Unione Nazionale Giovani Dottori Commercialisti
ed Esperti Contabili

liquidadv.it a brand of studioesse

TAVOLO TECNICO "CRISI D'IMPRESA"

L'AFFITTO D'AZIENDA NELLA CRISI D'IMPRESA

DELEGATI DI GIUNTA IN MATERIA:
Sonia Mazzucco
Vicepresidente
Federico Giotti
Componente di Giunta
Enrico Lombardo
Componente di Giunta

REFERENTI DEL LAVORO:
Dott. **Marco Passantino**
Dott. **Francesco Puccio**
Dott. **Anthony Spataro**

A CURA DI:
Dott.ssa **Francesca Barile**
Dott.ssa **Silvia Borghi**
Dott. **Marco Coletta**
Dott.ssa **Carolina Cucurullo**
Dott. **Massimiliano Dell'Unto**
Dott. **Amedeo Di Pretoro**
Dott. **Andrea Friggeri**
Dott. **Francesco Lubello**
Dott. **Silvio Marchini**
Dott. **Marco Passantino**
Dott. **Francesco Puccio**
Dott. **Giancarlo Piccione**
Dott. **Giorgio Sansone**
Dott. **Anthony Spataro**
Dott. **Sebastiano Zanette**

INDICE

CAPITOLO 1 ... 4
CENNI SULL'AFFITTO D'AZIENDA ... 4
1. L'istituto dell'affitto d'azienda ... 4
2. Il contratto di affitto d'azienda: forma e pubblicità ... 6
3. Obblighi ed effetti ... 7
4. L'Azienda in crisi: il contratto di affitto d'azienda quale strumento per il superamento della crisi ... 8
5. Le principali differenze tra il contratto di affitto d'azienda stipulato in una fase prefallimentare (ex art. 79 l. fall.) rispetto ad una fase endofallimentare (ex art. 104 bis l. fall.) ... 10
6. La nuova disciplina dell'affitto d'azienda nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza ... 13
7. I focus disciplinati dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza ... 13

CAPITOLO 2 ... 15
LA RETROCESSIONE D'AZIENDA E RIFLESSI SUI RAPPORTI DI LAVORO DIPENDENTE ... 15
1. Quesiti pratici con riguardo alla retrocessione d'azienda e ai riflessi sui rapporti di lavoro dipendente ... 15
1.1. Risposta nell'ambito della procedura concordataria ... 15
1.2. La possibile deroga tramite la normativa giuslavoristica sull'accordo collettivo ... 15
2. I punti "oscuri" della normativa giuslavoristica ... 16
2.1. Il concetto di collettività e l'individuazione dei lavoratori ... 16
2.2. L'ipotesi dell'accordo individuale e della individuale facoltà di "rinuncia", quale limitatore dei rischi ... 17
2.3. Il problema dell'individuazione dei dipendenti ... 18
2.4. Il problema della violazione del diritto di precedenza e gli obblighi risarcitori in capo alla procedura ... 18
3. Inattuabilità del metodo "spezzatino" ... 18
4. Rilievi conclusivi ... 18

CAPITOLO 3 ... 20
LA PRESENZA DI BENI NON A NORMA ... 20
1. Definizione dei c.d. beni "non a norma" ... 20
2. L'affitto di azienda sottoscritto nella fase endofallimentare ... 21

CAPITOLO 4 ... 22
LE POSSIBILI IMPLICAZIONI DERIVANTI DALLA DISCIPLINA DELLE OFFERTE CONCORRENTI ... 22
1. La ratio delle offerte concorrenti introdotta dal Legislatore del 2015 22
2. Le procedure competitive ... 22
3. La disciplina dei contratti pendenti ... 23

CAPITOLO 5 ... 25
OBBLIGO DI MANTENERE IN EFFICIENZA L'AZIENDA ... 25
1. Premessa ... 25
2. L'affitto d'azienda come strumento di risoluzione della crisi aziendale 26
3. Rilievi conclusivi sull'affitto e successivo trasferimento a terzi dell'azienda ... 28

CAPITOLO 6 ... 29
RETROCESSIONE D'AZIENDA E RELATIVE RESPONSABILITÀ ... 29
1. Premessa ... 29
2. Il contratto di affitto d'azienda ... 29
3. Riflessi sul nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza ... 31

CAPITOLO 7 ... 32
LA FATTISPECIE DEL "RENT TO BUY" E RELATIVE IMPLICAZIONI ... 32
1. Definizione e oggetto del rent to buy ... 32
2. Le parti contraenti e la tipologia di immobili oggetto del rent to buy 33
3. Forma del contratto ... 34
4. Trascrizione del contratto ... 35
5. Le possibili patologie del contratto e rimedi ... 36
6. Il fallimento del concedente ... 37
7. Il fallimento del conduttore ... 38
8. Altre procedure concorsuali relative al locatore / promittente venditore ... 39
8.1. Il concordato preventivo del locatore/promittente venditore ... 39
8.2. L'accordo per la ristrutturazione dei debiti del locatore/promittente venditore ... 39
9. Rilievi conclusivi ... 40

CAPITOLO 8 ... 41
LA DETERMINAZIONE DELL'EQUO INDENNIZZO IN CASO DI RESTITUZIONE DELL'AZIENDA, NEL DISSENSO DELLE PARTI ... 41
1. Premessa ... 41
2. L'Equo indennizzo: definizione e determinazione ... 41
3. L'indennizzo a favore dell'affittuario a seguito del recesso dell'affittante ... 43
4. L'indennizzo a favore dell'affittante a seguito del recesso dell'affittuario ... 44
5. L'Equo indennizzo: significative pronunce giurisprudenziali ... 44
6. Le novità apportare dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in tema di affitto d'azienda ... 46
7. Rilievi conclusivi ... 47

CAPITOLO 9 ... 48
AFFITTO PONTE E RESPONSABILITÀ DELLA CURATELA ... 48
1. L'affitto c.d. "ponte" ... 48
2. L'affitto d'azienda pendente alla data di fallimento ex art. 79 l. fall. ... 48
3. L'affitto d'azienda stipulato dalla curatela ex art. 104-bis l. fall. ... 50
4. La retrocessione dell'azienda. La sorte dei debiti aziendali e del personale dipendente ... 52

CAPITOLO 10 ... 53
L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE SULL'AFFITTO D'AZIENDA NELLA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA ... 53
1. Raccolta dell'evoluzione giurisprudenziale sull'affitto d'azienda nella gestione della crisi d'impresa ... 53
2. Il concordato qualificato come "in continuità" con previsione dell'istituto dell'affitto d'azienda ... 53
3. La continuità aziendale nel Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza ... 55

CAPITOLO 1

CENNI SULL'AFFITTO D'AZIENDA

1. L'istituto dell'affitto d'azienda. – 2. Il contratto di affitto d'azienda: forma e pubblicità – 3. Obblighi ed effetti- 4. L'Azienda in crisi: il contratto di affitto d'azienda quale strumento per il superamento della crisi – 5. Le principali differenze tra il contratto di affitto d'azienda stipulato in una fase prefallimentare (ex art. 79 l. fall.) rispetto ad una fase endofallimentare (ex art. 104 bis l. fall.) – 6. La nuova disciplina dell'affitto d'azienda nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza – 7. I focus disciplinati dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

1. L'istituto dell'affitto d'azienda

L'istituto dell'affitto d'azienda è un'operazione di natura straordinaria mediante la quale il proprietario di un complesso organizzato di beni (c.d. "concedente", "locatore" o anche "affittante"), procede al trasferimento temporaneo dello stesso (o parte di esso), in cambio del pagamento di un canone periodico di godimento e dell'assunzione di determinate obbligazioni da parte del beneficiario di tale operazione (c.d. "conduttore", "locatario" o anche "affittuario"). Il concedente dell'azienda deve necessariamente essere dotato della qualifica di imprenditore, inteso come soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi ex art. 2082 del codice civile, mentre, al contrario, tale qualifica non viene richiesta per il locatore, che può acquisire lo status di imprenditore a titolo originario, nei limiti dell'esercizio di un'impresa corrispondente. L'utilizzo di questo tipo di operazione è molteplice, dalla riorganizzazione alla gestione del passaggio generazionale; nella prassi operativa viene sovente utilizzato in funzione anticipatoria rispetto alla cessione definitiva della stessa, dal momento che tale operazione consente al proprietario di assicurarsi per un certo lasso temporale un rendimento costante e stabilito e all'affittuario di valutare la redditività dell'azienda[1].

Nell'ambito trattato dal presente elaborato, la motivazione principale è legata alla conservazione della continuità aziendale nelle situazioni di crisi[2].

Come anticipato, l'oggetto della transazione è rappresentato dal "complesso organizzato di beni", come definito dall'art. 2555 del Codice civile. La normativa prevede espressamente che tale complesso possa essere oggetto di numerose transazioni, tra cui tipicamente ritroviamo la cessione, il conferimento in società, la donazione e l'iscrizione sulla stessa di diritti reali (usufrutto) o personali (affitto) di godimento a favore di terzi. L'elemento che risulta da attenzionare, in simili fattispecie, è l'oggetto della transazione: affinché si possa parlare di trasferimento di azienda, infatti, si deve tenere in debita considerazione quanto previsto dal Codice civile. In altre parole, l'oggetto dell'operazione deve essere costituito da un complesso di beni potenzialmente idoneo e sufficiente per consentire l'esercizio di una determinata attività d'impresa. D'altra parte, non è necessario che il trasferimento comprenda tutti i beni caratterizzanti il complesso aziendale, bensì è sufficiente che abbia ad oggetto un'articolazione funzionalmente autonoma alla stessa riconducibile (c.d. ramo d'azienda).[3]

---

1 Cfr. "Operazioni straordinarie", Ceppelini Lugano & associati società tra professionisti, Wolters Kluver,2020.
2 Cfr. "Crisi e risanamento d'impresa: soluzioni stragiudiziali e concordatarie. Adempimenti e ruoli del professionista", M. Bana, Eutekne, 2015.
3 Si segnala un interessante contributo fornito dal Dott. Moro Visconti: "Nelle crisi d'impresa, l'enucleazione e la successiva liquidazione della bad company, attuabile mediante modalità operative diverse (conferimento, cessione, scissione …), costituisce spesso l'unico rimedio per salvare il ramo profittevole di una società. L'identificazione del ramo non profittevole deve essere effettuata sulla base delle strategie e prospettive aziendali e nel rispetto dei vincoli civilistici. […] Cessione o affitto della good company e soluzioni concorsuali o stragiudiziali (fallimento chirurgico) per la bad company. Le aziende in crisi possono evitare un'eventuale procedura concorsuale attraverso la cessione del ramo d'azienda profittevole anche mediante l'affitto del medesimo, e la successiva richiesta di concordato o procedure stragiudiziali della parte residua della società non in bonis ovvero attraverso l'enucleazione e la successiva messa in liquidazione del ramo non profittevole (bad company) ovvero ancora mediante la predisposizione e realizzazione di adeguati piani di risanamento, asseverati da un esperto o di accordi di ristrutturazione dei debiti". Cfr. "Enucleazione della bad company: quale strada intraprendere?", Roberto Moro Visconti, Amministrazione & Finanza, agosto 2009.

Nel caso dell'affitto di ramo d'azienda, è possibile perimetrare gli elementi patrimoniali e le posizioni contrattuali sulla base delle esigenze dell'affittuario, che potrebbe escludere, previa specifica volontà delle parti, anche elementi essenziali dell'azienda quali ad esempio i crediti verso clienti, i debiti verso fornitori, la cassa, le banche o i beni strumentali, ovverosia quei rapporti che potrebbero eventualmente generare ulteriori difficoltà operative e che quindi l'affittuario preferirebbe non accollarsi, come i crediti in sofferenza o determinati cespiti obsoleti o non performanti per l'attività esercitabile dall'affittuario.[4]

Fig. 1 Definizioni sintetiche di affittante e affittuario

AFFITTANTE *(oppure anche concedente locatore)*	AFFITTUARIO *(oppure anche conduttore o locatore)*
Parte contrattuale che si obbliga nei confronti del conduttore a concedere in locazione e far godere un bene per un dato tempo verso un determinato corrispettivo denominato canone	Parte del contratto di affitto che ha il diritto di godimento di un bene produttivo

4 Sia permesso allo scrivente, ancorché in estrema sintesi, un inquadramento normativo del contratto di affitto di azienda. L'istituto in analisi è disciplinato dall'art. 2562 cc, il quale rinvia alle norme sull'usufrutto di cui al precedente 2561 cc. Il contratto è soggetto alla disciplina per la cessione d'azienda di cui all'art. 2556 cc. Le altre disposizioni normative significative in tema di affitto d'azienda (analogamente alla cessione d'azienda) riguardano: il divieto di concorrenza ex art. 2557 cc per il quale il concedente è tenuto ad astenersi, per tutta la durata del contratto d'azienda, dall'avviare una nuova impresa idonea a sviare la clientela del complesso in affitto, salvo diversa previsione espressamente derogata nel contratto dalle parti; la successione nei contratti senza il consenso del terzo contraente per i rapporti giuridici diversi da quelli aventi carattere personale oppure da quelli espressamente esclusi dalle parti ex art. 2558 cc; le locazioni commerciali immobiliari ex art. 36 della L. 392/78 nel quale il conduttore può sbloccare il fabbricato o cedere il contratto anche senza il consenso del locatore purché in caso di cessione o affitto d'azienda ne sia data comunicazione con annessa ricevuta di consegna al concedente; l'esclusione dell'automatica successione per le disposizioni in materia di crediti e debiti dell'azienda ceduta in quanto gli artt. 2559-2560 cc non prevedono espressamente l'ipotesi del contratto d'affitto; la successione da parte dell'affittuario nei contratti di lavoro stipulati dal concedente ai sensi dell'art. 2112 cc; il preventivo assolvimento della procedura di cui all'art. 47 della L. 428/90 in tema di affitto d'azienda con più di 15 dipendenti; l'applicazione dei principi generali sulle locazioni con riguardo alle manutenzioni straordinarie (di competenza del concedente) e ordinarie (di competenza dell'affittuario) salvo espressa previsione delle parti ex art. 1622 cc; l'esclusione della presunzione di cui all'art. 6 co. 1 del DPR 633/72 (effettuazione cessione IVA successivo al decorso di un anno dalla data di consegna o spedizione dei beni mobili cfr. Cass del 6.10.2011 n, 20443) nel caso di inclusione delle rimanenze di magazzino nel contratto d'affitto d'azienda; la gestione d'azienda da parte dell'affittuario senza modifica della destinazione e in modo da conservarne l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorta di cui all'art. 2561 cc ed infine la previsione ai sensi del co. 4 dell'art. 2561 cc in merito alla differenza regolato in denaro tra le consistenze d'inventario all'inizio al temine dell'affitto sulla base dei valori correnti. Infine relativamente al regime di tassazione dell'affitto d'azienda occorre senz'altro far presente che lo stesso è piuttosto articolato e le problematiche fiscali ad esso collegate riflettono, in gran parte, quelle riguardanti i profili contabili dell'operazione. Per economicità di esposizione si rinvia ad altri testi la trattazione più completa ed esaustiva di tale complesso argomento.

2. Il contratto di affitto d'azienda: forma e pubblicità

L'articolo 2556 del Codice civile disciplina la forma che deve rispettare il contratto d'affitto, così come ogni atto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà dell'azienda od il diritto di godimento della stessa: ai fini della prova della sussistenza dello stesso, la forma deve essere necessariamente scritta, come atto pubblico o scrittura privata autenticata (c.d. forma ad probationem). Secondo uno studio del Consiglio nazionale del Notariato[5] la forma scritta deve ritenersi necessaria per poter adempiere all'obbligo di iscrizione del trasferimento dell'azienda, nonostante l'atto pubblico ovvero la scrittura privata autenticata non sia richiesta ad substantiam.

La normativa prevede espressamente che i contratti redatti in forma pubblica o mediante scritta privata autenticata vadano depositati per l'iscrizione al Registro delle Imprese entro 30 giorni dalla data della stipula, a cura del notaio rogante o autenticante. La mancata iscrizione del contratto di affitto d'azienda al Registro delle Imprese comporta una serie di conseguenze:

- sanzione amministrativa: come disciplinato dagli artt. 2194 c.c. per le imprese individuali e 2630 c.c. per le imprese esercitate in forma societaria;
- mancata produzione degli effetti giuridici: l'atto non iscritto risulta comunque valido tra le parti, ma non può essere opposto ai terzi, a meno che non si provi che gli stessi ne abbiano avuto conoscenza.

Il contratto di affitto si scioglie al verificarsi di particolari eventi, che risultano da attenzionare in modo particolare:

- il preavviso di una delle parti, di norma previsto contrattualmente; si segnala tuttavia che l'affittuario può avvalersi del diritto di recesso dal contratto stipulato, anche senza che sia stata determinata alcuna precisazione in merito alla durata del rapporto, manifestando tale opzione con un "congruo preavviso" (art. 1616 c.c.);
- l'inadempienza dell'affittuario (art. 1618 c.c.);
- le perdite determinate da riparazioni di carattere straordinario (art. 1622 c.c.);
- le modificazioni sopravvenute nel rapporto contrattuale (art. 1623 c.c.);
- l'insolvenza dell'affittuario salvo che vi sia idonea garanzia prestata a favore del locatore, per l'esatto adempimento degli obblighi dell'affittuario (art. 1626 c.c.);
- l'alienazione della cosa (art. 1625 c.c.);
- l'interdizione o l'inabilitazione dell'affittuario (art. 1626 c.c.);
- la morte dell'affittuario (art. 1627 c.c.).

5 Cfr. "Il trasferimento di azienda del piccolo imprenditore e l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese", Studio n. 5517/I/2005 del Consiglio Nazionale del Notariato.

3. Obblighi ed effetti

Il principale obbligo cui è tenuto a rispettare il proprietario/locatore è rappresentato dal divieto di concorrenza nei confronti dell'usufruttuario/affittuario, disciplinato dall'art. 2557 c.c.

Secondo tale disposizione, per tutta la durata dell'affitto o dell'usufrutto, od un termine più lungo se concordato dalle parti, il proprietario deve astenersi dall'iniziare una nuova impresa che per attività, oggetto, ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda affittata.

Ampia ed articolata risulta la giurisprudenza in materia, si segnalano particolarmente le sentenze del Tribunale di Ivrea del 28 maggio 2013[6], della Corte di Cassazione n. 1311 del 20 febbraio 1996[7] che circostanziano ulteriormente i limiti in capo al proprietario, ma anche la sentenza del Tribunale di Milano, Sezione I, del 21 febbraio 2011[8] che sottopone anche l'affittuario cessato al rispetto del divieto di cui all'art. 2557 c.c.

Il primo effetto prodotto dalla stipula del contratto di affitto d'azienda consiste nella successione automatica dell'affittuario in tutti i "contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda", escludendo pertanto i contratti aventi carattere personale, come disciplinato dal comma 1 dell'art. 2558 c.c.

Non viene normativamente prevista l'accettazione manifesta da parte del terzo contraente ceduto, né l'obbligatoria comunicazione da parte delle parti della cessione avvenuta, tuttavia, egli può recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, solamente nel caso in cui sussista una giusta causa a fondamento della recessione.

Tale normativa che prevede il passaggio automatico dei contratti in capo all'azienda affittata, non investe i crediti da essa detenuti. L'art. 2559 comma 1 del c.c., infatti, assimila tale cessione alla totalità degli altri contratti solamente in presenza di usufrutto d'azienda, prevedendo, di conseguenza, una disciplina differente in merito all'affitto d'azienda. In tale ultima fattispecie, è quindi necessario applicare la disciplina prevista dall'art. 1264 c.c., in base alla quale viene previsto che la cessione dei crediti ha effetto nei confronti del debitore ceduto solamente a seguito dell'avvenuta accettazione della stessa da parte di quest'ultimo.

In merito ai debiti detenuti dall'azienda affittata anteriormente alla stipula del contratto, il soggetto responsabile rimane esclusivamente il proprietario, salvo diversa pattuizione tra le parti. Tale considerazione si ritiene valida anche in riferimento ai debiti tributari, giudicando inapplicabile il disposto dell'art. 14, D. Lgs. n. 472/1997 al soggetto che assume solamente la gestione (e non la proprietà) dell'azienda. Oltre ai debiti che le parti hanno convenuto espressamente di trasferire nel contratto d'affitto, fanno eccezione alla normativa generale anche i debiti derivanti da rapporti di lavoro, in quanto il comma 1 dell'art. 2112 prevede il subentro automatico dell'affittuario nei contratti di lavoro stipulati dal locatore, e la conservazione da parte dei lavoratori di tutti i diritti, economici e non, che ne derivano.

Al termine del contratto di affitto, il locatore non assumerà alcuna responsabilità in merito ai debiti contratti dall'affittuario durante la gestione dell'azienda, per i quali quest'ultimo rimarrà l'unico responsabile.

---

6 Trib. Ivrea, 28 maggio 2013: la violazione del divieto di concorrenza deve ritenersi integrata non solo in ipotesi di costituzione di una nuova società, ma anche nel caso dell'assunzione della qualifica di amministratore, di fatto o di diritto, in una società concorrente, poiché anche in tale circostanza si verifica il presupposto del pericolo concorrenziale, ossia del subentro nella gestione aziendale di un soggetto che, essendo noto alla clientela, della quale conosce tendenze ed abitudini, può avere sulla stessa una considerevole capacità di attrazione e conosce, altresì, le caratteristiche organizzative dell'azienda.

7 Cfr. Cass., 20 febbraio 1996, n. 1311: la violazione del divieto di concorrenza non richiede un danno effettivo od un'effettiva concorrenza, essendo sufficiente un danno potenziale per conseguire la risoluzione del contratto, o l'inibitoria; l'accertamento della sua sussistenza non è correlata necessariamente alla verificazione concreta del danno la quale, se accertata, dà luogo alla condanna al risarcimento dell'autore.

8 Trib. Milano, Sez. I, 21 febbraio 2011: il fatto che l'affittuario dell'azienda, dopo la cessazione del rapporto di affitto, intraprenda una attività in diretta concorrenza con quella dell'azienda precedentemente gestita configura una violazione del divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c., che è applicabile (...) in tutti i casi in cui si ha la sostituzione di un imprenditore ad un altro nell'esercizio di un'impresa e, quindi, anche a favore del proprietario che sia ritornato in possesso del compendio aziendale.

4. L'Azienda in crisi: il contratto di affitto d'azienda quale strumento per il superamento della crisi

È noto come il contratto di affitto d'azienda sia prioritariamente uno strumento in grado di conservare il valore d'azienda nonché i livelli occupazionali[9] e principalmente per questi motivi è un istituto molto utilizzato nel campo della crisi di impresa.

Vero ciò, l'affitto d'azienda (nella sua interezza o limitatamente ad uno o più rami) può essere strumentale al superamento della crisi attraverso il risanamento d'impresa – con l'obiettivo di salvaguardare la continuità aziendale, i livelli occupazionali, nonché gli interessi dei creditori e in genere dell'economia pubblica – oppure la cessione definitiva dell'azienda nell'ambito di una delle seguenti procedure (attualmente in vigore) per la soluzione della crisi d'impresa:

- concordato stragiudiziale;
- piano attestato di risanamento ex art. 67 co. 3 lett. d) l. fall.;
- accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.;
- concordato preventivo sia liquidatorio che in continuità, rispettivamente ex art. 160 l. fall. ed art. 186-bis l. fall.[10];
- fallimento, sia nel caso di contratto pendente all'apertura della procedura fallimentare (di seguito anche solo "Procedura"), che in caso di scelta da parte degli organi fallimentari quale strumento di conservazione e amministrazione del patrimonio del fallimento, rispettivamente ex art. 79 l. fall. ed art. 104-bis l. fall.

Come appena anticipato, il ricorso all'affitto d'azienda può essere una valida opzione nel caso in cui, essendo ancora operativa l'azienda, il Curatore abbia optato per la vendita dell'intero compendio aziendale e si renda necessario, in vigenza della procedura di vendita, mantenere l'attività d'impresa funzionante. Giova sottolineare che all'affittuario è riconosciuto un diritto di prelazione nel caso di successiva cessione dell'azienda affittata, previa acquisizione del parere favorevole dei creditori e dell'autorizzazione del giudice delegato[11]. L'iter previsto in una simile fattispecie dall'art. 104-bis, quinto comma l.fall. prevede che, dopo aver fissato il prezzo di vendita dell'azienda, o del singolo ramo, la curatela lo comunichi entro dieci giorni all'affittuario il quale può esercitare il proprio diritto di prelazione entro il quinto giorno successivo al ricevimento della notizia.

Nell'ambito di una procedura concorsuale, le ragioni che spingono l'imprenditore a stipulare un contratto di affitto d'azienda prima di un eventuale accesso ad una procedura, oppure in funzione o in esecuzione della stessa, sono essenzialmente:

- **la salvaguardia della continuità aziendale** (principio del c.d. "going concern") e **dei posti di lavoro**. Grazie all'adozione di tale strumento, infatti, è possibile evitare (o comunque limitare) la paralisi dell'attività operativa, imputabile principalmente alla sopravvenuta limitazione degli affidamenti bancari, alle tensioni finanziarie, alle difficoltà di approvvigionamento ovvero dall'abnorme incidenza dei costi di struttura stratificati nel tempo. L'istituto del contratto di affitto d'azienda permette dunque di garantire la continuità, e quindi la conservazione dell'efficienza operativa e del valore aziendale, mediante la riduzione del perimetro dell'impresa a specifiche aree redditizie meglio indicate nel contratto di affitto d'azienda;
- **la miglior soddisfazione dei creditori sociali**. La miglior soddisfazione è da intendere sia dal punto di vista della percentuale di soddisfacimento, che dal punto di vista della tempistica in cui procedere alla distribuzione di risorse ai creditori. Dal punto di vista della misura del soddisfacimento, l'affitto d'azienda è spesso finalizzato alla preservazione della continuità e quindi alla cessione dell'azienda in funzionamento, al fine di garantire una sod-

9 Sul punto si segnala che l'affitto d'azienda è stato considerato come mezzo idoneo alla tutela di interessi del ceto creditorio, anche nell'ambito delle misure cautelari di cui al co. 8 dell'art. 15 l. fall. Si veda Trib. Terni 17.4.2014, l'imprenditore richiedente il fallimento in proprio può essere autorizzato a concedere l'azienda in affitto ad una società di nuova costituzione (c.d. newco) al fine di mantenere attiva l'impresa senza soluzione di continuità inalterata l'attività produttiva e la forza lavoro occupata nonché di spostare il rischio d'impresa sull'affittuario. Cfr. "Crisi e risanamento d'impresa: soluzioni stragiudiziali e concordatarie. Adempimenti e ruoli del professionista", M. Bana, Eutekne, 2015.

