa in cui versavano in materia di conservazione del posto di lavoro presso la precedente impresa, per le maggiori dimensioni della stessa, atteso che il diritto alla tutela (reale o obbligatoria) del posto di lavoro sorge solo al momento dell’intimato licenziamento*».

Si precisa inoltre, che l'intento dell'ordinamento di proteggere la "posizione" raggiunta dal lavoratore, che conserva tutti i diritti derivanti dal pregresso rapporto di lavoro alle dipendenze del cedente ed in particolare quello dell'anzianità, è volto essenzialmente impedire che attraverso una fittizia e fraudolenta risoluzione del rapporto seguita dalla riassunzione alle dipendenze del cessionario o affittuario possa violarsi il diritto alla infrazionabilità della anzianità, con conseguenze negative non solo sul piano del trattamento di fine rapporto, ma anche sulla determinazione del calcolo della stessa necessaria per la richiesta dell'indennità di mobilità e l'accesso ai cosiddetti "ammortizzatori sociali" in caso di crisi aziendale.

Sebbene il trasferimento d'azienda, come espressamente chiarito al quarto comma della norma in commento, non costituisca di per sé motivo di licenziamento, laddove anche il cessionario volesse attivare dei processi di ristrutturazione e ridurre la base occupazionale, non potrà addurre come motivazione solo l'avvenuta acquisizione dell'azienda, ritenendosi necessaria per la risoluzione del rapporto di lavoro una "giusta causa" o un "giustificato motivo", ex artt. 2118 -2119 c.c., ma sempre diversa dal trasferimento.²⁹¹

Dal lato opposto, dovendosi asseverare l'automaticità del trasferimento dei dipendenti dal cedente al cessionario, va considerato che non solo non è previsto che il lavoratore ceduto presti il proprio consenso, ma anche l'irrelevanza dell'eventuale dissenso del dipendente il quale potrà solo avvalersi della speciale facoltà di rassegnare le proprie dimissioni.

²⁹¹ Sul punto si segnala, la prospettiva della Corte in merito al cedente, stabilendo che ciò vale sempreché il datore di lavoro non sia titolare del potere di licenziamento *ad nutum* (si veda Cass. 3 febbraio 1994 n. 1091), ad esempio nei confronti dei dirigenti (si veda Cass. 19 gennaio 2004 n. 741). In caso di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, Cass. 11 giugno 2008 n. 15495 ha stabilito che «*a ragione del suo stesso fondamento, questa oggettività può tuttavia avere giustificazione solo nello spazio della struttura aziendale, autonomamente considerata; non nella connessione con il trasferimento (come finalità di agevolare il trasferimento stesso).*» Nel caso sia il cessionario a ridurre la base occupazionale senza giustificato motivo, saranno a carico di questi le eventuali conseguenze derivanti dall'illegittimo licenziamento intimato dal cedente, ossia il ripristino del rapporto di lavoro e l'obbligo di corrispondere le relative retribuzioni, stante la continuazione del rapporto di lavoro (Cass. 28 agosto 2000 n. 11272, Cass. 19 agosto 1995 n. 8924 e Cass. 10 dicembre 1986 n. 7338).

Tale facoltà, introdotta dal D. LGS. 18/2001, riconosce in capo al lavoratore, «*le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda*», di “inibire” il trasferimento unitamente al diritto di rassegnare le proprie dimissioni in presenza di giusta causa che «*non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*» ai sensi e con gli effetti dell'art. 2119 comma 1 c.c., ovvero prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, oppure senza preavviso se il contratto è a tempo indeterminato (in questo caso anche con diritto all'indennità di mancato preavviso).

Si tratta essenzialmente di un diritto potestativo riconosciuto in capo al lavoratore, in relazione ad eventuali modifiche delle condizioni di lavoro, ed a causa del trasferimento²⁹², tali da comportare un effettivo deterioramento della sua posizione economica, normativa e professionale.

Mentre, a norma del terzo comma dell'art. 2112 c.c. il cessionario o affittuario sarà tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa dallo stesso, affinché il dipendente ceduto sia protetto dallo stesso contratto collettivo che regolava il suo rapporto presso l'azienda ceduta o concessa in affitto.

In tal caso, la norma conferisce una sorta di ultrattività alla contrattazione collettiva, in quanto questa produrrà effetti anche in ordine ad un soggetto (il cessionario o affittuario) che di fatti, non è parte dell'accordo, venendo comunque meno alla scadenza del contratto collettivo, restando quest'ultimo del tutto svincolato rispetto ai contratti applicati nell'azienda ante trasferimento.

²⁹² Nella lettera del Ministero del Lavoro 31.5.2001 prot. n. 5/26570/70/TRASF/D'AZ., si sostiene che «*la sostanziale modifica deve realizzarsi a svantaggio del lavoratore*» e, pertanto, «*rientrano nella nuova fattispecie legale le sole dimissioni del dipendente motivate dalla circostanza che il trasferimento d'azienda abbia comportato un complessivo peggioramento delle condizioni di lavoro del dipendente stesso*» Cfr. G. ODETTO, L. FORNERO, M. NEGRO, op., cit., *ibidem*.

È stato osservato dalla dottrina²⁹³, che al fine assicurare al lavoratore la protezione del contratto collettivo che regolava il suo rapporto presso l'azienda ceduta, non si ritiene necessario che debba restare lo stesso se «*la contrattazione collettiva esista nell'impresa acquirente e la disposizione risponde anche all'ulteriore esigenza razionale di omogeneizzazione dei trattamenti collettivi di tutti i dipendenti di una stessa impresa*», purché, a mente del D. LGS. 18/2001, la sostituzione si produca solo tra i contratti collettivi del medesimo livello (nazionale, territoriale o aziendale), talvolta anche con condizioni peggiorative ma non tali pregiudicare i diritti acquisiti dal lavoratore nel corso della precedente contrattazione.²⁹⁴

Per altro verso, meritevole di menzione, in virtù della duplice tutela fornita dal Legislatore, per il mantenimento del rapporto di lavoro e per le obbligazioni da esso derivanti, assume particolare rilevanza la disposizione del secondo comma dell'art. 2112 c.c., ove viene stabilito che il cedente o affittante e il cessionario o affittuario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento, a prescindere dal fatto che questi ne siano a conoscenza e se questi non risultino dai libri contabili obbligatori o dal libretto di lavoro.²⁹⁵

Ne consegue, che il lavoratore titolare del credito sarà legittimato a chiederne l'adempimento per la totalità sia al cedente o affittante che al cessionario o affittuario, fatta salva la facoltà di regresso di quest'ultimo per la parte non maturata nella sua gestione.

²⁹³ Cfr. F. CIAMPI “*Sul trasferimento di un ramo d'impresa legislatore nella scia della giurisprudenza*”, in “*Guida al Diritto*”, 9, 2001, p. 30.

²⁹⁴ Sul punto si veda, ex multis, Cass. 4 febbraio 2008 n. 2609, Cass. 11 marzo 2010 n. 5882, Cass. 13 maggio 2011 n. 10614 e Cass. 18 maggio 2011 n. 10937, secondo le quali la sostituzione immediata del contratto collettivo del cedente con quello del cessionario opera anche qualora quest'ultimo contenga condizioni peggiorative per i lavoratori rispetto a prima.

²⁹⁵ Tali condizioni, invece, erano previste dall'art. 2112 c.c. nella versione anteriore alle modifiche apportate dalla L. 428/90.

Ciò porta a considerare che la responsabilità solidale del cessionario o affittuario per i crediti vantati dai lavoratori al momento del trasferimento d'azienda sussista, ma solo laddove si presupponga la vigenza del rapporto di lavoro con quei lavoratori e pertanto, di converso, debba venir meno in riferimento a quei crediti maturati nei relativi rapporti che siano già cessati in precedenza dello stesso trasferimento.²⁹⁶

In aggiunta, a parere della Suprema Corte²⁹⁷ si prevede che la responsabilità del cessionario o affittuario non possa dirsi unicamente limitata a quei crediti che il lavoratore abbia maturato nel periodo in cui sia stato assunto presso il locatore.

Questo perché occorrerà far riferimento, invece, a tutti i crediti comunque facenti capo all'alienante, anche se originariamente maturati in capo ad altro titolare ed acquisiti a loro volta assieme al complesso.

A tal proposito, un aspetto particolarmente controverso risiede nell'obbligo di corresponsione del trattamento di fine rapporto, e se debba sostenersi che questo venga ad esistenza solo alla cessazione del rapporto di lavoro, ovvero maturi in costanza del rapporto stesso.

Invero, nei casi di trasferimento d'azienda, affitto compreso, qualora il rapporto di lavoro venga a cessare nella gestione dell'affittuario, non è chiaro se l'obbligo della corresponsione del TFR, gravi esclusivamente ed integralmente sull'affittuario stesso, ovvero se quest'ultimo sia chiamato a risponderne solo per la frazione maturata successivamente al trasferimento e solidalmente con il locatore per la parte maturata in precedenza.

²⁹⁶ Secondo taluna giurisprudenza, resta impregiudicata, anche in tale caso, la generale responsabilità dell'acquirente, ex art. 2560 c.c., per i debiti dell'azienda ceduta che risultino dai libri contabili obbligatori, cfr. Cass. 19 dicembre 1997 n. 12899, in senso analogo, si veda Cass. 29 marzo 2010 n. 7517.

²⁹⁷ Cfr. Cass. 17 luglio 2002, n. 10348.

Sebbene sembrerebbe più pacifica la seconda ipotesi, per un lungo periodo la giurisprudenza²⁹⁸ è stata orientata a favore della prima soluzione, considerando unico debitore il “titolare” dell’impresa al momento della risoluzione del rapporto di lavoro, anche per il periodo alle dipendenze del precedente datore di lavoro, poiché solo in quel momento maturerebbe e sarebbe esattamente determinabile nel suo importo il diritto al trattamento di fine rapporto, del quale la cessazione è fatto costitutivo.

Negli ultimi anni, però, la Corte di Cassazione²⁹⁹ riesaminando la questione, ha rivisto il proprio orientamento stabilendo che *«in caso di cessione d’azienda assoggettata al regime di cui all’art. 2112 cod. civ. il datore di lavoro cedente rimane obbligato nei confronti del lavoratore suo dipendente, il cui rapporto prosegue con il datore di lavoro cessionario, per la quota di trattamento di fine rapporto maturata durante il periodo di rapporto con lui svolto e calcolato fino alla data del trasferimento d’azienda, mentre il datore di lavoro cessionario è obbligato per questa stessa quota soltanto in ragione e nei limiti del vincolo di solidarietà previsto dall’art. 2112, secondo comma, cod. civ.»*.

Allo stesso modo, ha stabilito che quest’ultimo, quale datore di lavoro cessionario o affittuario, sarà l’unico obbligato al trattamento di fine rapporto in relazione alla quota maturata nel periodo del rapporto intercorso successivamente al trasferimento d’azienda.³⁰⁰

Per quanto concerne il vincolo di solidarietà, inoltre, il secondo comma dell’art. 2112 c.c. stabilisce che, con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c., che prevedono l’esperimento del tentativo di conciliazione, il lavoratore possa consentire la liberazione del cedente o locatore dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, cosicché solo attraverso queste potrà dirsi garantita la genuinità del consenso.

Per la risoluzione delle controversie individuali del lavoro, se l’attivazione della procedura che prevede il tentativo di conciliazione presso la Commissione di conciliazione istituita dalla Direzione Provinciale del Lavoro nella cui circoscrizione si trova l’azienda, ed in presenza delle rappresentanze sindacali, ha esito positivo e viene

²⁹⁸ Cfr. Cass. Sez. lavoro, 17 marzo 1986, n.1832, in F. BAVAGNOLI “L’affitto d’azienda”, 2006, cit., p. 57, in senso analogo, Cass. 14 dicembre 1998 n. 12548, Cass. 27 agosto 1991 n. 9189, Cass. 13 dicembre 2000 n. 15687, Cass. 9 agosto 2004 n. 15371, Cass. 22 ottobre 2007 n. 22067 e Cass. 11 aprile 2011 n. 8134.

²⁹⁹ Cfr. Cass. 22 settembre 2011, n. 19291 in senso analogo, Cass. civ., 11 settembre 2013, n. 20837.

³⁰⁰ Cfr. Cass. ult. cit., *ibidem*.

accettata dalla controparte, verrà redatto processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti della Commissione.

In seguito, quest'ultimo potrà divenire esecutivo per decreto del giudice su istanza della parte interessata.

La stesura del verbale si rende fondamentale, più che mai, anche per la controparte imprenditoriale, non solo perché, attraverso questo, verrà permesso al subentrante di delineare chiaramente la natura e la regolarità dei rapporti in essere nel complesso, ma anche, una volta definito il livello di esposizione nei confronti dei dipendenti, i relativi importi verranno “cristallizzati” al fine di evitare future contestazioni le quali, peraltro, potranno essere promosse dai dipendenti solo in sede di conciliazione presso la Direzione Provinciale del Lavoro e per quanto maturato nei loro confronti dal rapporto di lavoro già prestato.

Da ultimo, in ordine alle tutele di tipo “procedurale”, in caso di trasferimento d'azienda o di ramo aziendale e per le imprese con più di 15 dipendenti ai sensi dei commi 1 - 4 dell'art. 47 della L. 29.12.90 n. 428 così come modificati dal D. LGS. 18/2001 e dettati in materia di informativa ed esame congiunto da parte del cedente e del cessionario nei confronti dei sindacati, viene posto l'obbligo di attivare una speciale procedura di consultazione.

Almeno 25 giorni prima che sia perfezionato l'atto di trasferimento, o che si sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente, la volontà di dar seguito alla vicenda dovrà essere comunicata per iscritto alle rappresentanze sindacali unitarie (RSU) ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali (RSA) nelle unità produttive interessate, ed anche ai sindacati di categoria che abbiano stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate.

Si prevede che tale informativa, ai sensi del primo comma della Legge in commento, dovrà riguardare in maniera tassativa:

- ❖ la data del trasferimento o la data proposta per lo stesso;
- ❖ i motivi del programmato trasferimento d'azienda, con annesse indicazioni da parte dei soggetti interessati sulle ragioni comuni che riguardino, per la loro oggettiva valenza, i lavoratori dipendenti;
- ❖ le conseguenze del trasferimento per i lavoratori sul piano giuridico, economico e sociale;

- ❖ le eventuali misure previste nei confronti dei lavoratori, con particolare riguardo ai programmi di riduzione del personale, ai piani di messa in cassa integrazione guadagni, variazione delle mansioni, o trasferimenti della sede di lavoro.

A fronte della predetta comunicazione, il comma 2 della norma stabilisce che, entro 7 giorni dal ricevimento della stessa, le rappresentanze sindacali o i sindacati di categoria possano richiedere per iscritto al cedente e al cessionario di effettuare un esame congiunto della situazione. Tale fase è quindi solo eventuale e subordinata alla richiesta dei sindacati.

Decorso 10 giorni dal suo inizio, anche se non si sia raggiunto un accordo, la consultazione si ritiene comunque esaurita.

Premesso che il mancato espletamento della procedura di comunicazione ed esame congiunto, non può ritenersi tale da inficiare la validità dell'atto e quindi l'esito del trasferimento, costituisce però condotta datoriale qualificabile come antisindacale ai sensi dell'art. 28 della Legge n. 300/1970.

Lo scopo della procedura è essenzialmente quello di consentire alle rappresentanze sindacali di indagare sia le capacità di gestione del cessionario o affittuario, sia le sue intenzioni, con riferimento ai piani di investimento, ai programmi produttivi, e dei livelli occupazionali, nonché per eventuali modificazioni della contrattazione collettiva e delle condizioni di lavoro assicurate ai dipendenti.

Per questo si ritengono escluse dall'obbligo di informativa le vicende prettamente di carattere economico-finanziario, in quanto integranti il diritto di iniziativa privata propria del datore di lavoro e la tutela in materia di concorrenza

Invero, anche la tempistica piuttosto stretta rappresenta «*un contemperamento tra la necessità di non impacciare l'iniziativa economica e quella di prendere nella dovuta considerazione le istanze di tutela dell'occupazione.*»³⁰¹

³⁰¹ Cfr. L. BRAGOLI, “L'azienda, il suo trasferimento e la tutela dei lavoratori subordinati”, 2008, in www.altalex.it

3.4 La successione nei crediti e nei debiti pregressi.

Nel disciplinare i trasferimenti di azienda, il Legislatore civile, sembra prestare sempre scarsa attenzione all'ipotesi di affitto di azienda, limitandosi perlopiù a richiamare l'applicabilità di alcune disposizioni in tema di usufrutto all'art. 2561 c.c. e di successione nei contratti all'art. 2558 c.c. terzo comma, nulla disponendo in merito al subentro nelle posizioni di credito e debito del locatore, agli artt. 2559-2560 c.c.

Per altro verso, non può che non ritenersi essenziale, come naturale effetto dell'inserimento nella corretta gestione in un complesso unitario, che seppur a titolo di godimento preveda il solo nel potere di disponibilità dei beni, anche un'eventuale subentro dell'affittuario nelle ragioni di credito e debito a questo ricondotte.

A detta di autorevole dottrina³⁰², il silenzio e la dimenticanza inspiegabile del Legislatore sulla questione, non farà altro che alimentare l'inevitabile l'interrogativo su quale debba essere la sorte di quest'ultimi nel periodo di affitto, e se possano essere, o meno, ricompresi nella sfera della disponibilità del soggetto affittuario.

Occorrerà a tal fine considerare le due fattispecie separate.

Per ciò che concerne i crediti pregressi al momento del trasferimento e relativi all'azienda ceduta, il secondo comma dell'art. 2559 c.c. stabilisce che la disciplina prevista in ipotesi di cessione di azienda, così come al primo comma, ovvero perfezionantesi anche «*in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione*» e con effetto «*dall'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese*», possa applicarsi anche all'usufrutto, se questo si estende ai crediti relativi all'azienda concessa in usufrutto, mentre non prevede la medesima estensione in caso di affitto d'azienda.

Secondo la dottrina maggioritaria³⁰³, nonostante la difficoltà di giustificare un diverso trattamento tra l'usufrutto e l'affitto ritenendosi fattispecie assimilabili, il tenore letterale della norma dovrebbe ritenersi invalicabile ed insuscettibile di ogni tentativo di interpretazione in senso estensivo.

³⁰² Cfr. G.E. COLOMBO “L'azienda”, in “Tratt. Dir. Comm.” F. GALGANO, III, Padova, 1979, p. 288.

³⁰³ Cfr. F. TASSINARI “L'affitto d'azienda tra norme di legge e clausole di autonomia privata”, *Notariato*, 5, 2010, p. 531 ss.

Con la conseguenza, che laddove le parti pattuiscano che, con il godimento dell'azienda, vengano ceduti i crediti dell'affittante, dovrà essere applicata la disciplina prevista dagli artt. 1260-1267 c.c., a norma della quale, detta cessione avrà effetto nei confronti del debitore ceduto solo nel caso in cui questi l'abbia accettata o notificata ai sensi dell'art. 1264 c.c., e non quella recata all'art. 2559 c.c.

Si aggiunga, che nel silenzio del novellato dell'art. 2559 c.c., quando nel contratto venga pattuito il subentro dell'affittuario nei crediti, tale cessione non diviene opponibile ai terzi per effetto dell'iscrizione del contratto nel Registro delle imprese, così come previsto dal primo comma, ma solo per effetto della notifica o accettazione ex art. 1265 c.c.³⁰⁴

Ciò non significa, ovviamente, che i crediti non possano essere trasferiti, ed invero, come molto spesso accade in tema di affitto d'azienda, la soluzione sia da ricercarsi nel potere regolamentare riconosciuto alle parti in sede di contrattazione.

In questi casi, la prassi professionale suggerisce di pattuire contrattualmente se ed in quali termini vengano trasferiti all'affittuario i crediti relativi alla gestione dell'affittante, elencando nel contratto, o in specifico allegato quali si trasferiscano.

Non mancando di precisare, altresì, per quelli ceduti, eventuali garanzie assunte dall'affittante per il loro buon fine, soprattutto se recanti clausola *pro-soluto*, in quanto non solo la cessione dipenderà dall'accettazione del debitore, ma anche l'incasso o mancato tale, graverà solo sull'affittuario.

Spetterà alla valutazione delle parti stabilire se e quali crediti cedere, avendo sempre come parametro di riferimento la circostanza che l'effettivo svolgimento dell'attività d'impresa sarà posto in essere dall'affittuario.

Invero, nonostante si tratti di posizioni creditorie, alle volte può essere agevole e conveniente da un punto di vista pratico trasferirli a chi sarà l'effettivo gestore dell'impresa.

³⁰⁴ G.E. COLOMBO “*Usufrutto e affitto dell'azienda*”, in “*Trattato di diritto commerciale*”, diretto da GALGANO F., Vol. III, Cedam, Padova, 1979, p. 290.

Per ciò che concerne i debiti, invece, in assenza di un espresso richiamo normativo alle ipotesi di affitto, ed in tal caso, nemmeno in tema di usufrutto, le disposizioni contenute nei due commi dell'art. 2560 c.c. secondo le quali il cedente non è liberato dai debiti inerenti l'esercizio dell'azienda ceduta, se non risulta il consenso del creditore, e l'acquirente è responsabile in solido per i debiti risultanti dai libri contabili, non saranno da ritenersi applicabili in caso di affitto di azienda.

Per i debiti riferite alle aziende affittate, anteriori alla stipula del contratto di affitto sembrerebbe rispondere, salvo diverso accordo tra le parti, solo il concedente e non l'affittuario.

L'inapplicabilità della norma in commento trova conferma anche nel giudizio della Cassazione, la quale stabilisce che «*La norma dell'art. 2560 comma secondo c.c. non è applicabile ai contratti aventi per oggetto il trasferimento del diritto di godimento quali l'usufrutto e l'affitto di azienda.*»³⁰⁵

Analogamente, anche in sede di cessazione dell'affitto, così come di usufrutto, la restituzione dell'azienda al proprietario-concedente non comporterà per quest'ultimo, fuori delle ipotesi diversamente regolate dalla legge³⁰⁶, la responsabilità ex art. 2560 c.c. per i debiti contratti dall'affittuario, «*[...] non essendo siffatta ipotesi riconducibile ad alcuna delle vicende traslative in relazione alle quali la norma è stata posta*»³⁰⁷.

La mancata estensione dell'art. 2560 c.c. all'affitto d'azienda è da ritenersi pacifica, ma non toglie che le parti non possano prevedere la cessione di tutti o parte dei debiti mediante apposita pattuizione.

In tal caso una volta chiariti quali debiti debbano intendersi trasferiti insieme all'azienda e si ricorrerà alla figura giuridica dell'accollo regolamentata nell'art. 1273 c.c.

A tal fine, se la cessione del debito venisse notificata al creditore ceduto e questi, in maniera espressa vi acconsentisse aderendo alla convenzione di accollo, il locatore sarà pienamente liberato, mentre in caso di mancato assenso che liberi l'affittante, quando ritenga di essere lesa da un'attenuazione delle garanzie che in precedenza fossero state

³⁰⁵ Cfr. *ex multis*, Cass. 3 luglio 1958 n. 2386.

³⁰⁶ Si sta facendo riferimento a quanto appena argomentato, circa l'eccezione per i debiti di lavoro espressamente accollati anche dall'affittuario ai sensi dell'art. 2112 c. 2. per i quali «*l'alienante e l'acquirente sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento*», ferma restando la facoltà del lavoratore di consentire la liberazione del locatore dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro seguendo le procedure previste dagli artt. 410 e 411 del c.p.c.

³⁰⁷ Cfr. Cass. 8 maggio 1981 n. 3027.

offerte dal proprietario dell'azienda, allora quest'ultimo e l'affittuario saranno obbligati in solido al pagamento del debito.

In particolare è da precisare che la responsabilità delle parti è solidale se i debiti risultano dai libri contabili obbligatori.

Di converso, ai sensi dell'art. 1274 c.c. secondo comma, se l'affittuario che si è accollato il debito risultasse inadempiente, il creditore non potrà più agire nei confronti del debitore originario se non ne avesse fatto espressa riserva, oppure se non risultasse che l'insolvenza fosse già presente nel momento dell'accollo.

Ad ogni modo, anche in questo caso, il subentro nelle ragioni di debito risiederà nella volontà pattizia, che in sede contrattuale potrà riferire sulla scelta di quanti e quali far accollare al nuovo gestore.

Anche se tendenzialmente l'affittuario possa non avere interesse nel sostituirsi nella posizione debitoria della precedente gestione, dal punto di vista pratico e per la prosecuzione dell'attività, potrebbe ritenersi fisiologica la circostanza di subentro in quei debiti strettamente attinenti l'attività aziendale, *in primis* con riferimento ai debiti verso fornitori, specie se legati a rapporti di fornitura a carattere continuativo.

A tal riguardo potrebbero ricomprendersi, come strettamente legati all'attività di gestione anche i debiti verso banche per l'erogazione di finanziamenti.

Sebbene si tenga ferma la refrattarietà del subentro dell'affittuario nell'ordine di quei finanziamenti a medio/lungo termine, specie quelli riferibili ad oneri di *start up*, in quanto sia da ritenersi come colonna portante dei motivi del ricorso all'affitto d'azienda proprio quello di entrare in un contesto già rodato e funzionante, evitando di immobilizzare risorse finanziarie per l'investimento iniziale, in molti casi potranno legare all'attività quei debiti di finanziamento di breve termine, che il locatore abbia contratto per esigenze attinenti la gestione ordinaria e non a titolo di investimento durevole.

Mentre, per ciò che riguarda i debiti di natura fiscale, sarebbe da ritenersi esclusa la responsabilità solidale dell'affittuario per anche quelli relativi ad imposte e sanzioni riferite a violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuto il trasferimento e nei due

precedenti, nonché a quelle già irrogate e contestate nel medesimo periodo anche se riferite a violazioni commesse in epoca anteriore ai sensi dell'art. 14 D. LGS. 472/1997³⁰⁸.

Il tema è particolarmente controverso, in quanto si è spesso esaminato il problema della responsabilità del cedente e del cessionario in caso di cessione di azienda, mentre raramente è stata affrontata la questione relativa alla responsabilità dell'affittuario.

Sebbene in un primo momento, sia stata avanzata l'ipotesi di equiparare la responsabilità dell'affittuario a quella del cessionario potendo essere considerate sia la cessione che l'affitto di azienda entrambe operazioni attinenti alla circolazione della stessa³⁰⁹, tuttavia, l'estensione dell'applicabilità delle disposizioni dell'art. 14 del D. LGS. 18 dicembre 1997, n. 472 riguardanti la responsabilità solidale, e sussidiaria, del cessionario anche all'affittuario d'azienda, sarebbe da ritenersi controversa non solo avendo riguardo del tenore letterale dello stesso art. 14, che, ritenendosi invalicabile, assumerebbe validità solo in caso di cessione di azienda, ove solo «*Il cessionario è responsabile in solido, fatto salvo il beneficio della preventiva escussione del cedente ed entro i limiti del valore dell'azienda o del ramo d'azienda [...]*», ma anche per l'assoggettabilità al sistema delle sanzioni amministrative previste a richiamo del principio di legalità ai sensi dell'art. 3 del suddetto Decreto.

Invero, in virtù di quanto espresso dal principio di legalità viene posto il divieto di applicazione analogica a fattispecie non espressamente previste dal legislatore, dove «*Nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione*» e pertanto, si ritiene che l'art. 14 del D.LGS. 472/97 non sia applicabile al caso di affitto d'azienda.³¹⁰

³⁰⁸ Cfr. DECRETO LEGISLATIVO 18 dicembre 1997, n. 472, Art. 14., “Cessione d’azienda”, c. 1 «*Il cessionario è responsabile in solido, fatto salvo il beneficio della preventiva escussione del cedente ed entro i limiti del valore dell'azienda o del ramo d'azienda, per il pagamento dell'imposta e delle sanzioni riferibili alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti, nonché per quelle già irrogate e contestate nel medesimo periodo anche se riferite a violazioni commesse in epoca anteriore.*» in www.gazzettaufficiale.it

³⁰⁹ In particolare per l'estensione dell'applicabilità della norma in commento si fa riferimento al co. 5-ter dell'art. 14, ove stabilito «*Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, a tutte le ipotesi di trasferimento di azienda, ivi compreso il conferimento*». Cfr. (Fondazione Nazionale dei Commercialisti, *La responsabilità tributaria del cessionario di azienda e la nozione di “trasferimento di azienda”*, 13.5.2016, pp. 20-21).

³¹⁰ Cfr. R. BAGGIO, “*Appunti in tema di responsabilità tributaria del cessionario di azienda*”, in “*Rass. trib.*”, 1999, p. 743.

Mentre per le sanzioni, il secondo comma stabilisce che *«Salvo diversa previsione di legge, nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce violazione punibile. Se la sanzione è già stata irrogata con provvedimento definitivo il debito residuo si estingue, ma non è ammessa ripetizione di quanto pagato»*.

Ciò che si ritiene rilevante ai fini dell'effettiva assoggettabilità alle precedenti disposizioni, ancora una volta consiste nel trasferimento giuridico della proprietà, che si determina con la cessione d'azienda ma non con l'affitto, con il quale, come noto, si trasferisce temporaneamente solo il mero godimento di beni costituenti l'azienda in capo all'affittuario, ma che comunque restano di proprietà del concedente

In conclusione, si può ribadire che le sorti dei rapporti di credito e di debito in essere rimangono vincolate alla volontà espressa dalle parti in sede contrattuale, dove il conduttore normalmente, risponderà unicamente dei debiti sorti durante la gestione trattandosi di obbligazioni assunte dallo stesso, ma non si riterrà responsabile solidalmente con il locatore ad eccezione delle passività nei confronti dei lavoratori dipendenti, in quanto non si ritengono applicabili le disposizioni degli art. 2559 e 2560 c.c., salvo espresso richiamo, poiché riferibili unicamente alla cessione d'azienda e non ai rapporti fra affittante ed affittuario.

3.5 L'estinzione del rapporto e la riconsegna dell'azienda (brevi cenni).

Per tracciare un'adeguata disciplina relativa ai motivi di scioglimento del contratto di affitto d'azienda occorre fare riferimento alle norme dettate in tema di affitto, anche se, come spesso accade in tema di affitto d'azienda, l'autonomia pattizia e la fonte contrattuale assolvono un ruolo rilevante.

Qualora nel contratto di affitto d'azienda sia stabilito un termine, lo scadere del medesimo costituisce causa naturale di scioglimento del rapporto.

Se invece il contratto non preveda scadenza può comunque essere rescisso, ai sensi dell'art. 1616 c.c., con un «congruo preavviso».

In realtà, nonostante la questione possa sembrare insolita, l'affitto potrebbe essere a tempo determinato o indeterminato, nella misura in cui anche il rinnovo tacito alla scadenza del contratto si intende, secondo le comuni regole del diritto, a tempo indeterminato.

Tuttavia nella quasi totalità dei casi, il termine viene apposto nel contratto dalle parti e la durata varia a seconda delle finalità per le quali viene posta in essere l'operazione.

Pertanto la decorrenza del termine è la causa principale dell'estinzione del contratto di affitto d'azienda.

Esistono altre motivazioni che possano prevedere l'estinzione del rapporto e tra queste figurano³¹¹:

- ❖ *estinzione per mutuo consenso*, a norma dell'art. 1372 c.c. ovvero per espressa volontà di entrambe le parti;
- ❖ *estinzione per interdizione, inabilitazione o insolvenza dell'affittuario*, ai sensi dell'art. 1626 c.c., la cui applicazione alla fattispecie in esame ha suscitato dubbi da parte della dottrina³¹²;
Occorre comunque sottolineare che in caso di insolvenza dell'affittuario il contratto potrà continuare, salvo che al locatore sia presentata un'idonea garanzia per il pagamento dei canoni da parte del curatore fallimentare.
- ❖ *estinzione per alienazione dell'azienda* ai sensi dell'art. 1625 c.c. che permette ai contraenti di sullo scioglimento dell'affitto nell'ipotesi di cessione dell'azienda.

³¹¹ Cfr. D. BALDUCCI, *op.*, cit., p. 171.

³¹² Così G.E. COLOMBO, "Usufrutto ed affitto dell'azienda", in F. GALGANO, Vol. III, Padova, 1979, p. 292.

L'eventuale cessione dell'azienda affittata può anche essere prevista contrattualmente e, in tal caso, all'affittuario deve essere concesso un congruo preavviso, consentendo a quest'ultimo la conclusione di un nuovo contratto. Tale eventualità si verifica di frequente nella peculiare fattispecie che prevede un'operazione di affitto "finalizzata" ove sia lo stesso conduttore ad acquisire il complesso a titolo definitivo, oppure gli sia riconosciuto un diritto di prelazione.

Dalle cause di estinzione del rapporto inoltre, occorre tener distinte le cause che portano ad una risoluzione anticipata del medesimo, alle quali potremmo ricondurre:

❖ *la risoluzione per inadempimento di una delle parti;*

L'eventualità più frequente è ovviamente l'inadempimento dell'affittuario ritenendosi applicabile, l'art. 1618 c.c. e se le parti non decidano di derogare dalle disposizioni dell'art. 2561 c.c., viene concesso al locatore di chiedere la risoluzione del contratto «[...] se l'affittuario non destina al servizio della cosa i mezzi necessari per la gestione di essa, e non osserva le regole della buona tecnica, ovvero se muta stabilmente la destinazione economica della cosa».

❖ *La presenza di una clausola risolutiva espressa ex art 1456 c.c.;*

In tema di risoluzione per inadempimento dei contratti in generale e su specifica previsione delle parti, l'inserimento di una clausola contrattuale può prevedere la risoluzione nel caso di mancata o inesatta esecuzione di una o più obbligazioni.

La dottrina³¹³ considera probabile anche l'applicazione dell'art. 1623 c.c., che costituisce un adattamento della *risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*.

In base a tale norma «se, in conseguenza di una disposizione di legge (...) o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto».

Inoltre si ritiene come causa di risoluzione l'eventuale presenza di *vizi della cosa affittata* ai sensi degli artt. 1578 e 1581 c.c.

³¹³ Cfr. G.E. COLOMBO, *op. ult. cit., ibidem*.

In questo caso l'affittuario potrà richiedere la risoluzione del contratto di affitto d'azienda, se la cosa locata è affetta da vizi non conosciuti o facilmente conoscibili (anche sopravvenuti) tali da diminuirne apprezzabilmente l'idoneità all'uso pattuito.

Infine sarà possibile esercitare il diritto di recesso:

❖ in caso di *morte dell'affittuario*;

Ai sensi dell'art. 1627 c.c. nel caso di morte dell'affittuario, il locatore e gli eredi dell'affittuario possono, entro tre mesi dalla morte, recedere dal contratto mediante disdetta comunicata all'altra parte con preavviso di sei mesi. Le stesse conseguenze non ricorrono, salvo diverso accordo fra le parti, in caso di morte dell'affittante.

❖ per *gravi motivi o per giusta causa*, se stabilito nel corpo del contratto, con espresso riferimento alla disciplina del recesso in presenza di gravi motivi o giusta causa.

❖ in caso di fallimento dell'affittante o dell'affittuario.

Al verificarsi di una delle cause di cessazione del contratto di affitto di azienda, ovvero alla naturale scadenza dello stesso, l'affittuario sarà tenuto a riconsegnare immediatamente l'azienda al concedente, poiché la mancata o ritardata consegna è fonte di risarcimento degli eventuali danni causati al concedente.³¹⁴

Al termine dell'operazione il concedente, riacquisterà il godimento e la disponibilità dell'azienda ceduta in affitto.

Nella maggior parte dei casi, locatore verrà dunque restituito un complesso aziendale mutato rispetto a quello concesso in godimento all'inizio dell'affitto, per cui la redazione dell'inventario finale, oltre che previsto dall'ordinamento al quarto comma dell'art. 2561 c.c., si rende essenziale per quest'ultimo dovendosi tener conto oltre che dei beni che componevano l'azienda al momento della stipula del contratto, anche i beni immessi dall'affittuario per il calcolo delle differenze tra le consistenze di inventario all'inizio e al termine dell'affitto da regolare in denaro sulla base dei "valori correnti" al termine dell'affitto.

³¹⁴ Cfr. Cass., 1 marzo 2000, n. 2306.

Si noti peraltro, che in sede di riconsegna andranno affrontate alcune problematiche non solo ordine del divieto di concorrenza e se ritenerlo applicabile *ex post*, ma anche della successione dei contratti in essere stipulati dal soggetto affittuario, nonché delle ragioni di credito e debito che pur andranno considerate nella determinazione dell'inventario e per la regolazione delle differenze da riconoscere a titolo di conguaglio.

Quanto al primo aspetto, l'orientamento prevalente della giurisprudenza è in senso favorevole all'applicazione del divieto di concorrenza anche in tale circostanza.

Invero, la Suprema Corte ha affermato che le prescrizioni normative dell'art. 2557 c.c., concernenti letteralmente il divieto di concorrenza in caso di trasferimento di azienda, sono in realtà espressione di un principio di carattere generale e, come tali, da applicare non soltanto alle ipotesi di alienazione in senso stretto dell'azienda, ma più in generale, ed in senso estensivo ogni qualvolta «*si avveri la sostituzione di un imprenditore all'altro nell'esercizio dell'impresa, come conseguenza diretta della volontà delle parti o di un fatto da esse espressamente previsto*». ³¹⁵

Pertanto, l'art. 2557 c.c. si applicherebbe anche in favore del proprietario di un'azienda nel caso l'abbia concessa in affitto e nel momento in cui la disponibilità dell'azienda gli venga ritrasferita dall'affittuario, per scadenza del termine o per altra causa di estinzione del contratto.

Quanto ai contratti in essere al momento di riconsegna, si ritiene pacificamente che il concedente, subentri non solo nella titolarità dei rapporti contrattuali già a suo tempo trasferiti al momento della conclusione del contratto di affitto, ma anche in tutti quelli ancora in vita alla sua cessazione, anche se stipulati durante il periodo di godimento dell'azienda da parte dell'affittuario, ovviamente salvo patto contrario e con il limite fissato dalla giurisprudenza ³¹⁶ per i contratti stipulati da quest'ultimo.

³¹⁵ Cfr. Cass. 20 dicembre 1991 n. 13762, nonché, nello stesso senso, Cass. 23 settembre 1995 n. 10105, già presentata *supra*, si veda (§3.4).

³¹⁶ Cfr. Trib. Milano 19 dicembre 1974, *Giurisprudenza Commerciale*, 2, 1976, p. 123, secondo il quale contratti stipulati dall'affittuario non eccedano né la potenzialità produttiva dell'azienda, né i poteri di gestione attribuiti all'affittuario stesso; la retrocessione dell'azienda al locatore si ricolleggi direttamente alla volontà delle parti o ad un fatto dalle stesse espressamente previsto (ad es., scadenza del termine finale, recesso volontario pattizio, avveramento della condizione risolutiva), si veda *supra*, (§3.5).

Mentre, come stabilito dalla Corte³¹⁷ in varie occasioni, la cessazione dell'affitto dell'azienda e la sua restituzione al concedente non comportano per quest'ultimo la responsabilità *ex art. 2560 c.c.* per i debiti contratti dall'affittuario durante l'esercizio dell'attività di impresa, in quanto debbano considerarsi a carico esclusivo dell'affittuario. Da ultimo, anche nel caso di cessazione del contratto di affitto, si pone il problema dell'applicabilità all'affittuario della disciplina di cui all'art. 2112 c.c., che prevede la successione automatica del cessionario dell'azienda nei rapporti di lavoro in atto con il cedente al momento della cessione.

Come chiarito, poiché non vi sono dubbi che si applichi l'art. 2112 c.c., al momento della stipulazione del contratto con conseguente trasferimento in capo all'affittuario dei rapporti di lavoro in essere, è uniforme parere della giurisprudenza³¹⁸ che tale disposizione si applichi anche alla fattispecie di cessazione del contratto di affitto, in occasione del ritrasferimento dell'azienda dall'affittuario al proprietario purché continui ad utilizzare il complesso aziendale per l'esercizio della stessa attività imprenditoriale.

In tale ipotesi, di converso, l'originario cedente assumerà, a sua volta, gli obblighi di mantenimento dell'occupazione derivanti dalla predetta norma ed anche con riferimento ai lavoratori assunti dall'affittuario.

A tal fine, resta salva la possibilità delle parti di prevedere una clausola contrattuale che tuteli la posizione del concedente, stabilendo ad esempio, che in caso di continuazione dei rapporti alla scadenza dell'affitto venga assunto l'impegno eventualmente garantito da fideiussione da parte dell'affittuario di adempiere a tutti gli obblighi contributivi e previdenziali posti a suo carico, con esperimento della procedura di liberazione del concedente ai sensi degli artt. 410 e 411 c.p.c.

³¹⁷ Cfr. *ex multis*, Cass., 8 maggio 1981, n. 3027.

³¹⁸ Cass. civ. Sez. Lav. 21 maggio 2002 n. 7458, ove stabilito «*purché quest'ultimo utilizzi i beni in funzione dell'attività di cui gli stessi sono strumento. Deve quindi ritenersi che la disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. trova applicazione – ove rimanga immutata l'organizzazione dei beni aziendali, con lo svolgimento della medesima attività – in tutte le ipotesi in cui il cedente sostituisca a sé il cessionario senza soluzione di continuità*».

CAPITOLO IV: AFFITTO D’AZIENDA E CRISI D’IMPRESA

4.1 Il concetto di crisi e la via del risanamento

Gli studi di economia aziendale hanno spesso evidenziato³¹⁹ come l’impresa sia chiamata ad operare secondo un grado di economicità, tale da permettere il perseguimento ed il raggiungimento di un equilibrio economico generale, dal lato patrimoniale, economico e finanziario, che si ponga come sintesi di espressione quantitativa delle dinamiche della gestione d’impresa, improntata sulle finalità dell’istituto e sui caratteri di durevolezza.

L’equilibrio economico, dovrà consentire all’istituto di durare nel tempo in un ambiente mutevole, secondo un grado di efficienza e di flessibilità, ed in piena autonomia, non sostanzivando il sistematico ricorso ad interventi di sistema o di copertura delle perdite da parte di altre economie, ispirando, al contempo, le scelte dei soggetti che operano nelle aziende.

Il sistema azienda, viene concepito come un *sistema dinamico*³²⁰, tratto fondamentale di tutti i sistemi in continua evoluzione in cui la tendenza debba ravvisarsi nella sua funzionalità e vitalità per l’omeostatico raggiungimento e conservazione di un equilibrio economico, laddove anche venendo meno, a tratti, non possa pregiudicarne la propensione verso il ripristino di stadi successivi e migliorativi rispetto ai precedenti.

³¹⁹ Cfr. L. MARCHI, “Introduzione all’economia aziendale: il sistema delle operazioni e le condizioni di equilibrio aziendale”, VII. Ed., Giappichelli, Torino, 2009, p. 380 e ss.

³²⁰ Cfr. G. ZAPPA, “Le produzioni nelle economie delle imprese”, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1957, cit. p. 153, in riferimento alla dinamicità, Zappa riconosce che la continua trasformazione subita dalle aziende possa essere accostata in piena analogia alle «nozioni della scienza che studia i movimenti e le forze che li producono, definita come sistema dinamico».

Ma un sistema che non persegue, o non riesce a raggiungere il complesso obiettivo dell’economicità entra in un percorso caratterizzato da squilibri iniziando un *iter*, verso la “crisi”³²¹, che se non gestito in maniera accurata potrà significare la cessazione stessa dell’istituto.

In tutte le economie di mercato, la vita dell’impresa si svolge, sia pure in diverse misure, con un’alternanza di fasi positive e negative, per cui, è possibile affermare come in realtà le situazioni di crisi aziendale non siano un evento straordinario, ma al contrario potranno configurarsi come «*componenti permanenti del moderno sistema produttivo*».³²²

Non si presentano immediatamente nella forma più grave, ma al contrario si assiste ad un vero e proprio processo evolutivo, la cui origine, è riconducibile molto spesso ad una carenza che se non percepita o non gestita, andrà inevitabilmente ad aggravarsi.

In tali termini la crisi, si presenta come una sorta di spirale viziosa che se non percepita in fase embrionale ed accompagnata da correttivi adeguati, difficilmente potrà essere arrestata se non ricorrendo ad interventi strutturali di vasta portata.

Avendo riguardo della concezione sistemica dell’azienda e dei suoi rapporti di complementarietà e di interdipendenza che sussistono tra le sue componenti, la difficoltà che di frequente si presenta, attiene alla complessità nell’identificare un grado di inefficienza che possa manifestarsi in una determinata area, o che sia ascrivibile a determinati errori gestionali.

Per altro verso, considerando l’azienda come complesso dinamico, la miglior dottrina³²³ economico aziendale ha osservato che il protrarsi dello stato di crisi porta il fenomeno ad estrinsecarsi seguendo differenti stadi, la cui percezione ed osservazione diviene indispensabile al fine di comprendere in quale misura possano rivelarsi efficaci gli interventi volti al risanamento delle condizioni di gestione.

³²¹ In riferimento al concetto di crisi, si rimanda, *ex multis* all’autorevole contributo di G. ZANDA e M. LACCHINI, “*Le prime avvisaglie della crisi d’impresa: strumenti di accertamento*”, Relazione al convegno Cirgis su “*Crisi dell’impresa: conflitti economici, aspetti solidaristici, problemi etici. Verso una riforma della legge fallimentare*”, Milano giugno, 1995, p. 23-24. Secondo gli Autori, «*Nella prassi professionale ed anche nel linguaggio comune, al termine «crisi» è generalmente associata una condizione negativa, come manifestazione di uno stato patologico dell’impresa. Per restituire al termine, ma soprattutto al concetto, una attribuzione più neutrale e profonda, occorre riandare all’etimo greco della parola – *crisis* – che, al tempo stesso designa «scelta, decisione, giudizio» ma anche «lotta, contesa, querela», sicché la crisi è, in ultima istanza, un momento di riflessione sull’andamento dell’impresa e di fattuale rivelarsi delle più o meno idonee condizioni del suo operare*».

³²² Cfr. L. GUATRI “*Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*” EGEA, Milano, 1995, p. 22.

³²³ Cfr. L. GUATRI, “*Crisi e risanamento delle imprese*”, Ciri, Milano, 1986, p. 11.

Quanto al *primo aspetto*, stimabile dottrina³²⁴ nel corso degli anni ha cercato di indagare a fondo il complesso sistema delle cause generatrici del fenomeno, riconducendone la fonte sulla base di due diverse tipologie di approcci, l’uno soggettivo e l’altro oggettivo. Il primo individua negli elementi cosiddetti “soggettivi” i soli protagonisti dell’analisi facendo riferimento al capitale umano dell’impresa, il quale viene considerato come fonte unica del successo o dell’insuccesso aziendale.

In un primo momento, al verificarsi di uno stato di crisi, tale approccio prevede che venga messo sotto accusa il management, tanto per le scarse capacità di gestione e di rilevazione di inefficienze da cui possa dipendere il cattivo andamento dell’azienda, quanto, come puntualmente osservato³²⁵ in relazione alle prime fasi di declino aziendale, per il lassismo e la sovrastimata consapevolezza delle proprie capacità che porti ad asseverare l’ipotesi di attribuire a fattori esterni le cause della crisi, valutando tali fenomeni come transitori e recuperabili.

Quanto alle capacità del management, parte della dottrina³²⁶ ha evidenziato che la creazione sistematica del valore, dovrebbe rappresentare il principio cardine seguito dai vertici per assumere le decisioni nell’ambito di qualsiasi impresa, prescindendo dal settore di riferimento, dalle dimensioni o dall’eventuale quotazione.

³²⁴ Cfr. L. GUATRI, *op. ult. cit.*, 1986, pp. 13-14; l’A., peraltro, predilige l’approccio oggettivo, pur riconoscendo che le componenti negative della crisi, non possano essere trascurate, ma debbano essere di volta in volta evidenziate e discusse al fine di accertare quali fattori siano neutralizzabili con interventi appropriati e tempestivi.

³²⁵ Sul punto scrive il DANOVI: «Tale attitudine si configura come una forma di anosognosia, per la quale emotivamente si rimuovono o si attribuiscono in modo da tutelare sé stessi e la propria autostima, eventi pregiudizievoli dello status quo», in A. DANOVI, G. INDIZIO, “La letteratura in materia di crisi”, in “Gestione della crisi aziendale e dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali” (a cura di A. DANOVI, A. QUAGLI), Ipsoa, 2008, p. 19.

³²⁶ Cfr. L. FACCINCANI, “Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali di risanamento. Le novità introdotte dalla riforma fallimentare”, Giuffrè, Milano, 2007, in F. BAVAGNOLI, C. DE TILLA, N. FERRARO, P. RIVA, “L’affitto d’azienda: Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d’impresa”, Egea, 2011, p. 179, sul punto si rimanda alle considerazioni di L. GUATRI, “La teoria di creazione del valore. Una via europea”, Egea, Milano, 1991.

Ne seguirà che la considerazione dell’equazione fondamentale del valore inteso come rapporto tra flusso di reddito (qualora si ricorra ai metodi reddituali) o di cassa (qualora si ricorra ai metodi finanziari) a medio lungo termine e tasso di attualizzazione (R/i o F/i) permetterebbe in negativo di addivenire ad una formulazione sintetica di crisi *«quale situazione nell’ambito della quale è registrata una variazione negativa dell’ambito prescelto»*.

In secondo luogo, le critiche si rifletteranno tanto sui detentori di capitale, dalle cui politiche, quali a titolo esemplificativo, le eccessive distribuzioni di dividendi, timore del rischio, indisponibilità a fornire garanzie ai creditori ed errata scelta del management, possano originarsi fattori di criticità, quanto nei confronti degli addetti alla produzione, all’organizzazione, alla vendita, constatandone le inefficienze.³²⁷

Secondo quest’analisi di tipo soggettivo, all’origine della crisi vi sarebbero i soggetti-protagonisti della vita aziendale, le cui inefficienze, errati comportamenti ed incapacità sono considerati la causa prevalente dei processi di crisi.

Ma un approccio al problema di questo tipo, potrebbe non rivelarsi come il più significativo né il più adatto a descrivere la complessa realtà della crisi, che di certo, potrà dipendere anche da fenomeni e da forze che sfuggono al controllo dei soggetti interessati. Basti pensare ai fenomeni esterni all’azienda, incontrollabili ed indipendenti dai comportamenti individuali, che pure possono concorrere con peso notevole a provocare la crisi, quali la diminuzione della domanda globale di un prodotto o di una categoria di prodotti, il rincaro di alcuni fattori produttivi, l’effetto della concorrenza sui prezzi di vendita e così via.³²⁸

³²⁷ Per approfondimenti sulla tematica in questione, si veda, *ex multis*, il contributo di U. BERTINI, “Gestione dell’azienda nel fallimento, nell’amministrazione straordinaria e nella liquidazione coatta amministrativa: profili economici”, in “Rivista dei Dottori Commercialisti”, n. 1, 1991.

³²⁸ In merito si osserva il contributo di M. LACCHINI, in “La valutazione del capitale nelle procedure concorsuali”, Cedam, Padova, 1998, cit., p. 6 «Per poter definire in modo corretto quando un’azienda possa dirsi in crisi, occorre avere in via propedeutica stabilito le caratteristiche di un sano ed ordinato funzionamento. Ed è proprio in questa direzione che la letteratura, ormai «classica» e più recente, si è mossa addivenendo, pur tra parziali differenze, a concetti divenuti istituzionali quali quello di «economicità», nella sua duplice articolazione di equilibrio economico d’esercizio (o di autosufficienza economica) e di adeguata potenza finanziaria, di “efficienza”, di “tendenziali equilibri prospettici” e condizioni e principi che li sopportano».

Il contemperare tali effetti, fa della crisi d’impresa un fenomeno collegato al dinamismo ed all’instabilità dell’ambiente, nonché del settore ed alla sua evoluzione, ma anche a quella del mercato, alle quali possa non dar seguito una corretta ristrutturazione ed innovazione dell’attività aziendale.

In un contesto di questo tipo, più rispondente alla realtà aziendale, si osserva³²⁹ che l’analisi delle cause dei fenomeni della patologia, andrà svolta considerando controlli di tipo macroeconomico, mediante un’analisi comparata tra l’azienda, i suoi fattori di maggiore criticità e il proprio potere competitivo, per poi concentrarsi sulle criticità del settore al quale far corrispondere adeguati meccanismi di riconversione produttiva, o di riposizionamento della gamma dei prodotti, ed infine sull’azienda stessa, prevedendo, strategie di ristrutturazione e di riorganizzazione per sopperire alle inefficienze.

Le due classificazioni, operate su criteri oggettivi o soggettivi che considerano fattori interni ed esterni, spesso trovano molti punti di convergenza con la realtà aziendale, in quanto la crisi non origina mai solo da cause interne o esterne o soggettive o oggettive, ma dalla concomitanza di una serie di variabili di differente natura.

Per tali ragioni, è preferibile adottare uno schema di tipo obiettivo nella descrizione e nell’analisi delle cause delle patologie aziendali, non basandosi tanto su una mera classificazione o distinzione in differenti categorie di crisi, quanto in relazione alle cause che ne siano direttamente riconducibili.

³²⁹ Cfr. G. SIRLEO, “*La crisi d’impresa e i piani di ristrutturazione*”, Aracne Editrice, Roma 2009, p. 23.

In tale prospettiva, stimata dottrina³³⁰ ha proposto un’impostazione che individua cinque tipologie di crisi:

❖ *la crisi da inefficienza;*

Solitamente riscontrabile quando uno o più settori dell’attività aziendale operano con rendimenti non “in linea” con quelli dei principali *competitors*. L’area nella quale tale inefficienza si manifesta con più evidenza è quella produttiva.³³¹

❖ *la crisi da sovracapacità /rigidità;*

Alla prima solitamente si riconduce la duratura riduzione del volume della domanda per l’azienda (con conseguente caduta della dimensione reale dei ricavi) originata da fenomeni di sovracapacità produttiva a livello dell’intero settore ovvero connessa alla perdita di quote di mercato, ma anche allo sviluppo dei ricavi inferiore alle attese, a fronte di investimenti fissi precostituiti per maggiori dimensioni.

Mentre un caso particolare di crisi da rigidità, slegata a situazioni di sovracapacità, potrebbe verificarsi per alcune variazioni relative all’aumento dei costi non controbilanciate da corrispondenti variazioni dei prezzi, soggetti a controlli pubblici.

❖ *la crisi da decadimento dei prodotti;*

Questa tipologia di crisi trae origine dalla riduzione dei margini positivi tra prezzi e costi al di sotto del limite necessario per la copertura dei costi fissi o comuni (non imputati al prodotto) e per garantire una sufficiente misura di utile.³³²

L’assenza di utili e la mancata copertura, anche parziale dei costi, sarà tale da trascinare l’azienda nelle fasi preliminari della crisi, portando dapprima a manifestare segnali di squilibrio e successivamente provocando perdite.

³³⁰ Cfr. L. GUATRI, “*Crisi e risanamento delle imprese*”, cit., p. 14.

³³¹ Lo stato di inefficienza non riguarda solo l’area produttiva, ma può investire altre aree di attività, quali l’area commerciale, amministrativa, organizzativa e finanziaria. In tal senso, si delinea l’analisi di L. GUATRI, *op., ult.*, cit., pp. 17 e ss.

³³²La stessa dottrina sottolinea che «*Le aziende più forti, come è noto, reagiscono accrescendo la propria quota di mercato: e con ciò attutiscono e al limite annullano gli effetti della riduzione della domanda globale di settore. Le aziende più deboli, viceversa, subiscono un duplice effetto di riduzione della domanda: alla riduzione della domanda globale, si aggiunge la riduzione della quota di mercato*», in L. GUATRI, *op., ult.*, cit., p. 21.

❖ *la crisi da carenza di programmazione / innovazione;*

In questi casi, le crisi aziendali appaiono motivate da profonde carenze di alcune funzioni di rilievo, quali la programmazione e l'innovazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la carenza di programmazione va intesa come incapacità di adattare le condizioni di svolgimento della gestione ai mutamenti ambientali, non solo perseguendo come unico obiettivo il conseguimento risultati a breve termine, e conseguentemente, trascurando la predisposizione delle condizioni necessarie per affrontare il futuro e potenziali fasi di difficoltà, ma anche mancando coinvolgere il management ed il personale nello svolgimento della gestione e nell'individuazione di chiari obiettivi che ne possano sollecitare la partecipazione.

Mentre per ciò che concerne il secondo aspetto, altro rilevante fattore di crisi, è la carenza di innovazione, stante la quasi totale impossibilità per l'impresa, soprattutto se di grandi dimensioni, di mantenersi nel tempo produttiva raggiungendo risultati positivi, senza frequenti iniezioni di nuove idee. A titolo esemplificativo queste potranno tradursi nell'individuazione di nuovi prodotti, di nuovi mercati, di nuovi modi di produrre, di nuovi modi di presentare e diffondere i prodotti o di accrescere la lealtà dei clienti, ma che più in generale, si rendano soluzioni all'avanguardia ed economicamente produttive.

❖ *la crisi da squilibrio finanziario;*

Spesso accade, il più delle volte, che le crisi aziendali vengano ricondotte proprio a tale fattispecie ed imputate agli squilibri finanziari nonché agli oneri insostenibili che ne derivano.

Occorre innanzitutto chiarire il concetto di squilibrio finanziario, in quanto con detta espressione si allude a situazioni caratterizzate da una molteplicità di eventi a volte concomitanti.

Nello specifico, si rileva³³³, che alcuni di questi possono essere ricondotti a:

- grave carenza di mezzi propri (a titolo di capitale) e corrispondente netta prevalenza di mezzi a titolo di debito;
- netta prevalenza di debiti a breve termine rispetto alle altre categorie di indebitamento;
- squilibri tra investimenti duraturi e mezzi finanziari stabilmente disponibili;
- insufficienza o inesistenza di riserve di liquidità;
- scarsa o nulla capacità dell’azienda a contrattare le condizioni del credito, data la necessità di disporre ad ogni costo;
- nei casi più gravi, potrebbe aversi difficoltà a seguire ed affrontare le scadenze, con il conseguente ritardo di alcune categorie di pagamenti (fornitori, rate di prestiti, contributi previdenziali, fino al caso limite delle retribuzioni ai dipendenti).

Lo squilibrio finanziario dipende dall’eccezionale entità degli oneri finanziari, provocati dal pesante indebitamento, e dal suo elevato costo che se non tempestivamente corretto, non potrà che riflettersi anche sull’equilibrio economico dell’istituto, generandone perdite economiche.³³⁴

Anche se la causa principale e tipica dell’ingenerarsi delle situazioni criticità molto spesso viene ricondotta agli squilibri finanziari, tuttavia, non è da escludere che lo squilibrio stesso sia, a sua volta, generato da altri profondi fattori di crisi, *in primis* dalle inefficienze, ma anche relativi a situazioni di rigidità, di decadimento dei prodotti, o carenze di programmazione e di innovazione, la cui presenza o compresenza non corretta, mina gradualmente la vitalità dell’azienda, la quale risulterà conseguentemente indebolita sul lato finanziario.

³³³ Cfr. G. SIRLEO, *op.*, cit., pp. 33 e ss.

³³⁴ Sotto tale profilo si rileva che «L’accumulazione di perdite e l’accentuarsi degli squilibri pone non di rado l’azienda nell’impossibilità di reagire. Da un lato sono praticamente precluse le possibilità di ottenere dal mercato mezzi a titolo di capitale (salvo che i titolari abbiano ampie disponibilità e siano in proprio disposti a sopportare rischi e sacrifici) e, talora, anche a titolo di credito (banche e fornitori si fanno prudenti nel concedere ulteriori affidamenti); dall’altro lato l’autofinanziamento è ridotto al minimo od inesistente. Se le perdite continuano, è quasi fatale che l’azienda precipiti in condizioni d’insolvenza» Cfr. L. GUATRI, *op.* cit., pp. 35 e ss.

Non di meno, lo squilibrio finanziario si associa, spesso, ad un altro tipo di disequilibrio che più propriamente, potrà essere definito patrimoniale, consistente sia nella scarsità di mezzi vincolati all’azienda a titolo di capitale e riserve rispetto ad altre componenti della situazione patrimoniale a titolo di indebitamento totale dell’attivo, sia nell’aggravio della situazione economica in termini di giro d’affari, o entità delle perdite effettive e potenziali.

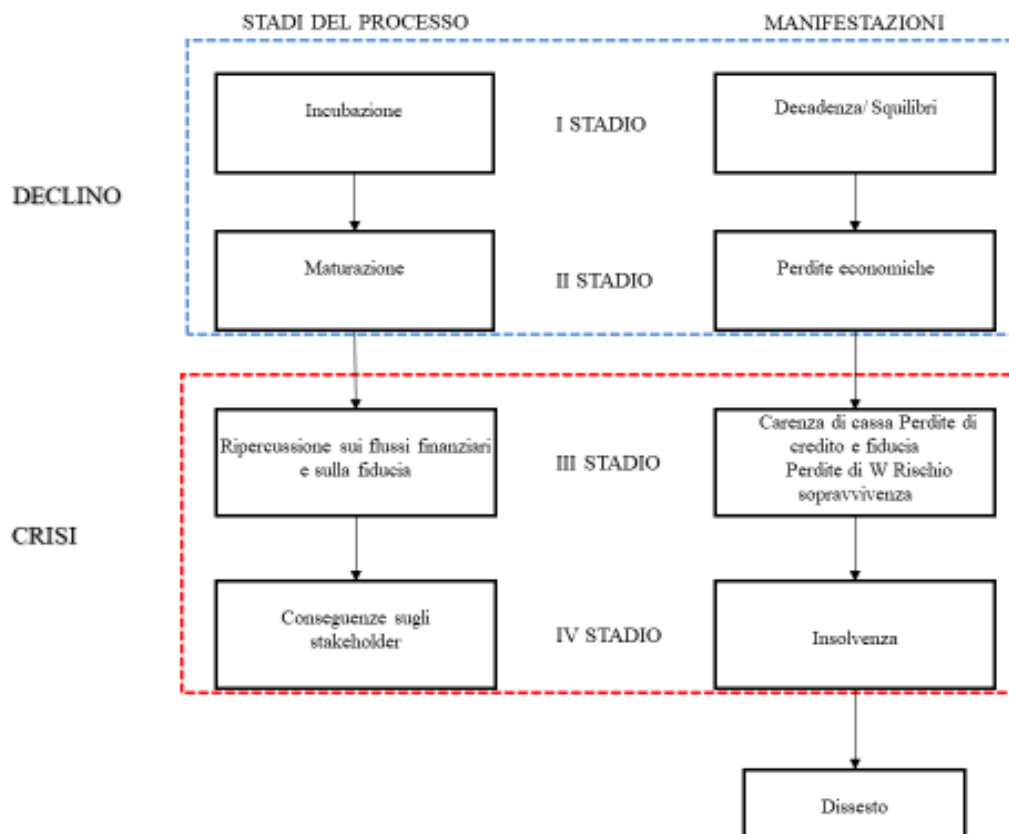
A parità di altre condizioni, la scarsità di mezzi propri espone più intensamente l’azienda al rischio di crisi, in quanto essa, avrà sempre meno risorse da opporre alle perdite che si producono.

Al contrario, un’azienda ampiamente dotata di capitale e di riserve potrà assorbire con disinvoltura anche perdite di un certo rilievo, senza che l’impoverimento derivante dalla perdita, finisca per compromettere il necessario equilibrio tra attività e passività.

Quanto al secondo aspetto, relativo al fenomeno di evoluzione della situazione di crisi, inteso come processo dinamico e fondamentale per identificare con chiarezza il tipo di intervento, autorevole dottrina³³⁵ ha elaborato un percorso di manifestazione della patologia distinguendone lo sviluppo su differenti stadi interdipendenti, per ognuno dei quali segue specifica manifestazione.

³³⁵ Cfr. L. GUATRI, “*Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*”, EGEA, Milano, 1995.

Figura IV.I: Gli stadi del processo della crisi



Fonte: L. GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, EGEA, Milano, 1995

All’interno della rielaborazione, si individuano due fasi principali: il declino e la crisi.

Gli stadi del declino sono costituiti dall’incubazione e dalla maturazione mentre quelli della crisi sono definiti dalle ripercussioni delle perdite sui flussi di cassa, e dalla definitiva esplosione della crisi che lede in modo evidente tutti gli *stakeholder* dell’azienda.

Tuttavia, sebbene i due concetti siano strettamente collegati tra loro, è necessario distinguere il declino dalla crisi.³³⁶

³³⁶ Cfr. L. GUATRI, *op., ult. cit.*, 1995, p. 26.

Il primo si associa alla distruzione di valore nel tempo, ossia alla riduzione del capitale economico a causa del deterioramento dei flussi di cassa attuali e prospettici, in cui si manifestano i primi squilibri nonché le prime inefficienze, tali da interessare la capacità reddituale dell’impresa che inizia ad essere erosa, e conseguentemente l’immagine aziendale tende ad indebolirsi di fronte ai suoi *stakeholder*.

Il secondo, invece, rappresenta l’evoluzione, in assenza di intervento del declino.

Nel primo stadio, definito di *incubazione*, cominciano ad ingenerarsi i primissimi segnali di squilibri e decadimenti, difficili da percepire, sia per una naturale tendenza della proprietà e del management a rifiutare l’esistenza stessa di sintomi di criticità, sia perché in uno sguardo unitario e d’insieme, molti punti di debolezza risultano ampiamente compensati da punti di forza e, pertanto, i segnali negativi appaiono celati.

Protraendosi senza correttivo, verosimilmente saranno destinati in futuro a divenire nettamente manifesti, ma se individuati tempestivamente, consentiranno di intervenire con azioni correttive il cui esito favorevole potrà essere raggiunto con buon grado di probabilità.

Nel secondo stadio, definito della *maturazione*, gli squilibri e le inefficienze si rendono manifeste comportando perdite di valore del capitale e di flussi reddituali.

Se l’impresa dovesse mantenere detta miope tendenza, procrastinando nei confronti delle criticità latenti e non avendo il coraggio di intraprendere delle scelte tempestive anche se dolorose, ma che comunque potrebbero comportare un tentativo di risanamento, il passo successivo consta nell’ulteriore peggioramento delle condizioni dell’istituto, implicando il raggiungimento del terzo stadio di crisi, ovvero delle *ripercussioni delle perdite economiche sui flussi finanziari*, nonché sull’immagine e la fiducia dell’impresa espressa dal mercato.

In questo caso, la crisi muta da latente a manifestata, in cui il primo segnale “interno” consiste nell’assottigliamento delle riserve del capitale sociale che viene progressivamente eroso per coprire le perdite pregresse, mentre come segnale “esterno”, originando da difficoltà finanziarie, iniziano a prodursi una serie di inadempimenti che deteriorano l’immagine finanziaria dell’azienda, penalizzando fortemente anche il potenziale ricorso al mercato del credito.

Il quarto ed ultimo stadio, consiste invece nella conclamata fase di esplosione della crisi che lede in modo incontrovertibile, anche se differente, tutti gli *stakeholders*, manifestandosi in ordine di gravità, nelle possibili forme di insolvenza e dissesto.

Lo stato di insolvenza è caratterizzato dall’incapacità, da parte dell’impresa, di far fronte regolarmente alla scadenza delle proprie obbligazioni, in cui l’intera struttura aziendale ne esce sconvolta a tutti i livelli.

Invero, solitamente gli istituti di credito non solo cessano di concedere affidamenti, ma addirittura possono imporre rientri immediati di quelli precedentemente concessi, mentre tra i fornitori inizia a diffondersi il timore del rischio di mancato pagamento e l’ipotesi di dichiarazione di fallimento, tale da ripercuotersi sia sulla regolarità degli approvvigionamenti, sia sul regolare meccanismo dei debiti di funzionamento alla base della normale gestibilità dei flussi economico-finanziari.

A ciò si aggiunga che anche i dipendenti, i clienti, e più in generale la comunità, perdono fiducia nell’istituzione aziendale oramai compromessa ed in cui i tentativi di risanamento se non impossibili, risultano particolarmente ardui, dato il rapporto frequentemente svantaggioso tra i costi di intervento ed i risultati direttamente ritraibili.

Con il dissesto, invece, lo stato degenerativo dell’impresa si trova in una fase avanzata ed incontrovertibile, caratterizzato da una condizione di permanente squilibrio a livello economico finanziario, e conseguentemente anche patrimoniale.

In definitiva, nei percorsi appena delineati, che raffigurano il sentiero di discesa che attraversa l’azienda in crisi ed il dissesto come meta finale, non è esclusa l’ipotesi del tentativo di fuoriuscita dalla situazione di crisi ricorrendo a determinati interventi salvifici che ne consentano il risanamento.

Allo stesso tempo, nel prospettare l’eventuale ricorso a tali interventi, non soltanto si rende quanto mai necessaria l’esatta individuazione della tipologia di crisi che attanaglia l’istituto, legata a cause interne come da possibili inefficienze non rilevate o sottovalutate, od esterne, relative a condizioni di mercato mutate sfavorevolmente, ma sarà anche necessario che il tentativo di risanamento venga impostato quanto più celermente possibile, avendo riguardo al grado di avanzamento dello stesso stadio di criticità in cui l’impresa possa versare, per definirne correttamente risorse ed obiettivi futuri.

Lo strumento prescelto, sarà quello considerato più consono alle esigenze secondo un calcolo di convenienza, e solo la tempestiva individuazione dei sintomi della crisi e la

radicale rimozione delle sue cause potrà dar luogo ad una durevole ripresa dell’attività aziendale.

Altrimenti cessata la provvisorietà dell’intervento, le conseguenze negative non rimosse ricominceranno la loro azione dannosa.

È stato spesso evidenziato³³⁷ come, per affrontare una sfida di tale portata, sia necessario assumere un atteggiamento nuovo ed orientato al cambiamento il cui lo stesso management dell’impresa in crisi, direttamente o indirettamente responsabile, dovrebbe cercare di porsi in un’ottica strategica proponendo un modello alternativo da proporre agli *stakeholders*, sapendo cogliere anche nelle difficoltà, le opportunità di sviluppo e di cambiamento per la riconquista di posizioni di vantaggio competitivo, in cui le componenti soggettive e le capacità imprenditoriali possano svolgere un ruolo rilevante. In tal senso, sia le competenze che le risorse necessarie, saranno parzialmente rinvenibili anche dagli interventi diretti degli *stakeholders*, quali istituti di credito o società di leasing, i quali mossi dalla necessità di recuperare il proprio investimento, potrebbero concedere dilazioni o falcidie dell’esposizione debitoria a fronte di maggiori possibilità di rientro nel medio periodo.

Per altro verso, anche gli stessi clienti e fornitori, mossi dal mantenimento dei rapporti commerciali consolidati nel tempo, potrebbero valutare positivamente interventi di ristrutturazione che permettano il recupero dei propri crediti, ed in percentuale certamente maggiore di quelle stabilite nei piani di riparto in ambito fallimentare.

L’intervento di risanamento potrebbe coinvolgere anche alcuni soggetti terzi interessati all’attività svolta dall’azienda perché affine o contigua alla propria, nei quali può di certo rientrare l’ipotetica concessione in godimento dello stesso complesso.

Proprio quest’ultimi, assieme ai creditori potrebbero divenire attori chiave del processo di risanamento, da un lato non facendo venir meno la fiducia all’azienda nonostante la situazione di criticità tanto grave quanto manifesta, e dall’altro, proponendosi quali naturali controparti e diretti interlocutori nel caso in cui si rendessero opportune ed indispensabili operazioni di trasferimento del complesso, come opportunità di fuoriuscita dalla crisi e di continuazione dell’attività aziendale.

³³⁷ Cfr. F. BAVAGNOLI, C. DE TILLA, N. FERRARO, P. RIVA, “L’affitto d’azienda: Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d’impresa”, 2011, cit., p. 181.

4.2 La nascita e l’evoluzione della composizione negoziale della crisi d’impresa.

Nel tentativo di ricomprendere il perfezionamento del contratto di affitto d’azienda come via di risanamento di una situazione di forte criticità, dovremmo cercare anzitutto di comprendere come nel corso del tempo, ed in particolare negli ultimi anni, l’evoluzione della realtà economica e sociale degli organismi produttivi e del loro ruolo nell’economia abbia messo in discussione i modelli di soluzione delle crisi di impresa offerti dalle procedure concorsuali tradizionali, inizialmente strutturati in ottica prettamente liquidatoria, e volti all’estromissione dell’istituto dal mercato, introducendone di nuovi che possano porsi come perfetta sintesi, tra salvaguardia dei valori dell’impresa in crisi e soddisfazione del ceto creditorio.

Nella visione tradizionale delle procedure concorsuali, l’attenzione del Legislatore fallimentare del ’42 era posta unicamente verso la manifestazione degli effetti della crisi d’impresa, e non sulle cause che ne avessero determinato il dissesto.

Solo lo stato di crisi irreversibile, inizialmente ricondotta ad uno stadio di squilibrio finanziario e monetario per tradursi poi nel presupposto oggettivo di insolvenza manifesta, intesa come “incapacità dell’imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni”, assumeva rilievo a scapito dei motivi per cui vi si fosse giunti.

Tale impostazione portava a prescindere da ogni considerazione circa le precedenti variazioni delle condizioni di gestione, nonché delle fasi iniziali del dissesto che avessero condotto, solo in un secondo momento, l’istituto ad uno stato di disequilibrio economico, tanto da precluderne ogni eventuale possibilità di recupero, anche parziale dei valori.³³⁸

Il carattere delle procedure concorsuali ed in particolare del fallimento, si ispirava ad una visione marcatamente “sanzionatoria e punitiva” convinto dell’idea che con l’istituto perseguisse una finalità di pubblico interesse, rispondendo sia all’esigenza di tutelare il concorso dei creditori, che alla necessità di espellere l’impresa dal mercato.³³⁹

³³⁸ Cfr. F. BAVAGNOLI, C. DE TILLA, N. FERRARO, P. RIVA, *op.*, cit., p. 185- 186.

³³⁹ Cfr. M. FABIANI, “*Diritto Fallimentare. Un profilo organico*”, Zanichelli, Bologna, 2011, cit., pp. 25 e ss. Secondo l’A. l’ottica del Legislatore fallimentare riflette la massima concretizzazione della concezione *darwiniana* del diritto concorsuale, concezione che vede l’impresa insolvente come un male assoluto da estirpare. L’imprenditore insolvente è un imprenditore incapace che, mediante la frode e l’inganno, ha danneggiato gli interessi dei creditori e della società: l’interesse pubblico all’espulsione dell’impresa in crisi dal mercato è figlio del retaggio storico medievale che ha condizionato in modo evidente la concezione del fallimento e delle procedure concorsuali del Legislatore italiano.

Di conseguenza, l’unica finalità perseguita dalle procedure nell’impianto del ‘42 rifletteva una concezione prettamente liquidatoria, postergando solo in secondo piano l’interesse alla conservazione dell’impresa e la continuazione dell’attività aziendale.

Anche il ricorso ad istituti alternativi, come al concordato preventivo, a cui poteva accedere quell’imprenditore “onesto ma sfortunato”³⁴⁰ ovvero all’amministrazione controllata (artt. 187 ss. L.F.) nata per permettere all’imprenditore di superare situazioni di crisi temporanee, che «non coincidevano con l’insolvenza, ma neppure ne differivano totalmente»³⁴¹, si rivelarono strumenti soggiacenti a rilevanti limitazioni, ove il ruolo dei creditori risultava affievolito, in confronto al peso delle posizioni assunte dalla curatela ed in particolare dall’autorità giudiziaria.³⁴²

A seguito di maldestri tentativi di arginare una situazione generale di crisi dell’economia nei primi anni ’70 del secolo scorso, iniziarono ad essere messi in discussione i modelli di soluzione delle crisi di impresa previsti procedure concorsuali tradizionali e le finalità che perseguivano, tanto da far parlare di una vera e propria crisi, a loro volta, di tali modelli, determinando l’esigenza di una nuova disciplina.³⁴³

³⁴⁰ Cfr. La relazione dell’allora *Guardasigilli alla Legge Fallimentare del 1942* definiva testualmente che «l’intento dell’istituto del concordato preventivo era quello di offrire al debitore onesto ma sfortunato il mezzo per evitare l’inesorabile distruzione della sua impresa per sé stessa vitale, con danno della pubblica economia». L’assunto è pacifico in tutta la manualistica, e vuole riassumere le condizioni di ammissione indicate dall’articolo 160 comma primo della legge fallimentare, e quindi ... l’iscrizione al Registro delle Imprese da almeno un biennio, la tenuta di regolare contabilità, l’assenza di sentenze di fallimento e di condanne per delitti di bancarotta, delitti contro il patrimonio, ecc.

³⁴¹ Cfr. A. AMADUZZI, “*Temporanea difficoltà ed insolvenza*”, Milano, 1979, cit., p. 17, in senso analogo L. LANFRACHI, “*Costituzione e procedure concorsuali*”, cit. p., 35 e ss. in G. LO CASCIO, “*Il concordato preventivo*”, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 111 e ss.

³⁴² In tal senso M. FABIANI, *op. cit.*, ult. cit., «Uno dei limiti maggiori era proprio quello di essere strumenti solo nelle mani dei debitori, mentre lo scopo di salvare un’azienda non poteva prescindere dalle valutazioni anche dei creditori, trattandosi di interessi non solo personali del debitore». Sul punto si veda R. PROVINCIALI, “*Manuale di diritto fallimentare*”, III ed., Milano, 1955 pp. 92 ss., secondo tale impostazione, «tutti i poteri sono riuniti nel Tribunale e nel giudice delegato; il curatore non è altro che un organo esecutivo, alle dipendenze di quest’ultimo; nessuna influenza possono esercitare i creditori; la riunione di costoro è dalla legge, almeno a quanto espressamente disciplina, ridotta a due soli casi, accertamento del passivo e concordato; lo stesso organo rappresentativo della categoria e di nomina officiosa, e i suoi pareri non sono mai vincolanti, salvo l’unico caso di continuazione dell’impresa».

³⁴³ Per una fedele ricostruzione dall’immediato dopoguerra sino alle prime iniziative di carattere industriale si veda F. VASSALLI in “*I presupposti dell’apertura delle procedure concorsuali: Volume I*”, Giappichelli, Torino, 2013, (a cura di) A. GOMMELLINI, A. NIGRO, G. TERRANOVA, F. VASSALLI, pp. 17 e ss.

Come parziale risposta, in tale contesto proliferarono una serie di norme orientate al salvataggio di alcune categorie di imprese di interesse nazionale, tra le quali si ricorda D.L. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito dalla L. 3 aprile 1979 n. 95, (c.d. *Legge Prodi*) concernente «*provvedimenti urgenti per l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*», che ha rappresentato una prima replica in senso innovativo alla necessità di coniugare l’intervento di risanamento sulla crisi aziendale, in una cornice più ampia di interesse pubblico.³⁴⁴

Sebbene tale intervento, si sia poi reso incapace di conseguire il risultato del risanamento imprenditoriale prospettato³⁴⁵, per la prima volta venne fatto ricorso al concetto di stato “crisi” in senso più ampio rispetto alla definizione giuridica di insolvenza commerciale, ma senza fornirne una definizione in senso innovativo, tant’è che quando fu successivamente abrogata dal D.LGS. 8 luglio 1999, n. 270 “*Nuova disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*”, la nuova legge sostituì il termine “crisi” con insolvenza.

Come autorevolmente affermato³⁴⁶, sebbene anche in tale occasione si parlò di insolvenza, si esclude già in quel frangente che questa potesse coincidere con la nozione dell’art. 5 L.F., soprattutto in base alla considerazione che l’amministrazione straordinaria, in risposta ad esigenze del sistema, mirasse non a liquidare l’impresa in crisi, bensì a conservarne il patrimonio produttivo, «*mediante prosecuzione, riattivazione, o riconversione delle attività imprenditoriali*».

³⁴⁴ In tal senso si esprime, N. GIANESINI, “*Il rischio penale nella gestione della crisi d’impresa*”, Giappichelli, Torino, 2016, cit., p. 13.

³⁴⁵ Cfr. G. DISEGNI (a cura di) “*L’impresa in crisi: Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*”, Giappichelli, Torino, 2014, p. 11, l’A. sottolinea come non mancarono le critiche con riferimento a questa procedura, alla quale potevano essere ammessi anche gruppi gravemente dissestati, con l’inevitabile ricaduta sui creditori. Lo Stato si accollava quindi debiti ingenti, dovuti ad una precedente mala gestione dell’impresa e quest’ultima veniva salvata a prescindere, all’insegna del mantenimento dei posti di lavoro. La maggiore criticità della procedura riguardava l’indeterminatezza del tipo di risanamento da perseguire, la lungaggine dei piani di risanamento (ad esclusivo danno dei creditori) ed anche gli eccessivi poteri conferiti alla pubblica amministrazione.

³⁴⁶ Cfr. F. DI MARZIO, F. MACARIO, “*Autonomia negoziale e crisi d’impresa*”, Giuffrè, Milano, 2010, p. 55, riferendosi all’abolizione della L. 95/1979 ad opera dell’art. 109 del D. lgs 270/1999.

Così, anche in mancanza di una specifica definizione dirimente, a tale intervento venne riconosciuta il pregio di aver segnato un punto di distacco rispetto al passato, contemperando esigenze del tutto estranee agli scopi di espulsione dal mercato dell’impresa insolvente verso cui la legge fallimentare era unicamente proiettata.³⁴⁷

Iniziò ad affermarsi il pensiero che, specie quando l’impresa fosse di grandi dimensioni, non si dovesse prestare attenzione esclusivamente alla tutela degli interessi del ceto creditorio, in ottica prettamente liquidatoria, quanto piuttosto alla conservazione dei valori dell’impresa tali da poter sostantivare la prosecuzione dell’attività in considerazione degli interessi collettivi che gravitano attorno ad essa, primi fra tutti la tutela dei lavoratori e la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Anche al nuovo intervento del ’99 (cd. *Legge Prodi bis*) seppur contraddistinto da forte complessità³⁴⁸, venne riconosciuto il merito di iniziare a considerare un orizzonte più ampio attraverso un concreto processo di rinnovamento delle procedure concorsuali, da un lato abbandonando una visione meramente conservativa, privilegiando la via risanamento in termini di redditività e di creazione di valore, e dall’altro, coniugando tali aspetti con quelli della tutela dei creditori.³⁴⁹

Sulla scorta di questi primi interventi precursori, nei primi anni del nuovo millennio, muovendo da una parte dal riconoscimento di esigenze di tutela sociale nonché dalla consapevolezza della maggior ricchezza ritraibile attraverso il risanamento e la ricollocazione sul mercato del soggetto economico anziché dalla sua liquidazione e conseguente scomparsa, e dall’altra, nello spirito di adeguarsi alle legislazioni comuni dei principali paesi industrializzati, si innestarono alcuni provvedimenti senza precedenti che cambiarono per sempre il volto delle procedure concorsuali.

³⁴⁷Cfr. G. DISEGNI (a cura di) “*L’impresa in crisi...*”, cit., p. 11 al quale si rimanda per un approfondimento, «Alla “*Legge Prodi*”, va riconosciuto il merito di aver stabilito una disciplina organica del gruppo insolvente, avendo introdotto per la prima volta nell’ordinamento concorsuale il principio secondo il quale va attribuito priorità al risanamento piuttosto che al concorso e alla par condicio creditorum [...] non si può negare che, grazie alla legge sull’amministrazione straordinaria, moltissime imprese in crisi abbiano sicuramente evitato il fallimento.» in senso analogo, F. VASSALLI, “*I presupposti dell’apertura delle procedure concorsuali*”, cit., p. 32.

³⁴⁸ Cfr. G. DISEGNI, *op.*, cit., *ibidem*, che ne sottolinea l’elevata complessità, constando in una prima fase in cui l’autorità giudiziaria preposta accertandone i presupposti ed i requisiti di accesso pronunciava lo stato di insolvenza, ed una seconda fase in cui il Tribunale, tenendo conto della relazione di un Commissario Ministeriale e del parere del Ministero dell’Industria, accertava la sussistenza di concrete possibilità di risanamento consentendo l’accesso alle procedure amministrative, ovvero dichiarava il fallimento.

³⁴⁹ Cfr. M. FABIANI, “*Diritto Fallimentare*”, cit., p. 34.

Nei tentativi già dichiaratamente espressi dalla “*Commissione Trevisanato*”³⁵⁰, di perseguire esperimenti di conservazione dell’apparato produttivo e commerciale, al fine di prevenire il fallimento, seguirono una serie di interventi normativi che per gradi, nella cd. *stagione di riforme*, portarono ad una radicale innovazione dell’impianto fallimentare. Primo fra questi, fu il D.L. n. 35/2005, (cd. “*Decreto competitività*”), riguardante rilevanti modifiche in tema di procedure concorsuali minori e di azione revocatoria poi convertito dalla L. n. 80/2005, e successivamente modificato ed integrato dal D.LGS. n. 5/2006, che venne introdotto per velocizzare e rendere più efficiente la procedura di fallimento³⁵¹, ed infine si ricorda il D.LGS. n. 169/2007, cd. “*Decreto correttivo*”, con il quale vennero apportati ulteriori miglioramenti al testo di legge per favorire il coordinamento tra norme novellate e norme non novellate.