10 Sul punto si rimanda ad un articolo estremamente interessante quanto utile intitolato "Il concordato preventivo con affitto d'azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis" ad opera del Prof. Stefano Ambrosini e pubblicato in data 19.01.19 su www.ilcaso.it.

11 Cfr. "Operazioni straordinarie", Ceppelini Lugano & associati società tra professionisti, Wolters Kluver,2020.

disfazione maggiore ai creditori rispetto ad una eventuale liquidazione atomistica dei beni costituenti la stessa. Il maggior soddisfacimento dei creditori, potrebbe derivare anche dai flussi di cassa (c.d. cash flow) derivanti dalla continuità aziendale dedicati alla corresponsione dei canoni di locazione. In termini di tempo, e quindi di più celere soddisfacimento dei creditori, un affitto d'azienda che consenta di addivenire alla cessione dell'azienda in funzionamento, avrebbe anche il vantaggio di una riduzione dei tempi della Procedura, rispetto ad una vendita frazionata atomistica dei beni;

- **una maggiore tutela** (benché non assoluta) per l'imprenditore onesto ma insolvente[12] nel compimento di eventuali atti ravvisabili come potenzialmente depauperativi del patrimonio aziendale (es. aggravamento del dissesto attraverso il compimento di atti distrattivi, ecc.), qualora l'operazione consenta di conservare e salvaguardare il patrimonio aziendale e quindi i diritti dei terzi, permettendo la continuazione della propria attività, individuando, correggendo o estromettendo quelle circostanze di natura prettamente straordinaria che ne hanno di fatto condizionato e limitato l'operatività. Occorre precisare, a tal proposito, che l'operazione di affitto d'azienda, e quindi della continuità aziendale in situazioni di crisi, potrebbe generare ulteriori debiti in caso di gestione inefficiente da parte dell'affittuario, creando un danno ai creditori del concedente nell'ipotesi di restituzione dell'azienda. In ultimo, questo tipo di operazioni potrebbero celare una condotta distrattiva e fraudolenta degli amministratori, come spesso riportato dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia, alle quali si rimanda per eventuali approfondimenti.[13]

Ad ogni modo è possibile ricorrere all'affitto d'azienda sia prima del manifestarsi dello stato d'insolvenza[14] del debitore – quando l'impresa dunque si trova in una semplice situazione di "tensione finanziaria" – che successivamente, in presenza di evidenti segnali di default tali da determinare (per volontà del management o del Tribunale competente) l'apertura di una procedura concorsuale (es. concordato preventivo e fallimento, accordo di composizione della crisi a sovraindebitamento e procedimento di liquidazione del patrimonio del debitore).

---

12 Chiaro e preciso riferimento all'impresa lecita e non di certo a quella illecita. Pertanto si esclude qualsivoglia tentativo da parte dell'imprenditore disonesto di veicolare un'attività lecita soltanto apparentemente ma di fatto mossa da un unico scopo criminale. Infatti: *"l'impresa illecita è stata autorevolmente qualificata da Venafro (Cfr. "L'impresa del crimine: il crimine nell'impresa", Torino, 2012) come: "particolarmente pericolosa, in quanto capace di intrecciare rapporti giuridici a molti livelli, si tratta quindi di una pericolosità oggettiva incentrata cioè esclusivamente sulla idoneità a creare apparenza. In tale contesto, il momento su cui si concentra la maggiore pericolosità è proprio la idoneità dell'impresa a creare apparenza di liceità indipendentemente da chi è titolare dell'attività; creare apparenza di liceità che permette all'impresa illecita di inquinare il mercato, ledere la fiducia dei consociati ed insinuarsi nella parte sana e produttiva del paese"* Cfr. Corrado Ferriani in *"La gestione del rischio e i sistemi di prevenzione del reato"* a cura di Alessandro Parrotta, Pacini Giuridica, 2019, pag. 6.

13 Sul tema si segnala che integra il **reato** di **bancarotta fraudolenta per distrazione** (ex art. 216 l. fall.) il **contratto di affitto di azienda** stipulato in prossimità della sentenza dichiarativa di **fallimento** al solo scopo specifico di trasferire la disponibilità di tutti o dei principali beni aziendali ad altro soggetto giuridico. Un recente orientamento della Suprema Corte ritiene infatti **inammissibile** il fatto che il **contratto di affitto dell'azienda** possa essere concluso **lasciando l'impresa dissestata e nell'impossibilità di assumere iniziative**, così da ostacolare la cessione del patrimonio o depauperarne il valore di realizzo e, in ogni caso, causare un danno ai creditori concorsuali (Cfr. Cassazione penale, sez. V, sentenza n. 9768/2018 del 2.02.18). Mentre secondo un altro orientamento: *"la mera **cessione dell'azienda**, ancor più se solo in affitto, **non può costituire di per sé un fatto distrattivo** (anche se destinata ad assorbire l'intera capacità produttiva della società cedente) perché quel che occorre dimostrare è che tale cessione sia avvenuta a fronte di un corrispettivo economico inadeguato, o che il corrispettivo non sia stato versato o che sia stato corrisposto con una compensazione (totale o parziale) con debiti della società artatamente costituiti"*. Ovverosia non costituisce atto distrattivo, e dunque depauperativo del patrimonio sociale, la concessione in affitto dell'azienda che è stata costituita per assorbire il patrimonio della vecchia società se è stato versato concretamente il **giusto corrispettivo** (Cfr. Cassazione penale, sez. V, sentenza n. 32049 del 12.07.18). In dottrina, tra i molti, si segnalano: *"La bancarotta e gli altri reati fallimentari"*, R. Bricchetti e L. Pastorelli, Giuffrè Editore, 2011 e *"Fallimento e concordato fallimentare"*, a cura di A. Jorio, diretto da O. Cagansso e G Cottino, Utet, 2016.

14 Pacificamente: *"l'insolvenza differisce dall'inadempimento, poiché non indica un fatto, e cioè un avvenimento puntuale, ma appunto uno stato, e cioè una situazione dotata di un certo grado di stabilità: una situazione risolta in una "inidoneità" di dare regolare soddisfazione delle proprie obbligazioni"*, così, recentemente Cass., 20.11.18, n. 29913 e *"Lo stato di insolvenza dell'impresa, che esso presuppone, da intendersi come situazione (in prognosi) irreversibile, e non già mera temporanea impossibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte, legittimamente può essere desunto, nel contesto dei vari elementi, anche dal mancato pagamento di un solo debito"* in Cass., 30.09.04 n. 19611.

5. Le principali differenze tra il contratto di affitto d'azienda stipulato in una fase prefallimentare (ex art. 79 l. fall.) rispetto ad una fase endofallimentare (ex art. 104 bis l. fall.)

Come poc'anzi osservato esistono due fattispecie che investono il contratto d'affitto d'azienda in situazioni di crisi: nella prima la scelta di onorare o meno il contratto della locazione d'azienda è condizionata dalla volontà del curatore o dell'affittuario (ex art. 79 l. fall. c.d. "fase prefallimentare" o "eso-concorsuale") mentre nella seconda è onere esclusivo del curatore, previo parere positivo del comitato dei creditori e successiva autorizzazione del Giudice delegato (ex art. 104 bis l. fall. c.d. "fase endofallimentare").

Il Legislatore con l'art. 79 l. fall.[15] ha previsto l'automatica continuazione del contratto pendente, con l'intento di assicurare la continuità dell'impresa coerentemente con la generale tendenza a favorire il risanamento d'impresa o, quanto meno, la conservazione del valore aziendale.

Pertanto nella fase eso-concorsuale la declaratoria fallimentare non costituisce un'automatica clausola di scioglimento del contratto di affitto d'azienda stipulato dall'imprenditore in bonis (ovverosia stipulato prima della dichiarazione di fallimento).[16]

In caso di contratto di affitto d'azienda sottoscritto antecedentemente alla dichiarazione di fallimento, pertanto, spetta alla curatela subentrata automaticamente nel contratto originario il delicato compito di comprendere e valutare le ragioni alla base della stipula del contratto di affitto d'azienda e l'interesse che la sua prosecuzione possa avere per la Procedura[17].

Qualora, entro sessanta giorni dall'apertura della procedura fallimentare, una delle parti decidesse di recedere, dovrà corrispondere alla controparte un equo indennizzo, che, in prima battuta, può essere liberamente negoziata tra le parti. Qualora non sia possibile addivenire ad un accordo, sarà necessario l'intervento del Giudice delegato, udite le parti interessate[18].

L'equo indennizzo assume una veste differente nell'ambito fallimentare o nell'ambito di una procedura di concordato preventivo. In caso di recesso esercitato dal curatore del fallimento[19], infatti, l'indennizzo dovuto alla controparte costituisce un credito prededucibile (ex art. 111 n. 1 l. fall.[20]), mentre nell'ipotesi di concordato preventivo, in cui l'equo indennizzo è riconosciuto quale risarcimento del danno per l'inadempimento nel caso di scioglimento o sospensio-

---

15 Cfr. art. 79 l. fall: «*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 l. fall.*»

16 Basti pensare che in determinate situazioni, con la dichiarazione di fallimento il Tribunale può addirittura autorizzare la prosecuzione dell'attività (c.d. "esercizio provvisorio"), cfr. 1° co. art. 104 l. fall.: *"Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori"* […].

17 È necessario che il curatore verifichi innanzitutto se vi siano stati eventuali illeciti nella stipulazione del contratto di affitto d'azienda e contestualmente la congruità del canone, i conduttori, le clausole contrattuali, ecc. (cfr. Cassazione n. 4964/2009, n. 46508/2008, n. 44891/2008 e n. 10742/2008). Si segnala altresì che il curatore del fallimento del locatore può proporre azione revocatoria avvero lo stesso contratto (salvo ipotesi di cui all'art. 67 l. fall.) in quanto potendo incidere negativamente sul valore aziendale, rientra certamente nell'alveo degli atti idonei ad alterare negativamente la garanzia patrimoniale del debitorie (cfr. Trib. Verone 28.02.1991).

18 Una parte della giurisprudenza di merito (Trib. Rimini 24.3.2015) ha sostenuto che non è affetta da invalidità la clausola contrattuale inserita in un contratto di affitto d'azienda, che preveda un ampliamento delle facoltà di recesso in favore del curatore fallimentare, in deroga a quanto già previsto dall'art. 79 l. fall. In particolare, 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. fall., 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. Dello stesso parere cfr. "Il Fallimento" Trattato delle Procedure Concorsuali di A. Jorio e B. Sassani, Giuffrè Editore, 2014.

19 Si fa presente che l'obbligo di corrispondere un equo indennizzo potrebbe determinare una maggiore stabilità dei contratti stipulati nella fase prefallimentare, stante la maggiore difficoltà per il curatore di trovare i fondi per sciogliersi dal rapporto. Cfr. "Il contratto di affitto di azienda" in S. Bonfatti-L. Panzani, La riforma organica delle Procedure concorsuali, Milano Ipsoa, 2008.

20 Si precisa che gli effetti della prededucibilità ex lege riguardano il solo indennizzo a favore dell'affittuario e non anche i debiti conseguenti ai rapporti contrattuali aziendali stipulati o proseguiti dall'affittuario cfr. Tribunale Milano, 5.05.15.

ne del contratto pendente, è soddisfatto come un credito anteriore (ex art. 169-bis l. fall.). Per tali ragioni, mancando la prededucibilità, verrà soddisfatto in base alla percentuale concordataria spettante alla relativa classe di appartenenza del creditore sociale.

Accade spesso che l'affitto d'azienda venga stipulato a procedura concorsuale già instaurata. In questi casi, il trasferimento temporaneo d'azienda (ovvero di alcuni suoi rami) è una scelta del curatore (ai sensi dell'art. 104-bis l. fall) nella fase endoprocedimentale, allorquando appaia utile ai fini della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa. In questi casi l'operazione deve essere espressamente autorizzata dal Giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori a tutela della massa creditoria. La scelta dell'affittuario è di competenza del curatore e deve essere effettuata sulla base di procedure competitive, quali aste o gare aperte al pubblico, nelle forme previste dall'art. 107 l. fall.[21], assicurando necessariamente attraverso adeguate ed esaustive forme di pubblicità la massima informazione e partecipazione degli interessati. L'iter procedurale previsto dalla normativa in tali fattispecie, avente l'obiettivo evidente di assicurare la conservazione della continuità aziendale, rischia di scontrarsi con il fattore tempo, elemento critico in situazioni di crisi.

Il ricorso ad una procedura competitiva comporta, infatti, un percorso complesso, composto da diverse fasi:

- stima del complesso aziendale;
- tempi di pubblicità;
- due diligence dei soggetti interessati;
- gara;
- eventuali valutazioni da parte degli Organi della procedura sull'affidabilità del soggetto interessato.

Alla luce di queste considerazioni, non è purtroppo da escludersi la casistica secondo la quale, nelle more di un eventuale esperimento di vendita, l'azienda possa subire una perdita di valore o addirittura una disgregazione rispetto al momento del ricorso[22]. Al riguardo, è importante porre all'attenzione del lettore due innovativi provvedimenti del Tribunale di Bergamo, uno relativo al concordato e l'altro al fallimento:

- In ipotesi di concordato, il Tribunale, con provvedimento del 23 dicembre 2015, ha ravvisato le difficoltà pratiche esistenti tra la necessità di rispettare i tempi di una procedura competitiva ed il bisogno di poter disporre in tempi brevi l'affitto d'azienda in sede concordataria. Di conseguenza, per salvaguardare l'integrità ed il valore del ramo aziendale, ha autorizzato l'affitto immediato dello stesso durante la fase di concordato preventivo con riserva, posticipando l'esperimento della procedura competitiva al termine dell'affitto ovvero nella fase di cessione dell'azienda. L'innovativa soluzione individuata dal Tribunale ha sostanzialmente consentito la salvaguardia del bene aziendale, tutelando in egual maniera il principio di competitività e il sistema di garanzie di pubblicità e trasparenza richiesti dalla normativa.

---

21 Il curatore ha il compito scegliere l'affittuario sulla base di apposita stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. Tale scelta deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo anche alla conservazione dei livelli occupazionali. Il contratto di affitto va stipulato nelle forme previste dall'art. 2556 c.c. e deve contenere una serie di elementi che ne costituiscono il contenuto minimo obbligatorio (vale a dire: diritto del curatore di procedere all'ispezione; le prestazioni di idonee garanzie per tutte le obbligazioni cui l'affittuario sia tenuto ex lege o ex contractu; diritto di recesso del curatore, che può essere esercitato sentito il comitato dei creditori con la corresponsione di un giusto indennizzo, da pagarsi in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 2, n. 1). La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni e all'affittuario può essere pattiziamente concesso il diritto di prelazione sulla vendita dell'azienda, previa espressa autorizzazione del Giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. Infine, viene dettata, al 6° comma, una specifica disciplina per il caso di retrocessione al fallimento dell'azienda, o di un suo ramo, a seguito di recesso o di cessazione di durata del contratto, escludendo la responsabilità della Procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 (con riferimento ai crediti dei lavoratori dipendenti) e 2560 c.c., che, com'è noto, sancisce la responsabilità in solido dell'alienante e dell'acquirente per i debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie inerenti l'azienda trasferita. Inoltre, per i contratti pendenti al momento della retrocessione dell'azienda, viene richiamata la disciplina generale dettata dagli artt. 72 ss.

22 Cfr. "Affitto d'azienda e procedure competitive: alla ricerca di un compromesso", Il Fallimentarista, focus 20.07.2020, F. Clemente, F. Rangeloni

- Il secondo provvedimento assunto dal Giudice delegato del Tribunale di Bergamo (6 novembre 2019) investe la diversa ipotesi di affitto in una procedura di fallimento ex art. 104-bis l. fall.. La *ratio* seguita dal Tribunale è sempre dettata dall'esigenza di speditezza nell' affittare un'azienda, al fine di salvaguardarne l'operatività. La vicenda riguarda una società proprietaria di impianti sciistici in una nota località di villeggiatura. Il Giudice delegato ha concesso alla Curatela di accettare una proposta d'affitto dell'azienda formalizzata da un Ente locale senza l'esperimento dell'apposita gara, autorizzando nel contempo la procedura competitiva per la successiva vendita dell'azienda, in considerazione del fatto che *"le sole concrete manifestazioni di interesse, nella prossimità improcrastinabile dell'avvio della stagione sciistica sono quelle poste al vaglio dei Curatori e dell'ufficio"* e che *"un'ulteriore appendice di competizione nel mercato avrebbe scarso significato collocandosi temporalmente a stagione sciistica iniziata"*. È d'uopo sottolineare come, nel proprio provvedimento autorizzativo, il Giudice delegato abbia individuato il rispetto da parte della Curatela di tutti i dettami previsti dalla legge fallimentare, pur in assenza di procedura competitiva per la scelta dell'affittuario. In particolare, il Giudice ha rilevato come la massima informazione e partecipazione di soggetti interessati sia stata rispettata in considerazione del fatto che *"l'urgenza della riallocazione sul mercato dell'azienda ha assunto dimensione di fatto notorio"* e che la Curatela ne avesse dato *"informazione capillare anche sui mezzi di informazione"*. Inoltre, in merito alla scelta dell'affittuario, a fronte di numerose manifestazioni di interesse pervenute, la Curatela ha provveduto al deposito di specifiche informative sui soggetti interessati, corredate da puntuali valutazioni sugli stessi. Anche in questa fattispecie, adottando un provvedimento di natura elastica, supportato tuttavia da adeguati presupposti forniti dalla Curatela, è stato possibile raggiungere, da un lato, l'esigenza di salvaguardia della continuità, dall'altro il rispetto della trasparenza e del principio di competitività previsto dall'art. 107 l. fall..

In merito al contenuto del contratto di affitto, già oggetto di precedente trattazione, si ritiene necessario puntualizzare che, nella particolare situazione di crisi dell'azienda affittata, questo deve a maggior ragione prevedere gli elementi che ne costituiscono il contenuto minimo obbligatorio ai sensi dell'art. 2556 c.c. quali: il diritto del curatore di procedere all'effettuazione di ispezioni nella struttura produttiva, le prestazioni di idonee garanzie per tutte le obbligazioni cui l'affittuario sia tenuto ex lege o ex contractu, il diritto di recesso del curatore, che può essere esercitato sentito il comitato dei creditori con la corresponsione di un "giusto indennizzo", da pagarsi in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 1, n. 1.[23]. La durata del contratto deve essere fissata tenendo in debita considerazione le esigenze di liquidazione dei beni nell'ambito della procedura fallimentare.

In ambito fallimentare l'istituto dell'affitto d'azienda può essere posto a confronto con l'esercizio provvisorio di impresa in vigenza della procedura, pur presentando alcuni elementi di differenziazione:

- mentre nell'esercizio provvisorio il curatore si sostituisce in maniera diretta all'imprenditore fallito, nell'affitto d'azienda la gestione passa ad una figura terza, l'affittuario, che si assume anche il rischio d'impresa;
- l'esercizio provvisorio può essere terminato in qualsiasi momento, principalmente a seguito di valutazioni sulla relativa convenienza poste in essere dalla Curatela, nell'affitto d'azienda è invece necessario rispettare il termine previsto dal contratto stipulato;
- l'affitto d'azienda non comporta l'emersione di crediti prededucibili in capo alla procedura, in considerazione del fatto che gli eventuali debiti che sorgono in vigenza dell'affitto, rimangono nella sfera di quest'ultimo.

Occorre ricordare, infine, che l'eventuale restituzione al fallimento dell'azienda affittata (o di uno o più rami della stessa), non comporta la responsabilità della Procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto stabilito dagli artt. 2112 e 2560 c.c. (art. 104-bis co. 6 l. fall.). Previo parere favorevole del comitato dei creditori, e dell'autorizzazione del Giudice delegato, è altresì possibile, come sovente riscontrabile nella prassi, riconoscere all'affittuario un diritto di prelazione nel caso di vendita dell'azienda affittata.

---

23 Per quanto riguarda la durata del contratto d'affitto si segnala che deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni e che all'affittuario può essere concesso il diritto di prelazione sulla vendita dell'azienda, previa espressa autorizzazione del Giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori.

6. La nuova disciplina dell'affitto d'azienda nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, c.d. "Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza" (di seguito anche CCII) è destinato a sostituire l'attuale impianto normativo della legge fallimentare; alcuni articoli del decreto risultano già in vigore, altri entreranno in vigore nei prossimi mesi (al momento della stesura del presente documento, l'entrata in vigore completa del decreto è prevista per il 1 settembre 2021).

In riferimento all'affitto d'azienda nel caso di apertura della liquidazione giudiziale (la procedura individuata dal Legislatore in sostituzione del fallimento), il decreto presenta alcune innovazioni in quanto introduce una distinzione di tipo soggettivo, a seconda, cioè, di chi sia il soggetto in liquidazione giudiziale:

- concedente: non vi è scioglimento automatico del contratto di affitto, tuttavia la curatela, previa autorizzazione del comitato dei creditori, entro 60 giorni può recedere dal contratto corrispondendo all'affittuario un equo indennizzo che, ove si manifesti una situazione di dissenso, è determinato dal giudice delegato previa audizione degli interessati. La retrocessione alla liquidazione giudiziale dell'azienda, o di un suo ramo, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti sorti sino a tale momento, in deroga alle disposizioni di cui agli artt. 2112 e 2560 c.c., mentre per quanto concerne i rapporti pendenti si applicano gli artt. da 172 a 191 CCII;
- affittuario: il curatore, previo assenso del comitato dei creditori, può recedere in qualunque momento. Viene riconosciuto un equo indennizzo al concedente, quantificato dal giudice delegato in presenza di dissenso tra le parti.

In entrambe le ipotesi esposte, l'indennizzo va insinuato al passivo della procedura come credito concorsuale, non godendo della prededuzione[24].

Si segnala infine come anche il "nuovo Codice" destina alcuni articoli all'alienazione o affitto d'azienda (o di rami della stessa) in caso di concordato preventivo: nello specifico, l'art. 94 comma 5 prevede che tali operazioni debbano essere effettuate previa autorizzazione del giudice delegato ed a seguito di procedure competitive adeguatamente pubblicizzate. Come visto in precedenza, con particolare riferimento alle decisioni assunte dal tribunale di Bergamo, anche in quest'ultima fattispecie viene consentita, in presenza di situazioni di particolare urgenza, la stipula del contratto nel caso in cui si rischi la compromissione dell'interesse dei creditori al migliore soddisfacimento, dando adeguata pubblicità all'attore ed al provvedimento, in modo da consentire agli interessati l'eventuale proposizione di contestazioni.

7. I focus disciplinati dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Numerose sono le diverse casistiche legiferate nel nuovo CCII relativi all'affitto d'azienda in situazioni di crisi, di seguito le principali:

- Il contratto di locazione immobiliare. L'art. 185 CCII prevede una disciplina variabile, in funzione del soggetto in liquidazione e della durata residua del contratto. Ferma restando la prosecuzione del contratto ed il subentro del curatore, nel caso in cui al momento dell'apertura della liquidazione del locatore la durata residua del contratto ecceda i quattro anni, il curatore entro un anno può recedere dal contratto con effetto successivo al decorrere dei quattro anni. In tale casistica, va riconosciuto un equo indennizzo al conduttore, da insinuarsi al passivo come credito concorsuale. Nella diversa fattispecie di liquidazione giudiziale del conduttore, il recesso può essere esercitato in qualunque tempo.
- Il contratto di appalto. Si ha lo scioglimento del contratto di appalto, art. 186, nel caso in cui il curatore non dichiari di voler subentrare entro 60 giorni dall'apertura della liquidazione. Nella diversa casistica in cui la procedura investa l'appaltatore, il rapporto viene sciolto se la qualità soggettiva dello stesso è stata il motivo a fondamento del contratto; il curatore può tuttavia proseguire nel rapporto, previo preventivo consenso del committente.

24 Cfr. "Affitto d'azienda", S. Mogorovich, Maggioli editore 2020.

- Il contratto di assicurazione. L'art. 187 CCII riprende la normativa generale che regola tali rapporti, ma all'assicuratore viene riconosciuta la possibilità di esercitare il diritto di recesso nel caso in cui la prosecuzione del rapporto comporti un aggravamento del rischio, ex art. 1898 C.c.
- I rapporti di lavoro subordinato. Questi rapporti rimangono sospesi sino a quando il curatore, previa autorizzazione del giudice delegato e consenso del comitato dei creditori, decide di subentrare (in questo caso il subentro ha data coincidente con la comunicazione fatta agli interessati) ovvero di recedere (con effetto retroattivo alla data di apertura della liquidazione). Ove trascorrano quattro mesi dall'apertura della procedura, senza che abbia avuto luogo la comunicazione di subentro da parte del curatore, i rapporti non cessati si intendono risolti di diritto dalla data di apertura della liquidazione (art. 189, comma 3 CCII). Nel caso in cui sussistano le condizioni per una ripresa dell'attività, o per un suo trasferimento, il curatore può richieder una proroga di tale termine, almeno 15 giorni prima della scadenza. Se il curatore continua nell'esercizio dell'impresa, i rapporti di lavoro continuano, a meno che lo stesso non abbia esercitato il diritto di recesso o sospensione previsti dalla normativa.
- I rapporti pendenti. L'assunzione del rapporto è da intendersi sospesa, sino a quando il curatore, previo consenso del comitato dei creditori, dichiara di subentrare, ovvero di sciogliersi. Al contraente viene concessa la possibilità di mettere in mora il curatore; in tale situazione, il giudice delegato può fissare un termine fino a 60 giorni, decorsi i quali il contratto viene ritenuto sciolto. Giova sottolineare come, per espressa previsione normativa, prevista dall'art. 172, comma 6 CCII, risulti inefficace la clausola negoziale che prevede la risoluzione del contratto a seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale.
- I contratti di carattere personale. In genere, questo tipo di contratti prevede lo scioglimento, tuttavia, con il preventivo assenso del comitato dei creditori e della controparte, il curatore può subentrare nel rapporto, assumendone gli obblighi da tale data. La definizione dei "carattere personale" viene esposta al comma 2 dell'art. 175, nel quale viene specificato che "i contratti sono di carattere personale quando la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata motivo determinante del consenso".
- La locazione finanziaria. Nel caso in cui il soggetto sottoposto a liquidazione sia l'utilizzatore, ed il curatore decide di sciogliere il contratto ai sensi dell'art. 172 CCII, il concedente:
  - ha diritto alla restituzione del bene;
  - è tenuto a versare l'eventuale differenza tra l'importo riscosso dalla vendita del bene rispetto al credito residuo in linea capitale;
  - ha diritto di insinuarsi allo stato passivo per la differenza tra il credito vantato all'inizio della procedura e quanto ricavabile dalla vendita secondo la stima determinata dal giudice delegato.