Dal massiccio intervento del Legislatore, seguirono una serie di strumenti e soluzioni innovative e rimodernate, di composizione concordata della crisi d’impresa le quali, valorizzando gli accordi tra l’imprenditore e i suoi creditori, assunsero le forme dei cd. piani attestati di risanamento, (art. 67 c.3 lett. d) L.F.), degli accordi di ristrutturazione (art. 182-*bis* L.F.) e del concordato preventivo (art. 160 e ss. L.F.) profondamente rinnovato ed imperniato sulla “*ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma*”.

Dal quadro che si delineò, apparve già evidente il *favor* del Legislatore al ricorso agli strumenti di concordato preventivo ed al nuovo istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, quali soluzioni di risanamento e superamento delle crisi aziendali, in piena aderenza alle ipotesi di continuità aziendale e della conservazione dell’impresa, piuttosto che continuare a considerare le procedure concorsuali esclusivamente in termini liquidatori.³⁵²

³⁵⁰ La Commissione fu istituita con decreto del Ministro della Giustizia 28 novembre 2001, «*per l’elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all’emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi*».

³⁵¹ Tra le quali si ricorda a titolo esemplificativo la regola introdotta dall’art. 9-*bis* L.F. che fa salva la dichiarazione di fallimento da parte del Tribunale incompetente; la soglia minima per la dichiarazione di fallimento dei debiti scaduti e non pagati non inferiore a venticinquemila euro (poi aumentati a trentamila euro ad opera del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169) in modo da evitare l’intasamento dei tribunali con procedure non fruttifere; Cfr. N. GIANESINI, “*Il rischio penale nella gestione della crisi d’impresa*”, cit., p. 28.

³⁵² Cfr. G. DISEGNI, *op.*, cit., p. 13.

Ciò si tradusse, non solo nel rinnovamento della procedura concordataria, nella quale non veniva più richiesta una valutazione preventiva di “meritevolezza” per garantirne l’accesso, ma anche nell’affievolimento del controllo giudiziale a favore di una valorizzazione del ruolo dei creditori sulla convenienza di questa, tramite la soppressione delle percentuali minime.

L’ipotesi di convenienza manifestata tramite il voto, poteva risolversi in un accordo mediante il quale i creditori avrebbero potuto accettare un soddisfacimento anche parziale delle proprie ragioni, ovvero essere parte di un piano ristrutturazione dei debiti, al fine assicurare la prosecuzione dell’attività e di scongiurare l’alternativa fallimentare.

A ciò si aggiunse anche una modifica sostanziale del presupposto oggettivo di accesso alla procedura concordataria, come stabilito dal terzo comma dell’art. 160 L.F., finalmente rappresentativa dallo “stato di crisi” il quale, sebbene ricomprendesse anche l’insolvenza, non doveva essere espressiva della totale decozione dell’imprenditore.

Parte della dottrina³⁵³, ha puntualmente rilevato, che affinché tali soluzioni concordate ed anticipatorie del fallimento potessero condurre all’esito sperato, era necessario porvi come presupposto oggettivo dell’accesso, un concetto differente dall’insolvenza classica, molto più “elastico e multiforme”, individuando una categoria omnicomprensiva che potesse anche ricomprendere anche l’insolvenza, ma che tenesse conto delle sue molteplici sfaccettature, alle quali si potesse ricorrere con strumenti privatistici o misti.

In tal modo si iniziò a parlare di crisi d’impresa, come categoria giuridica e come presupposto di accesso sia alle procedure cd. *minori*, che alle forme di accesso stragiudiziale, i quali hanno rappresentato la novità più significativa della Riforma.

Gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* L.F.), vengono, così, concepiti come una soluzione stragiudiziale ibrida essendo prevista comunque l’omologa dell’accordo da parte del Tribunale, mentre i Piani Attestati di risanamento (art. 67, c.3, lett. d) L. F.), riflettendo atti unilaterali dell’imprenditore, vengono considerati, invece, alla stregua di una soluzione stragiudiziale pura, essendo totalmente avulsi dal controllo da parte del Tribunale.

³⁵³ Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, “*Manuale di diritto fallimentare*”, VII ed., Giuffrè, Milano, 2008, cit., p. 15.

Sebbene siano stati previsti questi strumenti alternativi, le finalità e i presupposti introdotti con la riforma del 2005 non diedero gli effetti sperati contrariamente a quanto, forse, ci si sarebbe aspettato.

Alcuna dottrina³⁵⁴ ha evidenziato come all’epoca, in realtà, non vi fu un vero e proprio *exploit* delle domande di concordato, e l’accesso alle procedure di ristrutturazione dei debiti risultò in realtà modestissimo, nonché ai piani attestati di risanamento, nei quali in particolar modo, il mancato ricorso si rivelò direttamente condizionato dall’assenza di qualunque indicazione del Legislatore circa la loro strutturazione e dalla constatazione che la mancata pubblicità ne rendesse incerto l’effettivo utilizzo.

Nonostante il sentiero della continuità e della salvaguardia dei valori aziendali fosse già tracciato, dall’eterno cantiere delle riforme del diritto fallimentare, seguirono tra il 2012 ed il 2013 nuovi interventi, aventi obiettivo primario, quello di facilitare la gestione delle crisi aziendali, con innovazioni volte, quanto più possibile, a evitare l’ipotesi fallimentare ed a favorire l’emersione anticipata incentivando il ricorso alla composizione negoziale della crisi, il tutto preservando la continuità aziendale.

Tali riforme, non solo incisero fortemente sia sulla disciplina del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione, che sui piani di risanamento, dando maggior forza e compiutezza a detti strumenti, ma anche sulle forme dei finanziamenti alle imprese in crisi, e sullo scioglimento dei contratti in corso non più funzionali alla veste concordataria dell’impresa.

In particolare si fa riferimento al D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con L. 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. “*Decreto Sviluppo*”), e integrata dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con L. 9 agosto 2013, n. 98 (c.d. “*Decreto del Fare*”).

Innanzitutto, il “Decreto sviluppo” ha chiaramente delineato i profili di indipendenza e di responsabilità del professionista attestatore.

La precisazione legislativa si rendeva necessaria in quanto, come osservato in dottrina³⁵⁵, l’art. 67, terzo comma, lettera d), L.F., che era, ed è, la “norma-base” dettata in materia di piani di risanamento, ma richiamata anche in tema di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione quanto ai requisiti del professionista attestatore.

³⁵⁴ Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, *op.*, cit., *ibidem*.

³⁵⁵ Cfr. G. BERSANI, “*La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell’art. 236 bis l. f. fra analisi dottrinali e prime applicazioni giurisprudenziali*”, 21 gennaio 2015, in www.ilcaso.it

Invero, prima della riforma, non soltanto non era posto alcun specifico requisito in termini di indipendenza relativo alla figura del professionista, ma nemmeno chiariva da chi questi dovesse essere nominato.³⁵⁶

Il D.L n. 83/2012 ha risolto ogni dubbio interpretativo prevedendo espressamente che la nomina del professionista debba ora essere effettuata dal debitore anche con riferimento alle ipotesi dei “piani attestati” e non solo con riferimento al concordato preventivo.

Per altro verso, il carattere di indipendenza, doveva riguardare tanto i rapporti di carattere professionale che personale, dovendo essere inteso in senso “soggettivamente assoluto” sia nei confronti del debitore, sia nei confronti di tutti coloro che al piano sotteso alla proposta potevano essere interessati.³⁵⁷

In aggiunta, pur disegnando diverse ipotesi di soluzioni concordate della crisi d’impresa, le norme della stagione (2005 - 2007) non avevano inciso sulla disciplina della tutela della correttezza delle informazioni sulla situazione economica patrimoniale e finanziaria del debitore, ed in particolare, non era stata prevista alcuna specifica protezione penale per il caso di dati infedeli.

Per questo si rese necessaria l’introduzione della nuova fattispecie penale per la condotta del professionista di cui all’art. 236-bis L.F., prevedendo che l’attestatore non dovesse «*esporre informazioni false ovvero omettere di riferire informazioni rilevanti*» con le note conseguenze che reca la disposizione.³⁵⁸

³⁵⁶ Per un approfondimento si rimanda a F. SALVARDI, “I requisiti dell’attestatore alla luce della l. 134/12 e della circolare dell’Irdcec dell’11.02.13: focus sull’indipendenza”, in www.ilcaso.it; F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it

³⁵⁷ A norma dell’art. 67 c.3 lett. d così modificato dal D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con legge 7 agosto 2012 n. 134., debba sussistere “indipendenza” quando “non è legato all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l’indipendenza di giudizio”, mediante il tramite di soggetti con i quali è unito da vincoli di associazione professionale - “non ha prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo” Cfr. C. TRENTINI, “Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti: Le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo”, Ipsoa, Milano, 2016, *cit.*

³⁵⁸ Per un approfondimento si rinvia a G. BERSANI, “La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell’art. 236 bis l. f. fra analisi dottrinali e prime applicazioni giurisprudenziali”, 21/01/2015 in www.ilcaso.it

Mentre, per ciò che concerne il perfezionamento degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo, innanzitutto, con il Decreto Sviluppo venne introdotto l’articolo 182 *sexies* L.F. che ha previsto la disapplicazione delle norme dettate in materia di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale oltre il terzo, (cd. *ricapitalizza o liquida*).

Per l’arco di tempo intercorrente tra la domanda di concordato e l’eventuale omologa dello stesso, da un lato venne prevista la sospensione degli obblighi civilistici connessi alla conservazione e ricostituzione del capitale sociale (artt. 2446 e 2447 c.c., artt. 2482-*bis* e *ter* c.c., art. 2484 c.c.) a tutela degli amministratori dell’impresa per quanto attiene la loro responsabilità, dall’altro vennero rese temporaneamente inoperanti le cause di scioglimento della società.

Sebbene forse passata in secondo piano rispetto ad altri interventi, tale disposizione si rese fondamentale.

Lo scopo era essenzialmente quello di consentire al debitore di ripristinare i meccanismi aziendali e procurarsi le risorse necessarie alla ricostituzione del capitale richiesto, anche mediante falcidia concordataria, cessione o conferimento a seguito dell’omologa, evitando, così, che la necessità della preventiva ricapitalizzazione, nonché le condotte ostative ed ostruzionistiche dei soci, potessero essere di ostacolo all’adozione di un piano che, considerato autonomamente, sarebbe risultato invece fattibile e soprattutto, vantaggioso per i creditori.³⁵⁹

A corredo, al fine di agevolare la prosecuzione dell’attività d’impresa, venne prevista la possibilità di ottenere dei finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo (o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti), a norma dell’art. 182-*quater*, secondo comma.

Definiti “finanziamenti ponte”, questi avevano lo scopo di sostenere l’impresa in un momento anteriore e particolarmente delicato, essendo strumentalmente collegati alla presentazione della domanda da cui poteva prendere avvio la procedura concordataria, anche finanziandone l’accesso.³⁶⁰

³⁵⁹ Cfr. A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, “Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, Giappichelli, Torino, 2014, p. 484.

³⁶⁰ Cfr. S. AMBROSINI, “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012”, in “Il Fallimento”, 10/2012.

Ma in aggiunta, per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione, venne introdotta la possibilità di richiedere quei finanziamenti c.d. “interinali” anche in corso di procedura, ex art. 182-*quinquies*, purché anche sottoposti al vaglio del Tribunale, una volta acquisite “sommarie informazioni” ai sensi del primo comma, ed una volta attestata la funzionalità al “miglior soddisfacimento dei creditori” da parte del professionista, i quali non solo sarebbero rientrati nell’ambito del trattamento in prededuzione di cui all’art. 111 L.F., ma anche nell’esenzione da revocatoria ex art. 67, così come da ultimo comma ex art. 182-*quinquies*.

Invece in materia di contratti, con l’introduzione dell’art. 169-*bis* L.F., previa autorizzazione del Tribunale dopo il decreto di ammissione alla procedura concordataria, venne consentito al debitore di svincolarsi da quei contratti considerati troppo onerosi in funzione della prosecuzione dell’attività, che ostacolassero il processo di riorganizzazione e la realizzazione del piano.³⁶¹

Ma forse la novità più importante, fu quella prevista dall’introduzione del nuovo comma sesto dell’art. 161 L.F.

Per favorire l’emersione anticipata dello stato di crisi, venne concesso al debitore la possibilità di presentare domanda di concordato cd. “in bianco”, o “con riserva”, ovvero di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti, depositando solamente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all’elenco nominativo dei creditori con l’indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui al secondo e terzo comma del medesimo articolo, in un termine successivo fissato dal Tribunale tra sessanta e centoventi giorni, prorogabile esclusivamente in presenza di giustificati motivi di ulteriori sessanta.

³⁶¹ Per un approfondimento si rimanda a M. FABIANI, “Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo”, e P.F. CENSONI, “La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo”, 11 marzo 2013 in www.ilcaso.it

L’introduzione del suddetto comma, si rese fondamentale non solo per l’emersione anticipata dello stato di crisi³⁶², ma anche per la produzione di quegli “effetti protettivi” sul patrimonio del debitore di cui questi poteva beneficiare nella fase più delicata, ovvero della presentazione del piano o del recepimento degli accordi con i creditori.

Tali effetti, a norma dell’art. 168 L.F., decorrono dalla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, prevedendo, a pena di nullità, il blocco per i creditori anteriori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, nonché l’inefficacia dell’iscrizione delle ipoteche giudiziali nei novanta giorni antecedenti la pubblicazione (cd. *automatic stay*).

L’importanza di garantire quell’“ombrello protettivo” dalle azioni dei creditori non doveva essere letta solo in ottica concordataria.

Va senza meno precisato, che stante il prodursi di tali effetti a seguito del deposito del ricorso, seguì un discreto numero di domande di accesso alla procedura concordataria, le quali non sempre erano avevano propositi di risanamento, utilizzando l’istituto come mero mezzo dilatorio di una dichiarazione di fallimento.

Per questo, poco tempo dopo, seguì una revisione da parte della successiva disposizione del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con L. 9 agosto 2013, n. 98 (c.d. “Decreto del Fare”), al fine di prevenire l’uso distorto del concordato cd. “in bianco”, ed esattamente quando servisse all’unico scopo di procrastinare il più possibile il momento del fallimento, altrimenti non più evitabile.³⁶³

³⁶² Per un approfondimento, si veda M. FABIANI, “La “passerella” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo”, doc. 355/2012, www.ilcaso.it secondo l’A. «Nel momento in cui un imprenditore avverte di trovarsi in una situazione di difficoltà che non è in grado di affrontare con i normali interventi strutturali di tipo industriale o di riorganizzazione dei fattori della produzione, è normale che si rivolga a dei professionisti i quali, normalmente, non sono in grado di stabilire nell’immediatezza quale sia lo strumento più idoneo per risolvere la crisi. [...] Di fronte a questo dato di fatto del tutto abituale, il legislatore ha ritenuto di anticipare la protezione del patrimonio del debitore e, soprattutto, ha stabilito che la scelta dell’ingresso in un percorso protetto non deve essere, per forza, a senso unico in quanto può darsi che acquisite maggiori conoscenze sia preferibile adottare uno strumento diverso da quello immaginato originariamente.».

³⁶³ In particolare, non solo si segnala l’introduzione nella norma al sesto comma dell’inciso, «all’elenco nominativo dei creditori con l’indicazione dei rispettivi crediti», ma ancor di più la nomina del commissario giudiziale, la cui verifica in detta fase atterrà tanto al controllo dell’attivazione effettiva dell’impresa in crisi di una compiuta proposta di pagamento ai creditori, alla quale eventualmente far seguire la decisione di chiudere la procedura al compimento di atti di frode ex art.173 L.F., quanto sull’obbligo per la ricorrente di fornire periodicamente le informazioni circa le attività finalizzate alla predisposizione del piano o dell’accordo di ristrutturazione”. Cfr. A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, “Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, cit. p. 476.

Ad ogni modo, la garanzia di tali effetti fu marcatamente incentivante per l’accesso agli accordi di ristrutturazione, i quali erano raggiungibili ante riforma, solo in parte, ed a seguito dell’espletamento di una procedura complessa e particolarmente farraginoso, che il sesto comma dell’art. 161 L.F. ha sostituito totalmente.

Da ultimo, ma non per importanza, alla novella del 2012, segui l’introduzione del concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis*, L. F.).

Sebbene, l’ampio tenore dell’art. 160 L.F. consentisse, già in passato, di ritenere ammissibile il concordato basato sulla prosecuzione dell’attività d’impresa, solo con l’intervento del 2012 questa trovò per la prima volta, una specifica regolamentazione e una precisa definizione a livello normativo.³⁶⁴

L’istituto prevedeva una speciale figura di concordato utilizzabile quando il piano allegato alla domanda prevedesse la prosecuzione dell’attività di impresa, in senso tanto soggettivo quanto oggettivo³⁶⁵, sia da parte dello stesso debitore, oppure attraverso la cessione dell’azienda in esercizio, oppure ancora tramite conferimento di ramo d’azienda in una o più società, anche di nuova costituzione (c.d. *newco*).

Nulla dispose in merito all’affitto d’azienda, il che portò, come vedremo, ad opinioni controverse in merito alla riconducibilità dell’istituto all’ambito applicativo dell’art. 186-*bis*.

La componente premiale della “continuità” che prevedeva anche una moratoria sino ad un anno dall’omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio pegno o ipoteca, e l’ultrattività dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione, d’altra parte, a fronte del potenziale aggravamento dei rischi legati alla prosecuzione dell’attività d’impresa, rendeva necessaria un’implementazione della documentazione rispetto a quanto sancito all’art. 161 L.F., secondo comma.

³⁶⁴ Cfr., *ex aliis*, L. MANDRIOLI, “Struttura e contenuti dei “piani di risanamento” e dei progetti di “ristrutturazione” nel concordato preventivo e negli accordi di composizione negoziale delle situazioni di “crisi””, in “Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d’impresa”, (a cura di) BONFATTI-FALCONE, Milano, 2006, p. 461 in S. AMBROSINI, “Appunti in tema di concordato con continuità aziendale” 4 agosto 2013, in www.ilcaso.it

³⁶⁵ Cfr. M. FABIANI, “Riflessioni precoci sull’evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d’impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)”, 303/2012, in www.ilcaso.it dove l’A., osserva che «la nozione di continuità aziendale utilizzata dal legislatore è spuria in quanto sono accomunate al medesimo destino sia quelle imprese in cui l’azienda in esercizio viene trasferita (o conferita) a terzi sia quelle in cui l’attività d’impresa resta in capo al medesimo imprenditore.».

Il piano, oltre alle modalità e ai tempi di adempimento della proposta, doveva “rafforzarsi” *in primis* dell’«*analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura*», per fornire ai creditori adeguata evidenza delle conseguenze della continuazione dell’aziendale anche sotto il profilo economico e patrimoniale, traducendosi in un vero e proprio *business plan* articolato mediante la rappresentazione di grandezze economiche e finanziarie in termini prospettici.

In secondo luogo, il piano doveva essere accompagnato anche dalla relazione del professionista indipendente nominato dal debitore, di cui all’art. 161, terzo comma, L.F., che non soltanto riguardasse la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità dello stesso, avendo come parametro i principi dell’ISAE 3400³⁶⁶, ma che allo stesso tempo, attestasse la prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dalla proposta concordataria, come funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, rispetto allo scenario liquidatorio.³⁶⁷

Invero, il giudizio di fattibilità del piano, non solo doveva tener conto dei profili di mera esecuzione della proposta ma di coglierne anche la capacità di transitare l’azienda al di fuori della situazione di crisi, sia nell’eventualità di prosecuzione dell’attività in proprio che con l’intervento di un terzo sul quale venga traslato il rischio d’impresa.

In definitiva, le riforme del 2012, incisero a fondo sulla natura del concordato preventivo, e non solo, coadiuvando ad un notevole rigore tecnico, un’«*apprezzabile sforzo di fantasia*».³⁶⁸

A queste forse più che mai, andrebbe riconosciuto il merito della definitiva *debacle* delle prospettive liquidatorie avendo introdotto le novità più importanti del diritto concorsuale degli ultimi anni.

³⁶⁶ Principio di Revisione Internazionale, ISAE 3400, “*The examination of Prospective Financial Information*”, emanato dall’“*International Standard on Assurance Engagements*”, per un approfondimento si rimanda a F. SALVARDI, “*La relazione di attestazione in ambito concorsuale. Linee guida, tecniche di verifica contabile e spunti pratici*”, Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 29-30.

³⁶⁷ Cfr. S. AMBROSINI, “*Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*”, 4 agosto 2013 in www.ilcaso.it, secondo cui occorre acclarare che i proventi dell’attività caratteristica o, in alternativa, l’incasso derivante dalla collocazione dell’azienda in funzionamento sul mercato, consentano di corrispondere ai creditori un importo più elevato di quello che, con ogni ragionevole probabilità, essi riceverebbero nel contesto di uno scenario liquidatorio.

³⁶⁸ Cfr. G. TERRANOVA, “*Le nuove forme di concordato*”, Giappichelli, Torino, 2013, p. 4.

D’altro canto, e di conseguenza, come puntualmente rilevato³⁶⁹, proprio la portata di tali novità fece sì che in modo sempre più intenso, si fosse avvertita l’auspicabile esigenza di un intervento volto a rendere ancor più fluida ed efficace l’applicazione di alcuni istituti-chiave nell’ambito delle soluzioni negoziate alle crisi d’impresa.

Non a caso il Legislatore è intervenuto nuovamente nella materia del diritto fallimentare con la “*Miniriforma*” del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, introducendo rilevanti modifiche.

Come autorevolmente sottolineato³⁷⁰ in ambito concordatario, la riforma in del 2015, inserendosi in un solco già tracciato dalla giurisprudenza, secondo cui la causa del concordato dovesse ravvisarsi, da un lato nella regolazione della crisi d’impresa e dall’altro nel soddisfacimento in tempi ragionevoli dei crediti dei terzi, allo scopo di favorire ulteriormente il processo di risanamento aziendale, ha incentivato il ricorso a misure volte a garantire maggior impulso all’iniziativa privata alla luce dei principi di competitività, e contendibilità.

Sotto tale profilo andrebbe ricostruita la novità più esaltante introdotta dal Decreto, riguardante l’istituto delle proposte concorrenti ex art. 163 L.F., e dell’introduzione del nuovo art. 163-*bis*, L. F., relativo al nuovo istituto delle offerte concorrenti dei creditori, che ha soppiantato il debitore dalla veste di “arbitro indiscusso” della procedura.

L’introduzione di tali istituti nella nuova novella, ha avuto lo scopo di riequilibrare il rapporto debitore-creditore nella procedura concordataria, sottraendo al primo il potere assoluto di iniziativa in tema di presentazione del piano e della proposta.

In particolare la *ratio* della disposizione di cui all’art. 163-*bis* L.F., era direttamente volta a contrastare quanto sovente avveniva nella prassi concordataria.

Quando la proposta del debitore, fosse basata sull’offerta irrevocabile di un terzo condizionata all’omologa, solitamente vicino all’imprenditore in crisi, e consisteva nel predisposizione di operazioni straordinarie volte al rafforzamento patrimoniale della società in crisi, tramite acquisto od anche di affitto di aziende, rami d’azienda nonché di asset individuati particolarmente appetibili, di frequente si assisteva al riconoscimento di un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, a prezzi inferiori a quelli di

³⁶⁹ Cfr. S. AMBROSINI “*Appunti flash per una “miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*” documento n. 293/2012, in www.ilcaso.it

³⁷⁰ Cfr. A. GIULIO, “*Crisi di impresa: Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*”, sezione a cura di L. MAGRINI, F. MANZARI, L. MARTINO, “*Proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo*”, in “*Il fisco-Crisi di impresa*”, Ipsa Wolters Kluwer, 2015, p. 15.

mercato, obbligando così i creditori ad accettarne i termini, trasfusi poi nella proposta di concordato, al fine di evitare la soluzione fallimentare.³⁷¹

La previsione di una procedura competitiva obbligatoria, introdotta dalla novella in ottica concorrenziale e finalizzata all’individuazione sul mercato di potenziali e differenti soggetti rispetto a quelli già individuati nel piano, si prefiggeva di porre rimedio a questo specifico rischio innalzando la tutela dei creditori.

Particolare rilevanza, assumerà il contenuto dell’ultimo comma del nuovo art. 163-*bis* L.F. ove stabilito, che la nuova disciplina debba essere applicata, in quanto compatibile, anche «*all’affitto di azienda o di uno o più rami d’azienda*».

Ma dalla novella del 2015 sono state dettate altre importanti innovazioni, in materia di concordato preventivo.

In primo luogo, al fine di agevolare il ricorso alle procedure concordatarie e di «privatizzare» il procedimento, rimettendo ai creditori stessi la valutazione della convenienza di quanto offerto, alla reintroduzione fra i requisiti della proposta dell’indicazione dell’offerta ai chirografari di una percentuale minima di soddisfacimento del 20%, per il concordato liquidatorio, seguì l’abolizione dell’istituto del silenzio-assenso, atteso il raggiungimento della maggioranza necessaria per l’approvazione del concordato.³⁷²

Inoltre, a conferma della tendenza del Legislatore nel dotare l’impresa di una pluralità di strumenti di composizione stragiudiziale delle crisi, in tema di accordi di ristrutturazione non solo venne modificato anche l’art. 182-*quinquies*, L.F., per i c.d. finanziamenti interinali prededucibili, estendendone il ricorso anche al debitore che presenta una domanda di concordato preventivo, «*ai sensi dell’art. 161, sesto comma*», ma venne introdotto anche l’art. 182-*septies*, L.F., per gli accordi di ristrutturazione.

Secondo quest’ultimo, quando almeno la metà del debito complessivo dell’impresa avesse fatto capo a banche e intermediari finanziari ed il debitore procedesse alla suddivisione di tali creditori in categorie, questi avrebbe potuto richiedere al Tribunale

³⁷¹ Cfr. L. MAGRINI, F. MANZARI, L. MARTINO, in A. GIULIO, *op.*, cit, in “Il fisco-Crisi di impresa”, pp. 15-16.

³⁷² Cfr. E. SABATELLI, “*Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*”, 13 novembre 2015, in www.ilcaso.it

che gli effetti dell’accordo venissero estesi ai creditori dissenzienti della categoria, a patto che le condizioni ivi previste avessero incontrato l’assenso del 75% dei creditori.³⁷³

Infine, a titolo di cronaca, le modifiche degli ultimi anni, pur se innovativi ma recepiti come “interventi- tampone” non fecero altro che costituire il preludio alla riforma organica delle procedure concorsuali.

In tale contesto si collocò il decreto 28 gennaio 2015 con cui il Ministro della Giustizia ha istituito un’apposita Commissione (presieduta da Renato Rordorf) con obiettivi piuttosto ambiziosi quali “l’elaborazione di proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali”.³⁷⁴

La Commissione, insediata il 18 febbraio 2015, perseguendo la scelta di predisporre un disegno di legge delega accompagnato da una preziosa ed ampia relazione del suo presidente, Renato Rordorf, venne approvato Consiglio dei Ministri, in data 11 febbraio 2016, e trasformato la relazione Rordorf nel proprio schema illustrativo.

A seguito di alcune modifiche apportate nel corso del 2016 al disegno di legge delega al Governo n. 3671, venne approvata dal Parlamento la Legge n. 155 del 19 ottobre 2017 che delega il Governo, entro dodici mesi dall’entrata in vigore, ad operare un’ampia riforma della disciplina delle crisi di impresa e dell’insolvenza al quale seguì dopo una lunga gestazione il D. LGS. 12 gennaio 2019, n. 14, come “*Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*”.

Tra le novità più di rilievo non solo si segnala, in virtù di un maggior coordinamento, l’introduzione di unico giudizio di accertamento delle condizioni di accesso di imprenditori e debitori civili per tutte le situazioni di crisi o insolvenza, compresa quindi anche la crisi da sovraindebitamento del soggetto non imprenditore, ma soprattutto la figura extragiudiziale di allerta e di composizione assistita della crisi, volta a favorirne l’emersione anticipata, tramite organismi professionalmente dedicati, e la conseguente negoziazione fra debitore e creditori, per evitare il dissesto e la decozione.³⁷⁵

³⁷³ Cfr. C. L. APPIO, “*Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182- septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*” 29 dicembre 2015, in www.ilcaso.it

³⁷⁴ Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, coordinata dal Presidente aggiunto della Corte di Cassazione Renato Rodorf, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, Roma, 29 dicembre, 2015

³⁷⁵ Per un approfondimento, si rinvia a P. VELLA, “*L’allerta nel codice della crisi e dell’insolvenza alla luce della direttiva (ue) 2019/1023*, in www.ilcaso.it

4.3 L’affitto d’azienda come ipotesi di risanamento nella composizione negoziale della crisi d’impresa.

Coerentemente con il quadro delineato dal nuovo impianto normativo e dalle riforme degli ultimi anni, che hanno introdotto strumenti alternativi di regolazione della crisi orientati sempre più alla conservazione e al recupero dei valori aziendali e rafforzato la portata per garantirne il buon esito, vale la pena rimarcare la rilevanza riconosciuta all’affitto d’azienda nell’ambito dei quali l’eventuale ricorso all’istituto può essere considerato “effetto naturale”.

Ma per comprendere a fondo il ruolo dell’affitto d’azienda nelle soluzioni stragiudiziali di risoluzione della crisi d’impresa, che lasciano spazio all’autonomia privata e rimettono alla volontà del debitore e dei creditori la regolazione di contrapposti interessi, dovremmo cercare non solo di conciliarne le peculiarità con le caratteristiche direttamente afferenti alle varie soluzioni proposte dal Legislatore, ma avere riguardo anche di come queste siano state graduate in relazione allo stato di crisi in cui si trova l’azienda, per poter tentare una corretta strategia di risanamento.

In prima approssimazione, l’affitto d’azienda, o di uno o più rami della stessa, nell’ambito delle crisi d’impresa, viene spesso utilizzato come operazione strumentale, in primo luogo, al risanamento dell’impresa per la salvaguardia della continuità aziendale e dei posti di lavoro, nonché a tutela degli interessi dei creditori e, in assenza di alternative, alla cessione definitiva dell’azienda finalizzata alla realizzazione del progetto di soddisfazione degli stessi.

Il ricorso all’affitto d’azienda è, infatti, ampiamente prospettabile sia prima del manifestarsi dello stato di insolvenza del debitore, quando l’impresa si trovi in una semplice situazione di tensione finanziaria, che successivamente, in presenza di evidenti segnali di *default* tali da determinare l’apertura di una procedura concorsuale.

In questi termini si pone prioritariamente come uno strumento conservativo, diretto non solo a mantenere il valore dell’impresa in difficoltà, ma soprattutto i livelli occupazionali.

Ancor di più si segnala, a questo proposito, che la locazione del complesso può essere stata considerata come mezzo idoneo alla tutela degli interessi dei creditori, anche nell’ambito delle misure cautelari di cui all’art. 15 della L.F.³⁷⁶

In un contesto di questo tipo, le motivazioni che possano portare alla sottoscrizione di siffatta tipologia contrattuale da parte dell’imprenditore prima di un eventuale accesso ad una procedura concorsuale, ovvero in funzione o in esecuzione della stessa, possono essere molteplici e particolarmente incentivanti.

Prima fra tutte la già citata salvaguardia della continuità aziendale, che possa essere in grado di garantire tanto il valore dell’impresa quanto il mantenimento livelli occupazionali, evitando il rischio del blocco dell’attività, che di frequente si associa all’incapacità di mantenere in efficienza la gestione operativa, spesso causata dalla sopravvenuta limitazione dei rapporti bancari o dall’eccessiva incidenza dei costi di struttura.³⁷⁷

Al ricorrere di quest’ultima ipotesi, l’affitto di uno o più rami dell’azienda consente di restringere il perimetro dell’impresa, garantendone la produttività in capo all’affittuario e conservandone l’efficienza.

Invero, in tale frangente il contratto di affitto d’azienda non solo viene stipulato per consentire al potenziale cessionario l’immediata immissione nel possesso del complesso, o in alcuni rami, ma anche per garantire l’erogazione delle risorse necessarie a mantenerlo efficiente ed operante, soppesando allo stesso tempo, e con attenta valutazione, i rischi connessi all’eventuale acquisizione.

Tale aspetto va senz’altro temperato anche con le aspettative legate al soddisfacimento dei creditori, mediante la produzione di quei flussi di cassa che possano derivare dalla riscossione dei canoni d’affitto e dal prezzo di cessione dell’azienda in esercizio o funzionamento, e che siano maggiori rispetto all’alternativa concretamente praticabile della liquidazione atomistica dei beni costituenti l’azienda.

³⁷⁶ In tal senso, si veda Trib. Terni 17 aprile 2014, secondo cui l’imprenditore che propone il ricorso per la dichiarazione del proprio fallimento, già in fase di istruttoria ai sensi dell’art. 15 comma. 8 L.F., ove non sussistano le condizioni di legge per procedere all’esercizio provvisorio, può essere autorizzato a concedere l’azienda in affitto ad una società di nuova costituzione (cd. “*newco*”), al fine di mantenere attiva l’impresa senza soluzione di continuità e, conseguentemente, inalterata l’attività produttiva e la forza lavoro occupata, nonché di spostare il rischio d’impresa sull’affittuario.

³⁷⁷ Cfr. M. POLLIO “*L’affitto di azienda in situazioni di crisi*”, Società e Contratti, Bilancio e Revisione, in Banca dati Eutekne, 4, 2014, p. 34.

Ma uno dei vantaggi più rilevanti per l’imprenditore in crisi, risiede nella possibilità di evitare di incorrere nel compimento di atti distrattivi oppure idonei ad aggravare il dissesto, al quale sopperisce proprio il fatto di ricomprendere in contratto di affitto d’azienda in una delle forme stragiudiziali, che prevedono uno specifico regime di esenzione da revocatoria per gli atti posti in essere o in esecuzione di queste, previo rilascio dell’attestazione da parte del professionista indipendente.

Tale aspetto si rende fondamentale anche dal lato opposto, per quanto riguarda l’affittuario.

Le caratteristiche del contratto d’affitto, e l’ampia flessibilità che lo contraddistingue porterà quest’ultimo in ogni caso a scegliere il “perimetro” dell’azienda da acquisire, purché venga stipulato sulla base di valori congrui.

Sarà sempre necessario, che l’atto di affitto d’azienda non sia suscettibile di sviare l’avviamento del concedente o di consentire all’affittuario di esercitare l’azienda versando un canone periodico esiguo ed iniquo³⁷⁸, oppure omettendo il pagamento dello stesso.³⁷⁹

Ma i principali obiettivi dell’affittuario, promissario acquirente o cessionario *in pectore*, ascrivibili alla sottoscrizione del contratto in tale contesto, saranno condizionati tanto nell’intento di non essere coinvolto nella successione delle passività contratte dall’imprenditore in stato di crisi, quanto di non partecipare ad atti di bancarotta del debitore.³⁸⁰

Sotto il primo profilo, come già osservato in ambito civilistico, il contratto di affitto d’azienda, a differenza di quello di cessione, non è soggetto al regime di responsabilità riguardante i debiti dell’azienda oggetto di trasferimento.

Come noto, l’affitto d’azienda, è infatti soggetto soltanto ad alcune disposizioni relative alla cessione d’azienda previsti dagli artt. 2557 e 2558 c.c., ma non a quelle afferenti i crediti e debiti aziendali agli artt. 2559 e 2560 c.c.

³⁷⁸ *Ex multis*, si veda Cass. 6 ottobre 2010 n. 35882 e Cass. 2 dicembre 2008 n. 44891.

³⁷⁹ Cfr. Cass. 20 giugno 2013 n. 27207.

³⁸⁰ Cfr. M. POLLIO “L’affitto di azienda in situazioni di crisi” cit. p. 35.

Mentre il successivo atto di cessione d’azienda è, tuttavia, soggetto all’art. 2560 c.c., salvo che ciò avvenga legalmente, ovvero dopo il deposito della domanda di concordato preventivo a norma dell’art. 182 quinto comma L.F.³⁸¹, oppure nell’ambito del fallimento, ai sensi del quarto e quinto comma dell’art. 105 L.F.³⁸²

Al ricorrere di tale ultima ipotesi, il cessionario peraltro non è responsabile dei debiti dell’imprenditore in stato di crisi, neppure con riguardo alle passività tributarie, non ritenendosi applicabile l’art. 14 del D.LGS. 18.12.97 n. 472/97 alle vendite coattive, disposte dall’autorità giudiziaria.³⁸³

³⁸¹ L’art. 182 comma. 5 L. F. (così come modificato dall’art. 2 co. 2 lett. c) del D.L. 83/2015), dispone che *“alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo, si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili”*.

³⁸² L’art. 105 comma. 4 e 5 L. F. stabilisce, infatti, che *“salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell’acquirente per i debiti relativi all’esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento. Il curatore può procedere altresì alla cessione delle attività e delle passività dell’azienda o dei suoi rami, nonché di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, esclusa comunque la responsabilità dell’alienante prevista dall’art. 2560 del codice civile”*.

³⁸³ Cfr. G. ODETTO, L. FORNERO, M. NEGRO *“Cessione, conferimento, affitto e donazione d’azienda”*, Ipsoa, Wolters Kluwer, Milano, 2011, pp. 209-210 secondo cui Il Ministero delle Finanze, nella ris. 12.7.99 n. 112/E ne ha escluso la possibilità in ordine al fatto che *«la ratio e la lettera stessa della norma sembrano di univoco significato, nel senso di essere riferite esclusivamente alle cessioni su base volontaria o negoziale, e non già a quelle con evidenti profili pubblicitici»* Tale orientamento è, inoltre, confermato dalla considerazione che la disposizione in commento presuppone la preventiva escussione del cedente, che è, invece, oggettivamente preclusa sia nel fallimento che nel concordato preventivo, ai sensi degli artt. 51 e 168 comma. 1, della Legge Fallimentare, sul punto, di conforme parere, si veda anche F. FIMMANÒ, *sub art. 105*, in *“Il nuovo diritto fallimentare”*, commentario diretto da A. JORIO, Tomo II, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 1757.

Per quanto riguarda la questione dei dipendenti invece, anche per l’affitto d’azienda non sono ammesse eccezioni, rispetto a quanto previsto, invece, alla deroga alla retrocessione dei debiti al fallimento ai sensi dell’art. 104-*bis* L.F., salvo specifiche ipotesi di limitata applicazione dell’art. 2112 c.c., in tema di mantenimento anche parziale dell’occupazione, prospettate dall’art. 47 della L. 29.12.90 n. 428.³⁸⁴

Mentre sotto il secondo profilo, l’affittuario potrà scongiurare il rischio dell’azione revocatoria fallimentare, proprio chiedendo al debitore di inserire il contratto di affitto d’azienda nell’ambito di un piano attestato di risanamento (art. 67 co. 3 lett. d) L.F.), di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (art. 182-*bis* L.F.), oppure nell’ambito di un concordato preventivo, nel rispetto degli artt. 161, comma. 7, e 167, comma. 2, L.F. Invero, gli atti compiuti in esecuzione di uno di tali documenti e nel caso di specie, l’affitto e l’eventuale successiva cessione dell’azienda, o di rami della stessa saranno, infatti, esonerati dall’azione revocatoria fallimentare, ai sensi dell’art. 67 co. 3 lett. d) ed e) L.F.³⁸⁵

³⁸⁴ Nello specifico si fa riferimento al comma. 4-*bis* della suindicata disposizione che stabilisce, qualora sia stato raggiunto un accordo in ordine al mantenimento, anche parziale dell’occupazione, l’art. 2112 c.c. trovi applicazione nei termini e con le limitazioni previsti dall’accordo stesso, alle lett. *b-bis*), *b-ter*) per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo, ovvero l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti. Il successivo Il successivo co. 5 riguarda, invece, le imprese nei confronti delle quali sia stato dichiarato il fallimento, omologato il concordato preventivo con cessione dei beni, emanato il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa o di sottoposizione all’amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell’attività non sia stata disposta, o sia cessata. Al ricorrere di una di tali ipotesi, se nel corso della consultazione sindacale è stato raggiunto un accordo in ordine al mantenimento, anche parziale, dell’occupazione, l’art. 2112 c.c. non si applica ai dipendenti il cui rapporto di lavoro continua con l’acquirente, salvo che dall’intesa risultino condizioni di miglior favore. In ogni caso i lavoratori che non passano alle dipendenze dell’acquirente, dell’affittuario o del subentrante ai sensi del comma sesto, *ex art.* 47 L.428/90 hanno diritto di precedenza nelle assunzioni da costoro effettuate entro un anno dal trasferimento, ovvero nel maggior periodo stabilito dagli accordi collettivi.

³⁸⁵ Cfr. Art. 67 L.F. rubricato “ Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie” «*Non sono soggetti all’azione revocatoria: d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; [...] e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo.[...], nonché dell’accordo omologato ai sensi dell’articolo 182 bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all’articolo 161.*».

In altri termini, tale esenzione può interessare il contratto di affitto d’azienda stipulato dopo la presentazione della domanda “in bianco” di cui al comma sesto della predetta disposizione purché risulti rispettato il regime autorizzativo stabilito dall’art. 161 comma settimo L.F. e, dopo l’ammissione alla procedura, dall’art. 167 secondo comma della L.F.

Così facendo, le parti potranno, inoltre, beneficiare dell’esenzione dall’imputazione per i reati di bancarotta, previsti dall’ art. 217-*bis* L.F.³⁸⁶

Tale ultimo aspetto racchiude il principale punto di forza delle soluzioni concordate di risoluzione della crisi offerte dal Legislatore, tenendo sempre ferme le differenze esistenti tra i vari istituti.

Innanzitutto, preme sottolineare che a differenza degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo, il piano di risanamento esula dall’ambito della concorsualità, non essendo qualificabile come procedura in senso proprio e non possedendo comunque carattere concorsuale.³⁸⁷

Da un lato, ciò comporta che nel caso in cui l’impresa sia successivamente assoggetta a procedura concorsuale, non è configurabile alcuna *consecutio* e pertanto, vi sarà anche l’impossibilità di far decorrere dalla formalizzazione del piano (e dell’accordo a esso sottostante) il c.d. “periodo sospetto” della revocatoria.

Dall’altro, non trattandosi di una procedura, per crediti sorti durante l’attività di l’esecuzione del piano, non opera alcuna prededucibilità, non trovando applicazione il disposto del secondo comma dell’art. 111 L.F., che solo a queste si riferisce.

Va tenuto conto che sebbene il Legislatore non vi abbia dedicato apposito spazio, collocando l’istituto fra le ipotesi di esenzione da revocatoria fallimentare, tale carenza non debba trarre in inganno in ordine all’ importanza del piano di risanamento, la cui duttilità lo rende uno degli strumenti più agevoli ed efficaci per perseguire l’obiettivo del superamento della crisi.

³⁸⁶ Cfr. Art 217-*bis* L.F., rubricato, “Esenzione dai reati di bancarotta” «Le disposizioni di cui all’articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all’articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell’articolo 182 bis o del piano di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d) [...]».

³⁸⁷ Sul punto parte della dottrina segnala, in tema di accordi di ristrutturazione, che non si possa parlare di procedura concorsuale in assenza dei seguenti elementi: (i) un provvedimento giudiziale di apertura, recante la nomina di un organo deputato alla “gestione” della procedura; (ii) l’universalità degli effetti, specie sul lato passivo (la generalità dei creditori); (iii) l’apertura del concorso fra i creditori e il blocco del decorso degli interessi sui crediti chirografari; (iv) il principio, pur da tempo declinante, della (almeno tendenziale) parità di trattamento fra creditori; (v) l’esistenza di una collettività di creditori globalmente intesa e retta dal principio maggioritario. Cfr. S. AMBROSINI, “Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla “miniriforma” del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”, Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 107 ss.

A tal fine, per avere efficacia, non solo i piani attestati di risanamento non necessitano di alcun intervento da parte dell’autorità giudiziaria rispetto agli accordi di ristrutturazione, che devono essere invece omologati dal Tribunale, ma non sono nemmeno soggetti ad alcun tipo di pubblicità, potendo, anche, rimanere “segreti”³⁸⁸ a differenza degli accordi ai quali permane l’obbligo di pubblicazione nel Registro delle imprese.

Con il piano di risanamento, come spesso ricorda la dottrina³⁸⁹, ci si trova di fronte «*alla punta più avanzata del processo di privatizzazione della crisi d’impresa*».

La peculiarità cardine dell’intero istituto si poggia, dunque, sul tentativo di fuoriuscita da una soluzione della crisi per via squisitamente privatistica, ed in via totalmente stragiudiziale, nel senso che non è previsto alcun tipo di intervento da parte del Tribunale.

In questo risiede il tratto marcatamente distintivo rispetto sia al concordato preventivo, nel cui ambito il controllo giudiziale si manifesta dal momento iniziale per il decreto di ammissione, a quello finale con quello di omologazione, sia all’accordo di ristrutturazione, che, pur nascendo come contratto fra privati, subordina la produzione degli effetti di cui agli artt. 67, terzo comma, lett. e), e 217-bis L.F, sempre all’omologazione da parte del Tribunale.

Tali effetti, nel piano attestato, discendono invece direttamente dal fatto che gli atti “protetti”³⁹⁰ dalla legge sia sul piano civile che penale, siano compiuti in esecuzione di un: (i) piano che sia idoneo a consentire il «*risanamento dell’esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria*»; (ii) a condizione che la veridicità dei dati aziendali alla base della suddetta prospettazione e la fattibilità della medesima siano attestate da un professionista indipendente (designato dal debitore), iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti di cui all’art. 28, lettere a e b, L.F.

³⁸⁸ C. TRENTINI, “Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti: Le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo”, Wolters Kluwer, Milano, 2016, cit.

Sul punto si segnala che «*il debitore può comunque richiedere la pubblicazione del piano nel registro delle imprese, la quale ai sensi dell’art. 88, 4° comma, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, consente di fruire del relativo beneficio fiscale, non essendo i risparmi derivati dall’esecuzione del piano (tipicamente, gli stralci di parte del debito) soggetti a tassazione, come già accadeva per il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione.*» Cfr. S. AMBROSINI e M. AIELLO, “I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi”, 11 giugno 2014, in www.ilcaso.it p.4. Per un approfondimento si rinvia a D’ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto “sviluppo”*, in Giur. comm., 2014, I, 89.

³⁸⁹ Cfr. A. JORIO, “Il nuovo diritto delle crisi d’impresa”, Giuffrè, Milano, 2008, p. 106.

³⁹⁰ Cfr. S. AMBROSINI e M. AIELLO, “I piani attestati di risanamento”, 11 giugno 2014, in www.ilcaso.it

Secondo parte della dottrina³⁹¹ si ritiene che il fondamento da detta esenzione risieda proprio nel «nesso tra l’atto dell’imprenditore in crisi e il piano di risanamento», che assieme alla relazione dell’esperto, costituisce il baricentro della norma.

Per tale ragione, non vi è la necessità che la soluzione della crisi si traduca in una “formale intesa con i creditori”³⁹², come invece invariabilmente accade tanto nell’accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all’art. 182-bis L.F. quanto, pur con forme peculiari, nel concordato preventivo.

Ciò porta a considerare, quanto sovente avviene nella prassi, laddove il programma di risanamento fondatamente attestato, possa essere attuato, anche solo in presenza di un accordo tra l’imprenditore in difficoltà e i principali creditori.

Innanzitutto con istituti di credito, ai quali è richiesto di accordare nuova finanza o concedere istanze di moratoria c.d. *standstill*, con cui vengono congelati i pagamenti dovuti, fino a quando il piano non sia varato e cominci ad esplicare i propri effetti, ovvero vengano mantenute in essere le linee di credito senza modifica delle relative condizioni.

A questi si aggiungono anche i fornitori “strategici”, quali principali *partners* e clienti che possano essere concretamente interessati al risanamento dell’impresa, desiderosi di assicurarsi la continuità delle prestazioni del debitore.

Si osserva³⁹³ come di norma, in tali casi sia necessario intervenire soprattutto sulle variabili esterne, procedendo, da un lato, alla rinegoziazione dell’indebitamento pregresso, ovvero rinegoziando i tempi di rimborso, le garanzie e, all’occorrenza, lo stesso ammontare con conseguente richiesta di stralcio, e dall’altro, verso l’individuazione finalizzata all’ottenimento di risorse aggiuntive, anche tramite conversione del debito in capitale di rischio.

Anche se infrequente, l’impresa potrebbe comunque rivelarsi capace di riconquistare il pieno equilibrio facendo esclusivo ricorso ad iniziative endogene.

³⁹¹ Cfr. P.G. DEMARCHI, “I piani di risanamento ex art. 67 Legge fallimentare - Tentativo di ricostruzione di un istituto a partire dai suoi effetti in caso di fallimento”, in www.ilcaso.it, II, 189/2010.

³⁹² Cfr. E. STASI, “I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare”, in “Fallimento”, 2006, 861.

³⁹³ Cfr. S. AMBROSINI, M. AIELLO, *ult. cit.*, secondo gli A. le nuove risorse aggiuntive per finanziare il *turnaround*, sono spesso reperibili solo mediante un idoneo mix tra gli apporti di equity e il ricorso alla nuova finanza bancaria. Sul punto si veda anche, M. FERRO, Art. 67, co. 3, lett. d) “Il piano attestato di risanamento”, in M. FERRO (a cura di), “La legge fallimentare”, Commentario teorico-pratico, CEDAM, Padova, 2007, p. 481.

In particolare, potrebbe tentare di rendere più efficiente la struttura produttiva anche tramite la dismissione di alcune attività inerenti a uno o più rami non funzionali al *core business*, che possano essere, all’occorrenza precedute da un contratto di affitto.

In altre parole, si osserva³⁹⁴ che nonostante la norma s’incentri sul piano elaborato dall’imprenditore, a ben vedere lo strumento di cui all’art. 67, terzo comma, lett. d, L.F. non solo non esclude, ma implicitamente presuppone un vero e proprio momento contrattuale, tanto che di regola il *business plan* si traduce in un vero e proprio accordo di risanamento facendo sì che s’inserisca a pieno titolo nel novero delle soluzioni negoziali della crisi.

In tale prospettiva, la predisposizione di un piano di risanamento reca indubbiamente particolari vantaggi in un momento di momentanea tensione finanziaria, ma d’altra parte, l’esclusione di alcune disposizioni fissate in via esclusiva per l’accesso od in esecuzione delle procedure, potrebbe rivelarsi compromettente dei buoni propositi del preponente.

Vero che questo, qualificandosi come atto unilaterale predisposto dal debitore, non esige, di per sé, il raggiungimento di un accordo con uno o più creditori, mentre l’accordo presenta sempre un indispensabile profilo negoziale.

Ma a differenza degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo, nel piano attestato non viene fornita al debitore alcuna protezione da eventuali azioni esecutive e cautelari da parte dei singoli creditori, tali da inficiarne a monte il buon esito.

Si noti peraltro, sotto tale profilo, che almeno inizialmente, dalla novella del 2005 (D.L. n. 35/2005, (cd. “Decreto competitività”), nemmeno per gli accordi di ristrutturazione veniva previsto quel cd. “ombrello protettivo” automatico fornito ora dall’art. 168 L.F.

³⁹⁴ Cfr. C. COSTA, “Esenzione dall’azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese”, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 537, osserva che, «se è vero che il piano di risanamento, come si ritiene comunemente, non è un accordo ma un piano unilaterale, è anche vero che non vi può essere piano di risanamento se prima non c’è stata una negoziazione con i creditori». in S. AMBROSINI, M. AIELLO, *op.*, cit., *ibidem*.

Al debitore che doveva raccogliere il consenso dei creditori rappresentanti il sessanta per cento dei crediti non era accordata nessuna protezione dalle azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori durante il periodo più delicato rappresentato dalla fase delle negoziazioni, finendo inevitabilmente per disincentivarne il ricorso, a favore del concordato preventivo che consentiva, altresì «*l’apertura immediata dell’ombrello protettivo*».³⁹⁵

Solo in seguito, con il “Decreto correttivo del 2007”³⁹⁶ è stato introdotto il divieto operante rispetto ai creditori anteriori alla pubblicazione dell’accordo nel Registro delle imprese, di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, per tutto il periodo (di sessanta giorni) corrispondente alla durata del procedimento di omologazione.³⁹⁷

In tale contesto si inserì il D. L. 31.05.2010, n. 78, che nonostante abbia introdotto importanti novità eliminando *in primis* le previsioni in tema di responsabilità sotto il profilo penale con l’art. 217-bis, L. F., e riconosciuto la prededucibilità dei crediti sorti in funzione della presentazione domanda ovvero in esecuzione di un accordo di ristrutturazione o di un concordato preventivo, (art. 182 *quater*, comma primo L.F.)³⁹⁸, ha anche previsto una prima misura di tutela anticipatoria (art.182-bis, comma sesto), ma caratterizzata da estrema complessità.

Nello specifico il comma sesto dell’art. 182-bis, prevedeva che l’inibizione dalle azioni esecutive e cautelari non solo fosse subordinata al deposito di un’istanza di sospensione (corredata da una pre-attestazione e da un’autocertificazione dell’imprenditore in merito all’intenzione di perfezionare un accordo di ristrutturazione), ma che dovesse essere poi,

³⁹⁵ Cfr. A. JORIO (a cura di), in “*Crisi dell’impresa e riforme delle procedure concorsuali: atti del convegno.*”, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 47-48.

³⁹⁶ Ci si riferisce all’art. 182-bis così come modificato dall’art. 16, D. LGS. 12.09.2007, n. 169.

³⁹⁷ Parte della dottrina giudica questa «*misura ovvia ma (incredibile a dirsi) non prevista nel testo originario della legge*», Cfr. MENTI, “*Nuove opportunità e rinnovati problemi per le soluzioni concordate della crisi d’impresa*”, in Odeo Olimpico, XXVII, 2007-2010, p. 429 ss. ed ivi 446., in S. DELLE MONACHE, Articolo – “*Profili dei “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*” in www.judicium.it

³⁹⁸ Cfr. S. DELLE MONACHE, *op.*, *ult.*, cit.; l’A. sottolinea come si è provveduto altresì a escludere, mediante la novella in parola, che possano determinare un’imputazione per bancarotta semplice o preferenziale i pagamenti e le operazioni che siano stati compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o di un piano attestato (art. 217-bis L.F.). E sempre con la stessa novella è stata accordata la prededucazione rispetto alla c.d. “nuova finanza”: il credito concesso, cioè, all’impresa in crisi sia nella fase antecedente alla domanda di omologazione dell’accordo (c.d. finanziamenti ponte) sia nella fase di esecuzione dell’accordo omologato (c.d. finanziamenti alla ristrutturazione).

anche confermata dal Tribunale tramite instaurazione del contraddittorio con i creditori, non di rado, difficilmente realizzabile.³⁹⁹

Da ciò seguiva, che poteva poi essere concesso un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito dell’accordo (definitivo) di ristrutturazione con la relativa attestazione.

Finalmente con la novella del 2012, si è arrivati ad un punto di svolta.

Innanzitutto è stata sostituita la locuzione “*regolare pagamento*” con quella di “*integrale pagamento*” secondo cui i creditori non aderenti all’accordo dovevano essere soddisfatti per l’intero e, in caso di debiti scaduti, entro centoventi giorni dalla data di omologazione dell’accordo, mentre se non ancora scaduti, entro centoventi giorni dalla scadenza degli stessi.

Questo significava, che una volta decorso il termine di sessanta giorni durante il quale è operante il divieto di assunzione di iniziative, secondo la disciplina previgente, i creditori non aderenti, avendo diritto al “*regolare pagamento*” e quindi di vedere soddisfatto il proprio credito integralmente, con mezzi normali e alle scadenze pattuite⁴⁰⁰, potevano liberamente svolgere azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, mettendo così a repentaglio l’attuazione dell’accordo.

In questo senso, prevedere una rinegoziazione delle scadenze *ex lege* di centoventi giorni decorrenti dall’omologa dell’accordo o dalla scadenza originaria, se successiva, serviva ad evitare qualsiasi tentativo di avvalersi di strumenti coercitivi nei confronti del debitore.⁴⁰¹

Ma ancor di più, si aggiunse l’importanza della già citata disposizione del nuovo sesto comma dell’art.161 L.F., introdotto sempre con la riforma del 2012, il quale, nel prevedere la possibilità per l’imprenditore di proporre una domanda di concordato con riserva, ovvero alternativamente, la domanda di cui al primo comma dell’art. 182-*bis* L.F.,

³⁹⁹A tal fine, parte della dottrina riteneva che si trattasse di uno strumento certamente utile ma anche eccessivamente complicato dal punto di vista procedimentale vista la necessità di radicare il contraddittorio con tutti i creditori. Presentava, poi, un ulteriore limite costituito dal vincolo della sostanziale identità fra l’accordo definitivo e quello prospettato nell’istanza di sospensione, così da rendere assai poco flessibile il percorso. Cfr. G.B. NARDECCHIA, *Sub art. 182 bis*, in CAVALLINI (diretto da), “*Commentario alla legge fallimentare*”, III, Milano, 2010, 829. In M. FABIANI, “*La “passerella” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*”, documento n. 335/2012, in www.ilcaso.it

⁴⁰⁰ Si noti peraltro che anche prima della riforma i creditori non aderenti dovevano essere soddisfatti per l’intero alla scadenza del proprio credito, ma nel caso di debiti scaduti alla data di omologazione, il pagamento doveva avvenire contestualmente all’omologa, Cfr. C. TRENTINI, “*Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*”, cit.

⁴⁰¹ Cfr. S. DELLE MONACHE, *op., ult. cit.*

poteva beneficiare, all’”occorrenza”⁴⁰² degli effetti protettivi dell’art. 168 L.F. (cd. *automatic stay*), inibendo, a pena di nullità, l’inizio o prosecuzione azioni esecutive e cautelari sul proprio patrimonio, nonché rendere inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte dai creditori anteriori nei novanta giorni antecedenti la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Si riteneva che questa disposizione fosse al servizio di tutte quelle situazioni nelle quali, il programma dell’imprenditore di raggiungere un accordo con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti fosse sfumata e si rendesse prospettabile l’alternativa del concordato preventivo.

Per altro verso, proprio la produzione di tali effetti, già dal decreto correttivo del 2007, fece sì che una parte della dottrina⁴⁰³, peraltro minoritaria, ritenesse che gli accordi di ristrutturazione potessero essere assimilati nel *genus* del concordato preventivo, nonché per la collocazione sistematica delle norme, ovvero per il presupposto soggettivo di imprenditore in stato di crisi e la relazione del professionista.

Parrebbe forse più opportuno riconoscere all’istituto una propria “autonomia”⁴⁰⁴ ben definita, non solo per il dato testuale di legge che ben tiene distinte le due fattispecie alle quali si riferisce in maniera espressa e li menziona separatamente, ma anche per le pur rilevanti differenze di natura procedurale che richiedono per quest’ultimi minor controllo da parte dell’autorità giudiziaria, nonché l’assenza di figure ausiliarie del Tribunale, oltre che a differenza del concordato, la regolazione degli accordi prevede il dispiegamento degli effetti solo per i creditori aderenti.

⁴⁰² Alcune dottrine hanno puntualizzato che come il ricorso *ex art.* 161, sesto comma, L.F. (debitamente pubblicato nel registro delle imprese), fa conseguire molteplici effetti [...] che per comodità espositiva sono enunciati negli artt. 168, 169, 169 bis, 182-*quinquies*, 182-*sexies* e (eventualmente) 186-*bis* L.F. Ma da un semplice confronto sinottico fra questi e gli effetti che si conseguono col deposito del pre-accordo di ristrutturazione (e col vero e proprio accordo) è agevole rilevare che non vi è totale identità, in quanto vi sarebbero effetti tipici del concordato (ad esempio la sospensione degli interessi) che non si ritrovano negli accordi. Per un approfondimento si rimanda a M. FABIANI, “La “*passerella*” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo”, documento n. 335/2012, in www.ilcaso.it. In ogni caso si ritiene che: «Qualunque sia ... la via originariamente scelta dal debitore ... gli è consentito di conservare gli effetti protettivi da essa prodotti, anche quando in itinere decida di seguire la via alternativa». Cfr. L. GUGLIELMUCCI, “Diritto fallimentare”, cit., p. 357 in S. DELLE MONACHE, *op.*, cit.

⁴⁰³ Per una ricostruzione dei profili di riconducibilità e relative distinzioni dalla procedura concordataria, nonché orientamenti si rinvia a P. VALENSISE, Commento all’art. 182-bis, in AA.VV., “Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti”. Commento per articoli a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2014, p. 397; ripreso da R. CUONZO “Diritto privato degli istituti preconcorsuali: Verso un diritto europeo del risanamento delle imprese in crisi”, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 11 e ss.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, ultima cit., si veda anche C. TRENTINI, *op.*, cit., pp. 152 e ss.

Invero, taluna dottrina,⁴⁰⁵ escludendone l’assimilabilità alle procedure concorsuali, rileva la specifica qualificazione dell’accordo tra gli atti di autonomia privata e segnatamente tra i contratti, ma non come a sé stanti, perché finalizzati *in primis* al procedimento riferito al recepimento degli accordi e successivamente ai due adempimenti succedanei, rispettivamente riferiti al deposito presso il Registro delle imprese e conseguente deposito in Tribunale.

Per questo altra parte della dottrina⁴⁰⁶ è solita ricondurre l’istituto ad una forma di ibridazione, «tra una fase propriamente stragiudiziale nella quale viene raggiunto l’accordo e una fase giudiziale caratterizzata dalla sottoposizione dell’accordo al giudice».

Sotto altro profilo, si è osservato⁴⁰⁷ invece, che la norma non offra una compiuta descrizione della fattispecie limitandosi a stabilire che debba trattarsi di un “accordo”; che tale accordo debba riguardare la “ristrutturazione dei debiti”; che questo deve essere “stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti”; che dell’accordo si “può domandare ... l’omologazione”.

Così, nell’astrattezza della disposizione, viene concesso al debitore di dare liberamente forma ad uno o più accordi di natura squisitamente privatistica comprensivi anche di quelli stipulati separatamente con ciascuno dei creditori, ai quali possa essere offerto un trattamento differenziato, purché ne siano consapevoli,⁴⁰⁸ ed in vista dei medesimi obiettivi di “ristrutturazione” che prevede la norma.

⁴⁰⁵ Cfr. E. CAPOBIANCO “Le patologie degli accordi di ristrutturazione” in www.judicium.it «La fattispecie contemplata dall’art. 182-bis l.f. è qualificata dal legislatore come «accordo...stipulato con i creditori» di cui l’imprenditore «può domandare l’omologazione» escludendo che l’istituto in discorso possa qualificarsi come una species del genus concordato preventivo.».

⁴⁰⁶ Cfr. M. BASSANI, “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, cit., p. 32, in R. CUONZO, “Diritto privato degli istituti preconcorsuali” op. cit., pp. 129-130 e ss.

⁴⁰⁷ Cfr. E. CAPOBIANCO op., cit. in www.judicium.it

⁴⁰⁸ G. VERNA “I nuovi accordi di ristrutturazione”, in, S. AMBROSINI, “Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto correttivo”, Zanichelli, Torino, 2008, p. 577.

Va tenuto conto, che rispetto alla procedura concordataria, dove il principio della *par condicio*, seppur “mitigato”⁴⁰⁹, non è espunto del tutto, in quanto all’interno della stessa classe i creditori devono ricevere lo stesso trattamento ed inoltre valgono le regole di graduazione dei crediti in ragione dell’eventuale causa di prelazione, negli accordi di ristrutturazione manca invece una prospettiva collettiva, ponendosi questi su un piano del tutto differente.

A tal proposito, parte della ricorda dottrina⁴¹⁰ è solita ricordare come, in realtà, l’art. 182-*bis* L.F., non coinvolge tutti i creditori, i quali non sono organizzati come collettività, ma come “somma di tante teste”, venendo così non solo a mancare l’elemento dell’universalità, proprio delle procedure concorsuali, ma anche qualsivoglia residuo del principio paritario tra creditori, giacché l’imprenditore, in mancanza di un vincolo legato alla predisposizione, potrà raggiungere un accordo con ciascuno di questi.⁴¹¹

Ed infatti ciò che accade, è che l’imprenditore in crisi, nel pieno rispetto dell’autonomia privata, può regolare la definizione dei rapporti al fine unico di ottenere un sufficiente numero di consensi e scegliendo con attenzione i creditori cui proporre l’accordo.

Il debitore che anche voglia ripartire i creditori in classi, non sussistendo nessun obbligo, non dovrà tener conto né dell’omogeneità della posizione giuridica, né degli interessi economici loro afferenti.⁴¹²

Ed esattamente in tale ultimo aspetto si rinviene uno dei maggiori punti di forza dell’istituto⁴¹³, ovvero il potenziale riconoscimento di un trattamento differenziato tra

⁴⁰⁹ Si nota che tale principio, appare notevolmente mitigato giacché il suo raggio applicativo, non è riferito ai singoli creditori, bensì nelle classi nelle quali essi sono eventualmente ripartiti, Cfr. I. L. NOCERA, “*Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*”, Giappichelli, Torino, 2017, p. 84, sul punto si vedano anche le riflessioni di M. SANDULLI, Commento *sub. art 160 L.F.*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di) in “*La riforma della legge fallimentare*”, Torino, 2006, II, p. 987.

⁴¹⁰ Cfr. I.L. NOCERA, *op.*, cit., p. 85.

⁴¹¹ Cfr. F. DI MARZIO, in “*Il diritto negoziale delle crisi d’impresa*”, Giuffrè, Milano, 2011, cit. pp. 137-139, secondo l’A. la *par condicio* «non potrebbe mai ritenersi derogata o non rispettata [...], infatti mai potrebbe essere nemmeno affermata, giacché essa è logicamente incompatibile con la struttura del negozio».

⁴¹² Cfr. I. L. NOCERA, *op.*, cit., *ibidem*.

⁴¹³ Cfr. S. AMBROSINI, P.G. DE MARCHI, “*Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*”, Giuffrè, Milano, 2005, p. 196, in I. L. NOCERA, *op. ult. cit.*, Secondo gli A. la sostanziale eliminazione della distinzione tra chirografari e privilegiati è una delle ragioni di possibile fortuna dell’istituto.

creditori aventi le stesse caratteristiche, nonché l’eventuale previsione di una percentuale di soddisfacimento maggiore dei chirografari rispetto a quella stabilita per i privilegiati.⁴¹⁴ Tenendo ferma la natura di strumento di risoluzione negoziale della crisi d’impresa e non concorsuale, la distinzione nell’ambito del ceto creditorio, non avviene, dunque, tenendo conto delle legittime cause di prelazione, ma dell’eventuale adesione o meno all’operazione di salvataggio tra creditori aderenti, e non aderenti, verso i quali è posto, di fatti, l’unico vincolo rappresentato dall’assicurazione dell’“integrale” soddisfazione dei propri crediti, a prescindere dal grado di privilegio.

Solo in un secondo momento, tali accordi saranno poi destinati ad essere incardinati in un procedimento giurisdizionale che valuterà la coerenza dei requisiti soggettivi del professionista e la fondatezza della relazione, comprensiva della suddetta garanzia di “integrale” pagamento dei creditori non aderenti.

Qualora ne sussistano i presupposti, allora il Tribunale lo renderà efficace, ma desistendo, a seguito dell’omologazione, da ogni tipo di controllo circa l’esecuzione degli accordi, trovando spazio gli ordinari strumenti privatistici.⁴¹⁵

Anche per questo si rende un procedimento particolarmente snello e flessibile, che non solo possa consentire una soluzione rapida di una situazione di criticità, ma che sia, come preannunciato, anche ampiamente plasmabile nel contenuto, tanto è vero che a stimabile dottrina⁴¹⁶ va ricondotta la brillante definizione di “istituto a geometria variabile”, potendo gli accordi ivi compresi, «*spaziare dal contratto unitario plurisoggettivo a fasci di accordi di diverso contenuto tra loro*».

E pertanto, stante l’assenza di particolari previsioni contenutistiche nella disposizione dell’art. 182-bis L.F., tenendo ferma l’individuazione del Legislatore della “ristrutturazione del debito” come oggetto specifico dell’accordo del negoziato tra imprenditore e creditori nonché come strumento attuativo del piano⁴¹⁷, negli accordi

⁴¹⁴ Si pensi a titolo esemplificativo, ai creditori pur chirografari, ma ritenuti strategici in caso di continuità aziendale.

⁴¹⁵ Cfr. C. TRENTINI, *op.*, cit.

⁴¹⁶ Si veda, S. AMBROSINI, *sub* Art. 182-bis, “*Accordi di ristrutturazione dei debiti*”, in “*Il nuovo diritto fallimentare*”, Commentario, cit. p. 2540 e ss. in G. LA CROCE, “*Il fallimento e le altre procedure concorsuali: La transazione fiscale*”, Ipsoa, Wolters Kluwer, Milano, 2011, cit., p. 91.

⁴¹⁷ Cfr. G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in “*Giur.it*”, 2010, p. 2462 in I. L. NOCERA, *op.* ultima cit. «*non vi possono essere “piani” senza “accordi”, come non vi possono essere “accordi” senza “piani”*».

stragiudiziali possono trovare collocazione le pattuizioni più varie, aventi in prima istanza l’esito di incidere sui debiti dell’imprenditore.⁴¹⁸

Le ipotesi più variegata possono coinvolgere sia la situazione debitoria (mediante patti *de non petendo*, dilazioni, remissioni relative agli interessi o al capitale, operazioni di cartolarizzazione, cessioni di beni ai creditori, conversioni del credito in capitale di rischio, etc.), sia l’assetto organizzativo dell’impresa in crisi attraverso, ad esempio, la riqualificazione degli organi di *governance*.⁴¹⁹

In tale contesto, ben potendo essere l’obiettivo sotteso alla presentazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, la liquidazione del patrimonio dell’imprenditore, prescindendo da qualsivoglia tentativo di perseguire una ristrutturazione che possa tentare il riequilibrio di natura finanziaria, si possono considerare una serie di varianti, che dettate da una particolare urgenza di fuoriuscita da una situazione di crisi possono prevedere modalità miste di realizzazione del patrimonio.

Tra i vari scenari di un piano liquidatorio potranno prevedersi come soluzioni estreme anche una liquidazione atomistica dell’attivo patrimoniale, ovvero una liquidazione “in blocco” dell’azienda o dei suoi rami.

In tale frangente, dettato da esigenze di prossimità, non è inverosimile ritenere che la cessione dell’azienda o di un ramo di essa, possa essere efficacemente preceduta dalla concessione del complesso, o un ramo di questo, in affitto, ad un terzo o ai principali creditori, con l’espressa previsione di un obbligo per l’affittuaria di procedere all’acquisto per un determinato corrispettivo una volta che l’accordo sia stato omologato.

In particolare, parte della dottrina⁴²⁰ sostiene, che alcuni tentativi di salvataggio delle imprese in crisi, possano essere effettuate mediante creazione di nuove società (*Newco* S.r.l o S.p.a) con rilevante partecipazione del capitale dei creditori ai quali viene trasferita l’azienda di cui era titolare l’imprenditore in crisi, la quale riceve nuovo credito bancario o commerciale.

⁴¹⁸ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. Quarta edizione*. Torino, 2011, p. 357.

⁴¹⁹ Cfr. S. AMBROSINI, “*Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*”, cit., p. 1138 in S. DELLE MONACHE, *op.*, cit.

⁴²⁰ Cfr. L. BOGGIO, “*Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi: ricostruzione di una disciplina*”, Giuffrè, Milano, 2007 pp. 214-215.

In tal modo, la cessionaria dell’azienda o di un suo ramo, sufficientemente patrimonializzata viene depurata dai debiti pregressi, lasciati in capo alla società cedente, denominata (*Bad Company*).

Nella prassi, infatti, la cessione è di regola preceduta proprio da un contratto d’affitto d’azienda con previsione dell’imputazione dei canoni in conto prezzo, in caso di successivo acquisto.

Tale soluzione darebbe modo di evitare il subentro nei debiti facenti capo all’azienda, stante l’inapplicabilità dell’art. 2560 c.c. e nel contempo di portare a compimento, in costanza di affitto, le trattative con i creditori.⁴²¹

Mentre il riscatto, verrà esercitato una volta ridotto il peso del passivo, con accordi di rinuncia parziale o integrale ai crediti pregressi o dilazione dei termini di pagamento, cosicché le somme necessarie per il pagamento dei debiti residui non eccedano l’utile prodotto con l’attività continuata con la *Newco*.

In definitiva, per quanto esposto sinora, giova rilevare che i piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti sia pure diversamente regolati e formalmente riferibili a momenti diversi, e di diversa gravità, presentano alcune analogie funzionali, mirando entrambi al raggiungimento di condizioni di maggiore stabilità con l’obiettivo di recuperare una situazione di equilibrio.

Anche se le espressioni «*piano di risanamento dell’esposizione debitoria*» e «*accordo di ristrutturazione del debito*», potrebbero alludere a situazioni differenti, in ordine al fatto che potrebbe esserci “ristrutturazione del debito” pur senza “risanare l’esposizione debitoria”, taluna dottrina⁴²² ritiene che, quanto meno negli obiettivi di fondo, se non proprio nella architettura e nei contenuti, non vi siano sostanziali differenze posto che alla base dei piani e degli accordi vi sia una autentica prospettiva di continuità aziendale e non una mera prospettiva liquidatoria, come invece, spesso accade con gli accordi.

Si ritiene a tal proposito, che non possono coesistere, su un orizzonte non breve, sia gli equilibri economici, sia quelli finanziari, necessari per fornire credibilità al piano di risanamento, ovvero al piano di ristrutturazione dei debiti.

⁴²¹ Cfr. In senso analogo si veda, C. TRENTINI, “*Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*”, cit.

⁴²² Cfr. M. RUTIGLIANO, “*Equilibrio economico e finanziario di impresa, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti, ruolo della banca*” in “*Rivista dei dottori commercialisti*”, 2010.

In tale contesto, sia il «*piano di risanamento della esposizione debitoria*» ex art. 67 L.F., sia «*l’ accordo di ristrutturazione del debito*» ex art. 182-bis L.F. debbano costituire uno speciale momento di programmazione economica e finanziaria, che non possa prescindere da valutazioni prospettiche complessive di natura reddituale e patrimoniale oltre che finanziaria dell’impresa, dovendo considerare un orizzonte più ampio che vada ben oltre la letteralità della norma ed il richiamo al solo profilo finanziario.⁴²³

Per concludere, per ciò che infine concerne l’inquadramento dell’affitto d’azienda nell’ambito della procedura di concordato preventivo, con riguardo, in specie, al dibattito ancora acceso fin dall’emanazione del D.L. n. 83/2012, sul rapporto tra l’affitto e le disposizioni in materia di continuità aziendale, la questione merita un’attenzione specifica ed una trattazione più approfondita.

⁴²³ In questi termini, ciò significa «*non soltanto recepire consapevolmente i richiamati intrecci tra profili economici e finanziari della gestione, bensì ammettere che un piano di risanamento o un accordo di ristrutturazione del debito presuppongono una positiva valutazione prospettica circa la dinamica degli equilibri economici, oltretché di quelli finanziari.*» Cfr., M. RUTIGLIANO, *op.*, cit.

4.3.1 La “*vexata quaestio*” dell’affitto d’azienda nel concordato con continuità aziendale.

L’introduzione avvenuta nel giugno del 2012, con il D.L. 83/2012, (“*Decreto Sviluppo*”) del nuovo art. 186-*bis* L.F., dedicato al concordato con continuità aziendale, non ha rappresentato una novità assoluta⁴²⁴ in tema di concordato, in quanto già nella riforma del 2005, l’amplessimo contenuto della proposta disciplinata dall’art. 160 L.F. consentiva «*la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma [...]*». Ciò poteva avvenire anche mediante cessione di beni, il che aveva all’epoca fatto parlare del nuovo concordato di ristrutturazione per contrapporlo alla “*cessio bonorum*” ed al concordato con assuntore.⁴²⁵

La riforma ha però avuto il merito di meglio delineare il contenuto del concordato di ristrutturazione ora definito “concordato con continuità”, individuandone opportunamente due categorie.

Al riguardo l’art. 186-*bis*, primo comma, L.F. individua due tipologie di piano concordatario con e senza continuità:

- ❖ il concordato con *continuità diretta*; ove è la stessa impresa che, una volta ristrutturato il proprio indebitamento, prosegue la propria attività.
- ❖ il concordato con *continuità indiretta* ove la prosecuzione dell’attività avviene a seguito della cessione a terzi dell’azienda o il suo conferimento in una nuova società che, normalmente, viene ceduta a terzi.⁴²⁶

⁴²⁴ Cfr. ex aliis S. AMBROSINI, “*Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*” cit. in www.ilcaso.it

⁴²⁵ A riguardo si veda M. ARATO, “*Il concordato preventivo con continuazione dell’attività d’impresa*”, in F. BONELLI (a cura di) “*Crisi di imprese, casi e materiali*”, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 137- 162.

⁴²⁶ Cfr. M. ARATO, “*Il concordato preventivo con continuità aziendale*”, 03 agosto 2012, in www.ilfallimentarista.it; Sul punto si segnala peraltro che fino all’introduzione del nuovo art. 186-*bis* L.F., il concordato con cessione d’azienda veniva fatto rientrare nella categoria del concordato liquidatorio, e la liquidazione avveniva in forma aggregata. Dopo il 2012 la riconduzione del concordato con cessione d’azienda nella categoria del concordato con continuità aziendale in forma indiretta non ha però avuto una valenza solo nominalistica, ma ha assunto una sua autonoma disciplina diversa dall’ipotesi liquidatoria ed accresciuta dal nuovo art. 160 c.4 L.F. (da D.L. 27 giugno 2015, n. 83) che prevede una soglia minima di pagamento del 20% a favore dei creditori chirografari nel solo concordato liquidatorio. Cfr. M. ARATO, “*Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l’affitto d’azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l’uscita dalla procedura*”, 9 agosto 2016, in www.ilcaso.it

Il fatto che tale disposizione non contempri espressamente l’affitto d’azienda, ha determinato, e comporta tuttora, interpretazioni contrastanti sull’applicabilità della disposizione ai piani di concordato preventivo supportati da un contratto d’affitto d’azienda.⁴²⁷

In particolare, tra le principali criticità vi è, peraltro, anche quella di comprendere se l’affitto d’azienda possa rientrare nel sinallagma di tale norma soltanto qualora stipulato all’interno del concordato preventivo, come atto esecutivo del piano con continuità aziendale, oppure anche prima, giacché L’art. 186-*bis* della L.F. è, infatti, collocato nella sezione della Legge fallimentare riservata all’esecuzione del piano omologato, e non in quella della domanda.

Non di meno, si aggiunga⁴²⁸ che anche a seguito della c.d. “*Miniriforma*” del 2015 (D.L. 27 giugno 2015, n. 83) la qualificazione del piano concordatario come liquidatorio o con continuità aziendale è divenuta cruciale.

Questo perché il novellato art. 160 ultimo comma L.F. prevede che per i concordati con continuità aziendale di cui all’art. 186-*bis* L.F. non sia prevista la condizione di ammissibilità dell’“assicurazione”⁴²⁹ del pagamento di almeno il venti per cento dell’ammontare dei crediti chirografari, a differenza dei piani liquidatori.

⁴²⁷ Secondo L. STANGHELLINI “*Il concordato con continuità aziendale*”, “Il Fallimento”, 10, 2013, p. 1222, l’elencazione dell’art. 186-*bis* L.F., non ha, tuttavia, valore tassativo, poiché vi può rientrare anche il concordato preventivo con esercizio dell’impresa destinata ad essere attribuita ad una diversa società mediante scissione.

⁴²⁸ Cfr. M. GREGGIO e R. BONIVENTO, “*L’affitto d’azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*”, 21 aprile 2017, in www.ilcaso.it

⁴²⁹ Sull’esatto significato precettivo da attribuire al verbo “assicurare” la dottrina non è stata sempre concorde. Secondo l’orientamento più rigoroso, «*la proposta ma più propriamente il piano devono dare al creditore chirografario la certezza che dalla liquidazione dei beni si otterrà almeno la richiamata percentuale e cioè devono essere portati elementi concreti che rendano certo, in difetto di eventi assolutamente imprevedibili, che il risultato, sarà raggiunto*» cfr. V. ZANICHELLI, “*Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*”, 4 novembre 2015, in www.ilcaso.it

Quindi, diventa fondamentale capire in quali ipotesi si sia in presenza di un concordato con continuità aziendale, poiché sebbene, vada comunque ritenuto ammissibile, e riconducibile alle prescrizioni di cui all’art. 160 L.F., la previsione di un concordato con prosecuzione dell’attività d’impresa del debitore tramite concessione in affitto a un terzo, in funzione della futura cessione dell’azienda⁴³⁰, dubbi sono sorti, però, sulla riconducibilità di un piano di concordato, che si incardini in una prima fase sull’affitto d’azienda, all’applicazione dell’art. 186-*bis* L.F.

In particolare, non solo sull’eventuale possibilità di usufruire della disciplina di favore⁴³¹ prevista per il concordato con continuità, ove rispettati i requisiti indicati dalla previsione di cui al 186-*bis*, comma. 2, lett. a), b), ma anche di evitare che il piano debba obbligatoriamente prevedere *ex art.* 160 L.F. comma. 4, come sopra richiamato, la percentuale minima del venti per cento di soddisfacimento dei creditori chirografari.

Alla luce di tali considerazioni, ciò che vale la pena considerare, è se le ipotesi del disposto dell’art. 186-*bis* L.F. debbano considerarsi tassative, oppure lascino spazio ad altri negozi giuridici che contemplino la prosecuzione dell’attività aziendale come l’affitto, il quale non viene espressamente enunciato nella norma.

Occorrerà anche distinguere anzitutto l’affitto «*fine a sé stesso*» da quello «*prodromico al trasferimento del complesso aziendale o di un ramo di esso*»⁴³², giacché il primo, come autorevolmente sostenuto⁴³³ si ritiene pacificamente escluso dal perimetro della fattispecie in esame, come lo stesso tenore letterale dell’art. 186-*bis* parrebbe dimostrare in modo sufficientemente chiaro, o almeno così è stato ritenuto per molti anni.

⁴³⁰ *Ex multis*, Cfr. Tribunale di Como, 29 aprile 2016. In www.ilcaso.it «La proposta di concordato incentrata sulla stipula di contratti di affitto di azienda finalizzati alla successiva cessione in favore degli affittuari qualifica il concordato preventivo come liquidatorio puro, con conseguente applicazione della soglia di sbarramento del venti per cento dell’ammontare dei crediti chirografari prevista dal nuovo IV comma dell’art 160 L.F.».

⁴³¹ Tra queste figurano: (i) la possibilità di moratoria dei crediti privilegiati (art. 186-*bis*, comma. 2, lett. c), (ii) La prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione anche con la pubblica amministrazione (art. 186-*bis*, co. 3); (iii) la facoltà di partecipazione a procedimenti di assegnazione di contratti pubblici (art. 186-*bis*, co. 4); nonché la facoltà di pagamento in deroga al principio della *par condicio creditorum* dei creditori cd. strategici (art. 182-*quinquies*, co. 4), si veda S. AMBROSINI, “*Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*”, 4 agosto 2013, in www.ilcaso.it

⁴³² Questa distinzione viene spesso adottata in dottrina, a tal fine si veda S. AMBROSINI, “*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, diretto da COTTINO, Padova, 2008 cit., p. 116, la stessa distinzione viene ripresa dallo stesso A. in, S. AMBROSINI, “*Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*”, in www.ilcaso.it

⁴³³ Cfr. S. AMBROSINI, *op., ult.*, cit. *ibidem*.

Muovendo da una tesi marcatamente restrittiva, parte della dottrina⁴³⁴ e della giurisprudenza⁴³⁵, più “intransigente”, ritiene che nel caso di affitto d’azienda con successiva cessione non ci si trovi in presenza di un concordato in continuità, bensì di un concordato liquidatorio indipendentemente dalla circostanza che il contratto d’affitto sia concluso prima ovvero anche dopo la pubblicazione del ricorso con riserva ex art. 161 sesto comma L.F.⁴³⁶

Tale orientamento parrebbe trarre fondamento non solo sull’interpretazione letterale dell’art. 186-*bis*, primo comma, L.F., che non contempla espressamente l’affitto di azienda limitandosi a prevedere “la cessione dell’azienda in esercizio”⁴³⁷, negando ogni ipotesi di affitto che possa pur non prevedere l’alienazione del complesso⁴³⁸, ma anche sulla circostanza che la continuità temporanea cui è funzionale l’affitto sarebbe riferita a soggetto terzo rispetto al debitore in concordato.

⁴³⁴ Emblematica la definizione di F. DI MARZIO, “Affitto d’azienda e concordato in continuità”, in www.ilfallimentarista.it 15.11.2013, secondo il quale «continuità aziendale e affitto di azienda si pongono in un rapporto di reciproca esclusione: dove vi è continuità aziendale non può esservi affitto di azienda; dove vi è affitto di azienda non può esservi continuità aziendale».

⁴³⁵ In giurisprudenza *ex multis* si veda Trib. Terni, 29 gennaio 2013 e 12 febbraio 2013; Trib. Trento, 6 aprile 2013; Trib. Ravenna, 29 ottobre 2013.