  Nel caso in cui il soggetto in liquidazione sia la società che esercita la locazione finanziaria, il contratto non si scioglie. Alla scadenza prevista contrattualmente, all'utilizzatore viene riconosciuta la possibilità di acquistare il bene mediante il pagamento del prezzo di riscatto e degli eventuali canoni residui.
- I contratti bancari. Tale casistica viene disciplinata dall'art. 183 del CCII, secondo il quale i contratti di conto corrente (anche di tipologia non bancaria) e di commissione si sciolgono automaticamente in caso di liquidazione giudiziale di una delle parti. Il contratto di mandato, viceversa, si scioglie a seguito della liquidazione giudiziale del mandatario.

CAPITOLO 2

LA RETROCESSIONE D'AZIENDA E RIFLESSI SUI RAPPORTI DI LAVORO DIPENDENTE

1. Quesiti pratici con riguardo alla retrocessione d'azienda e ai riflessi sui rapporti di lavoro dipendente – 1.1. Risposta nell'ambito della procedura concordataria – 1.2. La possibile deroga tramite la normativa giuslavoristica sull'accordo collettivo – 2. I punti "oscuri" della normativa giuslavoristica – 2.1. Il concetto di collettività e l'individuazione dei lavoratori 2.2. – L'ipotesi dell'accordo individuale e della individuale facoltà di "rinuncia", quale limitatore dei rischi – 2.3. Il problema dell'individuazione dei dipendenti – 2.4. Il problema della violazione del diritto di precedenza e gli obblighi risarcitori in capo alla procedura – 3. Inattuabilità del metodo "spezzatino" – 4. Rilievi conclusivi.

1. Quesiti pratici con riguardo alla retrocessione d'azienda e ai riflessi sui rapporti di lavoro dipendente

Due sono attualmente le questioni estremamente dibattute (e tutt'altro che infrequenti nella pratica) sono:

a. se, in caso di retrocessione dell'azienda (che può avvenire per anticipata risoluzione del contratto d'affitto causa inadempimento della società affittuaria, o alla sua naturale scadenza per inadempimento del preliminare di acquisto sempre da parte della medesima società) e qualora la società affittuaria non abbia tempestivamente e validamente risolto i rapporti di lavoro con i dipendenti in epoca anteriore alla retrocessione dell'azienda, la procedura concorsuale succeda nei contratti di lavoro dei citati dipendenti;
b. se, nel medesimo caso, la procedura concordataria, pur non succedendo nei contratti di lavoro dei citati dipendenti, sia solidalmente responsabile con l'affittuario di eventuali debiti della stessa nei confronti dei citati dipendenti maturati sino alla retrocessione dell'azienda.

1.1. Risposta nell'ambito della procedura concordataria

Per i rapporti di lavoro la regola legale (art. 2112, co. 1 e 5, c.c.) che vale in caso di cessione o affitto d'azienda – e cioè la continuità dei rapporti di lavoro dell'affittante con l'affittuario – si applica anche in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante e ciò non solo alla naturale scadenza del contratto, ma anche in caso di sua risoluzione anticipata (attitudine riconosciuta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza).

Ciò detto è affermato non solo per i rapporti di lavoro che erano in essere con l'affittante antecedentemente all'affitto e che sono continuati con l'affittuario dopo l'affitto, ma anche per gli ulteriori rapporti di lavoro che sono stati costituiti dall'affittuario durante l'affitto.

Quest'ultima ipotesi pone il problema – che verrà esaminata nel prosieguo – di eventuali assunzioni di lavoratori che la società affittuaria ponesse in essere nel corso del contratto d'affitto.

Per il fallimento, la legge fallimentare (art. 104 bis, ult. co., l. fall.) prevede che *"la retrocessione al fallimento di aziende, o rami d'aziende, non comporta la responsabilità- della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 c.c."*.

La norma fa riferimento soltanto ai *"debiti maturati"* e nulla dice sulla sorte dei rapporti di lavoro.

Trattandosi di norma speciale, che detta una regola che deroga alla regola generale, deve essere interpretata restrittivamente (art. 14 prel.) e quindi non sembrerebbe possa affermarsi che la regola valga oltre che per i debiti pregressi anche per la non continuazione dei rapporti di lavoro. D'altro canto, mentre la responsabilità per debiti aggraverebbe la posizione dei creditori, la retrocessione dell'azienda, ivi compresa la sua forza lavoro, ripristina semplicemente il patrimonio della massa e quindi tutela i creditori.

In ogni caso, la legge fallimentare nel disciplinare il concordato preventivo con cessione dei beni ed in particolare la sua omologazione e la cessione dei beni (art. 182 e ss. l.fall.) lo fa richiamando una serie di norme dettate per il fallimento, tra le quali gli artt. 105 – 108 ter, ma non l'art. 104 bis cit. Da ciò si trarrebbe la conclusione che tale norma non sia applicabile al concordato preventivo con cessione dei beni.

Ammesso e non concesso che possa affermarsi che la regola dettata dall'art. 104 bis, ult. co., l. fall. sia una regola generale valevole per le altre procedure concorsuali – e, quindi, oltre che per il fallimento, anche per la liquidazione

coatta amministrativa e per l'amministrazione straordinaria –, fatto alquanto dubbioso, non sembra possa affermarsi che sia valevole anche per il concordato preventivo con cessione dei beni, in quanto il concordato preventivo ha natura totalmente diversa dal fallimento.
In conclusione, pare che le regole legali ordinarie e speciali prevedano che, in caso di retrocessione alla procedura concordataria dell'azienda affittata, i rapporti di lavoro in essere al momento della retrocessione, cioè tutti i rapporti non tempestivamente e validamente risolti prima della retrocessione, **continuino** con la procedura concordataria, la quale risponderà anche dei debiti nei confronti dei predetti lavoratori maturati durante il contratto d'affitto.
Di tutto ciò pare che non vi sia – ad oggi – nessun recente precedente giurisprudenziale consolidato, che possa corroborare (o smentire) la tesi esposta.

1.2. La possibile deroga tramite la normativa giuslavoristica sull'accordo collettivo

In coda alle questioni sopraesposte, è ragionevole chiedersi se sussistano altre regole legali che consentano – e, se sì, come – di derogare alle citate regole legali.
La legge (47, co. 5, l. 428/1990, come modificato dall'art. 19 *quater*, co. 1, lett. b, d.l. 135/2009, conv. con mod. in l. 166/2009) prevede che, in caso di "*concordato preventivo con cessione di beni … omologa*[to] *…, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi* [n.d.r.: procedura preventiva di consultazione sindacale] *sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente* ***non trova applicazione l'art. 2112 c.c****., salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante".*
La soprarichiamata norma dovrebbe riguardare non solo il caso di cessione d'azienda, ma anche di suo affitto, perché il co. 1 del cit. art. 47 fa riferimento al "trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c.", il quale, a sua volta, fa riferimento non solo alla cessione, ma anche all'affitto d'azienda, sia perché il co. 6 del cit. art. 47 nel disciplinare i diritti dei dipendenti che restano alle dipendenze della procedura, fa riferimento espresso anche all'affitto d'azienda.
Come già detto, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che, quanto ai rapporti di lavoro, in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante si applichino le medesime regole che si applicano in caso di affitto d'azienda dall'affittante all'affittuario.
Conseguentemente, si dovrebbe concludere che **sia possibile** la stipula di un accordo sindacale che, in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante, sia alla scadenza naturale dell'affitto, sia anticipatamente in caso di inadempimento, i dipendenti in forza all'affittuario *"continuino a rimanere … alle dipendenze"* dell'affittuario retrocedente. Ciò perché, in tal caso, detto personale dovrebbe essere considerato *"personale eccedentario"*, in quanto:

- spesso la procedura concordataria affitta l'azienda senza dipendenti - avendoli licenziati mesi prima dell'affitto
- si tratta di procedura liquidatoria vincolata dal piano concordatario approvato dai creditori ed omologato dal Tribunale.

Anche di tutto ciò pare che non vi sia attualmente nessun recente precedente giurisprudenziale consolidato, che possa corroborare (o smentire) la tesi esposta.

2. I punti "oscuri" della normativa giuslavoristica

2.1. Il concetto di collettività e l'individuazione dei lavoratori

Inoltre ancora, c'è da chiedersi quale sarebbe il valore di tale accordo sindacale.
La giurisprudenza presuppone che l'accordo sindacale di cui all'art. 47, co. 5, l. 428/1990 sia vincolante per tutti i dipendenti.
La ragione di quanto sopra dovrebbe risiedere nel fatto che la legge (art. 47, co. 1, l. cit.) prevede che la procedura

di consultazione sindacale preventiva alla cessione/affitto d'azienda sia instaurata nei confronti delle *"rappresentanze sindacali unitarie* [n.d.r.: quelle elette a sensi dell'accordo interconfederale], *ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali* [n.d.r.: quelle nominate a sensi dell'art. 19 l. 300/1970 dai Sindacati firmatari di contratti collettivi che si applicano in azienda o che hanno condotto le relative trattative pur non avendo sottoscritto i contratti collettivi –sentenza Corte cost. 231/2013-], *nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato" o, in mancanza, "nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi"*; soggetti sindacali che la legge individua quali idonei alla tutela degli interessi della collettività di lavoratori che spesso sono individuabili nominativamente.
Occorre però prestare molta attenzione poiché nell'ipotesi di retrocessione dall'affittuario all'affittante di azienda precedentemente affittata senza dipendenti – nel caso in cui l'accordo sindacale fosse stipulato antecedentemente all'assunzione dei dipendenti da parte dell'affittuario poi retrocedente – mancherebbe la collettività dei lavoratori e/o il gruppo di lavoratori individuabili nominativamente al momento della conclusione dell'accordo. Nell'ipotesi in cui l'accordo sindacale fosse stipulato posteriormente all'assunzione soltanto di una parte dei dipendenti, mancherebbe la collettività dei lavoratori e/o il gruppo di lavoratori individuabili nominativamente assunti posteriormente all'accordo sindacale.
Conseguentemente, si dovrebbe concludere che l'accordo sindacale non dovrebbe essere vincolante per i dipendenti dell'affittuario assunti posteriormente alla sua stipula.

2.2. L'ipotesi dell'accordo individuale e della individuale facoltà di "rinuncia", quale limitatore dei rischi

Altro dubbio è quello se sia possibile oppure no derogare alle regole legali "ordinarie" in maniera diversa da quella indicata dalla normativa sugli accordi collettivi, cioè mediante accordo individuale.
La legge (art. 32, co. 4, lett. c, l. 183/2010) prevede che i termini di decadenza previsti "[d]all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche: … c) alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile con termine decorrente dalla data del trasferimento". Tale termine decadenziale di 60 giorni dovrebbe applicarsi, oltre che al trasferimento (art. 32, co. 3, lett. c, l. cit.), anche al mancato trasferimento (art. 32, co. 4, lett. d, l. cit., che riguarda "ogni altro caso … in cui si chieda … l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto").
Nel caso di contestazione di mancato trasferimento, il termine decorre dalla conoscenza del fatto che a detta del lavoratore avrebbe dovuto determinare il trasferimento.
Conseguentemente, in caso di trasferimento d'azienda per cessione o affitto, il trasferimento o meno del rapporto di lavoro dei dipendenti, costituisce un diritto disponibile da parte degli stessi, al quale, quindi, gli stessi possono rinunciare.
Sempre per la regola, riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che, quanto ai rapporti di lavoro, in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante si applichino le medesime regole che si applicano in caso di affitto d'azienda dall'affittante all'affittuario, anche in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante il trasferimento o meno del rapporto di lavoro dei dipendenti, costituisce un diritto disponibile da parte degli stessi, al quale, quindi, gli stessi possono rinunciare.
Il problema è stabilire quando il lavoratore possa validamente rinunciare a tale diritto, perché potrebbe sostenersi che il lavoratore vi possa rinunciare soltanto quando tale diritto sia venuto in essere, cioè, nel nostro caso, soltanto dopo la retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittate.
Altra obiezione potrebbe essere che il mancato trasferimento sancito con l'accordo sindacale di cui all'art. 47, co. 5, l. 428/1990 (collettivo) interviene prima del trasferimento e che, quindi, non si tratta di rinuncia ad un diritto futuro relativo ad un rapporto di lavoro da costituire, ma di regolamentazione della sorte di un rapporto di lavoro da costituire con riferimento alla retrocessione dell'azienda alla quale il rapporto di lavoro inerisce.
Ovviamente, ai fini di tutelare la procedura concordataria, tale accordo derogatorio e/o disciplinante il rapporto di

lavoro dovrebbe essere stipulato con ogni lavoratore in forma non impugnabile e cioè avanti il Giudice del lavoro, o la Commissione di conciliazione presso la Direzione provinciale del lavoro o in sede di conciliazione sindacale.

2.3. Il problema dell'individuazione dei dipendenti

Rimane però pur sempre il problema dell'individuazione dei lavoratori.

Perché, se può essere senz'altro agevole, o comunque non troppo difficoltoso, individuare i lavoratori inizialmente alle dipendenze dell'affittuario (o che l'affittuario intende assumere in fase di *start-up*) e dunque subordinare l'efficacia sia del contratto d'affitto che del preliminare di cessione dell'azienda alla sottoscrizione dei citati accordi, più difficile è cautelarsi per i lavoratori che successivamente venissero assunti. I quali ovviamente, costituiscono un elemento assolutamente ignoto alla procedura concordataria e pongono problemi in caso di retrocessione dell'azienda alla procedura. La norma infatti non si presenta in senso favorevole, poiché pare supportare la tesi secondo cui i rapporti di lavoro accesi successivamente all'affitto d'azienda retrocedano anch'essi – al pari degli altri – alla procedura concorsuale.

Pare dunque confermato che – relativamente alla tematica sopra esposta, e in particolare al problema specifico dell'individuazione dei lavoratori – non sussista una giurisprudenza consolidata, bensì una normativa i cui principi non possono definirsi favorevoli alla procedura concorsuale destinataria dell'azienda retroceduta.

2.4. Il problema della violazione del diritto di precedenza e gli obblighi risarcitori in capo alla procedura

La legge (art. 47, co. 6, l.428/1990) prevede che *"i lavoratori che non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall'acquirente, dall'affittuario o dal subentrante in un momento successivo al trasferimento d'azienda, non trova applicazione l'articolo 2112 c.c."*.

Quindi, nel caso in cui la società affittuaria assumesse i lavoratori entro un anno dal loro licenziamento da parte della procedura concordataria, si porrebbe il problema della scelta da parte della società affittuaria dei dipendenti da assumere, delle regole che la stessa dovrebbe seguire nella loro scelta e delle conseguenze di una scelta errata.

L'inadempimento, analogamente a quello che discende dalla violazione dell'art. 15 l. 264/1949 che prevede la regola generale della prelazione nell'assunzione del lavoratore licenziato, dovrebbe avere soltanto conseguenze risarcitorie nei confronti dell'affittuario ma, in caso di retrocessione, (NB!) le stesse potrebbero gravare sull'affittante retrocessionario (salvo che il lavoratore licenziato rinunci al diritto di prelazione).

3. Inattuabilità del metodo "spezzatino"

Pare ovvio che non sia possibile evitare tutte queste problematiche stipulando, anziché un contratto di affitto d'azienda, una serie di contratti di affitto di beni.

Sia perché la formulazione dell'art. 2112, co. 5, c.c., che individua la fattispecie di trasferimento, in proprietà, in usufrutto o in affitto d'azienda, è tale da ricomprendere ogni fenomeno di successione nella gestione dell'azienda, sia perché, quand'anche senza dipendenti, l'oggetto dei contratti sarebbe comunque un *"compendio aziendale"* idoneo ad essere utilizzato per un'impresa, sia perché non sarebbe difficile provare l'accordo simulatorio dell'utilizzo di diversi contratti utilizzati per realizzare il fine che si vorrebbe eludere.

4. Rilievi conclusivi

In definitiva:

a. può anche ipotizzarsi la possibilità che possa essere realizzato il risultato richiesto dalla procedura concordataria -certezza di non ritrovarsi in carico dipendenti o anche soltanto debiti verso lavoratori in caso di retrocessione dell'azienda per anticipata risoluzione del contratto d'affitto per inadempimento della società affittuaria od alla

sua naturale scadenza per inadempimento del preliminare di acquisto sempre da parte della medesima società-;

b. è certo che - in merito a tutte le ricostruzioni normative qui prospettate e necessarie alla realizzazione di un risultato tutelante per la procedura concordataria - l'esame della giurisprudenza non ha fornito ad oggi alcun indirizzo preciso, né produzione di sentenze che possa definirsi "sodddisfacente" ai fini della risposta alle numerose questioni aperte;
c. un'eventuale causa potrebbe correre il rischio di esser radicata avanti un Tribunale e eventualmente successivamente avanti la Corte d'appello di una giurisdizione che non è quella della procedura concordataria, ma quella di residenza dell'affittuario, o dei dipendenti;
d. conseguentemente, la possibilità che il risultato richiesto o "sperato" dalla procedura concordataria (ovvero quello di azzerare i rischi) possa essere realizzato è condizionato da spetti di estrema perplessità che lo rendono imprevedibile;
e. conseguentemente, posto che in questo elaborato sono state rappresentate ed analizzate tutte le possibili evenienze e conseguenze giuridiche ed economiche per la procedura concordataria, la stessa sarà in condizioni di valutare al meglio ogni propria scelta, discutendone opportunamente e anticipatamente col Giudice Delegato.

CAPITOLO 3
LA PRESENZA DI BENI NON A NORMA

1. Definizione dei c.d. beni "non a norma" – 2. L'affitto di azienda sottoscritto nella fase endofallimentare.

1. Definizione dei c.d. beni "non a norma"

I beni cosiddetti "non a norma" sono tutti quei macchinari e attrezzature dell'azienda non conformi alla normativa riguardante la sicurezza sui luoghi di lavoro.
In particolare, il D. Lgs 81/2008 (Testo Unico in Materia di Sicurezza e salute sul Lavoro) definisce gli obblighi del Datore di lavoro relativamente alle macchine e attrezzature messe a disposizione dei lavoratori.
Tali beni infatti, devono essere rispondenti a determinate disposizioni legislative e regolamentari di recepimento delle Direttive Comunitarie di prodotto.
La norma suddetta stabilisce che "sono vietati la fabbricazione, la vendita, il noleggio e la concessione in uso di attrezzature di lavoro, dispositivi di protezione individuali ed impianti non rispondenti alle disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro".
L'articolo 72 del d.Lgs n.81/2008 prevede che "Chiunque venda, noleggi o conceda in uso o locazione finanziaria macchine, apparecchi o utensili costruiti o messi in servizio al di fuori della disciplina di cui all'art.70, comma 1, attesta, sotto la propria responsabilità, che le stesse siano conformi, al momento della consegna a chi acquisti, riceva in uso, noleggio o locazione finanziaria, ai requisiti di sicurezza di cui all'allegato V". La ratio è quella di evitare la circolazione di attrezzature e impianti non rispondenti alla normativa, e si applica non solo ai contratti di compravendita ma anche a quelli di noleggio ed alle tipologie contrattuali che prevedono una concessione in uso.
Tale disposizione deve però essere letta in combinato disposto con un'interessante sentenza della Cassazione Civile, Sezione 3, del 25 ottobre 2016, n. 21465 la quale affronta il tema del contratto di affitto di azienda in presenza di macchinari e attrezzature non conformi.
Nella fattispecie in esame, si ipotizza che tra due imprenditori intercorre un contratto di affitto di azienda nel contesto del quale sono compresi macchinari privi della marcatura CE.
La normativa prescrive a chiunque venda, noleggi o conceda in uso o in locazione finanziaria macchine o componenti di sicurezza già immessi sul mercato privi di marcatura CE, di attestare sotto la propria responsabilità che gli stessi sono conformi tramite una dichiarazione resa a chi li acquisti, riceva in uso, noleggio o locazione finanziaria (art. 11, D.p.r. 459/1996).
Ci si interroga sul fatto che, nell'ipotesi in cui i macchinari inclusi nell'azienda siano privi della marcatura CE e il locatore non abbia reso la dichiarazione attestante la loro conformità, se l'affittuario possa procedere in giudizio chiedendo la nullità del contratto.
Sul tema interviene la Suprema Corte, con una sentenza in cui rigetta il ricorso affermando che il contratto può essere dichiarato nullo solamente quando i beni che costituiscono l'azienda affittata sono tutti o comunque in misura nettamente prevalente qualificabili come macchine o componenti di sicurezza necessitati dell'attestazione suddetta. La nullità del contratto non può invece essere affermata quando i macchinari richiedenti l'attestazione mancante costituiscono una componente non prevalente dei beni che compongono l'azienda.
In altre parole si può affermare che qualora in azienda fossero presenti beni non conformi alla normativa comunitaria, ma gli stessi risultino da apposita attestazione di conformità di cui sopra, il contratto di affitto di azienda non si scioglie e l'attività d'impresa prosegue con l'utilizzo di tali beni.
Al contrario, in presenza di beni non conformi in misura prevalente, ma sprovvisti della dichiarazione di conformità summenzionata, vi sarà la necessità di valutare la richiesta di nullità dell'affitto di azienda.
Appare opportuno, a tal proposito, ricordare anche la sentenza della Corte di Cassazione Sez. III pen. Numero 194162 del 22 maggio 2012, in cui viene stabilito che l'affitto di una intera azienda esclude la responsabilità del concedente per eventuali macchinari non rispondenti ai requisiti di sicurezza, affermando quindi che l'affitto di una intera azienda

rappresenti una fattispecie diversa rispetto al noleggio di singoli attrezzi, non potendo così applicare né la disciplina di cui agli artt. 6, comma 2, e 91 D.Lgs n.626/1994, né quella degli artt. 23 e 57 n.81/2008.
Nel caso in cui, per esempio a seguito della conclusione di un contratto di affitto di azienda, si rendesse necessaria la cessione di singoli beni non conformi, la vendita sarebbe percorribile avendo l'accortezza di esplicitare la previsione in capo all'acquirente di non utilizzazione del bene, documentando l'esclusivo fine demolitorio o riparatorio per la messa a norma, oppure prevedendo una clausola documentata in cui il compratore si impegna a ricondizionare il bene secondo la disciplina vigente.

2. L'affitto di azienda sottoscritto nella fase endofallimentare

Diverso è il discorso in presenza di un affitto di azienda sottoscritto nella fase endofallimentare, quale modalità per la conservazione del patrimonio della società fallita.
Il curatore in sede di ispezione, dovrà valutare attentamente la conformità dei beni presenti in azienda e qualora riscontrasse la presenza di beni non conformi in misura prevalente, dovrà redigere sotto la propria responsabilità un'attestazione di conformità delle macchine, ai fini della corretta applicazione delle normative di legge.
In caso contrario i suddetti beni dovranno essere destinati alla vendita con fine demolitorio o riparatorio e non potranno essere utilizzati per la prosecuzione provvisorio dell'attività d'impresa.
Pertanto, qualora il curatore, in veste di affittuario, riscontrasse, in sede di ispezione, la presenza di beni non conformi in misura prevalente, ma sprovvisti di dichiarazione avrà la facoltà di recedere dal contratto di affitto di azienda e valutare strumenti diversi per il buon esito della proceduta, riconoscendo alla controparte un indennizzo.
Al contrario, se i beni non conformi sono accompagnati dalla dichiarazione di conformità potrà valutare la prosecuzione del contratto e la continuità dell'attività di impresa.
In veste di affittante, invece, il Curatore subentra nella posizione del fallito che affitta l'azienda, ovvero dell'obbligato alla redazione della dichiarazione di conformità suddetta.
In questo caso dovrà eventualmente impegnarsi a redigere tale dichiarazione sotto la propria responsabilità, dopo aver rilevato la presenza di beni non conformi in misura rilevante.
Alternativamente dovrà provvedere alla cessione degli stessi, avendo cura di rispettare quanto previsto dalla legge, ovvero prevedendo l'esclusivo fine demolitorio o riparatorio.

CAPITOLO 4

LE POSSIBILI IMPLICAZIONI DERIVANTI DALLA DISCIPLINA DELLE OFFERTE CONCORRENTI

1. La ratio delle offerte concorrenti introdotta dal Legislatore del 2015 – 2. Le procedure competitive – 3. La disciplina dei contratti pendenti.

1. La ratio delle offerte concorrenti introdotta dal Legislatore del 2015

La nuova disciplinata dettata dall'art. 163-bis l. fall rubricato "Offerte concorrenti – introdotta attraverso l'art. 2, comma 1, del D.L. n.83 del 27 Giugno 2015 – è applicabile a tutte le fattispecie in cui il debitore depositi un piano concordatario che comprenda un'offerta da parte di soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento, in suo favore, anche anteriormente all'omologazione dell'azienda, di un ramo di azienda o anche solo di beni specifici contro un corrispettivo in denaro o a titolo oneroso (es. cessione di crediti, accollo TFR)[25].

In particolare l'art. 163 bis, comma 1, l. fall. prevede che: *"quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo a norma delle disposizioni previste dal secondo comma del presente articolo"*.

Non paiono sussistere dubbi sul fatto che il principale obiettivo perseguito dal Legislatore attraverso l'introduzione della norma in parole consiste nel correggere, nonché evitare, comportamenti lesivi della concorrenza da parte del debitore, insolvente o in crisi, che decidesse di cedere la propria azienda (o un ramo della stessa o un cespite significativo), ancora appetibile, ad un soggetto da lui prescelto (molto spesso a lui "vicino" o addirittura costituito ad hoc) e che tale soggetto formulasse un'offerta di acquisto, o addirittura stipulasse un contratto preliminare con il debitore, avente ad oggetto il trasferimento del bene.