⁴³⁶ Tra le pronunce giurisprudenziali più note: Trib. Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, in www.ilcaso.it «sono da escludere dal novero della continuità aziendale tutte le fattispecie concordatarie caratterizzate dalla presenza di un contratto di affitto d’azienda. In particolare, non rientrano nella nozione di concordato con continuità aziendale le ipotesi in cui tale contratto, sia pure corredato da un impegno irrevocabile di acquisto da parte dell’affittuario, sia stato stipulato prima del deposito della domanda ex art. 161 L.F. o comunque prima dell’omologazione, atteso che il piano così strutturato non potrà contemplare l’esercizio dell’impresa come elemento di acquisizione del fabbisogno per il soddisfacimento dei creditori e posto che la cessione dell’azienda avverrà quando questa non sarà più in esercizio da parte del debitore».

⁴³⁷ cfr. Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it «nell’ambito del concordato con continuità aziendale di cui all’articolo 186 bis L.F., la esplicita previsione del requisito della “cessione di azienda in esercizio” consente di escludere che il concordato con continuità possa essere attuato tramite la “distinta ipotesi” dell’affitto di azienda.».

⁴³⁸ Si veda, Trib. Ravenna, *ibidem*, in merito alla “distinta ipotesi” porta a ritenere che se l’ottica del legislatore fosse stata quella di considerare in continuità il concordato preventivo che prevede l’affitto dell’azienda nella fase dell’esecuzione, ovvero dopo l’omologazione, già in essere a tale momento, o già stipulato e sospensivamente condizionato all’omologazione, con impegno irrevocabile dell’affittuario ad acquistare l’azienda, lo stesso trattamento avrebbe dovuto essere riservato all’affitto d’azienda fine a sé stesso, senza previsione della cessione. In entrambi i casi, infatti, il fabbisogno del concordato deriva da proventi certi e predeterminati.

In particolare, secondo parte della dottrina⁴³⁹ e sulla scorta di alcune pronunce della giurisprudenza⁴⁴⁰ anche recenti, l’interpretazione “teleologica” e “sistematica”⁴⁴¹ della norma porta a considerare che il concordato con continuità aziendale implicherebbe una sopportazione del rischio di impresa da parte dei creditori concorsuali, la quale può sussistere solo nell’ipotesi in cui l’impresa sia gestita dall’imprenditore, e che la gestione continui a presentare dei “parametri di aleatorietà” per i creditori concordatari.

Di converso, nel caso di affitto di azienda, il rischio di impresa graverebbe invece solo sull’affittuario, nella misura in cui il canone percepito dal debitore in misura fissa previsto nel relativo contratto sarebbe indipendente dagli esiti dell’attività svolta.

In tal caso, di fatti, non avrebbe senso imporre l’analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività d’impresa, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura (art.186-*bis*, comma. 2, lett. a), nonché l’attestazione che la prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 186-*bis* comma. 2 lett. b)

Ancor di più, non sarebbe prospettabile l’applicazione di norme quali l’art. 182-*quinquies* e l’art. 169-*bis* a vantaggio di un soggetto estraneo alla procedura medesima al quale è affidata la gestione dell’azienda solo in virtù del contratto di affitto.⁴⁴²

In buona sostanza, secondo detto orientamento il profilo soggettivo del debitore si ritiene invalicabile, nel quale il concordato preventivo con continuità che possa presupporre la

⁴³⁹ Cfr. DI MARZIO, “Affitto d’azienda e concordato in continuità”, cit. «i creditori concorsuali sono destinati a sopportare il rischio d’impresa soltanto finché la stessa è condotta dall’imprenditore e nel concordato. Invece, quando sia concluso un contratto di affitto, precedentemente all’apertura della procedura concordataria o nel corso della stessa, allora dal momento della stipula del contratto il rischio di impresa graverà sull’affittuario».

⁴⁴⁰ Cfr. Trib. Firenze, 1 gennaio 2016, in www.ilcaso.it «Il concordato con continuità aziendale implica una sopportazione del rischio di impresa da parte dei creditori concorsuali, la quale può giustificarsi e sussistere solo nell’ipotesi in cui l’impresa sia gestita dall’imprenditore e la gestione continui a presentare dei parametri di aleatorietà per i creditori concordatari. Deve, pertanto, essere esclusa l’applicazione della disciplina del concordato con continuità aziendale qualora il piano preveda l’affitto dell’azienda quale strumento di transito verso il successivo trasferimento a terzi della stessa.».

⁴⁴¹ In questo senso si veda Trib. Como, 29 aprile 2016, in www.ilcaso.it «L’affitto di azienda anteriore o interinale alla fase endoconcordataria è incompatibile con il concordato preventivo con continuità aziendale in virtù di una interpretazione non solo testuale, ma anche teleologica e sistematica dell’art. 186-*bis* L.F.».

⁴⁴² Cfr. Trib. Milano, 28 novembre 2013, «dal momento della stipulazione del contratto di affitto, sia prima che dopo l’apertura del procedimento, il rischio di impresa grava sull’affittuario e non sui creditori concorsuali e dunque non vi è ragione per riservare all’azienda condotta da un soggetto estraneo all’impresa in crisi le speciali “utilità” previste dagli artt.186 *bis* e 182 *quinquies* (delle quali, in verità, neppure si vede come potrebbe fruire); né, d’altra parte, può sussistere in tal senso un interesse meritevole di tutela, da parte del debitore, proprio in quanto egli è estraneo a tale attività.».

prosecuzione dell’attività imprenditoriale da parte del debitore in corso della procedura, debba coincidere inevitabilmente con la conseguente imputazione del rischio d’impresa a carico di quest’ultimo.

In tale frangente la gestione diretta a tempo indeterminato ovvero funzionale alla futura operazione di cessione o conferimento, sarà in ogni caso finalizzata alla massimizzazione del valore di realizzo o del risanamento dell’azienda, con maggiori prospettive di soddisfacimento dei creditori.

Altra parte della dottrina⁴⁴³ così come taluna giurisprudenza⁴⁴⁴, discostandosi dal dato “soggettivo” ed in ordine al dato temporale, ha cercato di distinguere fra la situazione in cui l’affitto di azienda sia stipulato successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo e costituisca parte integrante del piano concordatario, ove in tal caso si tratterebbe di concordato con continuità, ovvero antecedentemente al deposito della domanda di concordato preventivo, ove sarebbe invece considerato come liquidatorio.

In tal caso la *conditio sine qua* che porti a ritenere l’art. 186-bis L.F. applicabile all’affitto d’azienda costituente un elemento del piano concordatario in quanto funzionale al trasferimento dell’azienda in esercizio, e come tale di futura realizzazione, dovrebbe ravvisarsi nella sussistenza di un impegno irrevocabile d’acquisto da parte dell’affittuario.⁴⁴⁵

⁴⁴³ Ex plurimis, A. MAFFEI ALBERTI, “Commentario breve alla legge fallimentare”, VI ed., CEDAM, Padova, 2013, p. 1328, secondo cui, «se il piano prevede la cessione dell’azienda in esercizio, si applica direttamente l’art. 186-bis L. fall., per espressa previsione del co. 1», sul punto anche L. STANGHELLINI, Il concordato con continuità aziendale, cit., p. 3218, il quale afferma che «se l’affitto è [...] anteriore alla domanda, “in pendenza di concordato” la continuità non vi è mai stata, e dunque non possono applicarsi le norme che [...] facilitano il mantenimento del valore dell’azienda e [...] la sua monetizzazione in caso di trasferimento a terzi».

⁴⁴⁴ Vd. *infra*.

⁴⁴⁵ Cfr. Trib. Monza, 11 giugno 2013, Tale principio è, inoltre, condiviso da Trib. Roma, 24 marzo 2015: «l’affitto che precede la cessione costituisce una parte essenziale del piano concordatario e, come tale, si inserisce nella continuità proprio perché l’affittuario si è impegnato irrevocabilmente ad acquistare il complesso dei beni e dei servizi funzionali all’attività d’impresa». Sul punto, per l’affitto antecedente la domanda ed in mancanza di impegno irrevocabile di acquisto si veda la dirimente pronuncia del Trib. Patti, 12 novembre 2013, in www.ilcaso.it: «ove l’imprenditore abbia concesso in affitto la propria azienda in epoca precedente alla presentazione della proposta concordataria - avanzata ai sensi dell’art. 186 bis L.F. - e in quest’ultima si preveda la prosecuzione dell’attività per mezzo dell’affittuario della stessa azienda, senza che sia contestualmente previsto un obbligo di acquisto a suo carico entro un dato termine, non può trovare applicazione la speciale disciplina dettata dall’art. 186 bis L.F., non potendo qualificarsi la fattispecie come concordato con continuità aziendale».

Diversamente, l’assoggettabilità dovrebbe essere esclusa sia al caso dell’affitto d’azienda “fine a sé stesso”⁴⁴⁶, così come a quello già in essere alla data di deposito del ricorso per concordato preventivo⁴⁴⁷.

Secondo tale corrente interpretativa, si sarebbe in presenza di un concordato di tipo liquidatorio anche nel caso in cui nel contratto sia prevista una scadenza ben precisa dell’affitto, ovvero una clausola in forza della quale gli organi della procedura possano in ogni momento provocarne lo scioglimento, essendo l’affitto funzionale ad impedire la perdita dell’avviamento aziendale ed a renderne, quindi, più agevole, la vendita del compendio aziendale.⁴⁴⁸

In merito alla tesi “temporale”, vi è anche chi ha sostenuto che debba essere ritenuto necessario valutare caso per caso i termini e le condizioni dell’operazione di ristrutturazione oggetto del piano di concordato, considerando che una risposta aprioristica che distingua meramente sul fatto se l’affitto sia stato stipulato prima o dopo del concordato non possa ritenersi soddisfacente.⁴⁴⁹

Nello specifico, ogni qualvolta la prosecuzione dell’attività di impresa da parte dell’affittuario, indipendentemente dal momento della stipulazione del contratto di affitto, possa essere rilevante ai fini del piano, tale da influenzare la soddisfazione dei creditori concorsuali, allora il concordato preventivo dovrà essere qualificato in continuità ed assoggettato alle disposizioni di cui all’art. 186-*bis* L.F.

Pur vero, che la prassi di riferimento, ha anche evidenziato una serie di casi di affitto di azienda, anche precedenti al deposito della domanda di concordato, nei quali l’acquisto, o non era certo, oppure conteneva previsioni particolari.

⁴⁴⁶ Cfr. V. PETTIROSSI “*Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*”, in *Rivista - Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 2, 2015, IPSOA, Milano, p. 10205, secondo l’A. stando al tenore letterale della norma, l’affitto d’azienda fine a sé stesso sarebbe da escludere dall’ambito di applicabilità dell’art. 186-*bis* L.F., a causa del carattere temporaneo del trasferimento della titolarità dell’impresa.

⁴⁴⁷ Cfr. S. AMBROSINI “*Il concordato con continuità aziendale*”, in AMBROSINI S., ANDREANI G., TRON A. “*Crisi d’impresa e restructuring*”, ed. Il Sole - 24 Ore, Milano, 2013, pp. 109 -110, secondo l’A. il caso dell’affitto d’azienda, recante l’impegno all’acquisto, già pendente alla presentazione della domanda di concordato preventivo, non è obiettivamente considerato dall’art. 186-*bis* L.F., soprattutto nella parte in cui postula l’obbligo di indicare i costi e i ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività, nonché le risorse finanziarie necessarie e le relative modalità di copertura.

⁴⁴⁸ Cfr. Trib. Rimini, 1 ottobre 2015 e Trib. Ravenna, 29 ottobre 2013 in www.ilcaso.it

⁴⁴⁹ Cfr. M. ARATO, “*Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l’affitto d’azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l’uscita dalla procedura*”, 9 agosto 2016 in www.ilcaso.it

Primo tra tutti il caso in cui l’obbligo di acquisto dell’azienda da parte dell’affittuario sia subordinato, oltre la consueta condizione della omologa del concordato, anche ad alcune condizioni che possano non manifestarsi.

In alcuni casi, potrebbe esservi il rischio che l’azienda torni nella disponibilità del concedente, con nuove obbligazioni prededucibili, idonee a gravare sull’attivo, ove ad esempio il contratto non contenga particolari clausole di salvaguardia per il concedente, e di conseguenza con la retrocessione dell’azienda questi si trovi a dover soddisfare i lavoratori dipendenti nel frattempo assunti dall’affittuario.

Ancorché, potrebbero considerarsi tutti quei casi di affitto di azienda, pur precedenti al deposito della domanda di concordato, nei quali il canone di affitto che verrà a costituire una parte dell’attivo concordatario, sia parametrato all’andamento dell’impresa e pertanto risentirà dell’andamento della gestione dell’affittuaria⁴⁵⁰, ovvero anche dove l’affittuario abbia assunto l’impegno di acquisto dell’azienda subordinatamente all’omologa, ma il prezzo debba essere pagato in più soluzioni e senza alcuna garanzia.

In tutti questi casi, ove pur si possa essere in presenza di continuità aziendale, la dottrina⁴⁵¹ è concorde nel ritenere che il piano concordatario dovrà tenere conto così, anche della sostenibilità del piano aziendale in capo alla società cessionaria, che seppur in via mediata, risulterà rilevante ai fini del soddisfacimento dei creditori pregressi.

⁴⁵⁰ Sul punto si segnala la posizione del Trib. Terni 2 aprile 2013, il quale ha rilevato che «*solo laddove il canone non sia pattuito in misura fissa, ma parametrato sull’andamento dell’attività dell’affittuario, l’alea della gestione ricade indirettamente sul ceto creditorio, perciò dischiudendo la necessità che il piano e l’attestazione del professionista si conformino alle prescrizioni dell’art. 186-bis l. fall.*»

⁴⁵¹ Cfr. L. M. QUATTROCCHIO, M. RANALLI, “*Concordato in continuità e ruolo dell’attestatore: poteri divinatori o applicazioni di principi di best practice*”, in www.ilfallimentarista.it, 3 agosto 2012, p. 7.

D’altro canto, come sostento tanto da stimata dottrina⁴⁵², quanto da autorevole giurisprudenza⁴⁵³ il vero *discrimen* per la riconducibilità del contratto di affitto d’azienda alle ipotesi di continuità, non debba risiedere tanto sul momento in cui vi venga fatto ricorso, se prima o dopo la presentazione della domanda di cui all’art. 161 L.F., in quanto, ciò che debba essere concretamente valorizzato, rifacendosi al concetto di continuità aziendale ai sensi dell’art. 186-*bis* L.F., sia la possibilità della continuità in senso “oggettivo”, piuttosto che in senso “soggettivo”.

Ciò che conta, dunque, per l’applicazione dell’istituto di cui all’art. 186-*bis* L.F. è che l’azienda sia in esercizio indipendentemente se ad opera dell’imprenditore medesimo o di un terzo, tanto al momento dell’ammissione alla procedura di concordato preventivo, quanto all’atto del suo successivo trasferimento.⁴⁵⁴

Tale interpretazione non osta nel privilegiare l’oggettività del fenomeno “continuità aziendale” ed il valore dell’impresa, rispetto alla figura dell’imprenditore, assumendo rilievo la sola funzionalità di quest’ultima a scapito del soggetto che la conduca.

Allo stesso tempo la circostanza che l’impresa in concordato preventivo sia stata affittata prima o durante la procedura non preclude la possibilità che la proposta sia qualificata come “in continuità” e pertanto si riconosca l’applicabilità della disciplina tipica di cui all’art. 186-*bis* L.F., qualora vi sia la previsione di successiva cessione dell’azienda.

⁴⁵² Cfr. S. AMBROSINI, “*Appunti in tema di concordato in continuità aziendale*”, in www.ilcaso.it, 4 agosto 2013; «*lo spartiacque cui si deve a mio avviso ricorrere è di tipo oggettivo, non soggettivo: ciò che conta è che l’azienda sia in esercizio (non importa se ad opera dell’imprenditore stesso o di un terzo) tanto al momento dell’ammissione al concordato, quanto all’atto del suo successivo trasferimento (cui essa dev’essere – si torna a ripetere – dichiaratamente destinata).*».

⁴⁵³ Tra le sentenze più dirimenti, Trib. Udine, 5 maggio 2016, in www.ilcaso.it: «*rientra nell’ambito della continuità aziendale e comporta, pertanto, l’applicazione della disciplina di cui all’articolo 186-bis legge fall. anche il caso in cui l’azienda sia stata affittata prima della presentazione della domanda di concordato e ciò in quanto l’esplicita previsione normativa della continuità indiretta induce a ritenere che il legislatore abbia dato rilevanza alla continuità in senso oggettivo, la quale non può considerarsi esclusa dal fatto che l’azienda sia stata affittata ad altro imprenditore prima della domanda di concordato*», in senso analogo, Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, in www.ilcaso.it: «*Il segno distintivo del concordato con continuità aziendale va individuato nella oggettiva, e non soggettiva, continuazione del complesso produttivo, sia direttamente da parte dell’imprenditore, che indirettamente da parte di un terzo (affittuario, cessionario, conferitario), come del resto evidenziato dalla stessa formulazione della norma di cui all’art. 186-bis, comma 1, legge fall., la quale distingue tra prosecuzione dell’attività di impresa da parte del debitore e la cessione dell’azienda in esercizio ovvero il conferimento della stessa in esercizio in una o più società [...]*».

⁴⁵⁴ Cfr. *supra*, Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, «*in altri termini, il presupposto per la continuità è costituito da una “continuità aziendale” di tipo oggettivo più che soggettivo, in quanto ciò che in definitiva rileva è che l’azienda sia in esercizio, non importa se ad opera dello stesso imprenditore o di un terzo, tanto al momento dell’ammissione che all’atto del successivo trasferimento poiché non appare concretamente contestabile che il rischio di impresa continui comunque a gravare, seppure indirettamente, sul debitore in concordato e che l’andamento dell’attività incida quindi sulla fattibilità del piano*».

In questo caso l’affitto rappresenterebbe un mero strumento giuridico ed economico (c.d. “*strumento ponte*”), finalizzato proprio ad evitare una perdita di funzionalità ed efficienza dell’intero complesso aziendale, elidendo il rischio di vedere pregiudicati i valori intrinseci e più significativi, quali l’avviamento o il prestigio di marchi e segni distintivi ed in genere i c.d. “*intangibles*” in vista di un successivo passaggio a terzi.⁴⁵⁵

Tale opinione sembrerebbe essere la preferita presso le corti di merito⁴⁵⁶, giacché la tesi restrittiva, muovendo dal presupposto, per vero discutibile⁴⁵⁷, ove l’imprenditore in crisi, nel momento in cui chieda di essere ammesso alla procedura concordataria debba essere ancora alla testa della propria impresa.

La realtà, invero, dimostra che spesso la stipulazione del contratto di affitto, con la dislocazione in capo a soggetti terzi dell’onere della gestione, potrebbe rappresentare quella garanzia di continuità aziendale non altrimenti perseguibile.

In altri termini, l’applicazione dell’art. 186-*bis* L.F. è ravvisabile ogni qual volta vi sia la prospettiva di un’oggettiva continuazione del complesso produttivo, sia da parte dell’imprenditore che a cura di un terzo, a prescindere dal momento la continuità si verifichi.

Al contrario, dovrà essere invece considerato liquidatorio il piano che preveda la continuazione dell’attività dell’impresa limitata nel tempo, esclusivamente al fine di garantirne una liquidazione temporalmente non lontana.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Sul punto Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, in www.ilcaso.it; «La nozione di continuità aziendale, così come definita espressamente dall’art. 186 bis L.F., ricomprende sia la fattispecie della cd. continuità diretta dell’attività in capo all’imprenditore, sia quella della continuità indiretta attuata mediante cessione o conferimento a terzi dell’azienda in esercizio. Pertanto, l’affitto stipulato prima della presentazione della domanda di concordato, come quello da stipularsi in corso di procedura concordataria non è, ove vi sia la previsione di successiva cessione dell’azienda in esercizio, di ostacolo all’applicabilità della disciplina tipica del concordato in continuità, essendo l’affitto un mero strumento giuridico ed economico finalizzato proprio ad evitare una perdita di funzionalità ed efficienza dell’intero complesso aziendale in vista di un suo successivo passaggio a terzi.», in senso analogo, *ex multis* Trib. Roma, 24 marzo 2015 e 29 gennaio 2014; Trib. Vercelli, 13 agosto 2014; Trib. Cuneo, 29 ottobre 2013.

⁴⁵⁶ Vd. *supra*.

⁴⁵⁷ Cfr. S. AMBROSINI “*Il concordato con continuità aziendale*”, in S. AMBROSINI, G. ANDREANI e A. Tron op., cit., p. 109., nonché, in “*Appunti in tema di concordato in continuità aziendale*”, in www.ilcaso.it, 4 agosto 2013.

⁴⁵⁸ Cfr. Trib. di Bolzano 10 marzo 2015, in www.ilcaso.it

Va comunque chiarito, come sottolineato da autorevole dottrina⁴⁵⁹, che anche se anche nell’eventualità di ritenuta inconciliabilità tra affitto di azienda “in essere” e disposto dell’art. 186-*bis* non ci si troverebbe, di fronte all’alternativa fra lo scioglimento di detto contratto *ante* deposito del ricorso e la riqualificazione del concordato con liquidazione atomistica dei beni, ma semplicemente all’impossibilità di applicare la predetta disciplina, ferma la natura di concordato “di fatto in continuità”.

Per questo ai fini della concreta individuazione della fattispecie, rileva, pertanto, che l’impresa sia in esercizio, essendo, poi, indifferente la permanenza dell’azienda in capo al debitore oppure ad altro soggetto.

A tal proposito, una parte della giurisprudenza di merito⁴⁶⁰ ha osservato che sono ascrivibili alla categoria del “concordato preventivo con continuità aziendale”, sia il concordato “con ristrutturazione o continuità diretta” che il concordato “con cessione o continuità indiretta”.

Tale modello, può ritenersi compatibile sia sotto il profilo giuridico che logico con la natura del concordato preventivo con continuità, che ipotizza detta continuazione fisiologica della vita dell’azienda, sia essa in capo all’originario imprenditore oppure a terzi affittuari od acquirenti.

Cosicché tutte le operazioni straordinarie di cessione, conferimento d’azienda, ed anche affitto, seppur volte in un primo momento, ad un mutamento dell’originaria compagine aziendale, non possano dirsi prive del requisito della continuità sotto forma di risanamento traslativo indiretto, che pure merita di essere inserito nel presupposto della continuità aziendale.⁴⁶¹

Secondo tale orientamento giurisprudenziale, l’affitto che precede la cessione costituisce parte essenziale del piano concordatario e, come tale, si inserisce nella continuità proprio perché l’affittuario (promissario acquirente) si è impegnato irrevocabilmente ad acquistare il complesso dei beni e dei servizi funzionali all’attività d’impresa.

⁴⁵⁹Cfr. S. AMBROSINI “*Appunti in tema di concordato in continuità aziendale*”, cit.

⁴⁶⁰ Cfr. Trib. Roma 24 marzo 2015, in www.ilcaso.it

⁴⁶¹ *Ibidem, supra*, Trib. Roma 24 marzo 2015.

Al ricorrere di quest’ ipotesi, assimilabile ad una sorta di conferimento aziendale in una società di nuova costituzione mediante trasferimento a terzi di tutto il patrimonio del debitore, il contenuto della relazione del professionista e la fattibilità del piano dipenderà, in un primo momento, sia dagli impegni assunti che dai flussi derivanti dal pagamento dei canoni nonché del prezzo di acquisto, determinato al netto dei canoni in “conto prezzo”.⁴⁶²

In definitiva, alla luce di quanto esposto, l’opzione interpretativa che predilige la continuità aziendale oggettiva, nel caso in cui l’affitto d’azienda possa fungere da strumento “ponte” finalizzato alla successiva cessione, possa essere considerata la più persuasiva e convincente.⁴⁶³

Non di meno, la tesi che pone in favore della rilevanza del solo parametro oggettivo dell’azienda in esercizio, riscontra anche il confortante parere della sezione fallimentare del Tribunale di Roma, che nelle proprie “Linee Guida”⁴⁶⁴, esprimendosi su controverse questioni all’alba del D.L. 27.6.2015, n. 83, ritiene di prediligere *«l’argomento secondo il quale, [...] dal momento che l’affitto costituisce null’altro che lo strumento per mantenere l’azienda in vita, la continuità sussiste anche nel caso in cui la proposta di concordato provenga da una società che abbia concesso in affitto a terzi la propria azienda, ravvisandosi in entrambi i casi l’elemento qualificante della presenza di un’azienda in esercizio»*.

⁴⁶² *Ibidem, supra*, Trib. Roma 24 marzo 2015 «[...] in simile evenienza (che di fatto realizza una sorta di conferimento aziendale in una società di nuova costituzione mediante trasferimento a terzi di tutto il patrimonio del debitore), [...] il contenuto dell’attestazione dovrà incentrarsi sull’idoneità dell’affittuario e promissario acquirente a fare fronte ai propri impegni grazie non solo al patrimonio di cui dispone o alle garanzie su cui è in grado di fare affidamento, ma anche sulla realizzazione di un adeguato piano industriale. Il cd. business plan è dunque necessario, e dovrà avere un orizzonte temporale sufficientemente ampio, per lo meno coincidente con la data in cui si realizza il trasferimento a terzi, in quanto sino a quel momento la società di nuova costituzione, anche nella qualità di potenziale conferitaria dell’azienda, è destinata ad operare pur sempre nella disponibilità del debitore concordatario.»

⁴⁶³ Cfr. S. AMBROSINI, “Appunti in tema di concordato...”, in senso analogo, M. GREGGIO, R. BONIVENTO, “L’affitto d’azienda...” cit.

⁴⁶⁴ Cfr. Tribunale di Roma, “Linee guida in ordine a talune questioni controverse della procedura di concordato preventivo” p.4 in www.tribunale.roma.it

Documento consultabile al link: http://www.tribunale.roma.it/documentazione/D_8321.pdf

In primo luogo, taluna stimata dottrina⁴⁶⁵, ritiene che tale impostazione risulti la più confacente con la *ratio* dell’art. 186-*bis* L.F., che è stato introdotto dall’art. 33 del D.L. n. 83/2012⁴⁶⁶ proprio «con l’intento di favorire i piani di concordato preventivo finalizzati alla prosecuzione dell’attività d’impresa» e con lo scopo di favorire la salvaguardia del funzionamento dell’azienda o di un suo ramo mediante la prosecuzione della relativa attività.

In tale contesto, voler ricomprendere l’affitto d’azienda in un concordato in continuità, è pienamente pacifico in considerazione del *favor* che il Legislatore mostra verso siffatta tipologia, rispetto all’ipotesi liquidatoria, accentuato ancor di più in virtù delle disposizioni recate dal D.L. 83/2015, convertito dalla L. 6.8.2015, n. 132, con il quale sono state introdotte notevoli differenze tra le due discipline

In particolare, sia per quanto attiene la percentuale minima di soddisfacimento dei chirografari nella misura del venti per cento, imposta per il solo concordato liquidatorio al quarto comma dell’art. 160 L.F., nonché, a norma dell’art. 163 L.F., quinto comma, per la possibilità di sottrarsi al rischio di una proposta concorrente che possa proporre una percentuale di soddisfacimento ai chirografari attestata al trenta per cento per il concordato con continuità, anziché del quaranta per cento nel caso di concordato con cessione dei beni.

Mentre, d’altra parte, voler escludere la compatibilità dell’affitto “ponte” con la fattispecie del concordato con continuità, implicherebbe limitare le ipotesi di continuità alle sole fattispecie di continuità “diretta”, finendo da un lato per privilegiare una mera interpretazione letterale della disposizione di legge, e dall’altro disattendendo le finalità perseguite dalla norma, pur sempre volte al mantenimento dei valori di funzionamento dell’azienda e di preservazione della stessa.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Tra i principali sostenitori si veda, M. GREGGIO, R. BONIVENTO, “L’affitto d’azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo”, 21 aprile 2017, cit. in www.ilcaso.it

⁴⁶⁶ Decreto-Legge 22 giugno 2012, n. 83 coordinato con la legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134 recante: «Misure urgenti per la crescita del Paese» - Capo III - Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali - Art. 33 - Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale - lett. h).

⁴⁶⁷ Cfr. M. GREGGIO, R. BONIVENTO, *op.*, cit., *ibidem*.

Invero, alla luce dell’appena richiamato quarto comma dell’art. 160 L.F., non solo sarebbe antitetico l’intento di favorire la salvaguardia e la continuità delle aziende con la previsione dell’“assicurazione” del pagamento del venti per cento dei creditori chirografari alla sola ipotesi di continuità “diretta”, ma si finirebbe per precludere la soluzione concordataria imponendo il fallimento in quelle situazioni che, pur connotate dalla continuazione dell’attività d’impresa e che vedono l’azienda già affittata a terzi, non possano prevedere detto soddisfacimento.⁴⁶⁸

A ciò si aggiunga, di fatti, che in ordine al dato testuale, anche la lettera dell’art. 186-*bis* primo comma L.F. non si ritiene⁴⁶⁹ così invalicabile, potendo anche non ostare con l’affitto del complesso, che pur se non menzionato possa sempre rappresentare un semplice strumento (c.d. “ponte”) finalizzato alla successiva “cessione d’azienda in esercizio” ad un soggetto terzo.

Si segnala peraltro che, all’alba della riforma del 2015, anche alcuni Tribunali⁴⁷⁰ tradizionalmente contrari all’estensione dell’applicazione dell’art. 186-*bis* L.F. alla continuità “indiretta”, tanto più nei casi in cui il contratto di affitto venga stipulato prima del deposito del ricorso con riserva *ex art.* 161 sesto comma L.F., abbiano rivisto il proprio orientamento, ritenendo che la riconducibilità dell’affitto d’azienda nel paradigma della continuità aziendale debba essere valutata, senza limitazioni aprioristiche, anche nella fase procedimentale del concordato preventivo “in bianco”.

⁴⁶⁸Cfr. S. AMBROSINI, “*Il concordato preventivo con affitto d’azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell’art. 186-bis*” 2 gennaio 2019, in www.ilcaso.it, secondo l’A. la *ratio legis* consiste precisamente nel preferire il fallimento ogniqualvolta con la liquidazione del patrimonio aziendale (e non già con la prosecuzione dell’attività, sia pure ad opera di un terzo) non si assicuri il predetto livello di soddisfacimento.

⁴⁶⁹ Cfr. S. AMBROSINI, “*Il concordato preventivo con affitto d’azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell’art. 186-bis*”, 2 gennaio 2019, in www.ilcaso.it secondo l’A. in contrasto con la nota asserzione, “*continuità aziendale e affitto d’azienda si pongono in un rapporto di reciproca esclusione: dove vi è continuità non può esservi affitto d’azienda; dove vi è affitto d’azienda non può esservi continuità*” del già citato *supra* F. DI MARZIO, “*Affitto d’azienda e concordato in continuità*”, in www.ilfallimentarista.it, 2013, p. 4; nello stesso senso D. GALLETI, “*La strana vicenda del concordato in continuità e dell’affitto d’azienda*”, *ivi*, 2012, «*[...] al predetto assunto sia la lettera della legge – là dove si parla di “cessione dell’azienda in esercizio” (nulla essendovi in tale espressione che autorizzi a escludere l’affitto) – sia la ratio della stessa, che risulta improntata, in modo sufficientemente perspicuo, a una nozione di continuità aziendale in senso oggettivo [...]*».

⁴⁷⁰ Cfr. Trib. Padova, 20 luglio 2016 «non appare più logica e prima ancora costituzionalmente orientata una interpretazione restrittiva, volta ad escludere la continuità indiretta dal perimetro dell’art. 186-*bis* L.F. per il caso di affitto stipulato anteriormente al deposito della domanda.».

Anche in questo frangente, il ricorso all’operazione di affitto, spesso dettato da esigenze di particolare urgenza, può senza meno costituire uno strumento essenziale per il buon fine dell’intervento di risanamento, purché le controparti nei contratti pendenti abbiano acconsentito, per iscritto, al subentro dell’affittuario nella posizione negoziale già propria del debitore concedente.

Resta fermo, peraltro, che nel caso di stipulazione del contratto di affitto d’azienda dopo il deposito del ricorso “in bianco”, trattandosi di un atto di straordinaria amministrazione i quali per definizione si ritengono «[...] idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori [...]»⁴⁷¹ previa verifica della relativa urgenza, sarà comunque necessaria, l’autorizzazione del Tribunale che può assumere informazioni, e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, ove nominato, ai sensi del settimo comma dell’art. 161 L.F.

Quest’ultima ricorrerà allorquando l’atto sia tale da determinare, nel caso di non immediata realizzazione, “un danno o una mancata utilità per i creditori”.⁴⁷²

In ogni caso, sarà necessario che nel ricorso con riserva di cui all’art. 161 comma sesto L.F., il debitore anticipi che la successiva proposta concordataria sarà “con continuità aziendale”, e che possa riguardare anche l’affitto di un solo ramo d’azienda in esercizio, al fine di evitare la disgregazione e la dispersione degli elementi che compongono l’impresa, garantendone nell’immediato, la sopravvivenza mediante l’anticipata conclusione dell’affitto, per poi successivamente illustrare e dimostrare l’operazione mediante il piano industriale.

Di converso, se non venisse riscontrata l’urgenza dell’atto di straordinaria amministrazione, nella misura in cui l’affitto d’azienda non fosse teso ad evitare un danno grave ed irreparabile con il conseguente pregiudizio per i creditori, la sottoscrizione del relativo contratto potrà essere autorizzata esclusivamente a norma dell’art. 167 secondo comma, L.F., e dunque dopo l’ammissione alla procedura di concordato preventivo.

⁴⁷¹Cfr. Cass. 20 ottobre 2005 n. 20291.

⁴⁷² Cfr. Trib. Torino 3 gennaio 2013, in www.ilcaso.it

D’altro canto, alla luce della novella del 2015, sia l’interpretazione “teleologica” e “sistematica”⁴⁷³ condivisa tanto da dottrina⁴⁷⁴ quanto giurisprudenza⁴⁷⁵, secondo la quale i creditori concorsuali fossero destinati a sopportare il rischio d’impresa soltanto finché la stessa fosse condotta dall’imprenditore in concordato, nonché l’eventuale non effettuabilità dell’operazione *ante* ammissione parrebbero essere destinate a decadere.

In particolare, si sosteneva che il debitore finisse per assumere una decisione i cui benefici o i cui rischi gravassero su altri, nel particolare i creditori, i quali avrebbero potuto valutarne la potenziale lesività, legata al fatto che l’eventuale cessione, ancorché, l’affitto del complesso prima dell’apertura della procedura, potesse avvenire sulla base di un corrispettivo incongruo.⁴⁷⁶

All’alba dell’entrata in vigore del D.L. n. 83/15, convertito con modificazioni dalla L. n. 132/15, il Legislatore è intervenuto con rigore sul conflitto tra l’interesse dei creditori, legato tanto alla massimizzazione della loro pretesa, quanto alla realizzazione del salvataggio del complesso produttivo mediante continuità, garantendo massima contendibilità, laddove il piano recasse un’offerta già formalizzata da parte di un soggetto individuato dal debitore.

Il nuovo art. 163-*bis* L.F., che si applica a tutti i concordati, ivi compreso quello in continuità, impone lo svolgimento di una procedura competitiva obbligatoria in tutti i casi in cui il piano comprenda un’offerta da parte di un soggetto individuato, avente per oggetto il «*trasferimento anche non immediato*» a titolo oneroso dell’azienda, di uno o più rami d’azienda o di specifici beni.

⁴⁷³ Cfr. *supra*, Trib. Como, 29 aprile 2016, in www.ilcaso.it «L’affitto di azienda anteriore o interinale alla fase endoconcordataria è incompatibile con il concordato preventivo con continuità aziendale in virtù di una interpretazione non solo testuale, ma anche teleologica e sistematica dell’art. 186-bis L.F.»

⁴⁷⁴ Cfr. F.DI MARZIO, “Affitto d’azienda e concordato in continuità”, cit.

⁴⁷⁵ Cfr. *supra*, Trib. Firenze, 1 gennaio 2016, in www.ilcaso.it «Il concordato con continuità aziendale implica una sopportazione del rischio di impresa da parte dei creditori concorsuali, la quale può giustificarsi e sussistere solo nell’ipotesi in cui l’impresa sia gestita dall’imprenditore e la gestione continui a presentare dei parametri di aleatorietà per i creditori concordatari. [...]».

⁴⁷⁶ Cfr. A. LOLLI, “Il concordato con continuità aziendale mediante l’intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni”, in “Contratto e impresa”, CEDAM, Padova, 2013, pp. 1086 ss., sul punto l’A. sostiene «tanto più anticipato è l’intervento del terzo nell’attività d’impresa, tanto minore è il grado di controllo che viene ad essere esplicato sulla stessa da parte degli organi della procedura. All’opposto, quanto più l’intervento dei terzi si colloca temporalmente in seno alla procedura concordataria, tanto più le decisioni che vengono assunte in merito alle modalità ed alle forme dell’intervento divengono parte di un percorso che viene ad essere espressione non solo del debitore, ma anche degli organi della procedura».

Nello specifico, l’ultimo comma della norma estende la medesima disciplina «*in quanto compatibile*» anche agli atti urgenti di straordinaria amministrazione, che devono essere autorizzati ai sensi dell’art. 161, comma settimo, L.F., in costanza di concordato con riserva, nonché all’affitto di azienda o di singoli rami di essa.

L’apertura della procedura competitiva sarà disposta dal Tribunale con decreto, che disciplina lo svolgimento della fase della presentazione delle “*offerte*” concorrenti.

In particolare, il provvedimento deve:

- a) assicurare che tutte le offerte siano strutturate in modo da poter essere comparabili fra loro;
- b) fissare le garanzie, che devono essere prestate dagli offerenti;
- c) stabilire le forme di pubblicità del decreto, che si aggiungono in ogni caso alla pubblicità sul portale delle vendite pubbliche, di cui all’art. 490 c.p.c.

Inoltre, con una disposizione inserita in sede di conversione del D.L. n. 83/2015, si è stabilito che il decreto del Tribunale debba indicare anche “l’aumento minimo”⁴⁷⁷ del corrispettivo, che le offerte concorrenti devono prevedere, pertanto, esse devono essere necessariamente migliorative rispetto all’offerta di base, concordata fra il debitore e il soggetto *pre* individuato nel piano.

Cosicché, da un lato le offerte provenienti dagli interessati concorrenti, all’esito dell’emissione del decreto di apertura della procedura competitiva, sul piano formale, dovranno essere presentate in forma segreta, e sul piano sostanziale, essere conformi alle prescrizioni del decreto nonché munite di garanzia, non fissando condizioni nonché rivestendo *ex ante* il requisito dell’irrevocabilità, altrimenti saranno inefficaci.

Il quadro sarà poi completato dalla previsione del comma quarto dell’art. 163-*bis*, secondo cui «*il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all’esito della gara.*»

⁴⁷⁷Cfr. S. AMBROSINI, C. TRAPUZZANO, “*Codice del fallimento e delle procedure concorsuali*”, Neldiritto Editore, Roma, 2019, cit., p. 1585, secondo gli A. si deve ritenere che il Tribunale debba prevedere un miglioramento minimo nelle condizioni economiche offerte, tale da compensare le spese rimborsabili al primo offerente (che possono essere liquidate fino al 3%, come previsto dal comma 4 dell’art. 163-*bis*).

Questo perché le offerte concorrenti si inseriranno nella strategia attuativa della proposta e del piano del debitore, per cui l’offerta vincente, portando un risultato migliore ed attuando la massimizzazione del valore di realizzo di un singolo bene o di un intero complesso aziendale, dovrà essere recepita nella proposta, ma principalmente, nel piano del debitore, che verranno poi sottoposti al giudizio dei creditori.

In tale contesto, dunque, pienamente rispondente al concetto di contendibilità e finalizzato a massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari, qualora il piano di concordato con continuità aziendale comprenda la previsione di un’offerta unilaterale di affitto dell’azienda o di uno o più rami d’azienda, (*cd. pacchetto preconfezionato*) in favore di un soggetto già individuato, necessariamente dovrà aprirsi la procedura competitiva, al fine di selezionare la migliore scelta di affitto possibile.

E ciò anche quando il piano di concordato contenga non già una mera offerta unilaterale, ma anche soltanto la previsione di un contratto di affitto già stipulato con un soggetto già individuato.⁴⁷⁸

Nonostante il perfezionamento del contratto, comunque si aprirà la competizione, con la conseguente possibilità che l’affittuario prescelto dal debitore sia sostituito dall’eventuale migliore offerente rinvenuto a seguito dell’apertura della procedura.⁴⁷⁹

In definitiva, appurata la doverosità da parte del Tribunale dell’avvio della procedura competitiva ex art. 163-*bis*, tramite la quale, in ogni caso, si debbano recepire eventuali offerte da chiunque fosse interessato all’azienda, esteriorizzando la proposta originaria contenente già un’offerta di affitto o di vendita *cd. “preconfezionata”* del complesso o del ramo, ciò permetterebbe di elidere in concreto qualsivoglia elemento di lesività derivante dalla stipulazione di un atto anteriore da parte del debitore.

⁴⁷⁸ «La sottoposizione alla procedura competitiva è indipendente dalla previsione nell’offerta o nel contratto di un patto di futuro acquisto dell’azienda o del ramo d’azienda, riferendosi l’estensione, nei limiti della compatibilità, della disciplina relativa all’applicazione della procedura competitiva di cui all’ultimo comma dell’art. 163-*bis* all’affitto puro in sé considerato», Cfr. R. MARINONI, N. NISIVOCCIA, C. SANTORIELLO, “Decreto giustizia: le novità in materia fallimentare”, Milano, 2015, 67, in S. AMBROSINI, C. TRAPUZZANO *ultima cit.* p. 1583.

⁴⁷⁹ Si segnala peraltro la posizione del Trib. Rimini, 1 dicembre 2016, in www.ilcaso.it, secondo cui «Non trova applicazione la prescrizione in ordine alla procedura competitiva di cui all’art. 163-*bis* in presenza di un piano di concordato in cui la posizione del terzo affittuario dell’azienda sia inscindibilmente connessa con quella di soggetto obbligato all’apporto finanziario», stante dunque, la mancanza di compatibilità conseguente all’inscindibile connessione, nella proposta concordataria, tra la posizione di affittuario e quella di obbligato all’apporto finanziario, resa espressa nel contratto di affitto e nella lettera di impegno sottoscritta a latere del medesimo.