L'accordo, così concluso, veniva poi trasfuso nel piano concordatario (generando di fatto un "concordato chiuso") e sottoposto all'approvazione dei creditori, con conseguente aggiramento delle procedure competitive attraverso le quali il cespite si sarebbe dovuto vendere all'esito dell'omologazione, con il favore dei creditori, che, a fronte del rischio di soluzioni fallimentari, potevano esser certi di avere un acquirente disposto a versare una somma, certificata come congrua dall'attestatore.

Al fine di contrastare, quindi, proposte di concordato supportate da piani che contemplassero soluzioni liquidatorie predeterminate dal debitore, limitando, l'autonomia degli organi cui è affidata la liquidazione dei beni facenti parte dell'attivo concordatario, con conseguente sacrificio delle prospettive di soddisfazione dei creditori, è stato introdotto l'art. 163 bis l. fall.

2. Le procedure competitive

Le procedure competitive, in esso previste, trovano applicazione non solo nel caso in cui la proposta di concordato preveda una cessione dell'azienda, di un ramo di essa o di singoli beni, ma, anche laddove il debitore abbia stipulato un *"contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni"* (art. 163 bis, comma 1, secondo periodo, l. fall.) e *"in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda"* (art. 163 bis, ultimo comma, l. fall.).

Ne deriva che, anche nel caso in cui il piano preveda non già la cessione, ma anche l'affitto dell'azienda, o di uno o più rami di essa, il Tribunale dovrà disporre, con Decreto, l'apertura del procedimento competitivo.

---

25 Cfr. "Ratio e ambito di applicazione dell'art. 163-bis l.f., modalità di gestione della vendita competitiva e coordinamento con le disposizioni di cui agli artt. da 105 a 108-ter l.f." (commento decreto Tribunale di Bolzano, 17 maggio 2016. Presidente relatore Francesca Bortolotti) fonte ilcaso.it.

L'art. 163 bis l. fall., stabilisce, infatti, che le procedure competitive si applicano anche in caso di affitto d'azienda, sia nel caso in cui l'affitto dell'azienda, o di un ramo di essa, sia previsto all'atto del deposito del ricorso ex art. 161 l. fall., sia nel caso in cui un contratto d'affitto sia stato stipulato anteriormente al deposito del ricorso, dal momento che la norma non fa alcuna distinzione in ordine all'epoca della stipula.
Pertanto, anche nel caso in cui il piano preveda che le risorse per il soddisfacimento dei creditori provengano dai canoni di un contratto di affitto di azienda (senza prevederne la vendita), dovrebbe essere disposta la procedura competitiva di cui all'art. 163-bis l. fall., al fine di verificare se il canone pattuito sia conforme all'interesse dei creditori o se, attraverso la suddetta procedura, sia possibile ottenere un canone maggiore che porti a soddisfare i creditori in migliore misura ed in minor tempo.
Nella prassi, dall'introduzione dell'art. 163 bis l. fall., è opportuno l'inserimento, nel contratto d'affitto, di una clausola di recesso a favore dell'affittante - debitore in concordato, sia nel caso di stipula dopo la presentazione della domanda ex art 161 l. fall., sia nel caso di stipula anteriore, poiché la successiva e necessaria procedura competitiva da disporre secondo il primo o ultimo comma dell'art. 163 bis l. fall., comporta la possibilità che il contratto d'affitto possa essere risolto a favore di un altro affittuario/acquirente.
In questo secondo caso (stipula anteriore), però, si pone il problema della opponibilità del contratto d'affitto al concordato, in quanto dal combinato disposto degli articoli 45, 72 e 79 l. fall., dettati in materia di efficacia dei contratti pendenti nell'ambito della procedura fallimentare (applicabili anche al concordato), si ricava che l'affitto d'azienda valido e pendente alla data della declaratoria del fallimento (e quindi anche in caso di apertura della procedura concordataria), è opponibile alla procedura, ove siano rispettati i requisiti di forma prescritti dall'art. 2556 c.c.

3. La disciplina dei contratti pendenti

È l'art. 169 bis l. fall. a fornire una disciplina dei contratti "pendenti" alla data di apertura della procedura concordataria, stabilendo che *"il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta"*.
Dalla lettura dell'art. 169 bis l. fall., parrebbe, quindi, che l'atto di impulso per lo scioglimento del contratto possa provenire, soltanto dal debitore, in quanto, proprio a costui è affidata la costruzione della proposta e del piano, che i creditori sono liberi di votare, o meno.
In quest'ottica, quindi, solo il debitore può chiedere al tribunale di sciogliere o modificare i vincoli contrattuali che comprimano – o, a fortiori, annullino – la successiva dinamica concorrenziale o che comunque ostacolino il conseguimento della migliore soddisfazione del ceto creditorio, purché ciò sia funzionale alla proposta concordataria presentata.
In caso di non esercizio di un tale diritto potestativo da parte del debitore, l'art. 163 bis l. fall. parrebbe non poter trovare applicazione.
Tuttavia, laddove venisse accertato che il contratto in corso abbia già compromesso la possibilità di una reale gara, creando una disparità di trattamento non rimediabile, il Tribunale potrà ritenere di non ammettere la domanda di ammissione al concordato, alternativamente chiedendo la modifica o lo scioglimento del contratto in corso.
Il tribunale, quindi, potrà/dovrà incidere sull'assetto concordatario laddove *"L'incisività della limitazione […] apportata alla facoltà del debitore di disporre […] del proprio patrimonio, in sede di liquidazione concorsuale dello stesso, è viepiù evidenziata dall'ultimo periodo del comma I (cfr art. 161 l. fall.), che estende la regola di competitività anche ai contratti stipulati dal debitore che abbiano la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, suoi rami o specifici beni. Disposizione che, […], costituisce espressione di un generale principio a mente del quale i vincoli negoziali, pur legittimamente contratti dal debitore sul proprio patrimonio secondo modalità opponibili alla massa dei creditori […], non possono in nessun modo pregiudicare, limitandolo, il generale interesse alla liquidazione concorsuale secondo criterio di competitività."*

(Corte d'appello di Venezia, decreto del 14.06.2018).
Di conseguenza, laddove la proposta concordataria fosse conformata in modo distorsivo e lesivo della concorrenza, il tribunale potrà/dovrà intervenire e ordinare, con il decreto che dispone il bando per la procedura competitiva di vendita/affitto dell'azienda, lo scioglimento "ope legis" del contratto di affitto qualora l'aggiudicatario dell'azienda fosse un soggetto diverso, non essendo opponibile alla procedura concorsuale la maggiore durata prevista dal contratto d'affitto (Trib. Udine, 15 Ottobre 2015 - in caso di vendita).
Quindi, se da un lato, è possibile prevedere che, nell'ambito di un piano che contempli la vendita dell'azienda su cui insiste un contratto di affitto, il contratto di affitto in essere perduri fino alla data di aggiudicazione dell'azienda, all'esito della procedura competitiva – in tal caso obbligatoria – secondo le forme di cui all'art. 163-bis L. F. (Trib. di Rovigo, 24 Novembre 2016), è stato ritenuto parimenti plausibile che rientra tra i poteri del Tribunale richiedere alle parti interessate l'inserimento nei contratti di affitto di una clausola che ne preveda la risoluzione in caso di aggiudicazione dell'azienda ad un terzo soggetto diverso dall'affittuario/offerente, stante l'inopponibilità alla Procedura della maggiore durata di tali contratti originariamente prevista nel piano.
Le "proposte concorrenti" ex art. 163 l.fall sottraggono, dunque, al debitore il potere decisorio in relazione alla presentazione di proposte di concordato e, una volta accolte, comportano, necessariamente, la caducazione dell'affitto d'azienda già in essere, fermo il diritto ad un indennizzo pari al danno subito, pur pagato in moneta concorsuale.

CAPITOLO 5
OBBLIGO DI MANTENERE IN EFFICIENZA L'AZIENDA

1. Premessa – 2. L'affitto d'azienda come strumento di risoluzione della crisi aziendale – 3. Rilievi conclusivi sull'affitto e successivo trasferimento a terzi dell'azienda.

1. Premessa

È noto che nel caso di crisi d'impresa il contratto di affitto d'azienda assuma un ruolo rilevante in quanto può essere utilizzato come strumento finalizzato al risanamento della stessa.
Infatti, il contratto di affitto d'azienda permette, grazie alla sua duplice funzione, di salvaguardare il valore della stessa; da un lato, infatti, consente la prosecuzione delle attività imprenditoriali, conservando i livelli occupazionali e i valori di avviamento aziendali, dall'altro, valorizza le esigenze dei creditori, mediante la produzione di flussi di cassa derivanti dalla riscossione dei canoni di locazione.
Secondo la giurisprudenza recente, la continuità e l'affitto dell'azienda sono compatibili.
La norma, infatti, non distingue tra attività esercitate direttamente e indirettamente dal debitore, quindi, *"l'attività di affitto di azienda è compresa nell'esercizio dell'attività d'impresa, in quanto è uno strumento con cui l'imprenditore può proseguire la sua attività e infatti dall'affitto derivano i ricavi (il canone) e i costi (di gestione del contratto)* (Trib. Ravenna 15 gennaio 2018)".
L'attuale legge fallimentare guarda al contratto di affitto d'azienda secondo tre linee prospettiche:

- il contratto d'azienda preesistente e quindi rinvenuto dal curatore nell'ambito dei rapporti attivi e passivi facenti capo al debitore fallito;
- il contratto d'azienda stipulato dallo stesso curatore in corso di procedura;
- il contratto d'azienda funzionale all'esperimento delle procedure concordatarie.

Il contratto di affitto d'azienda può interessare sia la fase che precede l'ammissione alle procedure concorsuali (ex art. 79 l.fall.) e sia la fase successiva, endofallimentare, quale possibilità offerta per la tutela e la conservazione del patrimonio della società fallita (ex art. 104 bis l.fall.).
L'art. 79 l.fall., nell'attuale formulazione, prevede che il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda; entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo che, in caso di dissenso, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati.
Il contratto di affitto di azienda non si scioglie anche in caso di fallimento di una delle parti, con la conseguenza che il curatore del contraente fallito potrà subentrare automaticamente nella posizione spettante a quest'ultimo, salva la facoltà di recesso.
Infatti, in caso di fallimento dell'affittuario, prevarrà l'interesse ad evitare l'interruzione immediata dell'esercizio dell'impresa, con possibili conseguenze negative in termini di disgregazione e perdita del suo avviamento, mentre in ipotesi di fallimento del concedente prevarrà l'interesse di assicurare la conservazione del complesso aziendale nell'ottica della sua più proficua liquidazione.
Pertanto, nel caso di contratto di affitto sottoscritto in fase prefallimentare, la valutazione se proseguire o meno il contratto interessa sia il curatore che l'affittuario ma, in ogni caso, sarà onere del curatore condurre un'analisi in merito alle ragioni che hanno portato alla stipula del contratto e valutare se la sua prosecuzione possa giovare alla procedura.
Qualora il contratto di locazione d'azienda interessi la fase endofallimentare, la sua finalità sarà quella di conservare il patrimonio della società fallita; a tal proposito, l'art. 104-bis l.fall. prevede che *"anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'art. 104-ter, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa"*.

Sotto il profilo conservativo, l'affitto di azienda si avvicina all'esercizio provvisorio di impresa; infatti, la finalità dell'esercizio provvisorio è quella di conservare, nell'ambito della procedura fallimentare, gli *assets* societari in funzione della migliore liquidazione.
I due istituti, tuttavia, pur essendo simili per finalità, presentano caratteristiche differenti: *in primis*, differiscono quanto al profilo della ripartizione del rischio d'impresa; mentre l'esercizio provvisorio di impresa avviene in regime di sostituzione, l'affitto di azienda porta a una gestione diretta dell'impresa da parte dell'affittuario, con conseguente sopportazione del rischio d'impresa da parte di quest'ultimo; inoltre, mentre la cessazione dell'esercizio provvisorio può essere disposta in ogni momento, nell'affitto è necessario attendere lo spirare del termine stabilito dal contratto; infine, l'affitto non comporta l'incremento dei crediti prededucibili, in quanto le obbligazioni contratte durante l'affitto sono ordinarie obbligazioni dell'imprenditore affittuario.
I citati strumenti, tuttavia, non sono necessariamente alternativi tra loro, dal momento che, l'azienda sottoposta a esercizio provvisorio con la sentenza dichiarativa di fallimento potrà essere successivamente oggetto di affitto endoconcorsuale.
L'affitto d'azienda endofallimentare non ha, quindi, un'esclusiva finalità liquidatoria, ma mira, altresì, al recupero e alla conservazione delle componenti attive dell'impresa pur se finalizzati ad una più proficua vendita dell'azienda o di parte di essa.
Il ricorso a questo istituto si rivela particolarmente utile nell'ipotesi in cui, essendo ancora operativa l'azienda, il curatore abbia optato per la vendita dell'intero compendio aziendale e si renda necessario, nelle more delle procedure di vendita, mantenere funzionante l'attività.
Il contratto di affitto di azienda è richiamato anche nell'ambito della procedura di concordato preventivo; a tal riguardo, le norme di riferimento sono costituite dall'art. 169-bis l.fall., in materia di contratti pendenti nel concordato e l'art. 186-bis l.fall. che disciplina il caso del concordato con continuità aziendale per trasferire a favore del concessionario o del conferitario dell'azienda il beneficio della continuità contrattuale, ma le norme non indicano tra gli strumenti atti a veicolare la continuità dell'azienda il contratto di affitto d'azienda.
Tale problema è stato risolto con la sentenza della Corte di Cassazione, sezione I civile, del 19 novembre 2018, n. 29742 che ha espressamente indicato il contratto di affitto d'azienda tra gli strumenti idonei a garantire la continuità aziendale.
La Corte sostiene la compatibilità tra affitto d'azienda e continuità aziendale e ritiene che il contratto d'affitto possa essere funzionale nella prospettiva della cessione o del conferimento dell'azienda, statuendo che *"il contratto d'affitto costituisce semplice strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei valori intrinseci, primo fra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, produrrebbe in modo irreversibile"*.
Per la Suprema Corte ogni volta che la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'affittuario assume rilievo in riferimento alle finalità del piano, e cioè influenzi la soddisfazione dei creditori concorsuali, si avrà un concordato con continuità aziendale, la cui disciplina sarà quella di cui all'art. 186-bis l.fall. e *ciò "indipendentemente dalla circostanza che essa sia condotta dal debitore o da soggetti diversi"*.
In conclusione, nell'ambito del diritto della crisi d'impresa, mantenere in attività l'impresa, soprattutto nel caso in cui la stessa risulti dotata di valore, diventa di fondamentale importanza per salvaguardare l'integrità del patrimonio del debitore e la duttilità dello strumento contrattuale dell'affitto di azienda, ben si presta a tale finalità.

2. L'affitto d'azienda come strumento di risoluzione della crisi aziendale

Il concordato preventivo con continuità aziendale ha lo scopo di conseguire il *"miglior soddisfacimento dei creditori"* attraverso la continuazione dell'attività d'impresa.
La scelta dello strumento dell'affitto d'azienda è dettata dall'opportunità di assicurare la continuazione in capo ad un nuovo imprenditore che non vuole incorrere nel rischio di trovarsi coinvolto nelle passività pregresse dell'impresa locatrice in crisi ed è finalizzato al risanamento dell'impresa in capo all'affittuario che intende acquistare l'azienda

dopo l'omologa del concordato preventivo, al riparo da spiacevoli sorprese.
La concessione in affitto dell'azienda ad una impresa di nuova costituzione permette di mantenere il valore dell'impresa in difficoltà.
Con l'introduzione dell'art. 186 bis l. fall., il Legislatore è intervenuto per regolamentare il cosiddetto *"concordato di continuità"* e così, unitamente agli artt. 169 bis (contratti in corso di esecuzione) e 182 *quinquies* (disposizioni in tema di finanziamento), il contratto di affitto d'azienda è entrato "prepotentemente" nella gestione della crisi delle imprese per i valori sociali che l'azienda sottende e per una possibile miglior soddisfazione dei creditori, imponendo però delle cautele rivolte a responsabilizzare il debitore ed il professionista attestatore a tutela degli interessi dei creditori, per il conseguente "rischio d'impresa" che graverebbe sui creditori stessi, in relazione ad eventuali maggiori crediti pre-deducibili.
Il comma 2 dell'art. 186 bis l. fall. prevede infatti che:

- *"a) Il piano di cui all'art. 161, secondo comma, lettera e), deve con tenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi per la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura";*
- *"b) la relazione del professionista di cui all'art. 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori".*

La valorizzazione della continuità aziendale disciplinata dall'art. 186-bis l.fall. può essere attuata:

- con modalità *diretta* che prevede il mantenimento dell'impresa in capo all'imprenditore che provvede al risanamento;
- con modalità *indiretta* che prevede il trasferimento dell'azienda a terzi che provvederanno al risanamento della stessa;
- con modalità *mista* che prevede il proseguimento dell'attività aziendale mediante l'utilizzazione o il mantenimento in esercizio di una parte soltanto del patrimonio aziendale mentre per la parte non funzionale all'esercizio dell'impresa si prevede la liquidazione.

Nell'applicazione della modalità diretta la permanenza dell'impresa è in capo alla "proprietà", in quanto il risanamento è effettuato dallo stesso imprenditore mentre, nella modalità *indiretta* vi è un distacco dell'impresa dalla "proprietà" dato che la prosecuzione dell'attività consente la vendita dell'impresa a terzi e il risanamento da parte dell'acquirente
La scelta dello strumento dell'affitto di azienda nel concordato preventivo è dettata dall'esigenza di attuare un intervento immediato, volto ad assicurare la continuazione dell'attività d'impresa in capo ad un nuovo imprenditore che non incorrere nel rischio di ritrovarsi coinvolto nelle passività pregresse dell'impresa in crisi.
Il piano deve in ogni caso prevedere che l'attività d'impresa sia funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario non solo nell'interesse prioritario dei creditori, ma anche dell'imprenditore e dei soci, in modo da assicurare che la stessa sia in grado di riposizionarsi adeguatamente nel mercato.
Non è tuttavia escluso che la continuazione dell'azienda o di suoi rami possa essere accompagnata anche dalla cessione di beni non funzionali e dunque non necessari alla prosecuzione dell'attività d'impresa.
Lo schema ipotetico del concordato preventivo con affitto d'azienda si può riassumere nelle seguenti fasi:

A. prima della presentazione della domanda di concordato preventivo
- stipula dell'affitto d'azienda (o di rami) da parte dell'impresa in crisi a favore di una società terza;
- formalizzazione dell'impegno all'acquisto dell'azienda da parte della società terza subordinato al passaggio in giudicato del decreto di omologa del concordato preventivo;
- subentro nei contratti inerenti l'azienda affittata da parte della società terza;

B. dopo il decreto di ammissione al concordato preventivo
- acquisto dilazionato delle scorte del magazzino dell'impresa in crisi da parte della società terza;
- pagamento dei canoni di affitto pattuiti da parte della società terza;

C. dopo il passaggio in giudicato del decreto di omologa

- acquisto dell'azienda e pagamento del corrispettivo da parte della società terza, scomputando i canoni di affitto d'azienda già corrisposti.

L'art. 186-bis l.fall. dispone infine che quando *"la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società"* si è in presenza di un concordato preventivo con continuità aziendale.
Dall'analisi dell'articolo non si evince in quale momento debba avvenire la cessione o il conferimento dell'azienda in esercizio, se prima o dopo l'omologa del concordato e, infine, non risulta preclusa la possibilità che tali operazioni siano precedute dall'affitto dell'azienda.
Con "la cessione dell'azienda in esercizio" ovvero con "il conferimento dell'azienda in esercizio" vi è la prosecuzione dell'attività con gestione dell'azienda non più in capo al debitore bensì a terzi.
Se il trasferimento dell'azienda a terzi è visto come il risultato della prosecuzione dell'attività d'impresa volta al "miglior" soddisfacimento delle ragioni dei creditori, tale obiettivo può essere conseguito anche con un affitto d'azienda e cioè con un'operazione "ponte", finalizzata al trasferimento a terzi dell'azienda.

3. Rilievi conclusivi sull'affitto e successivo trasferimento a terzi dell'azienda

La scelta dello strumento dell'affitto d'azienda è dettata il più delle volte dall'esigenza di attuare un intervento tempestivo volto ad assicurare la continuazione dell'attività d'impresa in capo ad un nuovo imprenditore che non vuole rispondere delle passività pregresse, ma nemmeno perdere l'avviamento dell'impresa in crisi, impresa che intende acquistare solo dopo l'omologa del concordato preventivo, al riparo da spiacevoli sorprese.
L'affitto finalizzato alla successiva vendita dell'azienda consente il risanamento dell'impresa in via indiretta e cioè in capo ad un nuovo imprenditore, così come avviene anche con l'operazione di conferimento d'azienda.
In definitiva, pare riduttivo ritenere che, per il solo fatto che manca una specifica previsione normativa, non si possa parlare di concordato preventivo con continuità aziendale in presenza di "affitto di azienda".
Di conseguenza, il piano di concordato basato sull'affitto e successivo trasferimento a terzi dell'azienda dovrà essere configurato con lo schema di un concordato in continuità e non meramente liquidatorio, rispettando le prescrizioni di cui al comma 2, lett. a) e b) dell'art. 186 bis l. fall.

CAPITOLO 6
RETROCESSIONE D'AZIENDA E RELATIVE RESPONSABILITÀ

1. Premessa – 2. Il contratto di affitto d'azienda – 3. Riflessi sul nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

1. Premessa

Per analizzare il contratto di affitto d'azienda, e le sorti dello stesso in caso di fallimento dell'affittante, si rende necessario un breve inquadramento del negozio da un punto di vista civilistico.

La nozione di affitto d'azienda si ricava dall'art. 2562 c.c. che richiama le disposizioni dell'art. 2561 c.c. relative all'usufrutto di azienda, l'oggetto del contratto è l'azienda della quale si trasferisce il godimento. Per quanto concerne la forma del contratto, ai sensi dell'art. 2556 c.c., è previsto che i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda, quando vengono conclusi tra imprese soggette a registrazione, devono essere conclusi per atto pubblico o scrittura privata autenticata e depositati per l'iscrizione nel registro imprese, nel termine di trenta giorni, a cura del Notaio.

Gli elementi costitutivi dell'azienda, tenuto conto sia della dottrina prevalente e sia di quanto previsto nell'art. 2555 c.c., sono costituiti da beni in senso proprio organizzati in un complesso unitario strumentale all'esercizio dell'impresa.

Prima di affrontare le sorti di un contratto di affitto d'azienda a seguito della intervenuta dichiarazione di fallimento di uno dei due contraenti, si precisa che la presente analisi riguarderà solamente l'ipotesi di un contratto preesistente alla data del fallimento, predisposto dal soggetto poi fallito e ancora in corso per la non esecuzione totale o parziale delle prestazioni.

Non verrà invece affrontata la casistica riguardante il contratto di affitto d'azienda concluso nel corso della procedura concorsuale e non verrà altresì trattata la problematica inerente la sorte dei contratti di lavoro, ex art. 2112 c.c., in quanto già oggetto di approfondimento in altro elaborato e a cui si rimanda.

2. Il contratto di affitto d'azienda

Il contratto d'affitto d'azienda, nella legge fallimentare, viene disciplinato dall'art. 79 l. fall. e l'applicabilità di tale norma soggiace in sintesi a tre presupposti:

a. la preesistenza del contratto;
b. la bilaterale inesecuzione dell'affitto d'azienda;
c. l'opponibilità del contratto al fallimento di una delle parti.

Prima della riforma del 2006, per mancanza di una specifica norma riguardante l'affitto d'azienda, si ricorreva all'applicazione analogica dell'art. 80 l. fall., norma che disciplina la locazione di immobili. Con la riforma organica della legge fallimentare del 2006, il Legislatore, preso atto della lacuna di cui sopra, ha previsto una disciplina specifica per il contratto di affitto d'azienda in corso stabilendo che: *"il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambi le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, in dissenso tra le parti è determinato dal Giudice Delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'art. 111, n. 1"*

La norma sopra citata è applicabile, a differenza del passato, sia nel caso di fallimento dell'affittante, sia nel caso di fallimento dell'affittuario. Il contratto d'affitto d'azienda quindi sopravvive al fallimento di uno dei contraenti e il curatore subentra automaticamente nel contratto e di conseguenza assume a carico e a vantaggio della massa dei creditori tutti i diritti e gli obblighi nascenti dal contratto di affitto d'azienda. Con il subentro la procedura dovrà soddisfare in prededuzione tutte le obbligazioni sorte dopo la sentenza di fallimento, quelle sorte prima saranno soggette a falcidia fallimentare e solo a seguito di insinuazione al passivo.