Ancor di più, in caso di affitto d’azienda, il rischio di impresa ricadrà tanto sui creditori concorsuali, ed in ogni caso preme aggiungere, quanto sul debitore, che quest’ultimo sia o meno alla testa della propria impresa per la quale si chiedi la continuità, stante, a questo punto, ed a modesto parere di chi scrive, l’irrelevanza dell’elemento soggettivo che crei un sinallagma con la sopportazione del rischio che veda connesso debitore e creditori, venendo la proposta del primo, di fatto detronizzata del carattere di esclusività, e rimessa alla competizione.

Invero, se l’azienda viene mal gestita, che il debitore abbia o meno scelto il proprio successore, le conseguenze negative si riverbereranno sia sul patrimonio di quest’ultimo, nell’ipotesi di risoluzione del contratto e retrocessione dell’azienda stessa, sia sulla misura di soddisfacimento dei creditori qualora il prezzo della vendita non sia già predeterminato e si formi proprio all’esito della procedura competitiva oggi imposta dall’art. 163-*bis*.

D’altra parte, un’azienda mal gestita non incentiva la partecipazione di terzi, mentre, di converso, un ramo aziendale ben gestito nel periodo interinale dell’affitto, risulterebbe maggiormente appetibile sul mercato e quindi incentiverebbe anche il meccanismo di competitività di cui al 163-*bis* L.F.⁴⁸⁰

Orbene, a questo punto, come anche sostenuto da stimata dottrina⁴⁸¹, appare incontestabile che il rischio d’impresa continui a gravare, seppure indirettamente, sul soggetto in concordato e che l’andamento dell’attività incida, in ultima analisi, sulla stessa fattibilità del piano.

⁴⁸⁰ Cfr. L. A. BOTTAL, “Concordato con continuità aziendale”, in www.ilfallimentarista.it 24.5.2016.

⁴⁸¹ Cfr. S. AMBROSINI, “Appunti in tema di concordato in continuità aziendale”, cit., in www.ilcaso.it

Da ultimo, vale la pena osservare, che il *favor* teso al concetto di continuità in senso oggettivo, risulti ancora più accentuato nei progetti di riforme susseguitesesi negli ultimi anni, ed *in primis* nei principi contenuti nello schema di disegno di legge delega elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministero della Giustizia con decreto del 28.1.2015 per la riforma del diritto concorsuale (c.d. “Commissione Rordorf”).

In particolare all’art. 2, lett. g) tra i “*Principi Generali*” è previsto espressamente che la continuità aziendale abbia luogo «*anche per il tramite di un diverso imprenditore*».⁴⁸²

Si è osservato⁴⁸³ che precipuamente sulla scorta della previsione contenuta nel disegno di legge Rordorf, alcuni Tribunali abbiano mutato il proprio orientamento originario, dapprima sfavorevole alla compatibilità dell’affitto finalizzato alla cessione con il precetto della continuità.

Tale orientamento risulterà rafforzato in misura ancor maggiore anche nel testo del disegno di legge delega n. 3671-bis (“*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*”) ⁴⁸⁴ approvato dalla Camera dei Deputati, poi mantenuto dalla successiva Legge Delega n. 155 del 19 ottobre 2017⁴⁸⁵, laddove sempre tra i “*principi generali*” e nel medesimo articolo (art. 2, comma 1., lett. g), è previsto di «*dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un’idonea soluzione alternativa.*».

⁴⁸² Cfr. Schema di disegno di legge delega recante “*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*”, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28 gennaio 2015 (e successive integrazioni) - Art. 2 “*Principi Generali*”, comma 1. lett. g) in www.osservatorio-oci.org

⁴⁸³ In tal senso M. GREGGIO, R. BONIVENTO, cit. in riferimento a Trib. Como, 9 febbraio 2017, in www.ilcaso.it ove si legge che «*La previsione contenuta nel c.d. disegno di legge Rordorf (c. 3671-bis-A) che, all’art. 2 punto g) esprime un netto favor per le proposte di concordato preventivo che assicurino “la continuità aziendale anche tramite diverso imprenditore, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un’idonea alternativa”, induce a superare quell’interpretazione che, nel sistema attualmente vigente, reputa incompatibile l’affitto di azienda finalizzato alla cessione con la continuità.*»

⁴⁸⁴ Cfr. Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza (Testo risultante dallo stralcio dell’articolo 15 del disegno di legge n. 3671, deliberato dall’Assemblea il 18 maggio 2016) - Art. 2 “*Principi generali*” comma 1., lett. g) in www.osservatorio-oci.org

⁴⁸⁵ Cfr. LEGGE 19 ottobre 2017, n. 155. “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza.*” - Art. 2 “*Principi generali*” comma 1., lett. g) in www.osservatorio-oci.org

Ancorché, specificatamente per la fattispecie considerata, anche nei criteri direttivi in materia di concordato preventivo, viene previsto di: *«integrare la disciplina del concordato con continuità aziendale, prevedendo [...] che tale disciplina si applichi anche nei casi in cui l’azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato»*.⁴⁸⁶

La legge in parola ha pertanto vincolato il Legislatore delegato alla necessità di ricomprendere nel perimetro applicativo dell’art. 186-*bis* la fattispecie della continuità indiretta.

Tant’ è vero che nello schema di Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 recante il “Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza”, che salvo alcuni articoli, entrerà in vigore il 15 agosto 2020, si prevede, al riguardo, per le “Finalità del concordato preventivo” che *«la continuità può essere diretta in capo all’imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell’azienda in esercizio o la ripresa dell’attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, conferimento dell’azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo [...]»*⁴⁸⁷

Per concludere, l’annosa questione circa la natura liquidatoria o con continuità aziendale del concordato preventivo basato sull’affitto di azienda o di un ramo di essa, sembra aver avuto epilogo ed esito sperato alla luce della recentissima pronuncia della suprema Corte che, in piena aderenza alla tesi della continuità aziendale in senso oggettivo, ha ribadito una volta per tutte, la riconducibilità della fattispecie all’ambito applicativo dell’art. 186-*bis*.

⁴⁸⁶ Cfr. LEGGE 19 ottobre 2017, n. 155, Art. 6.” Procedura di concordato preventivo”, lett. i), n.3

⁴⁸⁷ DECRETO LEGISLATIVO 12 gennaio 2019, n. 14 “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza” in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155., Titolo IV STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI, Capo III (Concordato preventivo), Sezione I (Presupposti e inizio della procedura) - Art. 84, “Finalità del concordato preventivo”, comma 2. in www.gazzettaufficiale.it

Volendone proporre un breve stralcio, il principio di diritto opportunamente affermato dai giudici di legittimità asserisce che «*Il concordato con continuità aziendale disciplinato dall'art. 186-bis L. Fall. è configurabile anche quando l'azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto d'affitto - recante, o meno, l'obbligo dell'affittuario di procedere, poi, all'acquisto dell'azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) - può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile.*»⁴⁸⁸

Partendo dal presupposto che il legislatore del 2012 abbia inteso favorire la prosecuzione dell’attività d’impresa in senso tanto soggettivo quanto oggettivo, la Corte rilevato che ciò su cui l’attenzione della legge ha mostrato di focalizzarsi è, di fatti, l’ “azienda in esercizio”, indipendentemente dalla circostanza che essa sia condotta dal debitore, o da soggetti diversi, e ribadendo l’irrelevanza del momento di stipulazione del contratto d’affitto d’azienda, costituendosi in ogni caso come strumento idoneo di conservazione dei valori aziendali per giungere alla cessione o al conferimento dell’azienda.

Da qui, non solo ne sancisce la riconducibilità dell’affitto “ponte”, all’ambito applicativo dell’art. 186-bis, con quanto ne consegue in termini, di attestazione “rafforzata” dell’esperto, dall’altro, di non operatività della soglia percentuale minima del venti per cento di cui all’art. 160 L.F. ma anche di quello “puro” tradizionalmente escluso e non prodromico alla cessione, con semplice dislocazione del complesso in capo all’affittuario, con successiva retrocessione, durante la fase esecutiva del piano o al termine di essa.

Secondo la Corte non avrebbe senso annettere natura liquidatoria a tale fattispecie, nella quale il piano possa consentire il ritorno *in bonis* dell’imprenditore addossando temporaneamente a terzi gli oneri ed i rischi connessi alla conduzione dell’attività, senza che vi sia, tendenzialmente, alcuna dismissione di cespiti aziendali salva l’ipotesi di

⁴⁸⁸ Cassazione civile, sez. I, 19 novembre 2018, n. 29742. In www.ilcaso.it

alienazione di quelli non funzionali continuità, espressamente contemplata dall’art. 186-*bis* L.F.⁴⁸⁹

Dimostrazione del fatto, in via innovativa rispetto a quanto ritenuto in passato, ma certo predittiva e confortante, a parere di chi scrive, che l’affitto d’azienda in un contesto di crisi negoziata, indipendentemente dalle circostanze, possa rivelarsi una strategia di risanamento aziendale, vincente in termini assoluti.

⁴⁸⁹ Si veda S. AMBROSINI “*La Cassazione risolve i dubbi sulla c.d. continuità indiretta nel concordato preventivo*” in senso analogo, stesso A. in “*Il concordato preventivo con affitto d’azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell’art. 186-bis*” 2 gennaio 2019, entrambi in www.ilcaso.it

4.4 Il fallimento del concedente.

Nel caso di successivo fallimento del titolare dell’azienda affittata, la normativa regolamenta con specifica previsione, i contratti conclusi dall’imprenditore che abbia stipulato quando ancora *in bonis*, prima dell’apertura della procedura, stabilendo che la dichiarazione d’insolvenza a carico di costui non sia causa di scioglimento del contratto d’affitto d’azienda.

Al contrario, il curatore che voglia mantenere in essere il contratto potrà chiedere al Tribunale, a seguito della sentenza dichiarativa di fallimento di autorizzarne la prosecuzione tramite esercizio provvisorio

In particolare l’art. 79 L.F., recita «*Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'articolo 111, n. 1.*»⁴⁹⁰

Ciò che rileva in particolare, per quanto prescritto dalla norma, attiene al fatto che il Legislatore da un verso ha scelto di non prevedere lo scioglimento automatico del contratto, non creando così una sospensione degli effetti da questo derivanti per i soggetti coinvolti, e dall’altro, rispetto a quanto accade nella generalità dei rapporti pendenti, è stata posta la facoltà di recedere ad entrambe le parti e non solo al curatore.

In relazione a quest’ultimo aspetto, si parte dalla considerazione⁴⁹¹ che la volontà da parte del Legislatore di discostarsi dalla disciplina dei rapporti pendenti, debba risiedere proprio in ragione del fatto che il sistema dell’art. 72 L.F., sia stato improntato sulla convinzione che l’esecuzione del rapporto può essere sospesa senza pregiudizio.

Nell’affitto invece, la sospensione improvvisa del contratto con l’interruzione dell’attività, può determinare conseguenze gravi in ordine alla conservazione dell’organizzazione aziendale e dell’avviamento, asseverando conseguenze pregiudizievoli sia sull’affittuario sia sulla massa attiva.

⁴⁹⁰ Cfr. Art. 79 L.F. rubricato “Contratto di affitto d'azienda”, modificato dal d.lgs. 5/2006 e poi così sostituito con d.lgs. 169/2007.

⁴⁹¹ Cfr. F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI, “*Gli effetti del fallimento: Volume III*”, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 338- 339.

Per questo si prevede che la sorte di un contratto così rilevante debba essere necessariamente definita entro un termine ragionevolmente breve, in cui entrambe le parti debbano esprimere il consenso alla sua prosecuzione.

Sebbene l’intento normativo sia chiaro, come più volte sottolineato da autorevole dottrina⁴⁹² non si può fare a meno di rilevare alcuni aspetti di criticità, prima tra tutte la mancata distinzione della norma tra fallimento dell’affittante e dell’affittuario, il che porterebbe ad estenderne l’applicabilità in ambedue i casi.

A ciò si aggiunge la disparità di vedute per quanto attiene la scelta del curatore di sciogliersi dal contratto, e se in particolare debba essere necessaria o meno l’autorizzazione da parte del comitato dei creditori e del giudice delegato, non essendo stato aggiunto, di fatti, nessun obbligo procedurale specifico che assistesse il termine di esercizio del diritto di recesso in sessanta giorni.

Seguendosi il tenore letterale della norma, al curatore sarebbe concessa la facoltà di sciogliersi dal contratto in totale autonomia in piena deroga alla disciplina dei rapporti pendenti ex art. 72 L.F., talché qualificandosi in questo caso il recesso come atto di ordinaria amministrazione, non sarebbe necessario richiedere nessuna preventiva autorizzazione al comitato dei creditori ed al giudice delegato, il cui intervento peraltro è richiesto solo nella determinazione dell’equo indennizzo.

Di converso, parte della dottrina⁴⁹³ ritiene comunque che qualsiasi sia la scelta del curatore, a prescindere dal contenuto dell’art.72 L.F., debba sempre ritenersi atto di straordinaria amministrazione soggetto alle disposizioni contenute nell’art. 35 L.F., e pertanto alla previa autorizzazione del comitato dei creditori, e se il valore superi i 50'000 euro, anche al parere del giudice delegato qualora non già approvato nel programma di liquidazione ex art. 104-ter L.F.

⁴⁹² Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, “*Manuale di diritto fallimentare*”, VII ed., Giuffrè, Milano, 2008., cit., p. 484.

⁴⁹³ Cfr. F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI *op.*, cit., *ibidem*.

Alla luce della poca chiarezza letterale della norma e delle argomentazioni dottrinali discordanti, è parere concorde⁴⁹⁴ che questa debba cedere il passo ad un’interpretazione sistematica e che di conseguenza l’autorizzazione del comitato dei creditori, se eletto, o del giudice delegato debba comunque essere assunta dal curatore prima di esercitare o meno la facoltà di recesso nel termine fissato.

È rilevante evidenziare inoltre, che l’ipotetica continuazione o meno del contratto, che per essere opponibile alla procedura dovrà sempre rispettare le forme prescritte⁴⁹⁵ dall’art. 2556 c.c., non potrà che non essere influenzata anche dalla presenza di specifiche clausole a tutela previste dall’art. 104-*bis* L.F., per il contratto di affitto d’azienda endofallimentare.

Riferendosi in particolare a specifiche clausole inerenti la previsione di adeguate forme di garanzia dell’adempimento delle obbligazioni da parte dell’affittuario, è stato evidenziato⁴⁹⁶ che la carenza idonee forme di tutela, porta nella prassi a condizionare la prosecuzione del contratto alla riformulazione del testo dell’accordo, al fine di consentire al Tribunale di inserire tali elementi indispensabili.

Infine, per ciò che attiene all’equo indennizzo, tenendo fermo dunque quanto argomentato dalla norma che prevede il termine di sessanta giorni dalla sentenza di fallimento entro cui ciascuna parte può recedere dal contratto, è previsto che questo venga determinato di comune accordo, oppure dal giudice delegato, sentiti gli interessati.

⁴⁹⁴ Sul tema si segnala anche l’interpretazione di una parte della giurisprudenza di merito, in particolare, Trib. Rimini 24 marzo 2015, secondo la quale non è affetta da invalidità la clausola contrattuale inserita in un contratto di affitto d’azienda, che preveda un ampliamento della facoltà di recesso in favore del curatore fallimentare, in deroga a quanto già previsto dall’art. 79 L.F. Nello specifico, è stata considerata efficace la clausola secondo cui, nell’ipotesi di fallimento della parte locatrice durante il periodo di durata dell’affitto d’azienda, la possibilità di recesso era riconosciuta soltanto al curatore, in qualsiasi momento, anche successivamente al termine dei 60 giorni previsto dall’art. 79 L.F., purché con preavviso di almeno 3 mesi. Tale disposizione non è stata, pertanto, ritenuta inderogabile nel contesto di convenzioni concluse da un’impresa in crisi e in un’ottica di rafforzamento della tutela dei creditori nel caso di apertura del fallimento.

⁴⁹⁵ Sul punto si sottolinea che la forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata non solo vale anche per l’art. 104-*bis* per l’affitto endofallimentare, ma ha importanti conseguenze anche sul piano dell’indennizzo, poiché il recesso di un contratto non conveniente per la massa ma carente sotto il profilo formale in realtà non comporta il pagamento di alcun indennizzo a favore del conduttore, cfr. P. RIVA, in F. BAVAGNOLI, C. DE TILLA, N. FERRARO, P. RIVA, “L’affitto d’azienda: Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d’impresa”, Egea, 2011, cit., p. 197.

⁴⁹⁶ Cfr. P. RIVA, in F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., *ibidem*.

Così come a ciascuna parte è concessa la facoltà di recedere, è altrettanto vero che la corresponsione dell’indennizzo spetti a seconda dei casi da parte della procedura o dall’affittuario.

Ciò che rileva, è che nel caso di recesso da parte del curatore, l’indennizzo dovuto alla controparte costituisce un credito prededucibile, che rientrando nella sfera dell’art. 111 L.F., n.1, la procedura concorsuale sarà tenuta ad estinguere prioritariamente rispetto ai debiti maturati prima della sentenza dichiarativa di fallimento (dipendenti, fornitori, Erario, ecc.).

È parere concorde della giurisprudenza di merito⁴⁹⁷, che l’equo indennizzo contemplato dall’art. 79 L.F. in riferimento alla facoltà concessa al curatore di recedere anticipatamente dal contratto di affitto d’azienda, analogamente all’equo indennizzo previsto dall’art. 80 comma secondo, L.F., per il recesso dal contratto di locazione, appare avere natura indennitaria (equitativa) e non risarcitoria, costituendo il corrispettivo dell’esercizio della facoltà di recesso concessa dalla legge.

Così in questo caso, è previsto con riferimento alla medesima fattispecie contrattuale, un trattamento completamente diverso rispetto all’ipotesi di concordato preventivo, nel quale l’equo indennizzo, riconosciuto quale risarcimento del danno per l’inadempimento nel caso di scioglimento o sospensione del contratto pendente a norma dell’art. 169-bis L.F.⁴⁹⁸

Infatti in questo caso sarà soddisfatto come un credito anteriore ma non come prededucibile e, dunque, in base alla percentuale concordataria spettante alla relativa classe di appartenenza.

⁴⁹⁷ Cfr. *ex multis* Trib. Udine 3 maggio 2013.

⁴⁹⁸ Sul punto, si veda anche il contributo di R. AMATORE “*Autorizzazione allo scioglimento di contratto di affitto di azienda*”, www.ilfallimentarista.it, 29.1.2013, a commento di Trib. Salerno 25 ottobre 2012; nella fattispecie regolata dalla norma dettata dall’art. 169-bis L.F., in tema di contratti in corso di esecuzione, non indicando quest’ultima un criterio in base al quale parametrare la necessaria autorizzazione del Tribunale, deve ritenersi che la predetta autorizzazione giudiziale riguardi una mera presa d’atto di un diritto potestativo del debitore che sceglie di sciogliersi da un determinato rapporto nell’ambito di un proprio disegno imprenditoriale, che, peraltro, nel caso del pre-concordato, non è obbligatorio comunicare al Tribunale chiamato ad attendere il deposito del piano.

4.5 L’affitto endoconcorsuale.

Al curatore fallimentare, sono demandate la custodia e l’amministrazione del patrimonio del fallito in funzione della sua liquidazione, la quale mira a realizzare il maggior valore possibile del patrimonio acquisito per il miglior soddisfacimento dei creditori.

Ciò spiega perché la Legge Fallimentare e gli organi della procedura tentino di ricercare, in primo luogo, soluzioni idonee a trasferire l’intero complesso aziendale o suoi rami realizzando la cessione di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, considerando la liquidazione parcellizzata un rimedio residuale e da utilizzarsi solo nel caso in cui, valutata la concreta situazione di fatto dell’impresa e del mercato, risulti prevedibile che la vendita unitaria non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori.

A seguito della riforma del 2006, a tal fine sono stati inseriti nella Legge Fallimentare gli artt. 104, 104-*bis*, 105 L.F., che per la prima volta hanno affrontato il tema della circolazione dell’azienda nell’ambito della procedura, posti al fine di conservare i valori dell’azienda, ed in particolare di quelli intangibili, tentando una più proficua riallocazione del complesso che di questi tenesse conto.

Il D. LGS. 5 del 2006⁴⁹⁹, in attuazione della legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali, per vero, ha rivisitato la disciplina della liquidazione dell’attivo cercando di ridurre al minimo i rischi di dispersione dei valori aziendali, col chiaro fine di tutelare sia i creditori ma anche quei portatori di ulteriori interessi, primi fra tutti i lavoratori, che gravitano nell’orbita dell’impresa decotta.

Nel quadro delle nuove esigenze conservative, assume particolare rilievo il ricorso all’affitto d’azienda ex art. 104-*bis* L.F., come strumento deputato alla salvaguardia dell’unità e dell’organizzazione funzionale del complesso e mezzo propedeutico alla definitiva riallocazione.

A tal fine, nell’ottica della predisposizione della fase di liquidazione dell’attivo, alla procedura, ed in particolare al curatore quale motore della stessa, è posto l’obbligo di considerare in concreto il ricorso al tale strumento, dovendo assumere esplicitamente, ed in ogni caso, una posizione positiva o negativa.

⁴⁹⁹ Cfr. DECRETO LEGISLATIVO 9 gennaio 2006, n. 5 “Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell’articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80.” In www.gazzettaufficiale.it

Si prevede che il soggetto sul quale gravi l’onere di considerare tale opportunità, ovvero il curatore, debba sempre esprimersi con una valutazione prognostica, vagliando la possibilità di disporre l’affitto dell’azienda del fallito, ovvero di alcuni suoi rami ex art. 104-bis comma 1, L.F., anche prima della presentazione del programma di liquidazione ex art. 104-ter L.F. che costituisce quell’«l’atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell’attivo [...]»previo parere favorevole del comitato dei creditori e con autorizzazione del giudice delegato.⁵⁰⁰

A ciò si aggiunge che in tale fase, dovrà sempre essere specificata, «l’opportunità di disporre l’esercizio provvisorio dell’impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell’articolo 104, ovvero l’opportunità di autorizzare l’affitto dell’azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell’articolo 104-bis».

Si prevede inoltre che, al secondo comma dell’art. 104-bis L.F. «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.»⁵⁰¹

Dal combinato di queste disposizioni, potrà desumersi che al curatore spetti un approccio ancor più professionale e attento, nella scelta degli strumenti più idonei a soddisfare le esigenze conservative degli *assets* societari in funzione della migliore liquidazione, dovendo così considerare l’una e l’altra soluzione che prevedano la gestione temporanea dell’impresa, e quindi se affitto d’azienda ovvero esercizio provvisorio.

La disposizione della procedura a favore dell’una e dell’altra soluzione, in ogni caso rappresenta uno dei momenti significativi della predisposizione della fase di liquidazione ed uno dei compiti più delicati del curatore.

⁵⁰⁰ Cfr. Art. 104-ter L.F., rubricato, “Programma di liquidazione”

⁵⁰¹ Cfr. Art- 104-bis L.F., rubricato, “Affitto dell’azienda o di rami dell’azienda”

Ad onor del vero, i due istituti pur potrebbero non escludersi a vicenda, ma coesistere pacificamente, ben potendo la curatela porre l’azienda sotto esercizio provvisorio con la sentenza dichiarativa di fallimento e poi successivamente affittarla endoconcorsualmente, anche limitatamente ad un solo ramo, restando la parte residuale in capo alla procedura.⁵⁰² Per questo, sotto il profilo conservativo, esercizio provvisorio ed affitto dell’azienda vengono spesso accomunati, mirando entrambi ad una più proficua riallocazione dei valori, sebbene divergano su molteplici aspetti.

La principale differenza si innesta sul piano sostanziale ed è rinvenibile in ordine al profilo della ripartizione del rischio d’impresa, poiché mentre l’esercizio provvisorio avviene in regime di sostituzione e questo ricadrà direttamente sulla procedura, l’affitto d’azienda presuppone invece la gestione diretta da parte dell’affittuario, con la conseguente sopportazione del rischio da parte di quest’ultimo.

In aggiunta, la cessazione dell’esercizio provvisorio può essere disposta in ogni momento dal Tribunale laddove ne ravvisi l’opportunità, «*con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori*», mentre nell’affitto, salvo recesso, si renderà necessario attendere lo spirare del termine stabilito dal contratto. Da ultimo, e non di poco conto, l’affitto a differenza dell’esercizio provvisorio non comporta l’incremento dei crediti da soddisfarsi in prededuzione a norma dell’art. 111 primo comma L.F, in quanto le obbligazioni contratte sono da ritenersi ordinarie obbligazioni dell’affittuario.⁵⁰³

In definitiva, il curatore che voglia optare per una delle due soluzioni, ma anche nessuna di queste, dovendo sempre motivarne la scelta anche in tal caso, non tenendo una condotta omissiva⁵⁰⁴ e restando inerte innanzi a pur ragionevoli ipotesi di continuazione dell’attività, dovrà orientare la propria scelta tenendo sempre fermo l’obiettivo che la procedura si prefissa, ovvero della miglior liquidazione dell’attivo e conseguentemente, il miglior soddisfacimento dei creditori.

⁵⁰² Cfr. P. S. MONFREDINI, Articolo, “*Il contratto d’affitto d’azienda nelle procedure concorsuali*”, in *Il Fallimento*, 4/2017 p. 485.

⁵⁰³ Cfr. P. S. MONFREDINI, op., cit., *ibidem*.

⁵⁰⁴ Cfr. A. GALLONE, M. RAVINALE, “*L’affitto e la cessione d’azienda nella riforma fallimentare*”, Ipoa Wolters Kluwer, Milano, 2008, p. 19 secondo i quali, in tal caso sarà tenuto a rispondere della perdita di valore dell’azienda conseguentemente alla propria inattività.

Come è stato osservato⁵⁰⁵, ciò non implica l’obbligatoria assunzione di forme di rischio imprenditoriale, in quanto, di fatto gli è semplicemente richiesto se fosse utile considerare e perseguire nuove vie, ma in ogni caso lo scopo della sottoscrizione del contratto d’affitto d’azienda in sede fallimentare dovrà essere letto essenzialmente nel prospettare la prescritta “utilità” «*al fine della più proficua vendita dell’azienda o di parti della stessa*» rimarcando sotto il profilo esegetico l’imprescindibile vincolo ed il legame strutturale tra affitto e cessione.

Se si propendesse positivamente per l’operazione, a maggior ragione appare pacifico ritenere che il curatore non possa esimersi innanzitutto da un’attenta valutazione, sia inerente le potenzialità dell’azienda o di specifici rami che siano ancora in grado di generare redditività, sia sull’indagine in concreto delle cause che abbiano portato al dissesto, affinché tali elementi di criticità non possano insidiare l’economicità del contratto, e le carenze strutturali dell’impresa decotta non trovino ripercussione e nuova proliferazione nella gestione da parte dell’affittuario.

A ciò si aggiunge che anche la procedura che loca l’azienda, si troverà ovviamente esposta, come qualsiasi locatore, a tutti i rischi derivanti dal rapporto di conduzione⁵⁰⁶, i quali, come ampiamente argomentato nel primo capitolo di questo elaborato, potranno essere riassunti in breve:

- ❖ nel *rischio di natura finanziaria* dovuta alla mancata percezione del canone, così come del prezzo di vendita se previsto al termine, se dovuto dal locatario;
- ❖ nel *rischio di mercato*, dove la gestione dell’affittuario comporti uno svilimento dei valori del complesso, qualora non sia prevista la cessione al termine o quantomeno non in capo allo stesso soggetto (ancor di più se il conguaglio tenga conto dei soli valori patrimoniali non indennizzando eventuali perdite di valore economico del complesso affittato);

⁵⁰⁵ La norma non esplicita in concreto come debba essere raggiunta detta “utilità”, secondo una parte della dottrina, dovrebbe essere interpretata in senso estensivo nell’ordine di ricomprendere anche il tentativo da parte del curatore volto nell’opera di convincimento degli altri organi della procedura, ed assistito da opportuna documentazione, che l’esito negativo del contratto d’affitto d’azienda non arrecherebbe alla massa maggior pregiudizio, quanto la mancata sottoscrizione di questo. Cfr. P. RIVA in F. BAVAGNOLI, “*L’affitto d’azienda: Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d’impresa*”, 2011, cit., p. 206.

⁵⁰⁶ Si rinvia al primo capitolo dell’elaborato, CAP I (§ 1.6) per un approfondimento si veda F. BAVAGNOLI, “*L’affitto d’azienda: profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*”, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 24 e ss.

- ❖ nel *rischio economico* di non ottenere una remunerazione sufficiente laddove il canone fosse variabile e parametrato su grandezze come utile ante imposte o fatturato;
- ❖ nel *rischio di obsolescenza degli cespiti*, per cui la procedura a titolo di locatore dovesse intervenire in maniera ingente sulle spese di manutenzione straordinaria ove poste a suo carico;
- ❖ nel *rischio di liquidità* derivante dall’incapacità dell’affittuario di corrispondere il conguaglio se previsto ed in caso di incremento di valore del complesso locato;

A tal riguardo occorre rilevare che l’affitto d’azienda in ambito fallimentare debba esser assistito da pretese di maggior solidità considerati gli interessi in gioco, presupponendo pertanto, maggior cautela e suggerendo un comportamento molto più prudente ed accorto da parte del curatore rispetto ad un eventuale locatore *in bonis*.

Per questo molti elementi di rischiosità andrebbero stemperati già a monte dell’ipotetica concessione in godimento del complesso.

Invero, quanto ai profili finanziari, si ritiene che ovviamente che la curatela sarà particolarmente restia a concedere l’azienda in affitto a soggetti la cui solvibilità sia incerta o che non siano assistiti da specifiche forme di garanzia a fronte degli impegni assunti, mentre anche la perdita di valore economico non andrebbe contemplata se il conduttore acquisisse il complesso al termine, evitando questo allo stesso tempo di procrastinare nel porre in essere quelle strategie di medio-lungo termine, come spesso accade nella temporaneità dell’operazione d’affitto, essendone in questo caso l’unico beneficiario.

In questo caso, non solo verrebbe meno il rischio di liquidità, ma verrebbe a crearsi anche un indiretto beneficio per la procedura a seguito delle attività poste in essere dall’affittuario, potendo la curatela ritrarre più agevolmente ed alla scadenza i flussi pattuiti.

Infine per la natura del canone e per la sopportazione delle spese di manutenzione straordinaria, sarà sufficiente intervenire a livello pattizio potendo escludere *ex ante* tali eventualità, in virtù della maggior prudenza necessaria da parte della procedura, per il buon esito all’operazione, nell’ottica della tutela della salvaguardia dei valori e nell’interesse della massa dei creditori.

4.5.1 La scelta dell'affittuario.

L'inserimento dell'affitto d'azienda nella gestione della fase liquidatoria, seppur da un lato risponda all'ampia discrezionalità rimessa alle valutazioni del curatore che abbia identificato nell'istituto la miglior alternativa praticabile per la continuazione provvisoria dell'attiva ed una più proficua ricollocazione sul mercato, dall'altro, sconta una compressione dell'autonomia contrattuale emergente già dal momento della selezione del contraente.

La curatela non potrà arbitrariamente selezionare la propria controparte contrattuale, risultando vincolata alle prescrizioni previste dal secondo comma dell'art. 104-bis L.F., sia di natura procedurale, per l'esperimento di una gara competitiva relative alla scelta dell'affittuario, sia di natura sostanziale, in ordine ai criteri cui questa dovrà far riferimento per la selezione dell'offerta più conveniente.

Il secondo comma dell'art. 104-bis L.F. recita per l'appunto «*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.*»

Sotto un profilo temporale si prevede che la procedura debba seguire quattro fasi consecutive:

- i. il curatore identifica il ricorso all'istituto dell'affitto come strumento decisivo per la miglior liquidazione dell'attivo ed identifica i parametri di scelta dell'affittuario coerentemente con le disposizioni contenute nell'art. 104-bis;
- ii. il comitato dei creditori, con parere favorevole, approva il ricorso all'affitto *ex art. 104-bis* o il programma di liquidazione che lo contempli *ex art. 104-ter*;
- iii. il giudice delegato autorizza il ricorso all'affitto *ex art. 104-bis* c.1, ovvero approva il programma di liquidazione *ex art. 104-ter* c.8;
- iv. il curatore sceglie l'affittuario sulla base dell'iter procedurale indicato dal secondo comma dell'art. 104-bis.

L’autonomia del curatore trova due importanti vincoli, che da un lato ne limitano l’operato, ma dall’altro lo tutelano e lo proteggono, dovendo questi sia muoversi in coerenza con l’*iter* previsto dal secondo comma per il recepimento della controparte affittuaria, sia non discostarsi dai criteri che si è prefisso quando ha optato per il ricorso all’affitto e ne è stato autorizzato.⁵⁰⁷

Invero, in tale frangente, eventuali proposte di affitto potrebbero arrivare da più versanti, sia da clienti e fornitori legati all’azienda, sia da imprese concorrenti, o anche dagli stessi amministratori dell’azienda fallita, nonché da loro dipendenti organizzatisi sotto forma societaria o di cooperativa, che dovranno essere attentamente esaminate.

Per questo il Legislatore, mediante il richiamo dell’art. 107 L.F, si è preoccupato di individuare delle forme di ricerca del miglior contraente possibile, attraverso l’adozione di meccanismi competitivi che non solo garantiscano massima trasparenza, ma anche adeguata pubblicità per la partecipazione del maggior numero di soggetti interessati, avendo riguardo ai migliori veicoli rinvenibili sul mercato e potenziali sbocchi per l’attività condotta in affitto di cui si richiede preventivamente una stima.⁵⁰⁸

Va rilevato⁵⁰⁹ come in realtà la formulazione adottata dall’art. 104-*bis* L.F., non sia sempre stata accolta con serenità, tanto con riferimento alla stima richiesta, quanto rispetto della completa formulazione del dettato dell’art. 107 L.F. per l’espletamento della procedura.

In merito al primo aspetto l’art. 104-*bis* L.F. non specifica con esattezza né i profili soggettivi del professionista demandato né il perimetro valutativo.

⁵⁰⁷ Secondo alcuni autori, il Legislatore fallimentare nel predeterminare i meccanismi «pratico- applicativi» dell’individuazione del terzo contraente e nel regolare i possibili contenuti del contratto d’affitto, ha cercato di rendere legittimo l’inserimento di alcune clausole che possano proteggere il curatore che agisce come particolare contraente nell’ordine dell’interesse della massa. Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, “*Manuale di diritto fallimentare*”, VII ed., 2008, cit., p. 596.

⁵⁰⁸ In merito si consulti la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo del 9 gennaio 2006, n.5, ove si legge che l’art. 107 L.F. mira «a conseguire l’obiettivo del massimo realizzo secondo modelli di speditezza, flessibilità e trasparenza, totalmente slegate dai rigidi schemi procedurali previsti per le esecuzioni individuali, e, quindi, non più ancorate alle anacronistiche distinzioni basate sulla natura mobiliare o immobiliare dei beni», sul punto in richiamo anche L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERIN in “*Trattato delle procedure concorsuali*”, Vol. III, Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 172.

⁵⁰⁹Cfr. A. GALLONE, M. RAVINALE, “*L’affitto e la cessione d’azienda nella riforma fallimentare*”, 2008, cit., p. 50, gli autori sostengono addirittura che sia una scelta «infelice», in quanto la norma non individua con esattezza le caratteristiche del redattore, né delinea in modo circostanziato il perimetro della valutazione.

A tal riguardo, si rende quanto mai necessaria una lettura combinata con il primo comma dell’art 107 L.F., che prevede il ricorso a «*soggetti specializzati*» ed «*operatori esperti*», considerando da un verso l’indispensabile valenza della stima come documento costitutivo della scelta del curatore sull’eventuale ricorso all’operazione, e dall’altro la valorizzazione del grado di economicità della stessa attraverso la determinazione della “congruità” del canone offerto.

In riferimento all’espletamento della procedura, il richiamo all’art. 107 L.F., per quanto attiene all’affitto d’azienda, deve intendersi riferito alla *ratio* generale di tale disposizione, ovvero che l’affitto d’azienda deve avvenire all’esito dell’esperimento di una procedura competitiva, senza però imporre l’applicabilità di tutte le disposizioni contenute nell’art. 107 L.F., specificatamente dettate per le sole vendite competitive, e non suscettibili di interpretazione analogica ai casi di affitto.⁵¹⁰

Più pacifica è invece l’individuazione dei criteri che il curatore dovrà considerare per il recepimento della controparte, che non riguardino esclusivamente il realizzo economico rappresentato dal canone pur sempre “congruo” in base alla stima effettuata, ma anche dalla compresenza di altri tre elementi che la norma identifica.

Nello specifico si prevede che il curatore debba basare la propria valutazione avendo riguardo:

- ❖ dell’importo del canone di affitto offerto;
- ❖ delle garanzie proposte;
- ❖ dell’attendibilità del piano di prosecuzione dell’attività d’impresa, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

Per ciò che attiene al canone, sebbene non sia l’unico elemento da considerare, la valutazione della congruità del medesimo resta condizione necessaria ed imprescindibile per l’espressione di un giudizio da parte della curatela sul potenziale conduttore.

Invero, la crescente diffusione dell’istituto nell’ambito delle procedure come modalità di continuazione dell’attività e ottimale soluzione di liquidazione, unita alle disposizioni del

⁵¹⁰ A titolo esemplificativo una parte della giurisprudenza ha osservato che, il potere del giudice delegato di sospensione di cui all’art. 107 comma. 4 L.F. è limitato alle sole procedure di aggiudicazione di contratti di vendita e non può essere esteso, neppure in via analogica, a fattispecie relative all’aggiudicazione di un contratto di affitto d’azienda. Cfr. Trib. Novara 24 ottobre 2014.

Legislatore che prevedono la necessità da parte del curatore di estendere l’analisi valutando comparativamente differenti proposte, presuppongono l’opportuna verifica della congruità delle offerte pervenute sulla base delle metodologie di calcolo elaborate dalla dottrina economico aziendale e dalle “Linee Guida” del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili.⁵¹¹

Anche per quanto concerne l’attendibilità del piano di prosecuzione dell’attività d’impresa, si ritiene indispensabile che il curatore effettui una comparata valutazione non soltanto sulle capacità attuali di gestione da parte dei soggetti proponenti, ma, considerata la durata del contratto, la quale, ai sensi del quarto comma della presente disposizione, comunque dovrà sempre «essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni», anche sulla sostenibilità nel tempo dell’operazione da parte dei medesimi.

Rileveranno in particolar modo, non solo l’attenta valutazione da parte del curatore sulla liquidità e solidità patrimoniale dei potenziali conduttori, ma anche l’analisi della dinamica dei flussi reddituali e finanziari futuri che questi prevedono di raggiungere con la gestione del complesso.

Dovrà così essere garantito al contempo, sia il mantenimento del grado di economicità dello stesso che asseveri l’agevole corresponsione del canone nella misura pattuita ed alla scadenza, sia la capacità dei conduttori di far fronte e di tener fede agli impegni contrattuali assunti.

Per tali ragioni è prassi comune richiedere e valutare innanzitutto la serie storica dei bilanci a consuntivo delle aziende proponenti, ovvero di bilanci infrannuali, in ordine al maggior grado di fedeltà e aggiornamento, se presenti, premurandosi in secondo luogo di ottenere le proiezioni economico finanziarie sui dati aziendali che permettano di comprendere l’evoluzione dell’andamento della conduttrice a seguito dell’operazione di affitto d’azienda.

⁵¹¹ Per un’analitica descrizione delle metodologie fornite dalla dottrina si rimanda al *Capitolo II (§2.6)* del presente lavoro. Si fa riferimento anche ad al Documento del CNDEC - Allegato informativa 65/2016 “*La determinazione del canone congruo di locazione d’azienda nelle procedure concorsuali*”, pubblicato il 20 maggio 2016.

Si ritiene auspicabile, a tal fine, che le potenziali controparti conduttrici redigano un piano che evidenzi in misura attendibile i flussi di cassa prospettici previsti per il periodo di locazione distinguendo in modo analitico le differenti aree di gestione aziendale, sul quale il curatore sarà tenuto ad esprimersi sempre in ottica di continuità e facendo riferimento anche in questa sede al principio internazionale *International Standards on Assurance Engagements ISAE 3400*.⁵¹²

L’attendibilità del piano verrà così a concretizzarsi *in primis* nelle valutazioni delle ipotesi formulate con riferimento alle dinamiche del settore, per poi manifestare coerenza con il mercato e l’ambiente esterno, considerato il contesto di riferimento, nonché con le strategie prospettate, le quali assumeranno massima rilevanza se basate su efficaci prove documentali che ne asseverino la realizzabilità.

In buona sostanza, sarà necessario comprendere se tali ipotesi siano coerenti con la struttura aziendale, pur tenendo fermo lo stato di crisi manifesta, e le capacità di questa di affrontare la situazione, avendo riguardo soprattutto agli interventi che la controparte sarà in grado di effettuare in proprio.

Giova tener conto, anche se nella prassi in realtà non vi sia una moltitudine di soggetti potenzialmente interessati alla sottoscrizione del contratto, ma forse un unico conduttore ipotetico, che nel rispetto delle prescrizioni della norma, sarà comunque necessario prodigarsi nel ricercare offerte migliorative, organizzando un’asta che abbia ad oggetto il contratto di affitto e che preveda quale base di competizione l’unica offerta pervenuta.

In questo contesto, è di capitale importanza che il curatore provveda a sintetizzare gli aspetti strategici e critici dell’offerta pervenuta, cosicché ad altri potenziali interessati, ne siano chiari i tratti salienti ove sia auspicabile un miglioramento, che di certo possa dipendere innanzitutto dal canone, ma anche da specifiche forme di garanzia previste, così come eventuali accolti di poste passive.

Dal tenore della norma si desume che a parità di condizioni offerte, «avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali», il *quid pluris* del contratto vada ricercato nell’impatto sociale che la conclusione dello stesso vada a comportare.

⁵¹² Principio di Revisione Internazionale, ISAE 3400, “*The examination of Prospective Financial Information*”, emanato dall’*International Standard on Assurance Engagements*”, per un approfondimento si rimanda a F. SALVARDI, “*La relazione di attestazione in ambito concorsuale*”, Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 29-30.

In tali termini, dovrà sempre mostrarsi preferenza a quel contratto che preveda una maggior tutela delle posizioni lavorative, tale da giustificare l’enfasi del Legislatore su quest’ultimo punto, e di fatti l’unico riferimento al contenuto del piano.⁵¹³

Ma questo sempre a parità di condizioni, poiché, anche se chiaro l’intento garantista della norma, che per il curatore significherà preferire una soluzione, che pur meno interessante sotto altri profili, garantisca la salvaguardia di un maggior numero di posti di lavoro, questi dovrà comunque manifestare accortezza e prudenza su eventuali offerte che facciano leva esclusivamente sulla componente sociale.