Per quanto concerne la facoltà di recesso la stessa si esercita mediante una dichiarazione stragiudiziale, rivolta

all'altra parte, che deve essere comunicata nel termine massimo di 60 giorni dalla data di fallimento e che opera, *ex nunc*, con efficacia immediata. L'atto di recesso è da configurarsi come atto di straordinaria amministrazione, ex art. 35 lf, quindi il curatore dovrà munirsi della preventiva autorizzazione del comitato dei creditori e, se di valore superiore ai 50.000 Euro, deve essere informato anche il giudice delegato. Il curatore, prima di chiedere l'autorizzazione al recesso, dovrà diligentemente operare delle attente valutazioni di opportunità tecnica e di convenienza economica attraverso la comparazione di costi e benefici inerenti all'eventuale prosecuzione del rapporto con l'affittuario in bonis; dovrà accertare la presenza di più convenienti alternative sul mercato degli affitti o su quello delle compravendite; verificare la sussistenza dei presupposti per un più lucroso esercizio provvisorio della gestione; stimare l'importo dell'equo indennizzo da corrispondere al contraente in bonis; verificare l'affidabilità finanziaria e gestionale dell'affittuario. Concluse queste verifiche il curatore potrà esercitare la scelta migliore nell'interesse della massa dei creditori.
Per quanto invece concerne gli effetti della retrocessione dell'azienda a seguito di recesso o di cessazione di durata del contratto, purtroppo l'art. 79 lf nulla dispone. Considerata la gravità dell'onere che la procedura fallimentare dovrebbe sopportare se su di essa dovessero ricadere gli effetti economici e giuridici dell'attività di impresa svolta dall'affittuario si è posta legittimamente la questione dell'estensibilità all'affitto d'azienda preesistente delle norme di favore adottate per la retrocessione d'azienda nel caso di cessazione del contratto di affitto stipulato dal curatore in corso di procedura ex art. 104 bis, uc, lf.
Le soluzioni proposte in dottrina purtroppo sono contrastanti, da un lato chi è contrario all'applicazione in via analogica del regime speciale esonerativo anche a favore dei contratti preesistenti, dall'altro chi invece è favorevole all'applicazione della norma eccezionale anche ai contratti preesistenti in quanto diversamente si renderebbe difficilmente praticabile ogni prosecuzione del contratto preesistente. La Corte di Cassazione (Cass. Civ. Sez. 1, Sent. N. 23581 del 9/10/2017), ha purtroppo aderito all'orientamento più restrittivo affermando l'inapplicabilità, per via analogica, anche all'affitto d'azienda stipulato dall'imprenditore in bonis prima della dichiarazione di fallimento, della regola che l'art. 104 bis, sesto c. lf prevede per l'affitto d'azienda "endofallimentare". Seguendo pedissequamente quanto affermato dalla Suprema Corte, dovrebbero ritenersi applicabili, in caso di fallimento dell'affittante e retrocessione dell'azienda alla procedura, gli artt. 2112 e 2560 c.c. Per quanto concerne le problematiche inerenti l'art. 2112 c.c. si rimanda allo specifico approfondimento, mentre per quanto riguarda l'art. 2560 c.c. si evidenzia che in tale precetto viene statuito che: *"L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti l'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di una azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda se essi risultano dai libri contabili obbligatori"*
Il rigido orientamento della Cassazione emerso nella sentenza di cui sopra, fortunatamente, è in contrasto con alcune, anche se precedenti, interessanti pronunce di merito, tra le quali si cita:

- (Trib. di Monza. 19/11/2013, Estensore Buratti, Presidente Paluchowski) il collegio in maniera dettagliata motiva e rimarca l'applicabilità dell'art. 104 bis, uc, lf anche alla retrocessione di azienda di un contratto di affitto già in essere alla data del fallimento. Nella sentenza si esamina la *ratio* del regime derogatorio dell'art. 104 bis, uc, lf previsto per l'affitto d'azienda endofallimentare e al contempo si stabilisce l'applicabilità della deroga anche al contratto di affitto preesistente non già per una interpretazione analogica della norma, ma bensì per una interpretazione estensiva della stessa. Si apprezza, inoltre, un'interessante interpretazione esegetica dell'art. 2560 c. 2, c.c. formulata dal collegio*"...la regola della responsabilità tra cedente (l'originario affittuario) e cessionario (il concedente iniziale) ... non sarebbe comunque applicabile, anche in assenza della specifica deroga di cui all'art. 104 bis, 6° comma, lf, in quanto, in caso di cessazione di affitto, il soggetto a cui viene restituita l'azienda non è tecnicamente acquirente poiché non vi è alcun riacquisto della proprietà dell'azienda, che è sempre stata in capo alla procedura, mentre l'originario affittuario ne ha avuto soltanto il godimento"*.
- (Trib. di Milano 5/5/2015, Estensore D'Acquino) il collegio anche in questo caso, richiamando la sentenza del Trib. di Monza del 19/11/2013, in maniera dettagliata motiva e rimarca l'applicabilità dell'art. 104 bis, uc, lf anche alla retrocessione di azienda di un contratto di affitto già in essere alla data del fallimento. Anche in questa sen-

tenza si apprezza l'acuta esegesi giuridica dell'art. 79 lf formulata dal collegio: *"Del resto appare evidente dalla disposizione dell'art. 79, comma 2, l. fall. che gli effetti della prededucibilità ex lege riguardano il solo indennizzo a favore dell'affittuario e non i debiti conseguenti i rapporti contrattuali aziendali stipulati o proseguiti dall'affittuario per i quali, in assenza di una specifica disposizione derogatoria, deve farsi applicazione della disciplina dei rapporti pendenti da quando il curatore rientra in possesso dell'azienda" e di conseguenza "... l'esercizio del diritto di recesso sterilizza per la massa dei creditori gli effetti derivanti dalla prosecuzione del contratto di affitto sino alla retrocessione dell'azienda... ma questa prosecuzione non sarà opponibile al fallimento dell'affittante".*

3. Riflessi sul nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Quanto dedotto dai collegi di Monza e Milano, i quali sostengono per interpretazione estensiva l'applicabilità del regime derogatorio, ex art. 104 bis, uc, l. fall., anche all'art. 79 l. fall., viene fortunatamente consacrato e formalizzato nel nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

Nella riforma della legge fallimentare, che entrerà in vigore ad agosto 2020, l'attuale art. 79 l. fall. viene perlopiù riproposto dall'art. 184, 2 c. del Codice della Crisi, ma con l'aggiunta di alcune novità ove sicuramente la più importante prevede che *"in caso di recesso del curatore e comunque alla scadenza del contratto, si applicano le disposizioni di cui all'art. 212, c. 6. Codice della Crisi, il quale precetto così statuisce: "La retrocessione alla liquidazione giudiziale di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga agli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione V del capo I del titolo V"*, ossia le norme degli artt. da 172 a 192 sugli - Effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti.

CAPITOLO 7
LA FATTISPECIE DEL "RENT TO BUY" E RELATIVE IMPLICAZIONI

1. Definizione e oggetto del rent to buy – 2. Le parti contraenti e la tipologia di immobili oggetto del rent to buy – 3. Forma del contratto – 4. Trascrizione del contratto – 5. Le possibili patologie del contratto e rimedi – 6. Il fallimento del concedente – 7. Il fallimento del conduttore – 8. Altre procedure concorsuali relative al locatore/promittente venditore – 8.1 Il concordato preventivo del locatore/promittente venditore – 8.2 L'accordo per la ristrutturazione dei debiti del locatore/promettente venditore – 9. Rilievi conclusivi.

1. Definizione e oggetto del rent to buy

Il termine *rent to buy* (letteralmente "locare per acquistare") è un contratto tipico che prevede il godimento di un immobile in funzione di una sua successiva vendita.

Si tratta di una particolare tipologia di operazione che può assumere diverse forme ma che, in generale, è così strutturata: un potenziale "acquirente" subentra al concedente, sin da subito, nel godimento di un bene immobile con la facoltà (o l'obbligo) dell'acquisto entro un determinato periodo di tempo e gli corrisponde, nel corso del rapporto contrattuale, un certo compenso che sarà comprensivo del "canone" (da intendersi quale corrispettivo per il godimento del bene nella fase di locazione/affitto) e del "prezzo" (o di una parte di esso) per l'acquisto della proprietà del bene.

In tal senso, è agevole definire questo modello contrattuale come un contratto di godimento in funzione della successiva alienazione dell'immobile.

La figura del *rent to buy* è di origine anglosassone[26] ma si è diffusa da tempo in Italia; il Legislatore italiano, infatti, ha individuato in tale istituto lo strumento più adatto per rispondere a finalità sociali quali la ripresa del mercato immobiliare che, allo stato attuale, attraversa un momento di forte crisi e di stagnazione e la crescente difficoltà, soprattutto per i privati, ad ottenere finanziamenti bancari[27].

Con il D.L. n. 133 del 12 settembre 2014 (c.d. decreto "Sblocca Italia")[28], convertito, con modificazioni, con Legge 11 novembre 2014 n. 164[29] il Legislatore ha attribuito alla nuova tipologia contrattuale una propria disciplina normativa.

La disciplina di tale modello contrattuale è contenuta nell'art. 23[30] (commi 1-6) rubricato *"Disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili" e il comma 1 individua l'ambito di applicazione della*

---

26 Il *rent to buy*, è un modello contrattuale recepito dal modello di *common law*, frutto di una prassi sviluppatasi nei Paesi anglosassoni quali Stati Uniti, Australia, Regno Unito ed Irlanda, negli anni cinquanta, come metodo di compravendita immobiliare in seguito alla crisi dei mutui sub-prime e quale soluzione ideale per il mercato immobiliare residenziale. Accanto a tale forma contrattuale si sono diffuse anche ulteriori tipologie quali il *buy to rent* e l'*help to buy*: la prima prevede la stipula di un contratto di compravendita immediatamente traslativo della proprietà con la particolare pattuizione per la quale il prezzo è dilazionato e con la previsione che in caso di inadempimento del compratore, il venditore torna proprietario; la seconda, invece, prevede la stipula di un contratto preliminare con pagamento dilazionato di caparre e di acconti fino al 20-30% del prezzo pattuito, in modo da poter poi finanziare il restante 80-70% del prezzo.

27 Come si legge nella Relazione al Disegno di Legge per la conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, pag. 25: "*La proposta (…) introduce nel nostro ordinamento il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, quale nuova tipologia contrattuale a valenza generale, al fine di consentire ai costruttori o proprietari di immobili di utilizzare, con riferimento a tutte le categorie di immobili e non solo a quelli di edilizia residenziale, questo nuovo strumento, già in uso negli altri Paesi europei*".

28 Il D.L. 12 settembre 2014 n. 133 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana 12 settembre 2014 n. 212 ed è entrato in vigore il giorno successivo (art. 45). Il predetto decreto è stato convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014 n. 164, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana 11 novembre 2014 n. 262, S.O. n. 85 ed entrata in vigore il giorno successivo (art. 1). In sede di conversione l'art. 23 è stato modificato con la correzione di alcuni refusi contenuti nei comma 6 e 8 e l'introduzione ex novo del comma 1bis.

29 Legge 11 novembre 2014 n. 164 di Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 11 settembre 2014, n. 133, recante "*Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle cattività produttive*" (G.U. n. 262 dell'11 novembre 2014).

30 L'art. 23, si trova nel Capo V "*Misure per il rilancio dell'edilizia, con l'evidente finalità del Legislatore di favorire il rilancio del mercato immobiliare*".

normativa riferibile a "quei contratti, diversi dalla locazione finanziaria[31]*, che prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto (…)".*

La funzione che tale operazione dovrebbe avere è quella di consentire un equo contemperamento tra l'interesse del conduttore/compratore ad acquisire la disponibilità immediata del bene, anche quando non disponga ancora delle risorse economiche necessarie per l'acquisto, e l'interesse del venditore a cedere lo stesso bene (anche se con modalità dilazionate nel tempo).

Il vantaggio per il venditore, oltre a quello di mantenere la proprietà dell'immobile fino al pagamento dell'intero prezzo convenuto, è quello di ottenere, rinviando ad un momento successivo il trasferimento della proprietà del bene, un vantaggio economico, costituito dal diritto di percepire il canone; allo stesso modo, il venditore individua i potenziali acquirenti e, se l'acquisto si perfeziona, ha la possibilità di ottenere l'intero prezzo del bene compravenduto.

2. Le parti contraenti e la tipologia di immobili oggetto del rent to buy

L'art. 23 del d.l. n. 133/2014 non contiene alcun riferimento alla qualità delle parti contraenti né alla natura dell'immobile, né prevede alcuna limitazione in merito. Pertanto, in assenza di qualsiasi preclusione normativa, i contraenti possono essere privati, professionisti, esercenti attività di impresa o qualunque altro ente e, con riguardo alla tipologia degli immobili oggetto del *rent to buy*, deve ritenersi ricompresa nella previsione normativa qualsiasi tipologia di immobili, dunque, sia quelli abitativi che quelli strumentali ed anche terreni.

Un riferimento alla tipologia di immobili oggetto del contratto di *rent to buy* è contenuto nel comma 4 dell'art. 23, ai sensi del quale *"Se il contratto di cui al comma 1 ha per oggetto un'abitazione, il divieto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, opera fin dalla concessione del godimento"*.

Nello specifico, il d.l. 20 giugno 2005, n. 122, detta disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, pertanto, il rinvio fa supporre che siano oggetto di *rent to buy* anche le abitazioni in costruzione.

Per le imprese di costruzione il *rent to buy* potrebbe rappresentare un incentivo per promuovere l'acquisto di costruzioni di recente realizzazione da parte di imprenditori ed un valido strumento per pagare le rate del mutuo originariamente contratto per la costruzione, consentendo al contempo, di alienare immobili invenduti; d'altronde, l'intervento legislativo si colloca nel Titolo del Capo V del provvedimento *"Misure per il rilancio dell'edilizia"*[32].

Qualora i contratti in esame abbiano ad oggetto abitazioni, come previsto dall'art. 23 co. 4, ne è vietata la stipula, nel caso in cui l'immobile sia gravato da ipoteca, a meno che anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto al frazionamento della stessa, alla cancellazione o alla suddivisione del mutuo originariamente stipulato dall'impresa costruttrice in quote.

Per il conduttore, tale previsione rappresenta un ulteriore strumento di tutela dato che, in mancanza di tale divieto, potrebbe trovarsi ad acquistare un'immobile su cui grava un'ipoteca che dovrà poi provvedere a cancellare, dopo aver pagato regolarmente i canoni.

---

31 L'inciso *"contratti diversi dalla locazione finanziaria"* ha lo scopo di differenziare la figura contrattuale in esame da quelle caratterizzate da una funzione economica di finanziamento del conduttore come i contratti di leasing finanziario in cui l'utilizzatore chiede ad un soggetto di acquistare da terzi la proprietà di un bene che gli verrà poi concesso in godimento a fronte del pagamento di un canone periodico; mentre nel leasing finanziario l'impresa concedente acquista il bene per concederlo all'utilizzatore, nei contratti di godimento in funzione del successivo acquisto, il bene è già di proprietà del concedente stesso, integrando un operazione contrattuale connotata non da un intento di finanziamento esterno, quanto semmai dalla concessione di un periodo di tempo per reperire finanziamenti per concludere l'acquisto ed, intanto, godere del bene.

32 Come si legge nella Relazione al Disegno di Legge per la conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, pag. 25: *"(…) L'intervento riveste carattere di urgenza in quanto è finalizzato a favorire la ripresa delle contrattazioni immobiliari, soprattutto con riferimento a quelle categorie che hanno maggiori difficoltà ad acquistare per contanti"*.

3. Forma del contratto

Lo schema contrattuale del *rent to buy* permette di soddisfare, simultaneamente, due esigenze: quella del conduttore/promissario acquirente[33] che, non avendo, nell'immediato, le risorse finanziarie per l'acquisto dell'immobile può averne subito la disponibilità in godimento, corrispondendo al proprietario i canoni mensili che poi recupererà (in tutto o in parte) imputandoli al prezzo finale come acconto e quella del venditore, il quale individua sin da subito il futuro acquirente e, in attesa della vendita, ottiene una immediata redditività dall'immobile.

Ai fini della sua qualificazione giuridica l'operazione in oggetto può essere inquadrata nell'ambito di un contratto complesso ove sono compresenti due distinte fattispecie contrattuali "tipiche", ossia un accordo di locazione o, più in generale, di godimento del bene e un accordo preliminare di compravendita (rappresentato dall'impegno all'acquisto del bene), oppure un accordo di opzione (nel caso in cui l'acquirente abbia la facoltà, e non l'obbligo, di procedere con l'acquisto).

In sostanza, l'operazione di *rent to buy* si articola in due fasi: nella prima (*rent*), per effetto della stipula del contratto, il proprietario dell'immobile concede l'utilizzo dell'immobile a fronte dell'obbligo del conduttore al pagamento del canone pattuito; nella seconda (*buy*), il conduttore ha la facoltà di esercitare il diritto di acquisto del bene, imputando al prezzo di vendita dell'immobile, una quota parte del canone indicata nel contratto.

La successione tra le due fasi non è né obbligatoria né automatica ma eventuale, dato che, l'acquisto dell'immobile è un *"diritto per il conduttore"*[34] ma non un obbligo; il conduttore, infatti, ha il diritto di manifestare, entro un determinato termine, la propria volontà di acquistare l'immobile oggetto della locazione[35]; ne deriva che, il locatore ha, di conseguenza, l'obbligo di cedere l'immobile al prezzo stabilito.

La norma, infatti, non prevede un obbligo reciproco delle parti a concludere l'atto di vendita, né pre-vede che il trasferimento del bene si verifichi automaticamente a conclusione del periodo di utilizzo; pertanto, il conduttore, alla scadenza del termine convenuto, è libero di decidere se procedere o meno all'acquisto (fermo restando l'obbligo del concedente di procedere alla cessione nel caso in cui il conduttore decida in tal senso).

Quindi, tutto dipende dalla decisione che sarà assunta dal conduttore: se deciderà di non acquistare l'immobile, alla scadenza del termine il contratto cesserà di avere ogni effetto; il concedente avrà diritto alla riconsegna dell'immobile e a trattenere l'intera componente dei canoni imputabile all'utilizzo; il conduttore, invece, avrà diritto alla restituzione della percentuale della componente dei canoni imputabile al prezzo di vendita, così come determinata nel contratto medesimo.

Qualora, invece, decida di esercitare il diritto all'acquisto, il concedente sarà tenuto a dare il proprio consenso alla vendita; il conduttore, a sua volta, dovrà corrispondere il prezzo pattuito al netto dei canoni già pagati per la componente da imputare al prezzo.

---

33 Oltre al vantaggio di poter dilazionare il prezzo di acquisto, rinviando, ad un momento successivo, l'acquisto della proprietà dell'immobile, l'acquirente può ottenere anche ulteriori vantaggi quali un notevole risparmio di interessi passivi rispetto all'acquisto tradizionale mediante un mutuo, in quanto il costo dell'affitto potrà essere più basso della rata di mutuo comprensiva degli interessi passivi. Inoltre, anche qualora il conduttore stipulasse un mutuo al termine della locazione, l'importo da chiedere sarà, di certo, più basso di quello che si sarebbe chiesto all'inizio e di conseguenza gli interessi complessivi saranno più bassi.

34 Il diritto per il conduttore di acquistare l'immobile ovvero il "diritto di proprietà" sullo stesso entro un termine determinato, si evince espressamente dai commi 1 e 1-bis dell'art. 23. Inoltre, dato che è prevista la trascrizione del contratto a norma dell'art. 2645-bis c.c. e l'applicazione dell'art. 2932 del codice civile che prevede il diritto all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, in caso di inadempimento, si deduce l'obbligo unilaterale del concedente/promittente alienante di trasferire, entro il termine stabilito e con successivo contratto traslativo, la proprietà dell'immobile al conduttore, cui si contrappone il diritto-facoltà di quest'ultimo di acquistare.

35 Come previsto nello schema contrattuale del rent to buy, proposto dal Consiglio Nazionale del Notariato, per l'esercizio del proprio diritto di acquisto, la parte conduttrice dovrà inviare, alla parte concedente, entro il termine per l'acquisto previsto nel contratto, apposita dichiarazione scritta da cui risulti la propria volontà di esercitare il diritto di acquisto, e da spedirsi con lettera raccomandata A.R. o con posta elettronica certificata. L'atto finale di trasferimento dell'immobile dovrà essere stipulato entro i trenta giorni successivi alla ricezione della dichiarazione di acquisto, nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, ai fini della sua trascrizione.

Nel caso in cui il concedente non dovesse adempiere all'obbligo di stipulazione dell'atto di cessione, il conduttore potrà ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso così come previsto dalla legge per il preliminare.
La compravendita dell'immobile si realizza, pertanto, solo nel momento in cui il conduttore decide di esercitare il diritto di acquisto. Il termine per esercitare il diritto di acquistare l'immobile è stabilito dalle parti, entro un massimo di dieci anni.
Nel contratto viene poi stabilita quale sia la "parte di canone[36]" che va a remunerare il godimento del bene e quale quella da imputare al corrispettivo del trasferimento come anticipazione del corrispettivo del trasferimento.

4. Trascrizione del contratto

Ai sensi del comma 1, art. 23 *"I contratti, diversi dalla locazione finanziaria, (…) sono trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis codice civile"*; il rinvio all'articolo 2645-bis c.c. fa sì che i contratti di *rent to buy* sono soggetti agli obblighi di trascrizione propri dei contratti preliminari di compravendita[37].
Tuttavia, il comma 3 dell'art. 23 dispone che *"il termine triennale previsto dal comma terzo dell'articolo 2645-bis del codice civile è elevato a tutta la durata del contratto e comunque ad un periodo non superiore a dieci anni"*. Pertanto, l'operazione economica ha un vincolo temporale di dieci anni, superati i quali, viene meno l'effetto della opponibilità ai terzi dettato a garanzia della parte interessata all'acquisto dell'immobile.
Con riguardo alla trascrizione, sempre nel primo comma della disposizione in esame, vi è un ulteriore rinvio nel senso che *"la trascrizione produce anche i medesimi effetti di quella di cui all' articolo 2643, comma primo, numero 8) del codice civile[38]"*.
La trascrizione del contratto di *rent to buy* produce un duplice effetto, in relazione alle due "fasi" nelle quali si articola: un effetto di "opponibilità ai terzi" con riguardo alla concessione dell'utilizzo e un effetto "prenotativo" con riguardo all'obbligo del concedente di trasferire la proprietà del bene in caso di esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore.
La trascrizione rende il contratto opponibile ai terzi garantendo il futuro acquirente da eventuali atti di disposizione del bene che il proprietario possa porre in essere successivamente alla conclusione del contratto, quali, ad esempio, la vendita dell'immobile ad un altro soggetto o l'iscrizione di un'ipoteca sul bene o la trascrizione di un pignoramento o la costituzione di qualsiasi altro diritto pregiudizievole.
Inoltre, la trascrizione produce anche un effetto "prenotativo" ovvero, fa retroagire gli effetti della trascrizione dell'eventuale atto di vendita al momento della trascrizione del contratto medesimo.
In questo modo viene garantita piena tutela al conduttore, consentendogli di acquisire l'immobile nello "stato di diritto" in cui si trova al momento della stipula del rent to buy, e neutralizzando, al contempo, eventuali trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli successive alla trascrizione del contratto.
La trascrizione del *rent to buy* garantisce una specifica tutela al conduttore anche per il caso di inadempimento del concedente.
Nel caso in cui, a seguito di tale inadempimento, il conduttore vanti dei crediti, la legge riconosce un privilegio spe-

---

36 Come si legge nella Relazione al Disegno di Legge per la conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, pag. 25 *"la disciplina proposta è "a maglie larghe", per consentire all'autonomia privata di meglio modulare il contenuto del contratto in funzione delle specifiche esigenze e nell'ottica del miglior soddisfacimento degli interessi di entrambe le parti"*. È, pertanto, rimessa all'autonomia contrattuale la determinazione del quantum della "parte di canone" da imputarsi al corrispettivo. Come previsto dal comma 1-bis dell'art. 23 *"le parti definiscono in sede contrattuale la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito"*.
37 Di qui la tesi per cui il contratto di rent to buy sarebbe un "negozio a causa mista" dal momento che presenta elementi negoziali riconducibili ai tipi contrattuali della locazione e del contratto preliminare.
38 L'art. 2643, comma primo, numero 8) c.c. dispone che: *"Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione (…) i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni"*.

ciale sul bene immobile oggetto del contratto, e ciò a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati (ovvero non sia scaduto il termine di durata del contratto e non siano passati più di dieci anni dalla sua trascrizione) al momento:

- della risoluzione del contratto, risultante da un atto con data certa;
- della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento;
- della trascrizione del pignoramento;
- dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.
- Tale privilegio, peraltro, non è opponibile:
- ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al conduttore per l'acquisto dell'immobile;
- ai creditori garantiti da ipoteca iscritta a garanzia della quota di debito derivante da finanziamento fondiario, che il conduttore si sia accollata con il *rent to buy* o con altro atto successivo.
- Pur mancando un'espressa previsione sulla forma, il rinvio all'art. 2645-*bis* c.c. ne prescrive indirettamente la forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata[39].

5. Le possibili patologie del contratto e rimedi

In caso di inadempimento, l'art. 23, comma 3[40], rinvia all'art. 2932 c.c. in forza del quale *"Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso"*.

Qualora il concedente si riveli inadempiente relativamente all'obbligo di stipulare il contratto di compravendita alla scadenza del periodo di godimento e nel caso in cui il conduttore abbia espresso la volontà di esercitare il diritto di acquisto, quest'ultimo, non potendo acquistare l'immobile, potrà esperire l'azione di esecuzione in forma specifica attraverso l'ottenimento dal giudice di una sentenza produttiva degli effetti del contratto non concluso, purché non sia stato inadempiente all'obbligo di corresponsione dei canoni[41].

Tale rimedio è di agevole esperimento perché:

a. il contratto preliminare è stato trascritto e dunque il trasferimento della proprietà resterà insensibile alle trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli eventualmente intervenute in seguito;
b. è possibile ottenere una sentenza che si sostituisca al rogito trasferendo la proprietà, semplicemente offrendo di pagare il prezzo ai sensi dell'art. 2932 c.c..

Il promissario acquirente potrebbe porre in essere un'azione di risoluzione del contratto ma, non essendo normativamente previsto l'obbligo di consegna della fideiussione prevista dall'art. 2 D.Lgs. 122/05 relativamente ai soli immobili da costruire[42], non ci sarebbe la garanzia di restituzione del fondo accumulato.

Qualora, invece, il conduttore opti per il rimedio della risoluzione del contratto per inadempimento, ai sensi dell'art. 1453 c.c., l'art. 23, comma 5 prescrive che il concedente/proprietario dovrà restituire al conduttore la quota parte dei

---

39 Secondo la previsione di cui all'art. 2645-bis c.c. i contratti preliminari devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente: ciò in quanto il contratto è soggetto al regime di pubblicità proprio del contratto preliminare.

40 Cfr. art. 23 comma 3 *"(...) In caso di inadempimento si applica l'articolo 2932 del codice civile"*.

41 Il co. 2 dell'art. 2932 c.c. prevede infatti che se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

42 Il promissario acquirente potrebbe trovarsi nell'impossibilità di procedere alla cancellazione dell'ipoteca di cantiere iscritta sull'immobile; qualora tale situazione sia dovuta al mancato frazionamento dell'ipoteca di cantiere, il promissario acquirente potrà agire contro la banca creditrice ipotecaria ottenendo il frazionamento. Invece, nel caso in cui l'ipoteca sia stata frazionata ma il saldo dovuto dal promissario acquirente sia insufficiente alla copertura del debito ipotecario residuo, tanto che per ottenere la cancellazione sia necessario un esborso maggiore di quello originariamente previsto, il rimedio a tale inconveniente potrà essere unicamente preventivo, sostanziandosi nella previsione di un piano di accumulo tale che il fondo non superi mai il 20% del prezzo, posto che il saldo del restante 80% dovrebbe ragionevolmente valere a coprire il debito ipotecario residuo.

canoni che è stata contrattualmente imputata al prezzo di vendita, maggiorata degli interessi legali[43].
Nell'opposta ipotesi di inadempimento del conduttore, qualora il concedente non ritenga conveniente esperire l'azione esecutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., specie nel caso in cui quest'ultimo non abbia le risorse finanziarie necessarie all'acquisto dell'immobile oggetto del rent to buy, questi può optare per la risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore.
In tal caso il concedente/proprietario, ha diritto alla restituzione dell'immobile ed acquisisce i canoni, per intero, a titolo di indennità, se non è stato diversamente convenuto nel contratto.
Nel caso del mancato pagamento del canone di locazione bisogna valutare il caso in cui vi sia un pagamento parziale o totale del canone.
In difetto di una chiara imputazione dei pagamenti eseguiti, potrebbe sorgere il dubbio se l'inadempimento colpisca la parte destinata alla remunerazione della proprietà o, piuttosto, la parte destinata al piano di accumulo[44].
Il mancato pagamento totale del canone di locazione, tale da colpire anche la parte finalizzata alla remunerazione della proprietà, il locatore disporrà del rimedio costituito dall'intimazione di sfratto per morosità[45].
Una specifica ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore è poi prevista in caso di mancato pagamento, anche non consecutivo, da parte del medesimo, di un numero minimo di canoni stabilito dalle parti al momento della sottoscrizione del contratto e che comunque non deve essere inferiore ad 1/20 del loro numero complessivo, vale a dire pari al 5% del totale dei canoni[46].

6. Il fallimento del concedente

Il fallimento del concedente non determina, di per sé, la cessazione del contratto, che prosegue[47]; è prevista, tuttavia, una specifica garanzia per il conduttore; infatti, il contratto definitivo di vendita (ma anche il preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. ed i cui effetti non siano cessati) non può essere revocato per espresso rinvio all'art. 67, comma 3, lett. c), l. fall. il quale prevede che *"non sono soggetti ad azione revocatoria (…) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività dell'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di falli-*

43 Come precedentemente esposto, le parti definiscono in sede contrattuale la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito. Cfr. art. 23, co. 1-bis, d.l. 133/2014.
44 Allo scopo di evitare incertezze sul punto, dunque, sarà necessario prevedere espressamente nel contratto che i pagamenti debbano imputarsi prima al piano di accumulo e poi alla remunerazione della proprietà, allo scopo di sostenere che, fino alla concorrenza della parte imputata al piano di accumulo, l'inadempimento colpirà comunque il contratto di locazione, mentre, soltanto esaurita quella parte, colpirà anche il contratto preliminare.
45 Tale soluzione non è priva di problematiche, prima fra tutte quella connessa alla durata del procedimento nel caso in cui il conduttore proponga opposizione e, in ogni caso, alla durata dell'esecuzione, senza dire degli oneri da sostenere per spese legali, unitamente al lucro cessante, dovuto alla mancata remunerazione della proprietà sino al riacquisto della disponibilità dell'immobile.
46 Cfr. art. 23, comma 2 d.l. n. 133/2014. A tal proposito, si ipotizzi un contratto in cui le parti convengono la corresponsione di 100 canoni mensili; le parti possono prevedere la risoluzione per il mancato pagamento di un numero di 6 canoni (maggiore di 100/20=5), anche non consecutivo; dunque, è bene ricordare, che il mancato pagamento di una sola mensilità non comporta la risoluzione del contratto.
47 Cfr. art. 23, comma 6 d.l. n. 133/2014 *"In caso di fallimento del concedente il contratto prosegue, fatta salva l'applicazione dell'articolo 67, terzo comma, lettera c), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni"*.
In questo caso non opera la disciplina fallimentare ordinaria. E', infatti, prevista una deroga alla regola generale posta dall'art. 72, comma 1, l. fall. in virtù della quale la dichiarazione di fallimento determina la sospensione dell'esecuzione dei contratti pendenti alla data del fallimento, con facoltà del curatore di decidere se subentrare in essi oppure sciogliersi dagli stessi. Lo stesso art. 72, nell'ultimo comma, stabilisce che *"Le disposizioni del primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado"*. La deroga è stata poi estesa (con la modifica apportata all'ultimo comma dell'art. 72 l. fall. dal D.L. n. 83/2012, conv. nella L. n. 134/2012) anche ai contratti preliminari aventi ad oggetto *"un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa"*.

mento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio"[48].

Di conseguenza, il contratto di *rent to buy* non può essere revocato purché sussistano le suddette condizioni, ovvero:

- il contratto sia stato concluso a giusto prezzo;
- il contratto abbia ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado;
- oppure un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio.

Nel caso del fallimento del concedente/venditore il curatore subentra automaticamente al posto del fallito, riscuote i canoni dal conduttore/acquirente e presta il consenso al successivo eventuale trasferimento dell'immobile, garantendo l'acquirente dalle pretese dei terzi e dai vizi.

Il curatore fallimentare, per non essere vincolato al contratto (e quindi recuperare la disponibilità materiale dell'immobile, sciogliendosi dall'obbligo di vendita al termine del periodo di utilizzo) dovrà agire in revocatoria, sempre che ne ricorrano i presupposti; in particolare, ai sensi della normativa vigente, al pari di ogni altro contratto, il *rent to buy* potrà essere revocato, se:

- è stato siglato nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; il preliminare è stato eseguito in un periodo sospetto ovvero in un periodo ravvicinato alla dichiarazione di fallimento
- le prestazioni eseguite dal concedente o gli obblighi che ha assunto, sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso e sempre che il conduttore non riesca a provare che non conosceva lo stato di insolvenza del concedente.

In conclusione, con riferimento all'ipotesi del fallimento del promittente venditore, il Legislatore ha previsto la massima tutela per i promissari acquirenti/acquirenti a titolo definitivo.

7. Il fallimento del conduttore

L'art. 23, c. 6, D.L. 133/2014, stabilisce che *"In caso di fallimento del conduttore, si applica l'articolo 72 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni; se il curatore si scioglie dal contratto, si applicano le disposizioni di cui al comma 5*[49]*"*.

Il fallimento del conduttore non comporta la cessazione del contratto ma, se quest'ultimo è ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, la sua esecuzione resta sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiari di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo.

Pertanto, l'esecuzione del contratto è sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, decide se subentrare nel contratto al posto del fallito o sciogliersi dallo stesso evitando la stipulazione della successiva vendita.

Se il curatore subentra nel contratto, ne assume i diritti e gli obblighi; può, quindi, esercitare il diritto d'acquisto

---

48 Il comma 3 dell'art. 2465-bis c.c. prevede che *"gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'articolo 2652, primo comma, numero 2)"*, come già esposto, nel caso di contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, ai sensi del comma 3 dell'art. 23 d.l. 133/2014 è infatti disposto che *"il termine triennale previsto dal comma terzo dell'articolo 2645-bis del codice civile è elevato a tutta la durata del contratto e comunque ad un periodo non superiore a dieci anni"*.

49 L'art. 72, comma 1, l. fall., rubricato alla voce "Rapporti pendenti" dispone che "*se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto*".

dell'immobile, prestare il consenso per la stipula della vendita e pagarne il prezzo come debito della massa fallimentare.
Nel caso in cui il curatore decida di sciogliere il contratto, la norma fa espressamente rinvio alle disposizioni di cui al comma 5, per cui si distingue l'ipotesi in cui l'inadempimento sia imputabile al concedente, nel qual caso "lo stesso deve restituire la parte dei canoni imputata a corrispettivo, maggiorata degli interessi legali", da quella in cui l'inadempimento sia imputabile al conduttore, nel qual caso "il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile ed acquisisce interamente i canoni a titolo di indennità, se non è stato diversamente convenuto nel contratto".
Nel caso di mancata esecuzione del contratto a causa della dichiarazione di fallimento, i crediti del conduttore che ne conseguono hanno privilegio speciale sull'immobile oggetto del rent to buy, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della dichiarazione di fallimento[50]; di conseguenza, l'acquirente potrà far valere il proprio credito con privilegio nel passivo senza, però, che gli sia dovuto il risarcimento del danno.

8. Altre procedure concorsuali relative al locatore / promittente venditore

Prima della stipula del contratto definitivo di compravendita, il promittente venditore potrebbe aver presentato domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi degli artt. 160 ss. l. fall. oppure aver proposto ai creditori un accordo per la ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis l. fall.
Tuttavia, tali procedure concorsuali non esplicano effetti sui contratti definitivi, ma possono esplicarne su quelli in corso di esecuzione come la locazione o il contratto preliminare.

8.1. Il concordato preventivo del locatore/promittente venditore

Per effetto dell'art. 169-bis l. fall.[51] l'imprenditore in crisi che propone domanda di ammissione al concordato preventivo può chiedere di essere autorizzato dal tribunale a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione, pagando all'altro contraente un indennizzo pari al risarcimento del danno che gli sarebbe spettato in conseguenza del proprio inadempimento.
Nel *rent to buy*, l'imprenditore sarà libero di chiedere al tribunale di autorizzarlo a sciogliersi tanto dal contratto di locazione e, in questo caso, avrà il titolo per riacquistare la disponibilità dell'immobile, quanto dal contratto preliminare avente ad oggetto qualsiasi tipo di immobile.
Nel caso in cui il preliminare sia trascritto, chi propone il concordato dovrà attribuire il privilegio di cui all'art. 2775-bis c.c. al credito per l'indennizzo spettante al promissario acquirente.

8.2. L'accordo per la ristrutturazione dei debiti del locatore/promittente venditore

L'accordo di ristrutturazione del debito, disciplinato dall'articolo 182-bis l. fall.[52], è un istituto di tipo stragiudiziale che prevede, per il debitore in stato di crisi, la possibilità di effettuare degli accordi privatistici con i creditori che rappresentano almeno il 60% delle passività al fine di ristrutturare i propri debiti.

---

50 Ai sensi dell'art. 2775 bis c.c. (norma espressamente richiamata dall'art. 23, c. 3, D.L. 133/2014) *"I. Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi".*
51 L'art. 169-bis l. fall. dispone che *"I. Il debitore con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente può chiedere che il Tribunale (...) lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso"*. Al successivo comma II viene previsto che *"il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato, ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'articolo 161"*.
52 Ai sensi dell'art. 182-bis l. fall. comma I *"L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, (...)"*.

La finalità di tale istituto è il superamento della crisi d'impresa tutelando il valore economico della stessa e, in particolare, del complesso aziendale: gli interventi tipici di un accordo di ristrutturazione, infatti, puntano alla prosecuzione dell'attività aziendale.
In relazione a tale strumento, non è prevista alcuna possibilità per l'imprenditore di sciogliersi dai contratti pendenti tranne che col consenso dell'altra parte; inoltre, l'imprenditore è tenuto a soddisfare integralmente tutti i creditori coi quali non abbia raggiunto l'accordo entro il termine di centoventi giorni dal momento in cui il tribunale ha omologato l'accordo con gli altri creditori[53].
Pertanto, il conduttore/promissario acquirente, per avere titolo per pretendere l'integrale soddisfazione dei suoi diritti, deve dichiarare di non accettare alcuna proposta, salvo però il caso in cui sopraggiunga il fallimento dell'imprenditore.

9. Rilievi conclusivi

Dalla disamina svolta nei precedenti paragrafi è evidente che la disciplina del *rent to buy* ha rappresentato un'importante novità e ha consentito la ripresa delle contrattazioni economiche.
Nelle vendite fallimentari e concordatarie il *rent to buy* costituisce una valida alternativa alle vendite "tradizionali", esperibile soprattutto laddove vi siano dei potenziali interessati all'immobile che abbiano difficoltà a finanziarsi ovvero desiderino conseguirne il godimento e valutarne in un secondo momento l'acquisto.
È stato il Tribunale di Verona, con l'ordinanza emessa in data 12 dicembre 2014 a consentire, per la prima volta in Italia, l'ingresso dell'istituto del *rent to buy* all'interno di una procedura concorsuale.
Nel caso specifico il Giudice Delegato, in considerazione del fatto che: *"(i) il contratto di rent to buy come disciplinato dall'art. 23 del D.L. 133/14, rappresenta un nuovo contratto non assimilabile ai contratti di locazione, (ii) che dunque ad esso non è applicabile la disciplina del contratto di locazione con particolare riferimento alla durata minima, (iii) che le parti possono quindi determinare il contenuto del contratto atipico in parola in modo autonomo e (iv) che è possibile prevedere una durata non superiore a tre anni"*, ha autorizzato il Curatore a procedere alla stipulazione del contratto oggetto di analisi subordinandola, però, a determinate condizioni.
Il Giudice, infatti, autorizzava il Curatore alla sottoscrizione di un contratto di *rent to buy* a condizione che la proposta contrattuale contenesse l'espressa previsione che l'immobile avrebbe dovuto essere rilasciato immediatamente alla scadenza della durata di tre anni nel caso in cui il conduttore non intendesse esercitare l'opzione di acquisto e che, ai fini di ottenere titolo esecutivo, l'atto sarebbe stato stipulato per mezzo di notaio nel quale fosse indicato espressamente che l'immobile sarebbe stato rilasciato libero da persone e cose alla scadenza.
In questo modo si delinea la seguente situazione: le parti convengono che l'eventuale vendita dell'immobile avverrà a distanza di alcuni anni e che, nel frattempo, l'immobile sarà condotto in locazione dallo stesso acquirente che corrisponderà il relativo canone di locazione; di contro, il locatore accantonerà una quota o l'intero importo del canone di locazione percepito che sarà decurtato dal prezzo di vendita dell'immobile.
L'ordinanza del Tribunale di Verona è stata vista, da subito, con favore dal momento che consente al Curatore di poter avere più margini di manovra nella gestione dei beni del fallito, con evidente vantaggio del ceto creditorio.
Il *rent to buy* costituisce un importante elemento di autofinanziamento che consente ai potenziali acquirenti di immobili allocati dalle procedure fallimentari o concordatarie di superare, almeno in parte, le difficoltà di reperire la provvista per partecipare alle procedure competitive.
Spetterà ai curatori fallimentari, ovvero dei liquidatori giudiziali, "strutturare" le procedure competitive in modo tale da rendere concretamente appetibili gli immobili da allocare, adattando gli elementi negoziali che connotano il *rent to buy* alla specificità del caso.

---

53 Ai sensi dell'art. 182-bis l. fall. comma I *"(...) assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione"*.

CAPITOLO 8

LA DETERMINAZIONE DELL'EQUO INDENNIZZO IN CASO DI RESTITUZIONE DELL'AZIENDA, NEL DISSENSO DELLE PARTI

1. Premessa – 2. L'Equo indennizzo: definizione e determinazione – 3. L'indennizzo a favore dell'affittuario a seguito del recesso dell'affittante – 4. L'indennizzo a favore dell'affittante a seguito del recesso dell'affittuario – 6. Le novità apportare dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in tema di affitto d'azienda – 7. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

Le note che seguono hanno come obiettivo quello di fornire al lettore delle note tecniche utili ai fini della determinazione dell'equo indennizzo in ambito di affitto d'azienda stipulato antecedentemente o in funzione ovvero in esecuzione della procedura fallimentare. Dopo aver rapidamente fornito per ragioni di economicità di esposizione un inquadramento generale in tema di contratto d'affitto d'azienda (o ramo d'azienda), ne si sono individuate le ragioni del suo utilizzo in ambito di crisi d'impresa. Successivamente, delineate le differenze tra gli artt. 79 e 104-bis l. fall., ci si è concentrati nella definizione dell'equo compenso e nell'esplicazione dei parametri valutativi essenziali e maggiormente utilizzati per la sua determinazione nonché avallati anche da recenti riferimenti giurisprudenziali. Infine, prima di rassegnare le dovute conclusioni, si è provveduto al raffronto, in merito al tema in oggetto, tra l'attuale norma fallimentare e il codice della crisi d'impresa e insolvenza di prossima entrata in vigore, rilevandone le differenze normative.

2. L'Equo indennizzo: definizione e determinazione

In entrambe le sopracitate fattispecie, disciplinate dagli artt. 79 e 104 bis l. fall, è previsto che la parte che eserciti l'opzione di scioglimento anticipato dal contratto[54] di affitto d'azienda debba ricevere una somma a titolo di "equo indennizzo" o "giusto indennizzo"[55] dalla controparte. Tale valore nel dissenso delle parti è determinato dal Giudice delegato alla Procedura, sentiti i diretti interessati.

Pertanto sono individuabili essenzialmente due scenari possibili:

a. il *quantum* dell'equo indennizzo viene direttamente determinato secondo comune accordo tra le parti del contratto. In questo caso vi è una libera contrattazione tra il curatore, sia nel caso in cui eserciti il diritto di recesso ovvero subisca il diritto di controparte, e la controparte. A parere dello scrivente la decisione del curatore riguardante la determinazione dell'equo indennizzo è subordinata alla preventiva autorizzazione del Comitato dei Creditori ai sensi dell'art. 35 l. fall. ed eventualmente previa informativa al Giudice delegato alla Procedura se l'ammontare dell'indennizzo è maggiore alla soglia di € 50.000,00.
b. in caso di mancato accordo tra le parti invece – si rimanda ad altri contributi più specifici il seppur interessante discorso in merito al profilo processuale con cui accertare l'equo indennizzo[56] – occorre comprendere quali sono i parametri utilizzabili dal Giudice delegato, sentiti gli interessati, per la determinazione dell'equo indennizzo.

---

54 L'unica alternativa alla continuazione automatica del contratto d'azienda è il recesso – atto unilaterale recettizio – che dev'essere pubblicizzato alla controparte. Esso opera *ex nunc*, dal momento della comunicazione, e non *ex tunc* dalla data della declaratoria fallimentare.

55 Si fa presente che in tema di indennizzo l'unica differenza ravvista consta nella lieve differenza lessicale tra i due testi normativi a confronto (equo indennizzo rispetto a giusto indennizzo), ma non nella loro sostanza interpretativa.

56 Si osserva che è discusso se per l'accertamento dell'"*an*" e del "*quantum*" si debba procedere con il rito speciale dell'accertamento del passivo, ex art. 92 l. fall., oppure se debba essere determinato dal Giudice Delegato, sentiti gli interessati, con decreto motivato, da impugnarsi, con reclamo motivato davanti al Tribunale, ai sensi dell'art. 26 l. fall. La dottrina sul punto ha mostrato pareri discordanti. Secondo la tesi di G. Fiori in *"Codice Commentato del Fallimento"*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsoa Edizione 2013, commento all'art. 79 l. fall. *«non avrebbe alcun senso adire in seconda istanza, con lo speciale procedimento di accertamento del passivo, lo stesso giudice delegato autore in prima istanza del provvedimento impugnato, adottato in esito ad un procedimento camerale svoltosi nel contradditorio degli interessati»*. A tale tesi ha aderito anche la Corte di Cassazione, con la Sentenza n. 6237 del 3.06.1991, in merito all'ipotesi di cui all'art. 80 l. fall. argomentando che «l'art. 80, c. 2 L. Fall., *nel disporre che in caso di recesso dal contratto di locazione il locatore ha diritto ad un giusto compenso; e che questo, in caso di dissenso fra le parti è determinato dal giudice delegato, introduce in procedimento di natura giurisdizionale, estremamente sommario (si struttura nella semplice audizione degli interessati), attribuito*

Innanzitutto è necessario chiarire come dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere la natura dell'equo indennizzo unicamente indennitaria (equitativa) – analogamente all'equo indennizzo previsto dall'art. 80, comma 2, l.fall. per il recesso dal contratto di locazione – e non invece risarcitoria.
Ciò in quanto esso costituisce il corrispettivo dell'esercizio della facoltà di recesso concessa dalla legge, e per tale ragione non può che consistere in un vincolo mitigato rispetto all'obbligo di risarcire il danno da inadempimento, perché in caso contrario non si rileverebbe alcuna distinzione di effetti tra fatto illecito ed atto lecito.[57]
In altre parole la quantificazione dell'indennizzo non deve avere come intento quello di compensare l'intero pregiudizio subito dalla controparte calcolando pienamente il danno emergente e il lucro cessante , ma deve considerare un bilanciamento degli interessi delle parti in cui l'equità assume un ruolo determinante. Infatti la legge prevede come dovuto non solo un indennizzo, ma un indennizzo equo, che equivale al "giusto indennizzo" di cui all'art. 104 bis l. fall. per il recesso del curatore dall'affitto di azienda da lui stipulato.[59]
A causa però delle ragioni sopra menzionate, i criteri per la determinazione del citato "equo indennizzo" non sono facilmente individuabili in astratto poiché dipendono, appunto, da una casistica di particolari caratteristiche che contraddistinguono ciascun soggetto e dagli interessi in conflitto tra gli stessi in virtù della posizione da questi assunta (interessi evidentemente diversi per esempio in caso di fallimento dell'affittante oppure dell'affittuario).
Ciò constatato, non è detto che, benché il danno emergente e il lucro cessante non costituiscano il pregiudizio da ristorare in *toto*, essi non possano comunque essere utilizzati, giusto adattamento rispetto alla specifica situazione, quali parametri di riferimento per la determinazione dell'equo indennizzo.
Fatta salva quindi l'estrema soggettività nella determinazione del calcolo dell'equo indennizzo lo scrivente di seguito provvederà a delineare il perimetro dei parametri da tenere in considerazione sia in caso di recesso opzionato dall'affittante che dall'affittuario, ai sensi dell'art. 79 l. fall. (i parametri sono comunque utilizzabili anche nella fattispecie di cui all'art. 104-bis l. fall. con le dovute attenzioni del caso)[60].

---

alla competenza funzionale del giudice delegato, il quale decide in via di equità a seguito, di una valutazione che tenga conto di tutte le circostanze del caso: per questa ragione la dottrina ha affermato che il compenso costituisce più un indennizzo che un risarcimento del danno». Per converso il Tribunale di Udine in data 3.05.2013, confermata la natura indennitaria di tale indennizzo (da valutarsi in via equitativa), sembra ritenere preferibile la tesi del ricorso alla procedura di insinuazione al passivo del fallimento. Si segnala, sul punto, un'interessante nota di R. Bonetti in *"Il contratto di affitto d'azienda pendente alla data della dichiarazione di fallimento in caso di fallimento della parte affittante"*. A parere del citato autore sarebbe più corretto il rito speciale dell'insinuazione al passivo in quanto, secondo la disciplina ex art. 111-bis l. fall. *«i crediti prededucibili devono essere accertati con le modalità di cui al capo V, con esclusione di quelli non contestati per collocazione ed ammontare». Pertanto: "qualora le parti raggiugano un accordo sul quantum dell'indennizzo il credito della controparte che ha subito l'esercizio del recesso non è contestato dal Curatore; qualora invece le parti non trovino un accordo sul quantum dell'indennizzo, senza dubbio, il credito di controparte risulta contestato dal Curatore e pertanto, occorrerà "passare" dallo Stato Passivo."* Tra i molti si segnalano anche: "La legge fallimentare", M. Ferro, Wolters Kluwer Italia, 2011; "Manuale di diritto fallimentare", P. Pajardi, A Paluchowski, Giuffrè Editore, 2008; *"Codice della crisi d'impresa", F. Di Marzio, Giuffrè Editore, 2017; "Affitto di azienda e recesso del curatore: come calcolare l'equo indennizzo"*, F. Ballati, 19.9.13 su www.altalex.com.
57 Cfr. Tribunale di Udine, sentenza del 11.09.17, es. Zuliani.
58 Il danno emergente (*damnum emergens*) è uno dei due elementi che costituiscono il danno patrimoniale, assieme al c.d. lucro cessante. Il danno emergente consiste nel pregiudizio subito dal creditore per effetto dell'inadempimento o del tardivo adempimento di un'obbligazione, nonché in quello che, nel caso di illecito extracontrattuale, deriva al danneggiato in conseguenza dell'altrui fatto illecito. In altre parole, la perdita subita, l'effettiva diminuzione del patrimonio provocata dal comportamento del debitore, comprensiva anche delle spese che il danneggiato deve sostenere per rimediare al pregiudizio sofferto. Si precisa che la perdita deve riguardare valori già esistenti nella sfera giuridica del danneggiato e non valori da acquisire o in via di acquisizione. Con lucro cessante invece si indica il mancato guadagno che consegue alla commissione di un fatto illecito o che è cagionato da un inadempimento contrattuale: corrisponde a delle mancate entrate nel patrimonio del danneggiato.
59 Cfr. "*La legge fallimentare*", Miele, Ferro, 2011, Cedam; in relazione al fatto che l'indennizzo spettante alla parte che subisce il recesso non potrà mai essere commisurabile all'intero ammontare delle sue perdite: *"bensì ad un minimo importo equamente determinabile in considerazione della contrazione dei suoi costi e dell'incremento dei costi del recedente non interamente compensati dai vantaggi derivanti dal suo recesso"*.
60 Cfr. *"La legge fallimentare"*, M. Ferro, Wolters Kluwer Italia, 2011.

Fig. 2 – Schema riepilogo ipotesi equo indennizzo ex art. 79 l. fall.

CONTRATTO DI AFFITTO PENDENTE ALLA DATA DI FALLIMENTO *Fattispecie ex art. 79 l. fall.*	
INTERVENUTO FALLIMENTO: *fallimento dell'affittante o; fallimento affittuario.*	
EQUO INDENNIZZO 2 IPOTESI	
1) AFFITTANTE ESERCITA IL RECESSO *Deve conseguire* *all'affittuario un equo indennizzo*	2) AFFITTUARIO ESERCITA IL RECESSO *Deve conseguire* *all'affittante un equo indennizzo*

3. L'indennizzo a favore dell'affittuario a seguito del recesso dell'affittante

Prendiamo come esempio l'indennizzo a favore dell'affittuario (locatario o anche conduttore), quale conseguenza della decisione del affittante di sciogliersi dal contratto di affitto d'azienda.