Per questo si ritiene⁵¹⁴ che quelle proposte, carenti sotto il profilo delle intenzioni e delle capacità della controparte e mosse esclusivamente dalla necessità della salvaguardia dei posti di lavoro, non dovranno essere né strumentalmente utilizzate dal proponente, né tanto meno subite dal curatore, ben potendo portare a conseguenze ancor peggiori derivanti dall’aver affidato l’azienda ad un soggetto che non si dimostri in grado di mantenerla in equilibrio economico-finanziario.

Altro dato fondamentale che possa influenzare il grado di convincimento del curatore sulla bontà dell’operazione, come richiesto dalla norma, è rappresentato dal rilascio di determinate forme di garanzia prestate a fronte delle obbligazioni assunte.

Tale aspetto non solo si rende fondamentale in sede di presentazione della proposta, ma viene rimarcato anche dal terzo comma dell’art. 104-*bis* L.F., in ordine alle caratteristiche del contratto dovendo questo essere assistito da «[...] idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell’affittuario derivanti dal contratto e dalla legge [...]».

Le forme di garanzia più comuni e favorevoli alla massa dei creditori sono rappresentate dal rilascio di fidejussioni bancarie e assicurative rilasciate da istituti di credito, che debbano assicurare in prima istanza la copertura del rischio pari al valore nominale dell’impegno assunto fino a scadenza, e nel caso in cui sia formulata una proposta di acquisto, ricomprendere anche il valore d’acquisto allo scadere del contratto, tenendo conto dei canoni già corrisposti a scomputo del prezzo dovuto.

⁵¹³ Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *op.*, cit., p. 597, gli A. sottolineano come per la prima volta, relativamente alla scelta della controparte e nell’attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, il legislatore italiano si sia dimostrato sensibile al valore della conservazione dei livelli occupazionali.

⁵¹⁴ Cfr. P. RIVA, in F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 214.

Altre forme di garanzia possono essere rilasciate da terzi parti societarie (cd. garanzie *corporate*), la cui solidità e capacità finanziaria sia stata posta al vaglio del curatore.

È stato osservato⁵¹⁵ che tali forme di garanzie si rendono imprescindibili qualora la controparte conduttrice che si propone per la sottoscrizione del contratto, come sovente nella prassi, sia una società neo costituita (*newco*).

In questi casi, i reali interlocutori, differiscono dal soggetto economico che si propone come conduttrice alla curatela, essendo questo costituito unicamente dalla società veicolo che figura come controparte sottoscrivente.

Nella prassi, seppur il curatore si interfacci con i referenti della partecipante della *newco*, non può richiedere che questi garantiscano formalmente il buon esito degli impegni assunti dalla nuova entità.

Allo stesso modo, in mancanza di tali impegni formali, non potrà nemmeno contare sull’intervento dei soci della società neo costituita.

Per questo, trattandosi di soggetti giuridici differenti, i soci della partecipante potrebbero lecitamente non ritenersi responsabili dell’eventuale decozione della propria partecipata.

In questo caso, mancando di un sostegno da parte della compagine della partecipata, la capacità della conduttrice di far fronte al pagamento dei canoni dipende strettamente dall’esito dell’attività svolta, in grado di generare quei flussi sufficienti per autofinanziare le proprie operazioni, remunerare l’attività e rispettare gli impegni assunti relativi al canone nonché del prezzo di vendita se previsto l’acquisto al termine.

Ovvio che in questo caso, il sinallagma tra andamento della gestione e la possibilità di far fronte ai propri impegni è particolarmente rilevante, se non anche il rischio di inadempimento, pertanto la decisione da parte della curatela di propendere per una siffatta soluzione dovrà essere attentamente ponderata.

Infine, un’ulteriore forma di tutela per la massa potrà essere rappresentata anche dal deposito a garanzia da parte di un soggetto terzo, che terrà a disposizione delle somme di danaro da cui la curatela potrà attingere in caso di inadempimento dell’affittuaria.

Di norma, si ritengono o computate in percentuale sull’importo complessivo degli impegni assunti, o direttamente stanziati pari ad una somma che possa riguardare la copertura di uno o più periodi di locazione.

⁵¹⁵ Cfr. P. RIVA, in F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 219.

In ogni caso se la garanzia fosse disposta in termini percentuali o su previsioni annuali, il deposito dovrà essere mantenuto per tutta la durata della locazione e non solo fino a scadenza del periodo coperto, nonché per un eventuale scomputo della stessa dal prezzo di vendita.

Per concludere, una volta individuata la controparte affittuaria da parte del curatore, tenendo ferma da un lato la discrezionalità delle scelte da questi poste in essere, e dall’altro il rispetto dei dettami prescritti, vale la pena sottolineare come una parte della giurisprudenza di merito⁵¹⁶ abbia osservato che debba ritenersi inammissibile il reclamo al giudice delegato avente ad oggetto l’attività svolta dal curatore in relazione alla scelta dell’affittuario dell’azienda, esercitata in sede fallimentare, se avvenuta nel rispetto dei criteri indicati dalla legge.

In altri termini, il giudice delegato potrà esprimersi, ma esclusivamente sulla legalità della procedura competitiva, senza entrare nel merito delle valutazioni del curatore.

Si ritiene infatti, insindacabile la scelta compiuta dal curatore nell’ambito della procedura di individuazione dell’affittuario dell’azienda in sede fallimentare, qualora siano state rispettate le formalità ed i criteri indicati dalla legge, i cui contenuti inderogabili, sopra descritti, siano stati assunti come presupposti del bando di gara, e da questi sia scaturita una valutazione globale e comparativa.

4.5.2 La stipulazione del contratto.

Nelle disposizioni del terzo comma dell’art. 104-bis L.F., si prevede che «*Il contratto di affitto stipulato dal curatore nelle forme previste dall’articolo 2556 c.c.*», in forza del quale, i contratti che abbiano il trasferimento della proprietà di un’azienda o la sua concessione in godimento, se conclusi tra imprese soggette a registrazione, dovranno rivestire la forma autentica (atto pubblico o scrittura privata autenticata) richiedendo l’intervento del notaio, il quale ne dovrà curare anche il deposito presso il Registro delle imprese.

⁵¹⁶ A tal fine si veda in particolare, *ex plurimis*, Trib. Taranto 23 dicembre 2013.

Ma proprio per il fatto che la sottoscrizione del contratto d’affitto avviene in ambito fallimentare e non in sede ordinaria, il dettato del terzo comma dell’art. 104-*bis* L.F., prendendo atto della prassi da tempo adottata dagli organi della procedura, prevede una serie di obblighi e garanzie sottoposti all’affittuario aventi carattere inderogabile.

Partendo dal presupposto che l’affitto debba sempre essere considerato uno strumento volto a conciliare la continuazione dell’impresa per ritrarre un maggior valore in sede di liquidazione, con la sopportazione del relativo rischio a un terzo estraneo alla procedura, affinché non costituisca pregiudizio per la massa e venga garantita la tutela dei creditori concorsuali, l’espressione dell’autonomia delle parti in sede fallimentare in deroga a quanto stabilito dal codice civile, trova una forte compressione dalle clausole prescritte dal Legislatore, che assurgono a contenuto minimo ed obbligatorio del contratto.⁵¹⁷

Dalla lettura congiunta del terzo comma e del quarto dell’art. 104-*bis* L.F., si apprende dunque che il contratto dovrà prevedere:

- ❖ il diritto del curatore di procedere all’ispezione dell’azienda;
- ❖ la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni, contrattuali e legali, dell’affittuario;
- ❖ il diritto di recesso del curatore, esercitabile dopo aver sentito il comitato dei creditori, corrispondendo all’affittuario un giusto indennizzo (da soddisfarsi in prededuzione ex art. 111 n. 1 L.F.);
- ❖ una durata compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni che non potrà superare il tempo prevedibile per la liquidazione dei beni, così come indicato nel programma di liquidazione di cui all’art. 104-*ter* L.F.

Quanto al diritto del curatore di procedere alle ispezioni, si ricorda anche in questa sede che tale diritto discenda direttamente dal disposto dell’art. 1619 c.c., dettato in materia di affitto in generale sul quale si è già argomentato in ambito civilistico.⁵¹⁸

⁵¹⁷ Come da relazione illustrativa del D.lgs 5/2006, Cfr. M. R. GROSSI, in “*La riforma della legge fallimentare: commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali*” II. Ed., Giuffrè, Milano, 2008, p. 879.

⁵¹⁸ Per la trattazione in ambito civilistico si rimanda al Capitolo III (§3.2) del presente elaborato.

In forza della disposizione civilistica già applicabile *in re ipsa*, è stato osservato⁵¹⁹, che in realtà la riproposizione del diritto di ispezione sarebbe da ritenersi superflua, ma viene comunque ripresa dal Legislatore fallimentare enfatizzandone la rilevanza e, a parere di chi scrive, l’inevitabile collegamento con il diritto di recesso esercitabile da parte del curatore.

Secondo parte della dottrina⁵²⁰ sarebbe altresì da considerarsi congiuntamente anche con l’obbligo del rilascio di determinate forme di garanzia, a corredo del completamento di un quadro comportamentale da parte del conduttore, ispirato a trasparenza e serietà.

Ancor di più se si pensa che le ispezioni, peraltro eventuali e non obbligatorie, possano essere effettuate sia con accessi fisici veri e propri nei locali in cui l’attività viene condotta, sia riguardare la mera consultazione dei libri contabili del conduttore per la verifica dell’effettivo rispetto dei piani inizialmente prospettati alla procedura tramite il conseguimento di risultati soddisfacenti, nonché della capacità economico finanziaria di far fronte in concreto agli impegni assunti garantendone l’adempimento.

La *ratio* della disposizione dovrà, perciò, essere ricercata nell’intento del Legislatore di dotare la procedura un mezzo volto a ridurre l’asimmetria informativa con la parte conduttrice, che all’occorrenza potrà anche essere ampliato convenzionalmente.

Nella libertà di accesso riconosciuta al curatore, non è raro il caso in cui si preveda, ad esempio, che questi possa avvalersi dell’ausilio di soggetti incaricati, come periti, per la verifica del regolare funzionamento del complesso, o anche richiedere l’utilizzo di alcuni locali per restare a stretto contatto, come anche a testimonianza della buona fede del conduttore, su base volontaria, potranno anche essere fornite informative periodiche suppletive di natura economico-finanziaria.

D’altro canto, a maggior tutela della possibilità del diritto di ispezione, potrà essere pattuito contrattualmente come ipotesi di risoluzione legato all’inadempimento dell’affittuario, anche il mancato espletamento del diritto di accesso da parte della curatela, ben potendo essere considerato tale atteggiamento ostativo, pregiudizievole della sopravvivenza stessa del complesso.⁵²¹

⁵¹⁹ A. GALLONE, M. RAVINALE, *op. cit.*, p. 78.

⁵²⁰ Cfr. P. RIVA, in F. BAVAGNOLI, *op. cit.*, p.226.

⁵²¹ Si veda *ex multis* Cass. 13 giugno 1985, n. 3554, in senso analogo Cass. 5 marzo 1980, n. 820 in A. GALLONE, M. RAVINALE, *op. cit.*, p. 79.

Questo è solo uno dei casi in cui si possa asseverare la disposizione del terzo comma dell’art.104-*bis* L.F., in ordine al recesso del curatore, che come osservato in precedenza, debba sempre essere letta contemperando le necessità dell’esecuzione del piano così come prospettato nonché dell’effettiva consistenza delle garanzie assunte.

Si tratterà comunque di una prescrizione eccezionale, posta per la non definitività della scelta del curatore di dar seguito all’operazione dalla sottoscrizione del contratto di affitto con una controparte, e come ulteriore mezzo di tutela per la massa dei creditori considerate le esigenze della procedura di far fronte al manifestarsi di esigenze o evenienze impreviste sorte dopo la conclusione del negozio.

Così, l’esercizio unilaterale del recesso, consentirà al curatore sia di potersi divincolare qualora le predette ispezioni siano state rilevatrici di una gestione poco soddisfacente ovvero sia venuta meno la consistenza delle garanzie precedentemente concesse, sia quando vengano alla luce nuove opportunità di liquidazione a condizioni più favorevoli ed in tempi più rapidi.⁵²²

Ciò che rileva in tale frangente, attiene al fatto che trattandosi dell’esercizio di un diritto, il curatore non sarà tenuto a fornire nessuna motivazione all’affittuario circa la propria decisione, il quale peraltro essendo legalmente vincolato al rischio di recesso della curatela dal momento dell’accettazione delle condizioni del contratto, ne risulta scientemente esposto e non potrà che subirlo passivamente.

Al contrario tale motivazione, sempre ai sensi del terzo comma, dovrà essere invece articolata nell’ambito dell’informativa da sottoporre al comitato dei creditori, ed argomentata in modo convincente, essendo in totale difformità con le ragioni che abbiano anzitempo portato il curatore a chiedere l’autorizzazione al giudice delegato per la sottoscrizione di siffatto contratto.

In tal caso, si rende necessario puntualizzare di come in verità non venga previsto un complesso procedimento autorizzatorio per l’esercizio del diritto di recesso.

⁵²² L’esigenza da parte del curatore di far cessare anticipatamente il contratto d’affitto, prima dello spirare del termine potrebbe essere così collegata al recepimento di un’offerta di acquisto da parte di un terzo e particolarmente conveniente. Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *op.*, cit., p. 598.

Seppur la norma preveda di “sentire” comitato dei creditori, il cui parere è certamente obbligatorio, ma altrettanto non vincolante, non viene nemmeno richiesto un particolare intervento da parte dell’autorità giudiziaria.⁵²³

Si ravvisa, così, che sia un diritto potestativo riconosciuto unicamente in capo al curatore, ma da utilizzare con criterio, avendo riguardo, a parere di chi scrive, soprattutto al fatto che in ogni caso l’indennizzo che dovrà essere riconosciuto, sia che venga predeterminato dal contratto o determinato *ex post* per mezzo di alcuni parametri, andrà sempre soddisfatto in precedenza ai sensi dell’art. 111 primo comma n.1 L.F. poiché sorto «*in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*» e pertanto con preferenza su ogni altro credito, fatti salvi i crediti pignorati ed ipotecari.

La corresponsione del “giusto” indennizzo che la norma prescrive, peraltro, consta di particolare criticità sia sul piano della quantificazione che sull’eventuale intervento dell’autorità giudiziaria, non essendo stata da questa suggerita alcuna specifica, nemmeno in via generica.

Non essendoci, di fatti, uno specifico richiamo nella norma all’art. 79 L.F., con le dovute differenze stanti la facoltà congiunta delle parti di recedere dal contratto in caso di affitto stipulato *ex ante* dichiarazione di fallimento, potrebbe dubitarsi dell’applicazione dello stesso ed in particolare dell’intervento del giudice delegato per la quantificazione dell’equo indennizzo in mancanza di accordo tra le parti.⁵²⁴

Parere concorde si ha invece in ordine alla natura giuridica del risarcimento.

⁵²³ Secondo parte della dottrina l’asimmetria del procedimento di sottoscrizione e recesso sia da considerarsi «apparentemente incomprensibile», Cfr. A. GALLONE, M. RAVINALE, *op. cit.*, p. 28, si veda anche M. SANDULLI, *sub art. 104-bis*, in “La riforma della legge fallimentare”, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, Giappichelli, Torino, 2006, cit., p. 616; in senso avverso, considerata la ratio e lo spirito della riforma, ed in conformità con il parere per la disposizione dell’affitto, per la natura vincolante del parere L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, “Affitto dell’azienda o di rami dell’azienda”, in “*La legge fallimentare dopo la riforma*”, (a cura di) A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO.

II, Giappichelli, Torino, 2010, cit., p. 1379, che richiama anche la natura di atto di straordinaria amministrazione dell’esercizio del recesso e il disposto dell’art. 35 L.F.

⁵²⁴ Parte della dottrina ritiene comunque pacifico l’intervento del giudice in caso di scioglimento del contratto di affitto endofallimentare quale «risolutore di conflitti», relativi alla determinazione dell’equo compenso, in particolare se avanzate ingenti ed ingiustificate richieste di risarcimento danni dalla controparte. Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *op. cit.*, *ibidem* ult. cit.

Invero, tenendo sempre fermo il riconoscimento di un debito prededucibile, così come previsto per scioglimento dal contratto di affitto preesistente alla dichiarazione di fallimento ex art. 79 L.F., si è portati a sostenere anche in questo caso che la natura giuridica dell’importo debba avere natura indennitaria e non meramente risarcitoria compensando un pregiudizio patrimoniale derivante dal compimento di un atto consentito dalla legge (cd. “*danno da atto lecito*”)⁵²⁵ e non già di un atto ingiusto o illegittimo.

Infine, in ordine alla determinazione del “giusto indennizzo”, certamente proporzionato alla durata residua del contratto, dovrà anche sollevare il contraente cui si sia intimato lo scioglimento da quei pregiudizi conseguenti della cessazione anticipata del rapporto, rilevati tanto dal lato del “danno emergente” quanto da quello del “lucro cessante”.⁵²⁶

Nel primo caso, potrebbero rientrare a titolo esemplificativo alcune obbligazioni assunte dall’affittuario, che comunque non saranno assorbite dalla procedura, ai sensi del sesto comma dell’art. 104-*bis* L.F., ma a causa della cessazione anticipata del contratto potranno comunque arrecare pregiudizio a costui.

Si pensi, ad esempio, ai danni ed alle penalità da corrispondere a terzi per non aver portato a termine dei rapporti di fornitura, sempre che questi non vengano traslati al soggetto acquirente, ove presente, ed annullati per il conduttore uscente, ovvero dal lato opposto, non siano stati proprio loro causa determinante del recesso stesso, una volta rilevati a seguito delle ispezioni della curatela.

Molto più significativi, invece, potrebbero essere quei costi non recuperabili per l’affittuario, che possano discendere non soltanto dalla sottoscrizione del contratto nelle forme richiedenti l’operato del notaio e relative imposte di registrazione, quanto soprattutto da quel complesso di garanzie bancarie o assicurative assunte come parte strutturale richiesta per accedere alla convenzione.

Poiché la norma prescrive espressamente che le prestazioni previste debbano essere coperte, il costo per accedervi potrebbe non essere trascurabile.

⁵²⁵Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *op.*, cit., *ibidem*.

⁵²⁶ In questo senso C. MIELE, “*Contratto d’affitto d’azienda*”, in M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, Cedam, Padova, 2007, p. 606.

Andrebbe altresì considerato anche il costo degli oneri finanziari iniziali sostenuti dalla controparte affittuaria, laddove avesse attinto da fonti di finanziamento differenti ed ulteriori da quelle in essere per la conduzione della propria azienda, o totalmente nuove se si fosse costituita una *newco*, non recuperabili a causa dell’interruzione della gestione, che pur andranno computate nel calcolo dell’indennizzo.

Dal lato diametralmente opposto, la determinazione dei pregiudizi ascrivibili al lucro cessante, andrebbe determinata tenendo conto della mancata percezione degli utili netti attesi dal periodo residuo contrattualmente previsto.

Tali flussi andranno ovviamente determinati sulla base di ipotesi ragionevoli, eventualmente già formulate nel piano presentato ai sensi del secondo comma della norma, ma all’occorrenza aggiornate per tener conto dei dati consuntivi relativi ai periodi già trascorsi, ponendo limitazioni a conteggi caratterizzati da eccessivo ottimismo o da indennità sovrastimate.

In aggiunta, tali flussi di reddito attesi, calcolati sempre al netto del canone da corrispondere, secondo una certa dottrina⁵²⁷ andrebbero ulteriormente rettificati applicando dei correttivi che tengano conto in prima istanza, della natura equitativa a cui la stima dell’indennizzo deve condurre rispetto agli importi inizialmente individuati.

Nello specifico, la somma destinata alla controparte affittuaria andrebbe calcolata tenendo conto *in primis* della mancata reale prestazione dell’affittuario nei confronti dell’azienda retrocessa al fallimento, ed in secondo luogo andrebbe considerato che una volta riconsegnato il complesso alla procedura, l’affittuario avrebbe la possibilità di impiegare altrimenti le proprie risorse, elidendo in via ipotetica ed almeno in parte il pregiudizio causato dal recesso.

Per questo la stessa dottrina sostiene che andrebbe ridotto l’orizzonte temporale di riferimento rispetto a quello contrattuale per il calcolo dei flussi da corrispondere, considerando il minore tra la durata residua del contratto ed il tempo ragionevolmente necessario riconosciuto all’affittuario per procurarsi beni aziendali di consistenza e qualità simili a quelli oggetto del negozio.

⁵²⁷ Cfr. C. MIELE, “Contratto d’affitto d’azienda”, in *op. cit.*, p. 606.

4.5.3 Il diritto di prelazione dell’affittuario.

Nell’impostazione del dettato normativo dell’art. 104-*bis* L.F., il Legislatore ha dedicato apposito spazio alla possibilità di riconoscere in via convenzionale un diritto di prelazione per l’affittuario per l’acquisto del complesso, previa autorizzazione del giudice delegato e con parere favorevole del comitato dei creditori.

In merito al riconoscimento del diritto di prelazione vanno affrontate in via preliminare due considerazioni di fondamentale rilevanza.

Il primo luogo, così come si evince dal testo della norma, ed in netto distacco rispetto al passato, l’obiettivo della riforma del 2006 è stato quello di non imporre per legge la prelazione, ma di farne eventuale oggetto di contrattazione, riconoscendolo in via convenzionale e sulla base di un accordo tra le parti.

Questo perché la prelazione *legale* prevista dalle norme che di cui all’art. 3, comma 4, legge 223 del 1991⁵²⁸, non solo rispondeva ad obiettivi ulteriori come il risanamento di contesti in crisi o di tutela “sociale” rispetto al principio del maggior possibile soddisfacimento del ceto creditorio, ma le posizioni contrattuali transitorie che venivano a crearsi, potevano avere luogo autonomamente tra affittuario e concedente anche al di fuori della procedura o prima dell’inizio di questa.⁵²⁹

Si finiva così, con l’attribuire al soggetto fallendo il potere di scegliersi liberamente il proprio successore, reale o fittizio, impedendo agli organi della procedura di poter minimamente incidere sulla vicenda, salvo recesso indennizzato dal rapporto, laddove fosse stato previsto un prezzo del tutto sproporzionato.⁵³⁰

⁵²⁸ L. 23 luglio 1991, n. 223, “Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro”.

⁵²⁹Cfr. F. FIMMANÒ, “L’affitto di azienda preesistente al fallimento”, documento n. 98/2008, in www.ilcaso.it «lo status di affittuario (problematicamente, anche di gestore) deve preesistere all’apertura della procedura concorsuale; ciò è a dire che l’affittuario deve avere già assunto la sua posizione contrattuale prima che l’imprenditore, nel corso del contratto, sia fatto entrare ovvero entri da solo nella gabbia del dissesto.».

⁵³⁰ Sempre secondo l’A. è parere di alcuni che la prelazione legale in commento ad opera della L. 223/91 «deve essere concessa e può essere esercitata subito, all’interno delle procedure già aperte e non ancora concluse, al prezzo che, allo stato, risulta determinato dalla successione delle gare esperite per aziende che siano ancora nella disponibilità degli organi della procedura». F. FIMMANÒ, *op.*, *ult. cit. ibidem*.

A seguito della riforma e con l’introduzione del diritto di prelazione a favore dell’affittuario regolata dalla norma che prevede l’affitto endofallimentare dell’azienda, la questione sembra definitivamente superata, perché ci si deve specificamente rivolgere esclusivamente all’imprenditore che ha ottenuto l’autorizzazione al godimento del complesso dei beni dell’impresa da parte del giudice delegato.

La prelazione, così spetta soltanto ai soggetti che hanno stipulato il contratto di affitto dell’azienda con l’autorizzazione degli organi fallimentari, previa valutazione della convenienza della continuazione dell’attività e della capacità imprenditoriale dell’affittuario nonché del parere del comitato dei creditori, e non a quelli che l’abbiano stipulato con il debitore, prima della dichiarazione di fallimento.

In aggiunta, la facoltà per gli organi della procedura di concedere, di riconoscere, un diritto di prelazione su base convenzionale non risponde più ad istanze di tutela di interessi ulteriori, considerati prevalenti, ma unicamente delle aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio.

In secondo luogo, va osservato che debba essere sempre demandato ai creditori di valutare la convenienza, dal punto di vista economico, della conclusione di un contratto di affitto nel quale sia riconosciuta la prelazione in vista della futura vendita, perché l’eventuale minor ricavo dalla stessa, non potrà non incidere sulla percentuale di riparto a questi destinata, e previa “espressa”⁵³¹ autorizzazione del giudice delegato.

La motivazione pare muovere dal fatto, come anche spesso osservato in dottrina⁵³², che il diritto dell’affittuario ad essere preferito, a parità di condizioni, e rispetto a un altro offerente, nella vendita endofallimentare, potrebbe costituire un deterrente alla partecipazione di altri soggetti alle procedure competitive, finendo per scoraggiare tali potenziali interessati.

⁵³¹ Data la sua importanza ed incidenza nel corso dell’intera procedura concorsuale, la novella ha previsto un procedimento autorizzativo ulteriore, che concorre con l’autorizzazione prescritta per l’affitto. Si ritiene che il legislatore, sottolineando la necessità di un’autorizzazione “espressa”, abbia imposto al G.D. di pronunciarsi in ordine al riconoscimento del diritto di prelazione in modo specifico, affinché la scelta di concederlo sia autonomamente e circostanziatamente valutata e motivata. Si evidenzia, infatti, che tale interpretazione è l’unica in grado di spiegare una tale sottolineatura da parte del legislatore, non rinvenendosene una analoga in tutto l’impianto della legge fallimentare. Cfr. A. PENTA, “*La liquidazione dell’attivo fallimentare*”, CEDAM, Padova, 2016, p. 523; sul punto anche A. STEFANI, “*Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*”, Milano 2012 in www.ilfallimentarista.it

⁵³² Cfr. F. BAVAGNOLI, P. RIVA (a cura di), *op.*, cit., p. 234.

La concessione del diritto in questione, eliminerebbe per definizione la partecipazione attiva alle procedure competitive, ove l’affittuario prelatizio, qualora anche non potesse fruire della prelazione, sarebbe in ogni caso il soggetto più qualificato a proporre offerte al rialzo pur di aggiudicarsi il complesso e non rinunciare alla continuità del proprio operato.

A ciò si aggiunga, come ipotesi di certo non inverosimile, che essendo l’affittuario in grado di conoscere intrinsecamente il valore del complesso, possa questi entro certi limiti, anche tentare di comprimerlo rendendolo meno appetibile per eventuali interessati.

In tale frangente dunque, rientrerà non soltanto la buona fede dell’affittuario, ma anche uno degli elementi tipici di rischiosità dell’operazione di affitto in generale, già trattato in precedenza, legato al carattere transitorio della vicenda e fonte di rischi e tensioni tra affittante e conduttore, ancor più pregnante se considerato nel contesto fallimentare e come potenziale pregiudizio per la massa.

Pur premettendo la buona fede dell’affittuario, secondo la dottrina di riferimento⁵³³ è verosimile sostenere che la caratteristica della temporaneità della gestione non potrà che non comportare, a titolo esemplificativo, l’adozione di alcune scelte strategiche di attesa, a scapito di interventi più duraturi, ancor di più se in mancanza della certezza dell’evoluzione futura della configurazione dell’assetto proprietario.

Peggio invece, ma di certo non inattendibile, come anticipato, se l’affittuario tenti di deprimere il valore del complesso per diminuire il prezzo di vendita e allo stesso tempo scoraggiare eventuali interessati.

Per arrivare ad una soluzione pacifica, è qui che la fonte convenzionale della prelazione gioca un ruolo fondamentale.

Essendovi soltanto la mera “possibilità” che tale diritto venga riconosciuto e previsto dallo stesso contratto di affitto, la fonte convenzionale permetterebbe di conciliare sia gli interessi della procedura, che potrà contare su interventi più duraturi e non orientati unicamente sul breve periodo, sia per l’affittuario che garantendosi una sorta di “certezza” dell’acquisizione del complesso al termine, non solo sarà più incentivato a porre in essere strategie a lungo termine, ma per non rinunciarne ai benefici tenderà di accaparrarsi il

⁵³³ Si veda CAP I (§1.6) in riferimento ad A. MUSAIO, “L’economia dell’azienda In «Affitto», Profili Istitutivi E Contabili”, Giuffrè, Milano, 1995, cit., p. 4 e ss.

complesso ad ogni costo, ed a beneficio dei creditori, surclassando le offerte di altri potenziali concorrenti.

Una volta chiarita la fonte convenzionale, il Legislatore ne definisce il meccanismo di funzionamento, quando *«esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione.»*

Si sottolinea che tale diritto, potrà essere esercitato ma solo dopo l'esperimento del procedimento competitivo di determinazione del prezzo, e si attiva solo dopo che sia stata espletata la fase di aggiudicazione sulla base del prezzo stabilito mediante asta pubblica. In curatore in questa fase sarà tenuto con la dovuta pubblicità e mediante procedura competitiva ad individuare il miglior contraente sulla base dell'offerta ritenuta più idonea, sempre specificando nel bando che l'azienda sia già stata condotta in affitto e sia stata riconosciuta la prelazione all'affittuario per garantire la corretta informazione agli eventuali interessati.

Una volta esaurita la procedura competitiva, entro dieci giorni, il curatore ha l'onere di comunicare, in forma scritta il prezzo e le condizioni accessorie all'affittuario prelatizio che potrà, nei cinque giorni successivi dalla comunicazione formale, a questo punto, esercitare tale diritto.

4.5.4 La retrocessione dell'azienda affittata.

A completamento del quadro dell'affitto endofallimentare, al sesto ed ultimo comma dell'art. 104-bis L.F., vengono regolate le sorti dei rapporti e dei debiti contratti dalla controparte conduttrice a seguito della restituzione dell'azienda alla curatela in virtù del mancato acquisto da parte di un terzo, nonché dell'eventuale recesso da parte del curatore in costanza di affitto.

Il Legislatore al sesto comma prevede espressamente che *«La retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II».*

La questione della retrocessione dell’azienda al fallimento è, peraltro, una questione particolarmente delicata, considerato che l’azienda pur nelle difficoltà che l’abbiano condotta ad una situazione di squilibrio e di decozione, permane come istituto e come entità economica che restando economicamente attiva durante il periodo di affitto, matura nuovi crediti e debiti, consuma il magazzino, e logora lo stato degli impianti.

Così a maggior tutela e protezione della massa fallimentare e di conseguenza del ceto creditorio, il sesto comma della norma in commento come bilanciamento della prosecuzione dell’attività e del rischio da questa derivante, in deroga dalla disciplina del Codice Civile, prevede che il curatore cui sia stata retrocessa l’azienda affittata non sia tenuto a rispondere dei debiti maturati durante la vigenza del contratto di affitto.

Come si apprende dalla relazione governativa di accompagnamento al D. LGS. 5/2006⁵³⁴ *«la deroga trova giustificazione nel bisogno di assicurare che i creditori anteriori, in funzione della cui tutela l’affitto è stato disposto, non vengano ad essere penalizzati dalla condotta dissennata dell’affittuario.»*

In primo luogo viene stabilito che la retrocessione dell’azienda, o anche un ramo di questa non determina la responsabilità solidale da parte della procedura per i debiti maturati in capo al soggetto affittuario ed esistenti al momento della retrocessione, derogando dalla disciplina generale prevista sia dall’art. 2560 c.c. per i debiti relativi all’azienda ceduta, che dall’art. 2112 c.c. per il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d’azienda.

In secondo luogo si propone di regolare tutti i rapporti giuridici pendenti al momento della retrocessione stabilendo il principio di esistenza di un “secondo inizio della procedura”⁵³⁵ e prevedendo che gli stessi vadano regolamentati a norma delle disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II, agli artt.72-83 bis.

In tal modo, la portata della norma parrebbe andare anche oltre la mera tutela dei creditori concorsuali da una *malagestio* da parte dell’affittuario.

⁵³⁴ Cfr. Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 5 del 2006.

⁵³⁵ Cfr. P. RIVA, in F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p. 241.

L’intento del Legislatore parrebbe quello di voler ripristinare una sorta di situazione di partenza e sterilizzando ogni lascito della gestione precedente, cosicché il temporaneo esercizio dell’attività di impresa da parte del conduttore, che abbia prodotto un complesso di rapporto obbligatori e contrattuali debba ritenersi analogo a quello esistente al momento della dichiarazione di fallimento, dovendosi ritenere pertanto, meritevole di autonoma considerazione.

Sebbene l’intento tutelare sia chiaro, va precisato che la norma da un lato abbia voluto espressamente regolamentare il complesso di detti rapporti, ma dall’altro, come osservato⁵³⁶, manca di distinguere tra quelli preesistenti al momento della dichiarazione di fallimento per i quali vi è stata prosecuzione da parte del curatore, da quelli invece posti in essere dal soggetto affittuario in costanza di conduzione.

La *ratio* della disposizione del sesto comma dell’art. 104-*bis* L.F. inerente i rapporti contrattuali, andrebbe infatti individuata nell’esigenza di preservare la curatela e, di conseguenza, il ceto creditorio, dal subentro indiscriminato nei contratti la cui convenienza il curatore non abbia già vagliato, ma non anche a quelle posizioni pendenti al momento della dichiarazione di fallimento sul quale si sia già espresso.

Da ciò si fa discendere che la norma dovrebbe trovare applicazione solo con riguardo ai contratti stipulati *ex novo* dall’affittuario, ed ancora pendenti al momento retrocessione, escludendo invece, quelli stipulati dal fallito prima dell’apertura della procedura, e proseguiti dapprima dalla curatela e successivamente dall’affittuario.

Una certa dottrina⁵³⁷ sostiene per tali ragioni, che non si dovrebbe concedere al curatore di esercitare nuovamente il potere di scelta attribuitogli dagli artt. 72 ss. L.F., limitandone l’applicazione al solo momento che segue la declaratoria fallimentare, e non anche in occasione della retrocessione dell’azienda, poiché tale facoltà sarebbe da ritenersi “consumata”.

⁵³⁶ Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI., *op.*, cit. p. 600, in senso analogo A. GALLONE, M. RAVINALE, *op.*, cit., pp. 160 e ss. in particolare quest’ultimi A. sostengono come non sia chiaro comprendere in forza di quale meccanismo giuridico un contratto che esca da una fase di sospensione dei suoi effetti, per una positiva decisione della procedura debba rientrarvi da lì a poco senza che il contraente *in bonis* possa nulla a riguardo.

⁵³⁷ Cfr. F. MARTORANO, “La circolazione di ritorno nell’affitto endofallimentare”, in “Il diritto fallimentare delle società commerciali”, Giappichelli, Torino, 2010, cit. p. 363.

Sebbene sembrerebbe convincente tale orientamento, spesso si è scontrato con parte della giurisprudenza di merito⁵³⁸ che ritiene applicabile in via estensiva la disposizione, muovendo dall’esigenza di fornire una nuova ed ulteriore scelta del curatore a causa del mutamento delle condizioni rispetto a quelle che avevano spinto la curatela a optare per il primo subingresso, e non facendo così, alcuna distinzione tra rapporti instaurati dal fallito e proseguiti dalla curatela *post* declaratoria fallimentare e rapporti instaurati dall’affittuario.

A tal riguardo e secondo detta impostazione, tutti i contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti al momento della retrocessione verranno assoggettati alla disciplina prevista dagli art. 72 e ss. L.F., e pertanto, sospesi sino a che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrarvi in sostituzione, assumendone diritti e obblighi, tanto nei rapporti del conduttore, quanto in quelli del fallito, ovvero di sciogliersi.

Discorso a parte va affrontato per i rapporti di lavoro in corso di esecuzione alla cessazione del rapporto d’affitto.

Meno controversa è la posizione dei dipendenti, con dottrina⁵³⁹ pacificamente concorde nel ritenere che i contratti di lavoro subordinato proseguano in capo alla procedura, ma senza soluzione di continuità.

L’ampia formulazione del sesto comma dell’art. 104-*bis* L.F., non sembra portare a ritenere che l’ampia facoltà di scelta del curatore possa investire anche i rapporti di lavoro dipendente.

Nell’introduzione dell’impianto derogatorio rispetto alle passività assunte dal conduttore nel caso di retrocessione dell’azienda al termine dell’affitto endofallimentare, il Legislatore, fa riferimento alla sola responsabilità della procedura per i debiti da lavoro “pregressi”, assunti dall’affittuario in corso di rapporto, non menzionando invece la regola della prosecuzione automatica dei rapporti in capo al fallimento.

⁵³⁸ Cfr. Tribunale Monza, 19 novembre 2013 «*In caso di retrocessione dell’azienda in affitto al curatore, spetta al curatore ogni decisione relativa ai rapporti giuridici pendenti retroceduti con l’azienda, con riferimento ai quali conserva la facoltà di sciogliersi da essi secondo le regole generali di cui agli artt. 72 e seguenti L.F., senza distinzione tra il rapporto d’affitto già in essere proseguito alla data del fallimento e quello concluso ex novo.*»

⁵³⁹ Cfr. P. RIVA, in F. BAVAGNOLI, *op.*, cit., p.241, in senso analogo, P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *ult.*, cit. *ibidem*, in senso analogo, F. MARTORANO, *op.*, cit., pp. 364 e ss.

Laddove avesse voluto sancire una netta censura tra l’affitto e la ripresa in forza del fallimento dei lavoratori, avrebbe dovuto espressamente specificarlo, con la stessa perentorietà con cui ha stabilito la mancata responsabilità per le posizioni debitorie assunte dal conduttore.

Invero, anche in caso di retrocessione dell’azienda, non diversamente da quando accade all’atto di apertura della procedura, trova applicazione il disposto dell’art. 2112 c.c., con riguardo sia alla continuazione del rapporto di lavoro che al trattamento economico e normativo, e di converso, a causa dell’automaticità della prosecuzione dei contratti di lavoro alle dipendenze della procedura, si ritiene inapplicabile l’art. 72 L.F.⁵⁴⁰

Tanto si ricaverebbe implicitamente dal disposto dell’art. 104-*bis* ultimo comma L.F., che nel prevedere un’espressa deroga per quanto concerne la posizione debitoria pregressa sancendo l’irresponsabilità della procedura per i debiti sorti in costanza di conduzione, pare altrettanto escludere un analogo trattamento sotto il profilo della continuità del rapporto, penalizzando, però, in maniera sostanziale i lavoratori non più garantiti dalla responsabilità solidale tra cedente e cessionario in forza dell’art.2112 c.c. secondo comma.

⁵⁴⁰ Cfr. N. S. DI PAOLA, “*Il fallimento: percorsi giurisprudenziali*”, Giuffrè, Milano, 2012, cit. p. 282.

4.6 Un breve caso di analisi: l'affitto d'azienda come misura cautelare.

La società "T. – S.C.A.R.L", svolgeva attività industriale di ideazione, progettazione, lavorazione e produzione di mobili in kit, semilavorati per mobili in genere e componenti accessorie di arredamento, occupandosi al contempo della commercializzazione, in Italia e all'estero.

Già dai primi anni '90, si era specializzata a livello europeo nelle produzioni di mobili RTA (Ready-To-Assemble), intrattenendo rapporti con alcuni distributori tedeschi ed all'alba del nuovo millennio, iniziando anche a fornire la grande organizzazione di vendita al dettaglio italiana, coprendo tutto l'arredamento della casa ad eccezione di bagni e cucine.

A seguito dei cambiamenti strutturali dei mercati internazionali, decise di diversificare la sua distribuzione in altri mercati esteri: Regno Unito, Spagna, Medio Oriente ed Europa orientale, nonché di espandere le vendite e-commerce reputato canale di distribuzione strategica.

Le strategie intraprese nel corso degli anni non le permisero di raggiungere i risultati auspicati ed unitamente ad alcune difficoltà emerse dal lato finanziario nonché ad un'errata impostazione della gamma prodotti, alcuni dei quali garantivano scarse marginalità, segnarono la lenta ma inesorabile discesa della T. verso la crisi, alla quale la società aveva tentava di rispondere perseguendo la via concordataria.

Invero, trovandosi in stato di crisi, la T. aveva deciso di presentare al Tribunale in data 27/05/2019 ricorso per concordato preventivo con riserva ai sensi dell'art. 161 c.6.

Contestualmente il Tribunale aveva concesso il termine di centoventi giorni per il deposito della documentazione ai sensi del secondo e terzo comma dell'art. 161 L.F., poi prorogato su istanza della ricorrente di ulteriori sessanta giorni, (con scadenza 24/11/2019) per il deposito del piano e della proposta da formulare ai creditori prevedendo, almeno inizialmente, l'esercizio in via diretta dell'attività.

Come ipotesi di salvaguardia della continuità aziendale e salvataggio della T., nel frattempo, alcuni dipendenti della ricorrente, considerando l'ipotesi di porsi come affittuaria e di mantenere i rapporti con la clientela, avevano optato per la costituzione di una società cooperativa neocostituita, (W) intenzionata a prendere in affitto la T.

sottoscrivendo un contratto di affitto d'azienda con la possibilità di preservare il valore dei beni strumentali e delle rimanenze di magazzino.

A tal riguardo, la società T. in concordato, aveva così chiesto autorizzazione al Tribunale, ai sensi dell'art. 161 comma. 7, per la sottoscrizione di una scrittura privata che prevedesse un avvio dei rapporti commerciali con la società W., che fosse propedeutica a prendere in gestione l'attività di T. tramite sottoscrizione del successivo contratto d'affitto d'azienda, nell'intento, per quanto possibile di favorirne il salvataggio aziendale. Il Tribunale non si è opposto, dichiarando il non luogo a procedere, non essendo la richiesta riconducibile ad un atto di straordinaria amministrazione che necessitasse dell'autorizzazione giudiziaria.

Proprio tale rapporto ha consentito in un primo momento di mantenere in continuità la T, ed allo stesso tempo, ha consentito alla W. di proporsi concretamente disponibile a porsi come controparte affittuaria.

Di fatti, nell'ambito della presentazione del piano di prosecuzione dell'attività non sono state raggiunte delle stime soddisfacenti che potessero asseverare la fattibilità del piano, stante da un lato l'impossibilità di ristrutturare sufficientemente il debito privilegiato, e dall'altra l'entità dei flussi di cassa attesi rivelatasi particolarmente ridotta.

In particolare, il passivo di rango privilegiato era costituito per un importo rilevante (2,8 mln € circa) nei confronti del debito verso l'INPS, nei cui confronti non si è ravvisata la possibilità di instaurare una transazione previdenziale, *ex art.182-ter* che avesse durata superiore a cinque anni, considerata la prassi che ne delimita la fattispecie ad orizzonti temporali più ristretti rispetto al quinquennio.

Per altro verso, anche la proposta di transazione fiscale da formulare all'Erario (1 mln.), a sua volta particolarmente consistente, nel rispetto dell'ordine dei privilegi, sarebbe stata eseguita solo previa soddisfazione dei crediti di grado pozio e dopo il quinquennio inizialmente prospettato, il che ha lasciato presupporre la scarsa disponibilità da parte dell'Ente.