L'indennità sarà essenzialmente commisurata:

- quanto al **danno emergente**, a quei pregiudizi eventualmente causati dall'impossibilità di ultimare le lavorazioni in corso (compresi ipotetici danni e penalità da corrispondersi a terzi);
- quanto al **lucro cessante**, al pregiudizio che l'affittuario potrà subire dalla mancata percezione degli utili netti per il periodo di residua vita del contratto. Occorre però in questo caso osservare che, non dovendo il locatario svolgere alcuna prestazione, salvo la mera riscossione del citato utile, l'indennizzo dovrà considerare una riduzione nella propria determinazione stante il fatto che tale soggetto, nonostante il disagio subito, possa comunque impiegare le proprie energie altrove e non sia, per esempio, condizionato dalla promessa di dover effettuare una determinata obbligazione futura della quale, come specificato dal contratto, si sia già dovuto organizzare (organizzazione di beni e persone) in un periodo antecedente rispetto al termine dell'obbligazione pattuita (per es. rinunciando ad altre opportunità lavorative). Inoltre il periodo temporale cui commisurare l'indennizzo dovrà essere limitato a quello minore tra la durata residua contrattualizzata ed il tempo ragionevolmente necessario a procurarsi beni aziendali di consistenza e qualità simile a quella oggetto del negozio.

Un caso frequente è quello in cui il curatore del fallimento del locatore eserciti la clausola di scioglimento dal contratto di affitto d'azienda.

Nel caso di specie nella determinazione dell'indennizzo dovuto alla controparte affittuaria, in *bonis*, occorre considerare:

- l'interesse dei creditori sociali del fallimento che da un lato godono della restituzione anticipata dell'azienda e della possibilità di ottenere una liquidazione della stessa senza vicoli contrattuali ad un prezzo eventualmente maggiore, ma dall'altro perdono in *primis* il *cash flow* derivante dalla riscossione del canone di affitto e in *secundis* si accollano l'onere della conservazione del valore dell'*asset* aziendale, e quindi del sostenimento di costi di custodia e di conservazione dei beni;
- l'interesse dell'affittuario che subisce anticipatamente la cessazione della propria attività (senza preavviso) e la conseguente perdita del valore dell'avviamento (spesso generato dalla gestione dello stesso conduttore) nonché degli eventuali utili che avrebbe potuto ottenere fino alla naturale scadenza del contratto.

Una volta delineati i reciproci rapporti di profitto/perdita di ciascuna delle parti del contratto risolto, l'indennizzo spettante alla parte che subisce la decisione di recesso non è commisurabile all'intero ammontare delle sue perdite, bensì un minore importo equamente definibile in considerazione, da una parte, della riduzione dei suoi costi e dall'altra dell'incremento dei costi del recedente non interamente compensati dai vantaggi derivati dal suo recesso.[61]
In ultimo, recentemente è stato sostenuto che, nel caso del fallimento del concedente, è corretto intensificare l'uso dei criteri equitativi (ovverosia diminuire le pretese da parte dell'affittuario e di conseguenza ridurre la determinazione dell'equo indennizzo), per tenere conto delle concrete disponibilità finanziarie della procedura fallimentare.
Per quanto riguarda invece il tema dell'avviamento (c.d. *goodwill*), come espresso anche da giurisprudenza, non essendo esso un elemento dell'azienda, ma bensì una sua qualità, non dà luogo a diritto a ricevere alcuna indennità e pertanto non inciderà nella determinazione dell'equo indennizzo[62].

4. L'indennizzo a favore dell'affittante a seguito del recesso dell'affittuario

È per certi versi meno complessa la determinazione dell'indennizzo a favore dell'affittante conseguente al recesso esercitato dall'affittuario.
L'indennizzo, in questo caso, sarà verosimilmente commisurato al solo **lucro cessante** e quindi al canone pattuito e non corrisposto, ma non nella sua totalità, poiché anche in questo caso trattasi di un'indennità e non di un risarcimento, bensì determinato per un periodo di tempo limitato a quello ragionevolmente necessario per reperire un nuovo affittuario.
Nell'eventualità che sia il concedente a fallire, occorre considerare nella determinazione dell'indennizzo che a fronte del pregiudizio derivante dalla mancata corresponsione dei canoni si avrà il beneficio di poter disporre immediatamente del complesso aziendale e quindi poter accelerare la liquidazione dei beni aziendali, che è uno dei fini essenziali della procedura fallimentare.
Rimangono invece naturalmente dovute le restanti voci di debito e credito pattuite tra le parti, tra cui le differenze di inventario.
Infine, può accadere che in alcuni casi, ad esempio in relazione al contratto di locazione di immobile di cui all'art. 80 l. fall., vengano assommate in un'unica voce contabile sia il valore riferibile all'equo indennizzo che il canone maturato in corso di Procedura. La prassi legittima il citato comportamento, sebbene siano concetti nettamente distinti e come tale sarebbe meglio tenerli ben separati, nei limiti in cui l'importo del canone non venga ad assorbire completamente anche tale indennità[63].

5. L'Equo indennizzo: significative pronunce giurisprudenziali

Lo scrivente ha ritenuto d'interesse alle presenti note alcune pronunce giurisprudenziali in tema di "equo indennizzo" in ambito di affitto d'azienda delle quali di seguito si riportano alcuni concetti significativi:

- secondo il Tribunale di Roma (sentenza del 7.7.11 Est. De Palo) l'equo indennizzo potrebbe essere esclusivamente parametrato - sul piano equitativo - ai margini di guadagno attesi (in questo caso dall'affittuario) sul presupposto della naturale prosecuzione del rapporto;
- ancora il Tribunale di Roma[64] (sentenza del 15.02.12) con un'altra pronuncia successiva a quella anzi citata precisa che «*qualora un contratto di affitto di azienda concluso dal fallito persegua lo scopo non di attribuire all'affittuario il diritto di utilizzare la capacità produttiva dell'azienda ma per trarne un utile imprenditoriale, ma quello di conservare la continuità aziendale in vista di una dichiarazione di fallimento, la causa non è più quella tipica della fattispecie ne-*

61 Cfr. "*Codice Commentato del Fallimento*" di A. Dimundo diretto da G. Lo Cascio, IV Edizione 2017, Wolters Kluwer.
62 Cfr. Cassazione, sez. 1, sentenza n. 3775 del 20.04.1994.
63 In tema di fallimento del conduttore e risoluzione anticipata da parte dello stesso del contratto di locazione d'immobile con indennizzo a favore del locatore ("giusto compenso" ex art. 80 l. fall.) si veda la Cassazione civile, sez. I, 26.01.99, n. 694. Est. Panebianco.
64 Cfr. Tribunale di Roma del 15.02.2012, in il Fallimento novembre 2012, pag. 1349.

goziale del rapporto di affittanza cosi che all'affittuario non spetta, in caso di recesso del Curatore, l'equo indennizzo ex art.79 l. fall.».

- per il Tribunale di Udine[65] (sentenza del 3.05.13 Est. Pellizzoni) l'indennizzo «dev'essere commisurato al danno emergente, relativo al pregiudizio derivante dall'interruzione delle lavorazioni in corso, dalle eventuali penalità da pagare a terzi e dall'entità degli investimenti effettuati, e al lucro cessante, derivante dal mancato incasso degli utili netti che possono maturare nel periodo rimanente di vigenza del contratto (ma non dell'avviamento, che è una qualità intrinseca dell'azienda non indennizzabile, non rientrando fra le consistenze d'inventario dei beni materiali e immateriali ex artt. 2561 e 256 c.c. e non essendovi una previsione analoga a quella in materia di locazioni a favore del conduttore), essendo rimessa in primis all'accordo delle parti la determinazione del quantum, previa autorizzazione del comitato dei creditori e, in caso di superamento della soglia di valore, previa informazione al giudice delegato»;
- recentemente ancora il Tribunale di Udine[66] (sentenza del 11.09.17 Est. Zuliani) si è espresso: quanto alle questioni processuali sostenendo che la necessità di proporre domanda di ammissione al passivo – al fine di ottenere il pagamento dell'equo indennizzo spettante al contraente in bonis ex art. 79 l.fall. (in seguito al recesso del curatore dal contratto di affitto di azienda) – si pone solo nell'ipotesi in cui il curatore contesti la richiesta dal contraente; mentre con riguardo alla contestazione dell'equo indennizzo spettante, nel medesimo caso sopracitato, ha ritenuto che la legittimità del recesso del curatore non è d'ostacolo alla determinazione dell'equo indennizzo e che quindi l'effettivo pagamento dello stesso può essere posticipato e condizionato alla definizione del giudizio eventualmente pendente.

Inoltre dopo aver ribadito la natura indennitaria dell'equo indennizzo è stato introdotto il concetto di "condizioni economiche delle parti" analogamente alla fattispecie di cui all'art. 2047, comma 2, c.c., con riferimento all'equa indennità dovuta dall'incapace che abbia provocato un danno ad un terzo il quale non possa ottenere il risarcimento dai soggetti tenuti alla sorveglianza su di lui, ove si prescrive di tenere conto, appunto "delle condizioni economiche delle parti", e dall'art. 2045 c.c., con riferimento alla indennità dovuta al danneggiato da chi ha agito in stato di necessità.
Nello specifico il Tribunale ha ritenuto che il danno emergente, prospettato dal contraente in bonis nell'anticipato pagamento di circa quindici annualità dei canoni, non fosse un parametro utile per la determinazione dell'equo indennizzo, al pari del lucro cessante indicato nella redditività del ramo d'azienda con proiezione sull'intera durata del contratto d'affitto stipulato. Per tali ragioni, considerato che l'attivo fallimentare non era sufficientemente capiente alla soddisfazione dei creditori privilegiati, sui quali gravava l'onere del pagamento dell'indennizzo prededucibile (in ragione delle "condizioni economiche delle parti") e che il contratto d'affitto era stato concluso solamente sette mesi prima che la concedente presentasse una domanda prenotativa (o anche "con riserva" ovvero "in bianco") di concordato poi non perfezionata giusto termine concesso dal Tribunale, l'equo indennizzo è stato determinato in misura pari ad un'annualità del canone d'affitto.[67]

---

65 Cfr. Tribunale di Udine, decreto del 3.05.13 emesso in sede di opposizione a stato passivo. Il Tribunale di Udine ha respinto la domanda di insinuazione al passivo del Fallimento, avente ad oggetto la ripetizione dei canoni già versati prima della declaratoria fallimentare a danno dell'affittante, in ragione di due motivi:
a) intervenuto un accordo fra le parti teso a definire tutti i loro pregressi rapporti. Si tratta di un accordo in forza del quale erano state transatte tutte le (eventuali) controversie e quindi anche l'eventuale diritto alla restituzione dei canoni di locazione già versati anticipatamente, cui l'opponente/affittuario aveva implicitamente, ma sicuramente rinunciato con la rinuncia a "far valere qualsiasi diritto nei confronti della curatela fallimentare";
b) assenza sia di danni emergenti per il conduttore derivanti dalla restituzione dell'azienda e della mancata possibilità di evadere gli ordini pendenti, che di danni subiti a causa dallo scioglimento anticipato del contratto, avendone stipulato, a diverse condizioni, uno nuovo e continuato a detenerla senza soluzione di continuità.
66 Cfr. Tribunale di Udine, sentenza del 11.09.17, es. Zuliani.
67 Cfr. *"Recesso del curatore dall'affitto di azienda e criteri di determinazione dell'equo indennizzo"*, di Franco Benassi del 9.3.2018, su www.ilcaso.it;

6. Le novità apportare dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in tema di affitto d'azienda

Vista la portata rivoluzionaria dell'ormai prossima entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, il presente contributo non poteva concludersi senza un raffronto con l'attuale legge fallimentare in tema di affitto d'azienda (o ramo d'azienda) quale istituto strumentale e funzionale (antecedente o successivo all'emersione dell'insolvenza) al risanamento d'impresa.

La sezione V del citato codice (CCII) è dedicata agli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti. In particolare l'art. 172[68] del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza[69] disciplina quei contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti dalle parti al momento dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

In linea generale, analogamente a quanto disciplinato dall'art. 72 l. fall., si applica la sospensione dell'esecuzione del contratto almeno fino a quando il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, dichiari di subentrare nel negozio al posto del debitore.

In alternativa il curatore può decidere di sciogliersi dal negozio, salvo per quei contratti ad effetti reali in cui il trasferimento del diritto è già avvenuto e pertanto tale alternativa non è ammessa.

Conformemente alla legge fallimentare, il Codice della crisi e dell'insolvenza ha disposto una precisa disciplina sugli effetti della liquidazione giudiziale relativi a specifici rapporti contrattuali[70], tra i quali è possibile individuare il contratto di affitto d'azienda (ex art. 184 CCII).

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza presenta significative novità rispetto alla vigente disciplina in tema di affitto preesistente e affitto endofallimentare, ma non tutte le attuali criticità appaiono risolte.[71]

Innanzitutto occorre segnalare che gli effetti della procedura di liquidazione giudiziale si differenziano a seconda che la stessa gravi sul concedente o sull'affittuario.

Infatti nel caso in cui sia avvenuta la citata procedura nei confronti del concedente il contratto di affitto di azienda non si scioglie, ma il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può recedere entro il termine di 60 giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo. Inoltre il Giudice delegato è in ogni caso investito della competenza a determinare la somma dovuta a titolo di indennizzo nel caso di mancato accordo tra il curatore e la controparte.

L'indennizzo da corrispondere è però insinuato al passivo come credito concorsuale e pertanto non in prededuzione (analogamente avviene nella procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 97 CCII) come invece disciplinato dall'attuale legge fallimentare.

---

68 In estrema sintesi l'art. 172 del Codice prevede che:
- la prosecuzione del contratto comporta la prededucibilità dei crediti maturati nel corso della Procedura;
- lo scioglimento del contratto consente invece al contraente di far valere il credito conseguente al mancato adempimento nel passivo della liquidazione, ma non è dovuto alcun risarcimento del danno.

La norma conferma la regola dell'efficacia nei confronti del curatore della domanda di risoluzione del contratto proposta prima dell'apertura della liquidazione giudiziale (con la precisazione che l'efficacia è subordinata alla trascrizione della domanda nei casi previsti dalla legge).

Nel caso in cui il contraente intende ottenere non solo la risoluzione per inadempimento, ma anche la restituzione di una somma o di un bene oppure il risarcimento del danno, la relativa domanda deve essere proposta secondo le disposizioni che regolano l'accertamento del passivo.

La norma statuisce altresì che l'inefficacia delle clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dall'apertura della liquidazione giudiziale.

69 L'eliminazione dei termini «fallimento» e «fallito», estesa a tutti i testi normativi ai sensi dell'art. 349 CCII «*nelle disposizioni normative vigenti i termini "fallimento", "procedura fallimentare", "fallito", nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni "liquidazione giudiziale", "procedura di liquidazione giudiziale" e loro derivati, con salvezza di continuità della fattispecie*» risulta la novità forse più rilevante, dal punto di vista semantico, del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (in breve CCII).

La procedura di liquidazione giudiziale ha di fatto sostituto la procedura fallimentare.

70 Di seguito si riassumono i rapporti contrattuali disciplinati specificatamente dal Codice della Crisi al quale si rimanda per eventuali approfondimenti:

Contratti preliminari; Contratti relativi ad immobili da costruire; Contratti di carattere personale; Finanziamenti destinati ad uno specifico affare; Vendita con riserva di proprietà; Contratti ad esecuzione continuata o periodica; Restituzione di cose non pagate; Contratto di borsa a termine; Associazione in partecipazione; Conto corrente, mandato, commissione; Contratto di affitto di azienda; Contratto di locazione di immobili; Contratto di appalto; Contratto di assicurazione; Contratto di edizione; Rapporti di lavoro subordinato; Clausola arbitrale.

71 Cfr. *"L'affitto d'azienda pendente nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza"*, Enrico Stasi, 16 aprile 2019, www.ilfallimentarista.it.

Oltre a ciò, in caso di liquidazione giudiziale nei confronti dell'affittuario il curatore può in qualunque tempo (senza limiti temporali), previa autorizzazione del comitato dei creditori, recedere dal contratto, corrispondendo al concedente un equo indennizzo.
Nell'eventualità di un mancato accordo tra le parti, l'equo indennizzo per il recesso anticipato è determinato dal Giudice delegato.
Anche in questa fattispecie, l'indennizzo è insinuato al passivo come credito concorsuale a differenza di quanto attualmente normato dalla disciplina fallimentare.
Infine nel caso di recesso esercitato dal curatore e comunque alla scadenza del contratto, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 212, comma 6, del Codice previste in relazione alla cessazione dell'esercizio provvisorio in materia di affitto d'azienda.[72]
In merito invece alla determinazione dell'equo indennizzo nulla viene specificato od integrato rispetto a quanto fornito dalla norma fallimentare.

7. Rilievi conclusivi

Sulla scorta di quanto sopra esposto, lo scrivente attraverso le presenti note ha cercato di fornire al lettore innanzitutto un quadro generale relativo all'istituto dell'affitto d'azienda (o ramo d'azienda) con particolare attenzione alle ragioni di un suo utilizzo in ambito di crisi d'impresa (ante e post manifestazione d'insolvenza). Successivamente, constata l'impossibilità di fornire un metodo unico di valutazione standard per la determinazione dell'equo indennizzo nel caso di dissenso dalle parti, lo scrivente ha provveduto a fornire alcuni parametri per addivenire ad una corretta determinazione dell'indennizzo stante la sua natura pacificamente indennitaria e non certamente risarcitoria come anche recentemente ribadito dalla giurisprudenza. Nell'ultima parte della presente relazione non poteva mancare un breve, ma essenziale raffronto del tema in oggetto tra l'attuale norma fallimentare e il Codice della Crisi d'Impresa e Insolvenza ormai di prossima entrata in vigore.
Concludendo lo scrivente precisa che le presenti note costruiscono un punto di partenza per il lettore che volesse approfondire in un secondo momento un tema tanto interessante quanto sotto alcuni profili ancora complesso e dibattuto, vuoi per l'impossibilità di regolare con assoluta certezza alcuni aspetti tecnici (come la determinazione dell'equo indennizzo in caso di dissenso tra le parti) e vuoi per altri profili giuridici tutt'ora discussi in giurisprudenza e dottrina (quale l'applicazione analogica della disposizione dettata dal comma 6 dell'art. 104-bis al caso affine di retrocessione dell'azienda ai sensi dell'art. 79 in conseguenza dell'esercizio da parte di uno dei due contraenti del diritto di recesso o della cessazione naturale del periodo di affitto).

---

72 Il citato articolo 212 del Codice al comma 6 prevede che: *"La retrocessione alla liquidazione giudiziale 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 V del capo I del titolo V."* Si segnala l'interessante commento da parte di E. Stasi nell'opera infra citata, alla quale si rimanda, circa l'applicazione analogica della disposizione dettata dal comma 6 dell'art. 104-bis al caso affine di retrocessione dell'azienda ai sensi dell'art. 79 in conseguenza dell'esercizio da parte di uno dei due contraenti del diritto di recesso o della cessazione naturale del periodo di affitto: *"Una parte della dottrina e dei giudici di merito sono favorevoli all'applicazione estensiva della norma in quanto gli effetti dell'applicazione delle regole dell'accollo cumulativo ex lege renderebbero altrimenti difficilmente praticabile ogni prosecuzione del contratto preesistente (v., tra gli altri, Bozza, I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali. L'affitto di azienda, in Fall., 2018, 1145 ss.; Jorio, I rapporti giuridici pendenti, in Ambrosini-Cavalli-Jorio, Il fallimento, XI, Trattato Cottino, Padova, 2009, 503; Fimmanò, L'affitto di azienda preesistente al fallimento, in Ambrosini (a cura di), Le nuove procedure concorsuali, Bologna, 2008, 140; Ravinale, Affitto di azienda, in Cagnasso-Panzani (diretto da), Crisi d'impresa e procedure concorsuali, I, Torino, 2016, 1465 ss.; Dimundo, sub art. 79, in Lo Cascio (diretto da), Codice commentato del fallimento, Milano, 2017, 1133. In giurisprudenza, cfr., Trib. Milano, 5 maggio 2015, in Il caso; Trib. Monza, 19 novembre 2013, in Unijuris; Trib. Patti, 12 novembre 2013, in Fall., 2014; Trib. Firenze, 30 maggio 2011, in Il caso). Altri autori escludono tale possibilità facendo leva sulla natura eccezionale della norma che disciplina gli effetti della retrocessione dell'azienda nel caso di contratto di affitto endofallimentare, con conseguente applicabilità dell'intera disciplina codicistica, sia in ordine ai contratti pendenti che ai rapporti di lavoro, ad eccezione dell'art. 2560 c.c. da essi unanimemente ritenuto inapplicabile al contratto di affitto di azienda (Lamanna, I rapporti giuridici pendenti, in Jorio-Sassani (diretto da), Trattato delle procedure concorsuali, II, Milano, 2014, 553 ss.; Proto, Rapporti che proseguono ex lege con la massa, in Panzani (diretto da), Il fallimento e le altre procedure concorsuali, II, Torino, 2012, 411; Martorano, sub art. 79, in Nigro, Sandulli e Santoro (a cura di), in La legge fallimentare dopo la riforma, Torino, 2010, 1107; Patti, L'affitto di azienda, in Fall., 2007, 1096; Meoli-Sica, Effetti sui rapporti giuridici preesistenti, in Buonocore-Bassi-Capo De Santis-Meoli (diretto da e coordinato da), Trattato di diritto fallimentare, II, Padova, 2010, 552; Giovetti, sub art. 80-bis, in Jorio-Fabiani (diretto da e coordinato da), Il nuovo diritto fallimentare, Bologna, 2006, 1298; Rossi, sub art. 79 l.fall., in Cavallini (diretto da), Commentario alla legge fallimentare, artt. 64-123, Milano, 2010, 495)."*

CAPITOLO 9
AFFITTO PONTE E RESPONSABILITÀ DELLA CURATELA

1. L'affitto c.d. "ponte" – 2. L'affitto d'azienda pendente alla data di fallimento ex art. 79 l. fall. – 3. L'affitto d'azienda stipulato dalla curatela ex art. 104-bis l. fall. – 4. La retrocessione dell'azienda. La sorte dei debiti aziendali e del personale dipendente 7. Rilievi conclusivi.

1. L'affitto c.d. "ponte"

Nell'ambito della crisi d'impresa spesso accade che il compendio aziendale del soggetto in difficoltà risulti ancora essere funzionante e, con i giusti correttivi, avere una capacità reddituale.
Nella pratica professionale, quindi, si assiste sempre più spesso a situazioni in cui, al fine di dare continuità all'attività, salvaguardando i livelli occupazionali e garantendo un miglior realizzo per i creditori, gli organi della procedura si trovano ad avere a che fare con contratti d'affitto d'azienda cd. "ponte", ovvero finalizzati ad una successiva cessione a mezzo procedura competitiva.
Pur utilizzato come strumento per la gestione della liquidazione fallimentare già prima della riforma della l. fall. del 2006, quest'ultima ha avuto il pregio di regolare l'utilizzo di questo strumento giuridico con gli art. 79 e 104-bis l. fall.
Tali disposizioni sono andate, evidentemente, nella direzione di un "recupero delle componenti attive dell'impresa"[73], cercando di superare i dubbi e le criticità emerse in dottrina, principalmente legate al rischio finanziario di controparte, al rischio di dispersione del patrimonio aziendale (soprattutto intangibile) e, infine, nei casi più patologici, all'utilizzo del contratto d'affitto d'azienda quale strumento di distrazione dell'attivo aziendale.
Da ultimo, con l'introduzione dell'art. 163-bis l. fall., il Legislatore ha inteso regolare l'utilizzo dell'affitto d'azienda ponte nell'ambito del concordato preventivo, al fine di limitare i possibili effetti distorsivi che un contratto stipulato anteriormente il deposito della domanda potesse avere sulla possibilità di soddisfazione dei creditori.
Gli artt. 79 e 104-bis l. fall., pur rappresentando due fattispecie distinte, evidentemente presentano numerosi punti di contatto, essendo entrambi finalizzati a regolare l'utilizzo di uno strumento giuridico quale è il contratto d'affitto d'azienda nell'ambito di una procedura fallimentare.
Nel primo caso il contratto d'affitto d'azienda è stipulato in epoca anteriore l'apertura della procedura e il curatore, dunque, si trova ad avere a che fare con un contratto pendente, con un interlocutore già individuato dalla fallita; nel secondo caso invece la curatela si trova ad essere parte attiva nella predisposizione del contratto e nell'individuazione della controparte e ritiene utile per il miglior soddisfacimento dei creditori, dare continuità al compendio aziendale, al fine di una successiva cessione.
Per entrambe le casistiche analizzeremo nel prosieguo i principali aspetti che la curatela si potrebbe trovare ad affrontare, nonché le possibili responsabilità o obblighi gravanti sulla curatela medesima.

2. L'affitto d'azienda pendente alla data di fallimento ex art. 79 l. fall.

Una delle fattispecie più comuni che chi svolge l'attività di curatore riscontra nella pratica, è quella di imbattersi in procedure fallimentari ove, in virtù di una supposta residua capacità reddituale in seno al compendio aziendale, l'imprenditore fallendo ha ritenuto di concedere in affitto a soggetti terzi la propria azienda, al fine di garantirle continuità e, nei casi fisiologici, di garantire un miglior soddisfacimento per la massa dei creditori.
Il Legislatore della riforma 2006/2007, nello spirito dichiarato di prediligere soluzioni liquidatorie che garantiscano speditezza della procedura e recupero dei fattori produttivi ancora in grado di generare risultati positivi, ha introdotto l'art. 79 l. fall., volto a regolare, in maniera assolutamente innovativa per l'epoca, la sorte di tali contratti che dovessero risultare pendenti alla data di fallimento.

---

73 Relazione illustrativa al D.Lgs. 5/2006

L'art. 79 l. fall., infatti, in deroga alla disciplina generale di sospensione del contratto pendente di cui all'art. 72 l. fall., dispone l'automatico subentro della procedura nel contratto, sia nel caso del fallimento dell'affittante, che nel caso di fallimento dell'affittuario, con facoltà di ciascuna delle parti di sciogliersi dal contratto, senza preavviso, e con corresponsione di un equo indennizzo per l'anticipata risoluzione.