Nel merito dell'analisi prospettica dei flussi di cassa, invece, emergeva un fabbisogno finanziario particolarmente elevato, sul quale incideva in maniera avversa, tanto la scarsa marginalità dei prodotti, quanto il ciclo finanziario particolarmente sbilanciato sfavorevolmente, con i tempi di pagamento molto più ristretti, rispetto a quelli di incasso.

Nello specifico, i risultati dell'analisi dei flussi finanziari, erano giunti alla conclusione che per il ripristino dell'equilibrio del capitale circolante strettamente necessario al sopperire del fabbisogno interno, sarebbero serviti almeno due anni di attività, nei quali non sarebbe stato possibile destinare le risorse generate ai creditori concorsuali.

Motivo per il quale, acclarata la scarsa capacità finanziaria da porre al servizio del debito, non è stato nemmeno possibile vagliare l'opportunità di formulare delle proposte ragionevoli, sulla base di un Accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis*, che potessero soddisfare integralmente i creditori non aderenti.

Sotto il profilo reddituale invece, a seguito di una lunga ed approfondita fase preparatoria svoltasi sui costi industriali, dall'analisi andamentale emergeva un'ampia quota di ricavi generata da prodotti con marginalità negative, (4mln. su un totale di 18 mln.), comportando sia la necessità di una rivisitazione della gamma prodotti ed un'attenta selezione dei clienti, sia la previsione di un periodo transitorio durante il quale la gestione non avrebbe liberato risorse.

In definitiva, stante l'impossibilità di formulare una proposta ragionevole ai creditori, tenendo conto del valore del patrimonio e dell'incapacità prospettica di generare flussi di cassa da poter destinare all'esdebitazione in un arco temporale quinquennale, la società era giunta alla conclusione dell'impossibilità di proseguire la via concordataria.

Lo stato di crisi era divenuto irreversibile, e pur non pendendo istanze di fallimento, il C.d.a. riunitosi in data 20/12/2019 aveva deliberato di presentare al Tribunale, istanza di fallimento in proprio ex artt. 6-14 L.F., rinunciando contestualmente alla domanda per concordato preventivo.

Avendo individuato come possibilità di salvaguardia della continuazione dell'attività, la stipulazione di un contratto di affitto di azienda con l'affittuaria W. che si era già resa disponibile subentrare nella gestione nonché ad acquisire le rimanenze così come risultanti da contratto estimatorio, nella medesima istanza, come forma di tutela e conservazione del patrimonio, aveva richiesto al Tribunale di essere autorizzata alla stipulazione del contratto di affitto nelle more della procedura prefallimentare, ai sensi dell'art. 15 comma. 8, facendo leva sulla facoltà del collegio di disporre provvedimenti cautelari in fase istruttoria.

Qualora non vi fossero stati i presupposti per la stipula del contratto di affitto in via cautelare, una volta tenuto conto che l’attività operativa potesse ritenersi in sostanziale equilibrio economico, in estremo, la società istante aveva invitato il Tribunale a prendere in considerazione l’ipotesi di disporre esercizio provvisorio.

Pur ravvisandone l’astratta fattibilità, nella stessa sede, non ha mancato di sottolineare la maggior complessità dell’operazione, *in primis* non potendosi configurare con certezza l’ipotetica reazione dei clienti e dei fornitori, ed in secondo luogo di non poter contare su un’eventuale accesso al credito.

D’altra parte, se già la società W. si stava interfacciando con la maggior parte dei clienti, la diffusione dell’intervenuta dichiarazione di fallimento avrebbe di certo destabilizzato il sistema, comportando una maggior cautela nell’effettuazione degli ordini, stante invero, proprio la mancanza di un contratto di affitto d’azienda.

Nello specifico, la richiesta di contratto di affitto di durata triennale recapitata assieme all’istanza di fallimento in proprio, prevedeva la concessione in godimento del complesso industriale ed in particolare dell’immobile adibito ad opificio (valore stimato 2'250'000,00 € circa) nonché di tutti i beni mobili strumentali ed arredi destinati alla produzione industriale ed alla commercializzazione di mobili in kit e mobili in genere stimati dal perito (valore stimato, secondo criteri di continuità aziendale, 515'000,00 € circa), verso un canone mensile inizialmente pattuito di 6'000,00 € (divisi, per uso beni strumentali 1'000,00, per uso immobile 5'000,00) pari a 72'000,00€ annui.

Dal contratto di affitto erano state espressamente escluse le rimanenze di magazzino di merci, semilavorati e prodotti finiti essenziali per l’attività, risultanti da contratto estimatorio collaterale all’istanza, parimenti di durata triennale (valore stimato secondo criteri di continuità aziendale 1'350'000,00 € circa), che la società W. si sarebbe impegnata ad acquistare, contemplando come corrispettivo i prezzi indicati dalla perizia, con pagamento dell’Iva (22%) entro il giorno 10 del mese successivo a quello di fatturazione, così da consentire alla T. di disporre della provvista per effettuare il versamento all’Erario, e del prezzo di vendita entro 90 giorni.

Restavano esclusi dall’oggetto del contratto anche un immobile condotto in leasing dalla T., nonché alcuni beni costituenti rimanenze di magazzino ormai soggette ad obsolescenza tecnica e non più utilizzabili per la gamma prodotti.

Inizialmente il Tribunale, causa incongruità del canone, in data 14/01/2020, ha rigettato l'istanza cautelare con decreto, convocando la ricorrente, ai sensi dell'art. 162 L.F., per la declaratoria di improcedibilità del ricorso per concordato preventivo e deliberazione in merito all'istanza di fallimento.

A seguito della memoria presentata il 12/02/2019 innanzi al Tribunale, la società T. aveva reiterato l'istanza di autorizzazione alla stipula del contratto di affitto d'azienda in via cautelare, integrando l'originaria documentazione in considerazione dei rilievi del Collegio.

Sentita in udienza il giorno successivo, con contestuale assegnazione dei termini al pre-commissario giudiziale per il deposito della relazione, una volta depositata, quest'ultimo, rilevando preliminarmente di dover dichiarare l'inammissibilità della domanda di concordato a fronte della rinuncia depositata dalla ricorrente, ma incoraggiando, al contempo il ricorso all'affitto d'azienda come mezzo di salvaguardia dei valori aziendali, ha invitato l'istante e la potenziale affittuaria a riesaminare correttamente la documentazione presentata con memoria, recante il piano di prosecuzione dell'attività sottostante, nonché la misura del canone pattuito.

Il Tribunale, sui rilievi del commissario, aveva deciso di dover accuratamente riesaminare l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente ai sensi dell'art. 15, comma. 8 L.F., per l'adozione di provvedimenti conservativi ed in vista della dichiarazione dello stato di insolvenza della società T.

Invero, la bozza di contratto versata in più atti, contemplava sempre la medesima durata pari a tre anni, ed avrebbe sempre avuto ad oggetto l'immobile adibito ad opificio industriale (valore, 2'250'000,00 € circa) ed i beni mobili aziendali (valore, 515'000,00 € circa) tenendo ferma la realizzazione separata delle giacenze di magazzino (valore stimato, 1'351'000,00 € circa) nelle modalità già prefigurate in calce all'istanza di fallimento in proprio, ma questa volta il canone complessivo era stato stimato ad un valore di 8'000,00 € per un totale di 96'000 € annui.

Per altro verso, il contratto allegato all'istanza di fallimento, che già contemplava il diritto di ispezione del curatore *ex art 104-bis* comma terzo, e di recesso da ambo le parti con un preavviso di quattro mesi, ma senza indennizzo da parte della curatela in caso di declaratoria di fallimento, in sede di revisione veniva anche assistito da un deposito

cauzionale pari a quattro mensilità di canone (32'000,00 €), calibrate sul termine di preavviso per il recesso anticipato, e da versarsi contestualmente alla stipula.

A tal fine, era anche stato previsto da parte dell'affittuaria, il versamento anticipato degli stipendi mensili spettanti ai lavoratori, allo scopo specifico di annientare i rischi, in caso di scioglimento anticipato del contratto di affitto e retrocessione dell'azienda alla curatela, derivanti dalla responsabilità solidale per i debiti relativi ai rapporti di lavoro maturati in costanza di affitto.

Non di meno, a maggior garanzia, la ricorrente aveva presentato specifiche dichiarazioni di impegno da parte dei soci della W., già dipendenti della T., a conferire a titolo di capitale sociale, l'indennità mensile di disoccupazione (contributo NASpI) spettante a medesimi e pari a 17'000,00 € ciascuno, per un ammontare totale di 680'000,00 €, il che non solo incideva sul livello di capitalizzazione dell'affittuaria, ma non comportava per quest'ultima la responsabilità per i debiti da lavoro dipendente *ex art. 2112 c.c.* essendosi il rapporto, risolto in capo alla concedente.

A ciò si aggiungeva, in definitiva, che in ogni caso, la W. si sarebbe resa disponibile ad assumere l'azienda T. in affitto, pur nella consapevolezza che successivamente alla declaratoria di fallimento della T., la curatela avrebbe potuto in ogni momento, e senza indennizzo, risolvere il contratto ed indire una procedura competitiva per esperire un tentativo di affitto a terzi a migliori condizioni, ovvero altrettanto, di cedere l'azienda nei modi e nelle forme ritenute più opportune, dovendosi inquadrare il contratto di affitto e quello estimatorio, a tutti gli effetti, come transitori e funzionali alla salvaguardia dei valori patrimoniali e della continuità aziendale.

Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale, ritenuti validi i presupposti soggettivi ed oggettivi della richiesta, tenendo fermo quanto già appreso dalle valutazioni in sede di concessione del termine *ex art. 161 comma 6. L.F.*, che non solo la società T. risulti soggetto fallibile, ma, in virtù della situazione patrimoniale economica e finanziaria presentata, la futura declaratoria di fallimento sarebbe stata parimenti probabile, ha rilevato la situazione di urgenza ed il relativo *periculum* consistente nell'ulteriore peggioramento delle prospettive di soddisfacimento dei creditori concorsuali, conseguenti all'interruzione dell'attività.

Invero, secondo quanto allegato dalla ricorrente, e mirabilmente confermato dalle valutazioni del commissario, l’interruzione dell’attività avrebbe comportato la mancata evasione di alcuni ordini conseguiti (per 2'000'000,00 € circa), con conseguente esposizione del rischio di mancato incasso dei crediti relativi a fornitura già eseguite (per 1'980'000,00 € circa), oltre ad ulteriori pretese risarcitorie da parte dei committenti.

Nel merito delle valutazioni eseguite, emergeva che a tali rischi non sarebbe convenuto ovviare mediante autorizzazione ad esercizio provvisorio in sede di declaratoria fallimentare, giacché tale soluzione, come noto, avrebbe comportato un incremento di costi prededucibili che invece l’eventuale affitto avrebbe permesso di evitare.

In aggiunta, nell’ambito del riesame dell’istanza si è ritenuto che la potenziale affittuaria avesse offerto garanzie sufficienti per l’adempimento del contratto, e ciò non solo in ragione delle cautele sopra richiamate, afferenti il deposito cauzione (pari ad 32'000,00 €) ed il pagamento anticipato dei dipendenti, ovvero dell’impegno dei soci ad integrare il capitale sociale per altri 680'000,00 € versando l’indennità di disoccupazione, ma anche circa la sostanziale situazione di equilibrio raggiunta dalla società T. nel corso dell’attività di ristrutturazione portata avanti in ambito concordatario, e tramite l’avvio dei rapporti commerciali instauratisi proprio con la società W.

Nello specifico, a seguito delle valutazioni effettuate appariva un M.O.L., stimato in relazione all’attività caratteristica pari ad € 160'00,00, che sarebbe incrementato sino ad € 420'000,00 se non si fosse tenuto conto dei costi relativi a canoni di leasing, e relativi ammortamenti, rappresentati da immobili detenuti dalla T., che sarebbero stati esclusi dal perimetro dell’affitto.

Inoltre il *business plan* previsto per il triennio 2020-2022, ed allegato successivamente alla memoria del 13/02/2020 era stato ritenuto sufficientemente specifico e coerente con le prospettive già realizzatesi e coi risultati già conseguiti.

Fermo restando la valutazione di convenienza del curatore di proseguire il rapporto a seguito della declaratoria fallimentare, o sciogliersi da esso, ricorrendo all’espletamento di una procedura competitiva per individuare eventuali migliori offerenti, infine, il Tribunale ha ritenuto validi i presupposti e con decreto ha acconsentito all’autorizzazione alla stipula del contratto d’affitto d’azienda richiesto dalla società T. con la società W., ai sensi dell’art. 15 L.F., dichiarando al contempo, l’improcedibilità della domanda di concordato preventivo con riserva.

In conclusione, la decisione di affittare l'azienda alla *newco* W. costituita dai dipendenti della T. si è rivelata una strategia premiante in termini assoluti, giacché dall'analisi svolta dal Tribunale, nonché dai preziosi rilievi del commissario giudiziale, questa ha rappresentato l'unica via praticabile per la salvaguardia dei valori aziendali e per la realizzazione delle componenti del circolante che la declaratoria fallimentare e la conseguente interruzione dell'attività, avrebbero fortemente pregiudicato.

Anche se inizialmente il canone è stato ritenuto inconguo da parte del Tribunale, sulla base dei valori aziendali complessivi, non è stato in realtà l'incremento di questo, peraltro irrisorio, ad aver inciso sulla valutazione positivamente accordata circa la concessione in godimento del complesso.

Sebbene la somma da corrispondere all'affittante non fosse elevata, essendo stata sostanzialmente parametrata sul valore dell'immobile adibito ad officio e sui beni aziendali ivi compresi, ha costituito l'unica possibilità per i dipendenti della *newco*, che già si interfacciavano con la maggior parte dei clienti, di portare a termine le lavorazioni mantenendo in essere il comparto produttivo essenziale, servendosi della struttura acquisita in affitto.

E ciò non solo avrebbe permesso di realizzare correttamente le poste del circolante rappresentate dai crediti derivanti dagli ordini già conseguiti dalla T., evitando di esporsi al potenziale mancato incasso delle somme rilevate dal commissario e sopra presentate, nonché ad azioni risarcitorie da parte dei committenti, ma soprattutto di realizzare a valori più elevati ed a migliori condizioni, secondo quanto rilevato dal perito nel contratto estimatorio, le rimanenze di magazzino, con le quali i dipendenti avrebbero terminato le lavorazioni.

L'alternativa della declaratoria di fallimento in questo caso, non solo avrebbe pregiudicato in maniera preponderante il valore delle rimanenze, alcune delle quali sarebbero state soggette ad obsolescenza fisica, ed altre, soprattutto materie prime costituite da legname, realizzate a valori approssimativamente prospettati di circa un terzo rispetto a quelli risultanti dal contratto estimatorio, ma il suddetto realizzo sarebbe stato anche incerto considerando che la società avrebbe inevitabilmente interrotto le forniture, e l'onere della vendita ricaduto sulla curatela, nelle modalità e nei tempi previste dalla legge e dal programma di liquidazione.

Per questo anche in una situazione di conclamata urgenza, il ricorso all’affitto d’azienda, non solo si ritiene una via pacificamente praticabile, ma a parere di chi scrive, una strategia, seppur transitoria, ma fortemente auspicabile, alla luce della crescente applicazione da parte della prassi professionale, pienamente riflettente le finalità di conservazione, tutela e salvaguardia dei valori patrimoniali verso i quali il Legislatore nel corso degli anni ha manifestato sempre più riguardo.

CONCLUSIONI

In luogo di conclusioni, con lo stesso rigore concettuale e spirito critico con cui ci si è posti di affrontare la portata dell'argomento, si ritiene giustificato e legittimo l'interesse degli operatori aziendali verso siffatto istituto, la cui proliferazione nel variabile, discontinuo ed in perdurabile evoluzione, moderno contesto imprenditoriale, non si limita a circoscriverne l'impiego in via residuale rispetto ad altri interventi di natura straordinaria maggiormente strutturati, ma ne riconosce un ruolo di prim'ordine nell'auspicabile raggiungimento di un immediato punto di contatto tra differenziati interessi.

Nel panorama imprenditoriale odierno, e nel novero delle decisioni strategiche di gestione straordinaria, si ravvisano diverse forme archetipali di interventi da predisporre con riguardo a più finalità, alcune delle quali volte ad ottimizzare la crescita interna, coniugando ampliamento dimensionale, diversificazione di rischi ed investimenti, ed effetti sinergici tra imprese operanti in diversi settori, altre invece maggiormente improntate ad una contrazione delle strutture aziendali originarie.

Ma in realtà, nessuna di queste si presta a soddisfare esigenze manifeste che possano derivare tanto da immediate circostanze contigue al lato privato dell'imprenditore, quanto da esigenze di prossimità alle quali far corrispondere un intervento a breve termine, che pur nell'attesa della definizione di programmi maggiormente strutturati, possa dare una temporanea risposta.

Sarà proprio in questo contesto che potrà inserirsi un'eventuale affitto dell'azienda o del ramo, quale strumento estremamente flessibile, versatile e dalle molteplici sfaccettature, tanto subordinato ad esigue e snelle disposizioni normative, quanto plasmabile in riferimento a realtà tra loro anche estremamente eterogenee, cui ricomprendersi anche la fattispecie delle imprese in crisi od insolventi.

E qui si rinviene il suo punto di forza, da soppesarsi, tanto con la caratteristica peculiare della temporaneità, che possa permettere ad un'eventuale soggetto interessato, di saggiare le proprie capacità, senza assumersi impegni irrevocabilmente vincolati all'immobilizzazione di ingenti risorse per l'avvio dell'attività, quanto nella tempestività di porre rimedio immediato sia a particolari esigenze che afferiscano ad una sfera strettamente legata alla concreta realtà imprenditoriale con cui ci si interfaccia nella

quotidiana professione, sia nell'impostazione di un programma di risanamento che possa garantire la sopravvivenza dell'istituto e la preservazione dei valori e del ruolo che svolge nel mercato.

Com'è noto, la Legge Fallimentare del 1942, in principio ispirata ad una logica totalmente afflittiva, imperniata sul dogma della tutela delle ragioni creditorie e sulla convinzione che le imprese in difficoltà dovessero essere espulse dal mercato, si è rivelata col tempo del tutto anacronistica ed inadatta alle mutate esigenze di una realtà economica orientata a favorire la competitività e lo sviluppo del sistema economico, nel quale anche il concetto di situazione "patologica", legata allo stato di crisi aziendale, ha ceduto il passo a quello di situazione "fisiologica", in considerazione di cause e circostanze che talvolta sfuggono al controllo degli operatori, per le quali sarebbe stato tanto illogico, quanto ingiustificato negare aprioristicamente un intervento salvifico mediante procedure conservative atte alla preservazione del valore collettivo dell'azienda.

Nella sovvertita concezione primitiva delle prospettive liquidatorie a favore di manovre positivamente orientate alla prosecuzione dell'attività, l'affitto d'azienda assume ad un ruolo di prim'ordine nella predisposizione di un progetto di riorganizzazione delle risorse e di salvaguardia dei valori mediante continuità, la quale, a parere di chi scrive, debba essere contemplata in termini assoluti e slegata da ogni restrittivo vincolo interpretativo e giurisprudenziale, che in taluni ambiti, abbia voluto negare ciò che di fatto è in continuità, limitando l'applicazione di una disciplina di favore ed inficiando il buon esito dei propositi perseguiti.

Volendo brevemente rimarcare tale aspetto, finalmente, e come augurato preme aggiungere, l'annosa questione inerente la riconducibilità dell'affitto d'azienda ai precetti di continuità aziendale in ambito concordatario sembra aver avuto esito sperato, tanto come lasciato presagire dalle prospettive *de jure condendo*, quanto confermato con lungimiranza ed in senso del tutto innovativo dal principio di diritto recentemente affermato dai giudici di legittimità⁵⁴¹, i quali hanno riconosciuto un ruolo essenziale allo strumento dell'affitto d'azienda, divincolandolo da ogni preordinata prospettiva di realizzazione.

⁵⁴¹ Si sta facendo riferimento alla sentenza della Cassazione, Sez. I Civile, 19 novembre 2018, n. 29742.

Se in primo luogo, indipendentemente dalla circostanza che al momento dell'ammissione al concordato o del deposito della domanda l'azienda sia esercitata dal debitore o da un terzo, all'istituto venga riconosciuta la valenza di strumento tramite cui giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda, senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, in secondo luogo, occorre sottolineare, che anche laddove l'affitto non fosse risultato prodromico alla cessione, ma semplicemente finalizzato alla dislocazione in capo all'affittuario con successiva retrocessione al debitore durante la fase esecutiva del piano o al termine di essa, la Corte non abbia comunque voluto annettere natura liquidatoria a tale fattispecie, giacché nulla osterebbe *a priori* che il piano potesse consentire il ritorno *in bonis* dell'imprenditore addossando temporaneamente a terzi gli oneri ed i rischi connessi alla conduzione dell'attività.

Il proposito della Corte, è stato quello di statuire *latu sensu*, che ogni qualvolta la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dell'affittuario sia rilevante ai fini del piano, e cioè influenzi la soddisfazione dei creditori concorsuali, il concordato preventivo debba essere qualificato con continuità aziendale.

Ma volendo interpretare tale premessa in maniera ancor più estensiva, pur con modesto avviso, ed a prescindere dal livello di soddisfazione dei creditori concorsuali, giacché risulteranno assenti le percentuali minime di soddisfacimento previste per la sola fattispecie liquidatoria, ciò sui cui più in generale si vuol porre un accento è che la continuità aziendale, anche tramite affitto dell'azienda, sia "prodromico" che "fine a sé stesso", in realtà, debba essere considerata come valore incondizionato da conservare in sé, con ogni mezzo, in ogni circostanza e con favore assoluto della disciplina ove applicabile, per le finalità dell'istituto ed il ruolo che riveste nel tessuto sociale, al pari dei valori che con la stessa si intendono salvaguardare.

Come strumento che presuppone in ogni caso la continuità, a parere di chi scrive, l'affitto d'azienda merita il massimo sostegno dall'ordinamento al pari di ogni altra ipotesi prevista dal Legislatore in ottica concordataria, poiché in taluni casi, non solo potrà risultare l'unico modo di garantire una preservazione dei valori altrimenti destinati a certa dispersione, laddove si finisca per imporsi il fallimento e la conseguente interruzione dell'attività, ma anche fonte di conquiste inattese.

Conclusioni

Invero, come brevemente analizzato nel caso proposto, seppur disposto in contesto totalmente differente, nelle more della procedura prefallimentare, e come misura d'urgenza, non solo ha consentito una prospettiva di mantenimento dei livelli occupazionali per i dipendenti, che pur in forma mutuata, abbiano deciso di costituirsi in *newco*, ma garantendo una forma di continuità indiretta e mantenendo in essere il comparto operativo per evitarne la dispersione dei valori, ha permesso sia di monetizzare adeguatamente le poste del circolante, sia di proseguire l'attività di ristrutturazione tramite la quale la società originaria è stata capace di ripristinare una situazione di equilibrio insperato ed altrimenti irraggiungibile.

In definitiva, l'auspicio per il futuro è che a tale strumento, nel quale compendiare il carattere premiale ed incentivante della continuità, come valore assoluto e col massimo ausilio della disciplina ove applicabile, con la tempestiva risposta a situazioni di criticità manifeste, stanti i dovuti accorgimenti di natura pratica e cautelativa, vi si possa ricorrere ancor più con frequenza, lungimiranza e ragionevoli ipotesi di successo, in perfetta sintesi tra pretese creditorie e scopi istituzionali.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSI R., RUSSO D., QUAGLIOTTI L., *Manuale breve di Diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2008;
- AMATORE R., *Autorizzazione allo scioglimento di contratto di affitto di azienda*, 29 gennaio 2013, in www.ilfallimentarista.it;
- AMBROSINI S., *Il concordato con continuità aziendale*, in AMBROSINI S., ANDREANI G., TRON A. “*Crisi d’impresa e restructuring*”, ed. Il Sole - 24 Ore, Milano, 2013;
- AMBROSINI S., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla “miniriforma” del 2005 alla l. 7 agosto 2012*, n. 134, Zanichelli, Bologna, 2012;
- AMBROSINI S., AIELLO M., *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, 11 giugno 2014, in www.ilcaso.it;
- AMBROSINI S., *Appunti flash per una “miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, documento n. 293/2012, in www.ilcaso.it;
- AMBROSINI S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, 4 agosto 2013, in www.ilcaso.it;
- AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in “Il Fallimento”, 10/2012;
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo con affitto d’azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell’art. 186-bis*, 2 gennaio 2019, in www.ilcaso.it;
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in “*Trattato di diritto commerciale*”, XI, diretto da COTTINO, Padova, 2008;
- AMBROSINI S., *La Cassazione risolve i dubbi sulla c.d. continuità indiretta nel concordato preventivo*, 2 gennaio 2019, in www.ilcaso.it;
- AMBROSINI S., *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto correttivo*, Zanichelli, Torino, 2008;
- AMBROSINI S., TRAPUZZANO C., *Codice del fallimento e delle procedure concorsuali*, Neldiritto Editore, Roma, 2019;

APPIO C. L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182- septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, 29 dicembre 2015, in www.ilcaso.it;

ARATO M., *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, 03 agosto 2012, in www.ilfallimentarista.it;

ARATO M., *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l'affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, 9 agosto 2016, in www.ilcaso.it;

AULETTA G., "Azienda nel diritto commerciale", in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1996;

AULETTA G., voce "Azienda", in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IV volume, Treccani, Torino, 1988;

BALDUCCI D., *L'affitto d'azienda*, III. ed., Edizioni FAG, 2007;

BAVAGNOLI F., DE TILLA C., FERRARO N., RIVA P., *L'affitto d'azienda: Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, Egea, Milano, 2011;

BAVAGNOLI F., *L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*, Giuffrè, Milano, 2006;

BERSANI G., *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236 bis l. f. fra analisi dottrinali e prime applicazioni giurisprudenziali*, 21 gennaio 2015, in www.ilcaso.it;

BERTINI U., *Gestione dell'azienda nel fallimento, nell'amministrazione straordinaria e nella liquidazione coatta amministrativa: profili economici*, in "Rivista dei Dottori Commercialisti", n. 1, 1991;

BESTA F., *La Ragioneria*, Vol. I, Vallardi, Milano, 1922;

BOCCHINI F., QUADRI E., *Diritto privato: Quinta edizione*, Giappichelli, Torino, 2014;

BOGGIO L., *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi: ricostruzione di una disciplina*, Giuffrè, Milano, 2007;

BONDAVALLI D., *L'affitto d'azienda*, Giuffrè, Milano, 2007;

BONELLI F., (a cura di) *Crisi di imprese, casi e materiali*, Giuffrè, Milano, 2011;

BONILINI G., (a cura di), *Trattato delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009;

BOTTAI L.A., *Concordato con continuità aziendale*, 24 maggio 2016 in www.ilfallimentarista.it;

BRAGOLI L., *L'azienda, il suo trasferimento e la tutela dei lavoratori subordinati*, in www.altalex.it;

BUFFA F., DE LUCIA G., *Il lavoratore nel trasferimento di azienda*, Halley Editrice, Matelica, 2006;

BUONCUORE V., *Manuale di Diritto Commerciale*, XIII ed., Giappichelli, 2016;

CAMPOBASSO G., *Manuale di diritto commerciale*, UTET, Milano, 2017;

CAPOBIANCO E., *Le patologie degli accordi di ristrutturazione* in www.judicium.it;

CASANOVA M., voce "Azienda", in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957;

CECCHERELLI A., *Istituzioni di ragioneria*, VIII. Ed. ampliata, Le Monier, Firenze, 1955;

CENDON P., (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 2555-2594: Azienda. Ditta. Insegna. Marchio. Opere dell'ingegno. Brevetti.*, Giuffrè, Milano 2010;

CENSONI P. F., *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, 11 marzo 2013 in www.ilcaso.it;

CIAN M., *Manuale di Diritto Commerciale*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2013;

CICOGNANI A., voce "Azienda", in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988;

COLOMBO G. E., "L'azienda e il mercato", AA.VV. *L'azienda e il mercato. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO F., CEDAM, Padova, 1979;

COLOMBO G. E., "L'azienda e il suo trasferimento", in AA.VV. *L'azienda e il mercato. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO F., CEDAM, Padova, 1979;

COLOMBO G. E., "Usufrutto e affitto dell'azienda", AA.VV. *L'azienda e il mercato. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO F., CEDAM, Padova, 1979;

CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, ed. Il Sole - 24 Ore, 2010;

COTTINO G., *L'imprenditore. Diritto commerciale.*, Vol. I, 1, CEDAM, Padova, 2000;

CUONZO R., *Diritto privato degli istituti preconcorsuali. Verso un diritto europeo del risanamento delle imprese in crisi*, Giappichelli, Torino, 2016;

DANOVI A., *Fallimento, valutazione e affitto d'azienda*, in "Rivista dei Dottori Commercialisti", n. 4, 2000;

DANOVI A., QUAGLI A., *Gestione della crisi aziendale e dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, Ipsoa, Milano, 2008;

DE LUCA TAMAJO R., (a cura di) *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002;

DE LUCA TAMAJO R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002;

DE MARCHI P. G., *I piani di risanamento ex art. 67 Legge fallimentare - Tentativo di ricostruzione di un istituto a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, II, 189/2010 in www.ilcaso.it;

DELLE MONACHE S., *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.judicium.it;

DI MARZIO F., *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, 15 novembre 2013, in www.ilfallimentarista.it;

DI MARZIO F., MACARIO F., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2010;

DI MARZIO, F., *Il diritto negoziale delle crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2011;

DI PAOLA N. S., *Il fallimento: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2012;

DISEGNI G., (a cura di), *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2014;

FABIANI M., *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna, 2011;

FABIANI M., *La "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, doc. 355/2012, www.ilcaso.it;

FABIANI M., *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, 11 marzo 2013, in www.ilcaso.it;

FABIANI M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, 303/2012, in www.ilcaso.it;

FACCINCANI L., *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali di risanamento. Le novità introdotte dalla riforma fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2007;

FAZZINI M., *Due diligence*, Ipsoa, Wolters Kluwer, Milano, 2015;

- FERRARA F., CORSI F., “*Gli imprenditori e le società*”, Milano, 2001, in *lo studio Consiglio nazionale del Notariato 5517/I*;
- FERRENTINO C., FERRUCCI A., *Dell'azienda. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Giuffrè, Milano, 2006;
- FERRO M., “*sub Art. 67, co. 3, lett. d), Il piano attestato di risanamento*”, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico*, CEDAM, Padova, 2007;
- FIMMANÒ F., “*sub art. 105*”, in *Il nuovo diritto fallimentare*, (commentario diretto da) JORIO A., Tomo II, Zanichelli, Bologna, 2007;
- FIMMANÒ F., *L'affitto di azienda preesistente al fallimento*, documento n. 98/2008, in www.ilcaso.it;
- GALGANO F., *Diritto privato*, CEDAM, Padova, 2004;
- GALLETTI D., *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, 2012, www.ilfallimentarista.it;
- GALLONE A., RAVINALE M., *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare*, Ipsoa Wolters Kluwer, Milano, 2008;
- GHIA L., PICCININNI C., SEVERIN F., *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. III, Utet Giuridica, Torino, 2011;
- GIANESINI N., *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2016;
- GIANNESSE E., *Le aziende di produzione originaria*, I. Vol., “*Le aziende agricole*”, Corsi, Pisa, 1960;
- GIULIO A., *Crisi di impresa: Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, in “*Il fisco-Crisi di impresa*”, Ipsoa Wolters Kluwer, 2015;
- GNECH E. E., LANZA M. A., (a cura di), *Fiscalità immobiliare*, Egea Editore, Milano, 2019;
- GOMMELLINI A., NIGRO A., TERRANOVA G., VASSALLI F., *I presupposti dell'apertura delle procedure concorsuali: Volume I*, Giappichelli, Torino, 2013;
- GREGGIO M., BONIVENTO R., *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, 21 aprile 2017, in www.ilcaso.it;
- GROSSI M. R., *La riforma della legge fallimentare: commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali*, II. Ed., Giuffrè, Milano, 2008;

- GUATRI L., BINI M., *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, Egea, Milano, 2005;
- GUATRI L., *Crisi e risanamento delle imprese*, Ciri, Milano, 1986;
- GUATRI L., *La teoria di creazione del valore. Una via europea*, Egea, Milano, 1991;
- GUATRI L., *La valutazione delle aziende. Teoria e pratica a confronto*, Egea, Milano, 1991;
- GUATRI L., *Trattato sulla valutazione delle aziende*, Egea, Milano, 1998;
- GUATRI L., *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, EGEA, Milano, 1995;
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare. Quarta edizione*. Torino, 2011;
- IASIELLO P., *L'azienda e i segni distintivi dell'impresa*, Key Editore, Milano, 2019;
- JORIO A., (a cura di), *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali: atti del convegno.*, Giuffrè, Milano, 2006;
- JORIO A., *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2008;
- LA CROCE G., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali: La transazione fiscale*, Ipsoa, Wolters Kluwer, Milano, 2011;
- LA ROSA F., *Le operazioni straordinarie temporanee e di cessazione delle aziende*, Giuffrè, Milano, 2010;
- LACCHINI M., *Le valutazioni del capitale nelle procedure concorsuali*, CEDAM, Padova, 1998;
- LACCHINI M., TREQUATTRINI R., *Sulla individuazione del canone «congruo» in ipotesi di affitto d'azienda* (con particolare riguardo alle imprese in fallimento), in “*Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*”, luglio-agosto 1998;
- LAMANNA F., *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it;
- LATELLA D., *Il divieto di concorrenza dell'alienante*, in “*I trasferimenti d'azienda*”, Giuffrè, Milano, 2000;
- LOLLI A., *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in “*Contratto e impresa*”, CEDAM, Padova, 2013;
- MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., CEDAM, Padova, 2013;

- MANDRIOLI L., *sub art. 104-bis, "Affitto dell'azienda o di rami dell'azienda"*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, (a cura di) NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V., II, Giappichelli, Torino, 2010;
- MARCHI L., *Introduzione all'economia aziendale*, VII. ed., Giappichelli, Torino, 2009;
- MARTORANO F., *"La circolazione di ritorno nell'affitto endofallimentare"*, in, *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, Giappichelli, Torino, 2010;
- MECHELLI A., *La stima del valore congruo del canone di locazione nell'ipotesi di affitto d'azienda*, in "Rivista dei Dottori Commercialisti", n. 5, 2007;
- MEUCCI S., *Destinazione di beni tra atto e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2009;
- MIELE C., *"Contratto d'affitto d'azienda"*, in FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, CEDAM, Padova, 2007;
- MONFREDINI P. S., *Il contratto d'affitto d'azienda nelle procedure concorsuali*, in "Il Fallimento", 4/2017;
- MUSAIO A., *L'economia dell'azienda in «affitto». Profili istitutivi e contabili*, Giuffrè, Milano, 1995;
- NASTRI M.P., *L'affitto di azienda, l'usufrutto e la locazione*, in "Affitto di azienda", *"Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato"*, 2010;
- NICOLOSI M., *Il lavoro esternalizzato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012;
- NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2014;
- NOCERA I. L., *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2017;
- ODETTO G., FORNERO L., NEGRO M. (a cura di), *Cessione, conferimento, affitto e donazione d'azienda*", III. ed., Eutekne, Ipsoa, Gruppo Wolters Kluwer, 2011;
- ONIDA P., *Economia d'azienda*, UTET, Milano, 1963;
- P. VELLA, *L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della direttiva (ue) 2019/1023*, in www.ilcaso.it;
- PAJARDI P., PALUCHOWSKY A., *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2008;
- PAOLUCCI G., *La valutazione d'azienda: fondamenti concettuali e prassi applicativa*, Franco Angeli, Milano, 2011;

- PASQUALIS P., *Commento agli artt. 6-9, L. 12 agosto 1993, n. 310*, cit. in “*Consiglio Nazionale del Notariato*”, Legge 12 agosto 1993, n. 310. *Criteri applicativi.*, Studio n. 5517/I, in www.notariato.it;
- PENTA A., *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, Vol. VIII, CEDAM, Padova, 2016;
- PEROTTA R., *L'affitto d'azienda: la disciplina fiscale del conferimento*, Giuffrè, Milano, 2007;
- PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Rivista - Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 2, 2015, IPSOA, Milano;
- POLLIO M., *L'affitto di azienda in situazioni di crisi*, in “*Società e Contratti, Bilancio e Revisione*”, in “*Banca dati Eutekne*”, 4, 2014;
- POTITO L., *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2009;
- QUATTROCCHIO L. M., RANALLI M., *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazioni di principi di best practice*, 3 agosto 2012, in www.ilfallimentarista.it;
- RUTIGLIANO M., *Equilibrio economico e finanziario di impresa, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti, ruolo della banca* in “*Rivista dei dottori commercialisti*”, 2010;
- RUTIGLIANO M., FACCINCANI L., *La stima del “congruo” canone nell'affitto di azienda. Una diversa prospettiva di analisi*, in “*Rivista di Ragioneria ed Economia Aziendale*”, settembre-ottobre 2011;
- SABATELLI E., *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, 13 novembre 2015, in www.ilcaso.it;
- SALVARDI F., *I requisiti dell'attestatore alla luce della l. 134/12 e della circolare dell'Irdcec dell'11.02.13: focus sull'indipendenza*, in www.ilcaso.it;
- SALVARDI F., *La relazione di attestazione in ambito concorsuale. Linee guida, tecniche di verifica contabile e spunti pratici*, Franco Angeli, Milano, 2014;
- SANDULLI M., “*sub art. 104-bis*”, *La riforma della legge fallimentare*, (a cura di) NIGRO A., SANDULLI M., Giappichelli, Torino, 2006;
- SANTORO PASSARELLI G., *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004;

- SANTOSUOSSO D., (a cura di), *Commentario del Codice civile*, diretto da GABRIELLI E., *Delle Società, dell'Azienda, della Concorrenza (Artt. 2511-2574)*, Vol. I, UTET, Milano, 2014;
- SAVIOLI G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Giuffrè, Milano, 2005;
- SHARPE W. F., *Capital Asset Prices: a theory of Market Equilibrium Under Conditions of Risk*, "Journal of Finance", Vol. 19, n.3, 1964;
- SIRLEO G., *La crisi d'impresa e i piani di ristrutturazione*, Aracne Editrice, Roma 2009;
- STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in "Il Fallimento", 10, 2013;
- STASI E., *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in "il Fallimento", 2006;
- STEFANI A., *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, Milano 2012 in www.ilfallimentarista.it;
- TASSINARI F., *L'affitto d'azienda tra norme di legge e clausole di autonomia privata*, *Notariato*, 5, 2010;
- TERRANOVA G., *Le nuove forme di concordato*, Giappichelli, Torino, 2013;
- TOMMASINI R., *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Giuffrè, Milano, 1986;
- TRENTINI C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti: Le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo*, Ipsoa, Milano, 2016;
- VASSALLI F., LUISO F. P., GABRIELLI E., *Gli effetti del fallimento: Volume III*, Giappichelli, Torino, 2014;
- VINCI C., GAGLIARDI M., *L'affitto di azienda*, V. ed., Pirola, Milano, 1988;
- WEIGMANN M., *Note introduttive sulla cessione d'azienda*, *Schede di Aggiornamento*, 1, 2000;
- ZAMBELLI A., *Risoluzione rapporto di lavoro*, Il Sole 24 ore, Milano, 2010;
- ZANDA G., LACCHINI M., ONESTI T., *La valutazione delle aziende*, IV. ed., Giappichelli, Torino, 2001;
- ZANDA G., LACCHINI M., ONESTI T., *La valutazione delle aziende*, VI. Ed., Giappichelli, Torino, 2013;
- ZANETTI E.; *Manuale delle operazioni straordinarie*, Manuali, Eutekne, Torino, 2013;

Riferimenti Bibliografici

ZANICHELLI V., *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, 4 novembre 2015, in www.ilcaso.it;

ZAPPA G., *Il Reddito d'impresa. Scritture doppie, conti e bilanci di aziende commerciali*, Giuffrè, Milano, 1946;

ZAPPA G., *Le produzioni nelle economie delle imprese*, Giuffrè, Milano, 1957;

ZAPPA G., *Tendenze nuove negli studi di ragioneria*, Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1927;

ZILIO GRANDI G., “*Trasferimento d'azienda*”, in V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, “*Codice della vendita*”, Giuffrè, Milano, 2001;

SITOGRAFIA

www.altalex.it

www.eur-lex.europa.eu

www.fondazioneoic.it

www.gazzettaufficiale.it

www.ilcaso.it

www.ilfallimentarista.it

www.judicium.it

www.notariato.it

www.osservatorio-oci.org

www.tribunalediroma.it

Ringraziamenti.

Ed ecco che mi trovo qui, al termine di questo lungo percorso, a ringraziare tutti coloro che hanno reso possibile tutto questo.

I miei ringraziamenti più sentiti vanno al Prof. Antonio Acquaroli, che con massima cortesia, impegno e disponibilità sempre dimostrata, nonché fonte di stima ed ispirazione professionale, ha reso possibile la realizzazione di questo lavoro.

Voglio ringraziare la mia famiglia ed i miei genitori Stefano e Noemi la cui vicinanza in questo tortuoso percorso, mi ha permesso con serenità di raggiungere questo traguardo indimenticabile.

Ringrazio le mie nonne Rita e Giuseppina al quale va il mio affetto più grande, i miei amici più stretti ed i compagni di questa memorabile avventura.

Ma il mio pensiero più profondo va a colui il quale è dedicata questa tesi, a mio nonno Licio che non c'è più.

Adesso come allora non manca di indicarmi la via, nell'indelebile ricordo dei suoi insegnamenti, nel sostegno morale, nei valori trasmessi e nei sacrifici per essere stato sempre al mio fianco va il mio "grazie" più grande, dove altre mille parole non basterebbero.

Vorrei chiudere con una promessa fatta a me stesso, di impegnarmi ad affrontare la prossima sfida che mi si porrà davanti con la stessa passione ed impegno con cui ho raggiunto questo risultato, nella consapevolezza che la prossima prova sarà sempre la più difficile.

Si chiude un percorso e ne inizia un altro ancor più duro ed impervio, che richiederà maggior tenacia e forza di volontà.

Con questo voglio concludere, promettendomi di non pormi mai limiti, ma solo obiettivi, di non fermarmi mai tanto nella vita quanto nel percorso professionale, con uno sguardo al passato ed un occhio sempre rivolto al futuro, con forza e determinazione, fino alla fine.

Grazie.

Augusto Sciamanna.