Nel caso di fallimento della concedente sono numerosi gli aspetti critici che la curatela, appena nominata, si troverà ad affrontare, il primo tra tutti fa senz'altro riferimento all'opponibilità del contratto, che deve essere costituito da atto scritto avente data certa anteriore al fallimento; allo stesso tempo devono essere osservate le idonee forme di pubblicità presso il registro delle imprese e, ove necessario, devono essere effettuate le necessarie trascrizioni ove nell'azienda siano presenti immobili e il contratto abbia durata superiore ai nove anni. Parallelamente a ciò, la curatela dovrà valutare se il contratto possa essere viziato da cause di nullità o annullabilità, rinvenibili nella pratica in presenza di atti palesemente distrattivi del patrimonio posti in essere dal debitore in accordo con l'affittuario[74] oppure, come spesso accade, in negozi conclusi in conflitto di interessi tra concedente e affittuario.

L'atto potrebbe risultare infine, ad una attenta analisi, revocabile ex art. 67 l. fall. qualora non ricorrano le cause di esenzione di con al comma 3, lett. c) ed e), anche tenuto conto della difficoltà da parte dell'affittuario di negare il presupposto della *scientia decotionis*[75] ovvero della possibilità per la curatela di dimostrare che il canone pattuito era inferiore di un terzo rispetto al giusto prezzo (art. 67 c. 1 l. fall.)

Un'analisi puntuale su questi aspetti potrebbe garantire alla procedura la possibilità di uno scioglimento del contratto senza la necessità di corrispondere all'altra parte un equo indennizzo, considerando che al verificarsi di queste fattispecie, verrebbe meno il disposto dell'art. 79 l. fall., essendo la risoluzione del contratto non più dipendente da una facoltà legale della curatela. Intuibilmente questo potrà avere un effetto determinante sulla massa attiva a disposizione dei creditori. Analoghe considerazioni andranno peraltro svolte nel caso il contratto contenga clausole risolutive espresse, il cui azionamento rappresenta una facoltà differente da quanto previsto dall'art. 79 l. fall. E' evidente che in tale contesto, la responsabilità della curatela sarà, dunque, quella di individuare le giuste azioni da intraprendere, al fine di limitare la dispersione di risorse derivante dall'eventuale corresponsione alla controparte di un equo indennizzo non dovuto.

La soluzione di volta in volta più opportuna e conveniente per la curatela, peraltro, deve avere a mente anche gli eventuali risvolti in termini di residua commerciabilità del compendio aziendale ad esito dell'esercizio di una delle azioni sopra esposte, per le quali la curatela dovrà intraprendere le idonee azioni giudiziali, caratterizzate da tempi non sempre coerenti con la necessità di evitare la dispersione del patrimonio aziendale.

Una volta esperite queste valutazioni, qualora il contratto non presenti criticità tali da garantire il fruttuoso esperimento di azioni tese ad evitare l'applicabilità dello scioglimento ex art. 79, dovranno essere valutati, al fine di decidere o meno per lo scioglimento, aspetti specifici del contratto, quali clausole che limitino l'alienabilità dell'azienda o che ne inibiscano fortemente la possibilità di pronto realizzo, oltre che, evidentemente, l'affidabilità dell'affittuario. In soccorso agli organi della procedura viene in questo senso il dettato dell'art. 104-bis l. fall., che nel disporre il contenuto obbligatorio del contratto d'affitto d'azienda stipulato dalla curatela post sentenza di fallimento, fornisce dei canoni ermeneutici utili al professionista per valutare anche la bontà di eventuali contratti di affitto d'azienda stipulati dal debitore in prossimità della dichiarazione di fallimento.

L'eventuale assenza del contenuto obbligatorio previsto dall'art. 104-bis però non potrà essere, in ogni caso, invocata quale causa di nullità del contratto stipulato dall'imprenditore in bonis, né quale nullità delle specifiche clausole in contrasto con il dettato normativo, che afferiscono esclusivamente ai contratti stipulati in pendenza di procedura.

La curatela, infine, nelle proprie valutazioni in ordine alla facoltà di recesso, dovrà avere cura di effettuare una valutazione, anche con l'ausilio di coadiutori, rispetto alla congruità del canone pattuito[76].

---

74 Cfr., ex multis, Cassazione 20837/2013, 6969/2013 e 10108/2006
75 M. Ferro, *La Legge Fallimentare, Commentario Teorico Pratico*, pag. 1075
76 FNC, "La determinazione del canone congruo di locazione d'azienda nelle procedure concorsuali", marzo 2016

Nel caso invece, più residuale, di fallimento dell'affittuario, le criticità principali per la curatela riguardano la necessità di valutare l'effettiva convenienza di una prosecuzione dell'attività, atteso che l'effetto della prosecuzione del contratto ex art. 79 l. fall., implica un'automatica prosecuzione dell'attività aziendale realizzando di fatto un esercizio provvisorio, con la conseguenza che matureranno in capo alla procedura oneri ed obbligazioni prededucibili. Per evitare possibili effetti negativi sulla massa dei creditori, la curatela potrà valutare, in tempi relativamente celeri, la possibilità di operare un subaffitto dell'azienda detenuta, previo accordo con il concedente. E' evidente che un'impostazione di questo tipo consentirebbe di trasferire a terzi il rischio imprenditoriale, non incrementando i crediti prededucibili.
Il curatore, infine, una volta analizzata la situazione e determinata la propria volontà in ordine al recesso o alla prosecuzione del contratto, dovrà in ogni caso ottenere la necessaria approvazione degli organi della procedura, nei termini previsti dall'art. 79 L.F, ovvero entro 60 giorni dalla data di deposito della sentenza di fallimento, ovvero dalla data di pubblicazione della sentenza nel Registro delle Imprese per la controparte in *bonis*.
Nel caso una delle parti del contratto, entro i 60 giorni, ritenga di voler azionare la possibilità di recedere dal contratto ex art. 79 l. fall., questa dovrà corrispondere all'altra parte un equo indennizzo. La determinazione di tale grandezza è rimessa alle parti, e in caso di dissenso, al Giudice Delegato. Tale indennizzo, analogamente a quanto previsto dall'art. 80 l. fall., ha natura indennitaria e non risarcitoria[77], e va calcolato *"non con l'intento di calcolare il danno emergente e il lucro cessante, ma attraverso un bilanciamento degli interessi in gioco in cui l'equità assume un ruolo fondamentale"*[78]. Danno emergente e lucro cessante rappresenteranno evidentemente un canone per la determinazione dell'esercizio, come lo sarà il venir meno dei margini attesi e l'eventuale ammontare degli investimenti effettuati dall'affittuario.

3. L'affitto d'azienda stipulato dalla curatela ex art. 104-bis l. fall.

Fattispecie diversa da quella appena analizzata è invece rappresentata dall'affitto d'azienda concluso dalla curatela in pendenza di procedura, che rappresenta una modalità di liquidazione dell'attivo aziendale prevista dall'art. 104-bis l. fall. Questa modalità di prosecuzione dell'attività aziendale anche successiva al fallimento, presenta numerosi pregi rispetto all'eventuale esercizio provvisorio (disposto in sentenza o deciso dalla curatela), considerato che difficilmente il curatore appena nominato avrà le necessarie competenze tecniche per proseguire nell'attività, correndo il rischio di far maturare debiti in prededuzione in capo alla procedura. Pur con l'alea (mitigata dal disposto del 104-bis l. fall.) di immettere un terzo nella disponibilità dell'azienda, con il rischio che l'attivo della procedura venga disperso, si trasla nel contempo il rischio imprenditoriale in capo a terzi, mantenendo vitale il compendio aziendale o suoi rami, garantendo possibilità di recupero della redditività e il mantenimento dei livelli occupazionali. Nel contempo, una scelta in questa direzione garantirà altresì alla procedura la percezione di canoni a vantaggio della massa dei creditori.
La scelta del curatore può avvenire anche nelle primissime fasi della gestione della procedura, anche prima del programma di liquidazione in presenza dell'autorizzazione del G.D. e previo parere favorevole del Comitato dei Creditori sull'istanza motivata del curatore, che dovrà contenere ogni elemento del contratto affinché il parere e l'autorizzazione vengano resi con cognizione rispetto a convenienza e opportunità.
Il curatore peraltro nella definizione del contratto dovrà attenersi al contenuto minimo previsto dall'art. 104-bis l. fall., in assenza del quale le clausole mancanti o difformi sono da ritenersi automaticamente sostituite o integrate con la previsione normativa. Il contratto dovrà dunque prevedere:

- diritto del curatore a procedere all'ispezione dell'azienda;
- idonee garanzie a tutela di tutte le obbligazioni assunte nel contratto;
- il diritto di recesso in capo al curatore previa corresponsione di un giusto indennizzo;
- compatibilità delle clausole contrattuali con le esigenze di liquidazione della procedura.

77 G. Bozza, I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali. L'affitto d'azienda, Il fallimento n. 10/2018
78 G.Bozza, Idem

Come sottolineato da autorevole dottrina[79], peraltro, il contratto dovrà opportunamente prevedere ulteriori clausole e garanzia a tutela della procedura, elaborate dalla dottrina e dalla prassi dei Tribunali, quali:

- richiesta di fidejussioni bancarie a prima richiesta o cauzioni in denaro;
- modalità e periodicità di ispezione dell'azienda;
- criteri di quantificazione del giusto indennizzo o sua rinuncia preventiva;
- previsione di un'offerta irrevocabile di acquisto dell'azienda ed eventuali diritti di prelazione;
- possibilità di imputazione dei canoni in conto prezzo;
- disciplina del trattamento dei rifiuti industriali presenti e/o generati dall'azienda;
- disciplina delle spese di manutenzione e delle eventuali spese incrementative;
- previsione di clausole specifiche relative alla gestione del magazzino (quali contratti estimatori).

In particolare, clausole specifiche riguardanti il diritto di prelazione rendono possibile una maggiore propensione all'investimento da parte dell'affittuario, che anche in presenza di procedura competitiva potrà avere comunque il diritto di acquistare l'azienda. Dall'altro lato, a tutela della curatela, la presenza in contratto di un'offerta irrevocabile d'acquisto cauzionata, garantisce la sicurezza di un veloce realizzo ad esito della procedura competitiva ad un prezzo predeterminato e preventivamente giudicato congruo. Ciò, evidentemente, evita che l'affittuario possa avvantaggiarsi di esperimenti di vendita deserti, che spesso caratterizzano i tentativi di vendita di aziende affittate a terzi.

La scelta dell'affittuario dovrà essere effettuata dal curatore ad esito di adeguata procedura competitiva ai sensi dell'art. 107 l. fall., tenendo conto sia del canone offerto e delle garanzie prestata, sia del piano industriale presentato, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali. Una siffatta formulazione lascia alla curatela la scelta del contraente, che pertanto non potrà avvenire basandosi su criteri quantitativi legati al prezzo offerto, ma dovrà tenere conto di aspetti qualitativi sono rimessi all'apprezzamento del professionista, che dunque dovrà assumersi la responsabilità della scelta dell'interlocutore nei confronti dei creditori. La scelta del contraente non potrà in ogni caso prescindere dall'affidabilità dei piani presentati e dall'assenza di conflittualità con le esigenze liquidatorie della procedura.

Dal punto di vista oggettivo, invece, il perimetro dell'azienda affittata potrà essere liberamente determinato dal curatore, avuto riguardo dei fattori produttivi e della capacità di singoli rami di generare adeguata redditività, anche rivedendo il modello di business della fallita. I crediti ed (evidentemente) i debiti relativi all'azienda ceduta non saranno solitamente oggetto del contratto.

Nella determinazione del canone, infine, il curatore dovrà opportunamente rifarsi ai criteri aziendalistici già rilevati in dottrina e di cui si è già detto in precedenza, anche avvalendosi di coadiutori ad hoc. Come peraltro segnalato da alcuni autori[80], pur basandosi sui principi condivisi e approfonditi dalla dottrina, la determinazione del canone congruo è difficilmente determinabile in astratto senza considerare le caratteristiche dell'affittuario e le garanzie prestate nel contratto.

Pur con varianti nelle grandezze coinvolte nel calcolo, tutte le soluzioni proposte dalla dottrina per il calcolo del valore di canone congruo, hanno in comune la prospettiva di un'elaborazione che sia il prodotto tra il valore dell'azienda ed un tasso di rendimento, eventualmente rivisto per tener conto delle specifiche condizioni.

I rischi in capo al curatore sono evidentemente, dunque, legati da un lato alla scelta del contraente, che nel caso non si riveli affidabile comporterà da un lato mancati incassi per la procedura e dall'altro il rischio della dispersione dei fattori della produzione e del know how aziendale, rischio che potrebbe tramutarsi in un mancato introito legato al successivo realizzo definitivo dell'azienda, che potrebbe non essere più appetibile sul mercato di riferimento.

79 M. Ferro, *La Legge Fallimentare, Commentario Teorico Pratico*, pag. 1381 e ss.
80 P. Stella Monfredini, *Affitto d'azienda nelle procedure concorsuali: la determinazione del canone congruo*, il fisco n. 29/2016

4. La retrocessione dell'azienda. La sorte dei debiti aziendali e del personale dipendente

La cessazione dell'affitto d'azienda comporta una retrocessione della stessa all'affittante, fattispecie che rientra a tutti gli effetti nel concetto di trasferimento d'azienda e a cui risulterebbe applicabile la successione dei debiti di cui all'art. 2560. Ciò, evidentemente, avrebbe effetti potenzialmente dirompenti sulla composizione del passivo fallimentare nel caso di risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda alla procedura concorsuale. Per tale ragione il Legislatore della riforma, nell'ambito dell'art. 104-bis l. fall., ha normato tale fattispecie, prevedendo che la retrocessione dell'azienda al fallimento non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati fino alla retrocessione, in deroga agli art. 2112 e 2560 c.c. Nell'ambito dell'affitto d'azienda stipulato in pendenza di procedura, dunque, la massa dei creditori è tutelata dalla possibile *mala gestio* dell'affittuario. Parte della dottrina e la Corte di Cassazione[81] hanno evidenziato come quella del 104-bis rappresenti una disposizione di natura eccezionale, non applicabile al caso diverso dell'affitto preesistente alla procedura e normato dall'art. 79 l. fall. A contrario, invece, la giurisprudenza di merito e altra parte della dottrina[82] ritengono invece applicabile l'esonero dalla responsabilità per i debiti dell'azienda retrocessa anche al caso di affitto preesistente, tenuto conto delle finalità che tale disciplina ha nell'ambito della procedura concorsuale, ovvero di non aggravare eccessivamente il passivo della procedura per effetto di scelte imprenditoriali non riconducibili alla curatela o al debitore. Tale impostazione è stata accolta anche dal Legislatore nella stesura del Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza, che ora all'art. 184, nel regolare la disciplina del contratto d'affitto pendente alla data di fallimento, fa esplicito richiamo all'art. 212 comma 6, che esclude la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile.

Si tratta di una norma non ancora in vigore, ma che sicuramente esplicherà i suoi effetti anche nelle procedure in corso, anche nell'ambito dei giudizi eventualmente pendenti avanti alle Corti di merito o in Cassazione.

Queste ultime rappresentano disposizioni che diminuiscono il carico di responsabilità che la curatela si trova ad affrontare nel perseguimento di soluzioni liquidatorie volte alla proficua prosecuzione dell'attività aziendale o dei rami non patologici, e lo agevolano nell'individuazione delle soluzioni più efficaci. Ciò in perfetto accordo con lo spirito della riforma e dell'intento dichiarato del Legislatori di dare maggior risalto alla possibilità di dare continuità alle aziende in crisi ma con residue possibilità di risanamento, salvaguardando i fattori produttivi e l'occupazione.

Per ciò che concerne i rapporti di lavoro dipendente, infine, rientrando la retrocessione nell'alveo dei trasferimenti d'azienda, è pienamente applicabile l'art. 2112 c.c., che prevede il transito dei lavoratori dall'affittuaria alla concedente, nonché la solidarietà tra le parti per i debiti nei confronti dei lavoratori. Nell'ambito delle procedure fallimentari, però, l'art. 104-bis esclude espressamente la responsabilità della procedura per i debiti nei confronti dei lavoratori. Ci si chiede, nel contempo, se tale disciplina sia applicabile anche al caso dell'affitto d'azienda quale contratto pendente alla data di fallimento: nonostante posizioni difformi in dottrina e giurisprudenza, valgono in questo caso le considerazioni appena esposte in ordine alla sorte dei debiti in presenza di retrocessione dell'azienda alla procedura fallimentare. Dal punto di vista, infine, del trattamento di fine rapporto, questo, come evidenziato anche da un recente arresto giurisprudenziale[83] diviene esigibile solamente ad esito della cessazione del rapporto di lavoro, sicché, essendovi continuità nel rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda, il TFR diverrà esigibile in capo alla procedura fallimentare, se questa provvederà al licenziamento dei lavoratori successivamente alla retrocessione.

81 F. Lamanna, *Il contratto di affitto d'azienda* in Tratt. Delle Proc. Conc., diretto da A. Jorio e B. Sassani; Cass. 23581/2017.
82 G. Bozza, *op. cit.,* nota 42
83 Corte di Cassazione, Ordinanza n. 1534 del 23/01/2020

CAPITOLO 10

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE SULL'AFFITTO D'AZIENDA NELLA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

1. L'affitto c.d. "ponte" – 2. L'affitto d'azienda pendente alla data di fallimento ex art. 79 l. fall. – 3. L'affitto d'azienda stipulato dalla curatela ex art. 104-bis l. fall. – 4. La retrocessione dell'azienda. La sorte dei debiti aziendali e del personale dipendente 7. Rilievi conclusivi.

1.1. Raccolta dell'evoluzione giurisprudenziale sull'affitto d'azienda nella gestione della crisi d'impresa

L'evoluzione della disciplina relativa alla gestione della crisi d'impresa ha creato spazio ed opportunità di utilizzo di soluzioni diverse rispetto al classico esercizio liquidatorio, permettendo quindi ai professionisti incaricati nelle procedure concorsuali di provare a sfruttare la capacità del compendio aziendale di generare valore e talvolta preservare l'occupazione.

Uno dei concetti più rilevanti, tra gli ultimi introdotti nella disciplina della crisi d'impresa, che ha permesso di rendere sempre più applicabile lo strumento dell'affitto d'azienda nell'ambito della crisi aziendale è probabilmente il concordato in continuità aziendale.

In particolare, l'art. 186-bis l. fall. enuncia tra i concordati preventivi quello in continuità quando il piano «*… prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione …*».

La ratio della norma sopra esposta è quella di garantire uno strumento adatto a garantire la continuità dell'azienda, evitando quindi uno "smembramento" di quest'ultima.

Di seguito si riporta un estratto di una recente sentenza della Cassazione Civile[84] in ordine ad un concordato qualificato come "in continuità" con previsione dell'istituto dell'affitto d'azienda.

2. Il concordato qualificato come "in continuità" con previsione dell'istituto dell'affitto d'azienda

Il caso. Il Tribunale dichiarava il fallimento di una S.r.l. previa dichiarazione di inammissibilità dell'istanza di concordato preventivo. La decisione era fondata sull'assenza dei requisiti di ammissibilità per il concordato misto, così qualificando la proposta che prevedeva una continuità indiretta dell'attività nella forma dell'affitto da parte di un'altra società (con contratto già in essere).

La S.r.l. proponeva appello deducendo, per quanto qui d'interesse, l'erronea qualificazione del concordato come in continuità.

La Corte d'Appello accoglieva il gravame e revocava il decreto di inammissibilità del concordato preventivo dichiarando nulla la sentenza di fallimento. La decisione di seconde cure viene dunque impugnata dalla curatela del fallimento con ricorso per cassazione.

Il concordato con continuità aziendale. La Corte richiama l'art. 33 d.l. n. 83/2012, conv. in l. n. 134/2012 che ha introdotto l'art. 186-bis l. fall., norma che consente al debitore di scegliere se continuare l'attività aziendale ponendo in tal caso delle specifiche cautele volte a ridurre il rischio che tale prosecuzione si rivolga a danno dei creditori.

Si riscontra dunque un'ipotesi di concordato con continuità aziendale laddove il piano preveda la prosecuzione dell'attività da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio o il conferimento dell'azienda in esercizio ad una o più società, anche di nuova costituzione. Secondo il tenore letterale della norma, si ha dunque "continuità diretta" nel caso in cui non vi è una separazione tra proprietà ed impresa, e "continuità indiretta" nel caso in cui l'attività è finalizzata al mantenimento dell'impresa fino alla vendita o al conferimento.

Il caso di specie sottopone ai Giudici di legittimità il problema concernente la possibilità di qualificare il concordato

84 Cassazione, Sez. I Civile, 19 novembre 2018, n. 29742.

come in continuità aziendale anche quando l'azienda è stata affittata o è destinata ad esserlo.

La continuità aziendale in caso di affitto dell'azienda. Il Collegio richiama gli orientamenti dottrinali susseguitisi sul tema, giungendo a condividere l'interpretazione che fa leva sull'elemento oggettivo della prosecuzione dell'attività, anche in considerazione dell'intento del Legislatore che, con la legge n. 134/2012, ha inteso favorire la prosecuzione dell'attività non tanto in senso soggettivo, quanto in senso oggettivo.

La dottrina e la giurisprudenza hanno individuato la figura dell'affitto di azienda puro e quella del contrapposto affitto c.d. ponte, finalizzato cioè al successivo trasferimento aziendale.

I requisiti della fattispecie dell'affitto ponte non vengono però individuati in modo univoco dalla giurisprudenza con il risultato di uno scenario non sempre chiaro.

Valorizzando il contratto di affitto come strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda, affermazione confermata anche dal fatto che il Legislatore fa ripetutamente riferimento "all'azienda in esercizio", indipendentemente dal soggetto che la eserciti (sia esso il debitore o un terzo), la Corte risolve la questione cristallizzando il principio secondo cui *"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 di 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 c.d. ponte oppure c.d. 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"*.

A conferma di quanto detto, aderendo alla tesi della continuità aziendale in senso oggettivo, da tempo condivisa da larga parte della giurisprudenza di merito, riconosce sia all'affitto "ponte", sia a quello "puro", nell'ambito applicativo dell'art. 186-bis.

A tale conclusione la sentenza giunge attraverso un percorso argomentativo che si lascia apprezzare per coerenza e linearità. La Corte, rilevato come il Legislatore del 2012 abbia *"inteso favorire la prosecuzione dell'attività d'impresa in senso tanto soggettivo quanto oggettivo (basti soltanto pensare alla compiuta disciplina sui contratti in corso di esecuzione o alla puntuale regolamentazione dei finanziamenti)", osserva correttamente che ciò su cui l'attenzione della legge "ha mostrato di appuntarsi è la "azienda in esercizio"*, indipendentemente dalla circostanza che essa sia condotta dal debitore, o da soggetti diversi.

Di qui, fra l'altro, la riconducibilità dell'affitto di azienda stipulato anteriormente al deposito della domanda nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis 31 luglio 2014.

Con riferimento, poi, al rilievo dottrinale circa la non persistente "pienezza" della qualità d'imprenditore in capo al debitore che abbia concesso in affitto l'azienda prima del deposito della domanda, la Corte, superando l'obiezione, rileva giustamente che *"l'imprenditore che affitta la sua azienda conserva ancora una serie di obblighi giuridici, come il divieto di concorrenza ex art. 2557 cod. civ. e la tutela dei segni distintivi, i quali non fanno venire meno la sua natura di imprenditore commerciale a prescindere dal venir meno del suo rapporto materiale con l'azienda"*.

Ed invero, come da tempo osservato, appare *"incontestabile che il rischio d'impresa continui a gravare, seppur indirettamente, sul soggetto in concordato e che l'andamento dell'attività incida, in ultima analisi, sulla fattibilità del piano"*.

Non a caso la Suprema Corte statuisce in proposito che, *"ogni qualvolta la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dell'affittuario (a prescindere dal momento della stipulazione del contratto di affitto) sia rilevante ai fini del piano, e cioè influenzi la soddisfazione dei creditori concorsuali, il concordato preventivo dovrà essere qualificato con continuità aziendale"*.

Quanto all'ipotesi in cui l'affitto non sia strutturato in chiave prodromica alla cessione ma risulti, per così dire, "fine a se stesso", la Cassazione, facendo propria (testualmente) una recente opinione dottrinale sul punto, afferma: *"Discorso analogo vale, mutatis mutandis, per il cd. affitto puro, quello, cioè, che non risulti prodromico alla cessione dell'azienda,*

ma alla sua semplice dislocazione in capo all'affittuario, con successiva retrocessione, durante la fase esecutiva del piano o al termine di essa, al debitore. Non ha infatti senso annettere natura liquidatoria a tale fattispecie, nella quale il piano consente il ritorno in bonis dell'imprenditore addossando temporaneamente a terzi gli oneri ed i rischi connessi alla conduzione dell'attività, senza che vi sia, tendenzialmente, alcuna dismissione di cespiti aziendali (salva l'ipotesi di alienazione di beni non funzionali alla "riperimetrata" continuità, espressamente contemplata dall'art. 186-bis l. fall.)".
Volendo infine accennare alle prospettive de jure condendo, va detto che la legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, con una scelta da salutare anch'essa con favore, aveva anticipato la soluzione oggi accolta dalla Suprema Corte (e anche di ciò la sentenza dà, pur fugacemente, atto), stabilendo, nell'ambito dei princìpi generali (e precisamente all'art. 2, 1° c., lett. g), la necessità 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 […]"*; e individuando altresì all'art. 6, 1° c., lett. i), fra i princìpi e i criteri direttivi in materia di concordato preventivo, quello 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"*.
tare pendenti alla data di fallimento.

3. La continuità aziendale nel Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza

È nello schema di decreto legislativo delegato recante il "Codice della Crisi di Impresa e dell'insolvenza" si prevede, al riguardo, all'art. 84 quanto segue:

"1. Con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio.

2. La continuità può essere diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, se è prevista dal piano la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione. In caso di continuità diretta il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci. In caso di continuità indiretta la disposizione di cui al periodo che precede, in quanto compatibile, si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore.

3. Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta. La prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso. A ciascun creditore deve essere assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa (1).

4. Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario".