

## **AFFITTO D'AZIENDA**



### **Commissione Consultiva Procedure Concorsuali: Il fallimento**

Coordinatore: Midolo Stefano Delegato del Consiglio: Galeri Aldo

Membri: Billone Rosa, Di Giorgio Oliviero, Felappi Davide, Galeri Valerio,  
Ghidini Francesca, Gregorini Marco, Lancelotti Stefano, Lonati Alessandro, Mattioli Valeria,  
Mazzoldi Cristina, Mazzoletti Francesco, Morandini Pietro, Nunziante Cesaro Guido,  
Rada Flavio, Roncato Maria, Rossi Giorgio

## AFFITTO D'AZIENDA

### CONTRATTO DA STIPULARE (ART. 104 BIS LF)

Con la finalità di conservare il patrimonio aziendale, l'art. 104-bis ha introdotto la possibilità, già contemplata dalla prassi, di affittare l'azienda o rami di essa.

#### COMMA PRIMO

*Anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'articolo 104-ter su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei Creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa.*

L'affitto può essere proposto dal Curatore anche prima della presentazione del programma di liquidazione (art. 104-ter) e deve essere autorizzato dal G.D., previo parer favorevole del Comitato dei Creditori.

La norma ha la chiara funzione di rendere maggiormente efficienti le attività di liquidazione, favorendo le successive cessioni e salvaguardando i valori d'avviamento laddove esistenti.

Pare ovvio che l'efficacia prospettica dell'affitto d'azienda sia legata anche alla rapidità della sua esecuzione in seguito alla dichiarazione di fallimento o della stessa conclusione dell'esercizio provvisorio.

Proprio rispetto all'esercizio provvisorio, l'affitto "rapido" rappresenta per il Curatore una soluzione alternativa decisamente più agevole, ponendo il rischio d'impresa al di fuori della procedura.

L'iniziativa di promuovere l'affitto è quindi demandata al Curatore e vincolata all'indispensabile parere favorevole del Comitato dei Creditori. Come per l'esercizio provvisorio, il Giudice delegato conserva la possibilità di decidere se concedere l'autorizzazione a seguito di valutazione di merito e di opportunità, quindi non limitando la propria funzione a semplice controllo procedurale.

La prima difficoltà che si pone al Curatore è quella di individuare, laddove ne esita più di una, l'azienda da porre sul mercato. In maniera non fittizia dovranno essere individuati parti del complesso aziendale (beni materiali ed immateriali) che, con una propria indipendenza ed autosufficienza, risultino in grado di svolgere un'attività imprenditoriale.

\*

#### COMMA SECONDO

*La scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore a norma dell'articolo 107, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. La scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.*

Ciò fatto, il Curatore agisce con una certa elasticità di forma, ma deve attenersi a degli standard minimi per legittimare la scelta del contraente e deve rispettare quanto previsto dall'art.107 L.F.

In tal senso la scelta deve essere preceduta dalla stima del "giusto canone" formulata da un esperto. Inoltre, in armonia con lo spirito di massima trasparenza, la ricerca del contraente deve avvenire attraverso adeguate forme di pubblicità. Il Curatore dovrà attentamente valutare modalità e contenuti della pubblicità che potranno radicalmente differenziarsi a secondo della natura dell'azienda da affittare (es. mercato nazionale o internazionale,

dimensioni aziendali, ecc.).

Nel merito, dopo le su menzionate attività propedeutiche, il legislatore indica i criteri di scelta del contraente:

- a) convenienza economica (ammontare del canone offerto);
- b) garanzie offerte: a titolo esemplificativo garanzie relative all'incasso del prezzo offerto, minor danneggiamento degli impianti concessi in utilizzo e minor possibilità della sottrazione del know how e della clientela dell'azienda.

In ultimo, il legislatore invita a valutare l'impatto sociale che la scelta del contraente comporta sul livello occupazionale. Si noti che tale attenzione non è analogamente prescritta nella procedura ex art.105 della vendita dell'impresa.

Il tema occupazionale si propone invece come elemento vincolante e formale per quelle aziende che, da più di sei mesi, occupino almeno 15 dipendenti rendendo obbligatorie ex art. 2112 cod. civ. le consultazioni sindacali. Cronologicamente le consultazioni sindacali sono poste a valle di tutte le procedure selettive ed autorizzative e precedono la stipula dell'atto di affitto d'azienda. Dell'esito delle consultazioni è opportuno notificare il Giudice delegato ed il Comitato.

\*

### COMMA TERZO

*Il contratto di affitto stipulato dal curatore nelle forme previste dall'articolo 2556 del codice civile deve prevedere il diritto del curatore di procedere alla ispezione della azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei Creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).*

Relativamente alla forma, il contratto deve essere stipulato in forma scritta quale atto pubblico o scrittura privata autenticata dovendo essere depositato presso il registro delle imprese ai fini della pubblicità nei confronti dei terzi. Quindi, necessariamente, l'atto si perfeziona avanti un Notaio che verificherà anche i poteri del Curatore rispetto alla sottoscrizione del contratto.

Relativamente al contenuto, la norma impone delle specifiche prescrizioni a tutela della procedura, trattasi di:

- clausole ispettive: possibilità di ispezionare l'azienda onde prevenire situazioni di danneggiamenti, cattiva manutenzione, regolare funzionamento;
- clausole di garanzia: previsione di clausole risolutive espresse, penali giornaliere piuttosto elevate per gli inadempimenti, imposizione di fidejussioni bancarie a prima richiesta a garanzia dei pagamenti;
- clausole di uscita dal contratto: deve essere inserita una norma che consenta alla procedura di sciogliersi dal contratto in termini ragionevoli, e se a tempo indeterminato, comunque con un preavviso. Il Curatore infatti, ove si manifestino situazioni di convenienza ed opportunità, ai fini della migliore liquidazione deve essere nella condizione di poter collocare, definitivamente, l'azienda sul mercato.

Il recesso deve obbligatoriamente essere accompagnato dal parere del Comitato dei Creditori, seppur non vincolante. L'esercizio del recesso comporta il riconoscimento in prededuzione di un indennizzo a favore del conduttore. Comunemente tale indennizzo è determinato avuto riferimento al mancato guadagno derivante al conduttore a seguito di preventiva conclusione del contratto. Si suggerisce di prevedere le modalità di calcolo dell'indennizzo nel contratto stesso.

In caso di dissenso esistono due opzioni per la definizione dell'indennizzo: la prima

passa attraverso l'azione giudiziale ordinaria, la seconda attraverso il riconoscere la competenza decisionale al Giudice delegato, procedura quest'ultima ovviamente più rapida.

Si ritiene comunemente che la mancanza delle suddette garanzie non costituisca causa di nullità del contratto (eventualmente si può parlare di causa di nullità parziale). Comunque, dal momento che suddette clausole sono previste dalla Legge, le stesse dovrebbero essere integrabili anche successivamente.

Si ritiene infine di suggerire l'inserimento di altre clausole a tutela della procedura: a titolo esemplificativo il divieto di sub locazione, la clausola automatica di scioglimento dal contratto in caso di revoca del fallimento, la conservazione in capo alla procedura delle migliorie apportate dal conduttore.

\*

#### COMMA QUARTO

*La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni.*

La durata del contratto deve necessariamente essere compatibile con le esigenze di successivo realizzo, quindi tendenzialmente il più breve possibile. In tal senso il contratto a tempo indeterminato deve prevedere una adeguata clausola di recesso.

\*

#### COMMA QUINTO

*Il diritto di prelazione a favore dell'affittuario può essere concesso convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei Creditori. In tale caso, esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione.*

Un'ulteriore clausola contrattualizzabile è il diritto di prelazione a favore dell'affittuario in occasione della definitiva vendita dell'azienda.

In termini pratici, in conclusione della procedura prevista ex art. 105 L.F. per la cessione dell'azienda, il Curatore selezionata la migliore offerta ricevuta, può sottoporla all'affittuario entro 10 giorni dall'individuazione. L'affittuario avrà 5 giorni per esercitare il proprio diritto.

L'inserimento della predetta clausola è condizionata all'autorizzazione del Giudice Delegato ed al vincolante parere favorevole del Comitato dei Creditori.

Si ritiene che lo scopo di tale clausola sia indirizzata, una volta di più, ad indurre l'affittuario a gestire pro tempore l'azienda con efficienza ed attenzione, nella prospettiva della sua successiva acquisizione.

Si ritiene che l'eventuale mancata osservanza delle clausole del diritto di prelazione non comporti la decadenza della procedura di vendita, ma produca in capo all'affittuario un diritto di risarcimento.

\*

#### COMMA SESTO

*La retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al*

*momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II.*

Infine nella prospettiva della retrocessione dell'azienda, sono da considerare le sorti dei debiti maturati in pendenza del contratto d'affitto d'azienda e la sorte dei rapporti pendenti. La situazione si manifesta con effetti a volte rilevanti e delicati laddove la successiva vendita dell'azienda non avvenga a favore dell'affittuario.

La norma, a tutela del patrimonio fallimentare, esclude che debiti creati dall'affittuario nel corso del contratto si trasferiscano, alla conclusione dello stesso, alla procedura fallimentare: non si produce responsabilità solidale.

Relativamente ai rapporti pendenti al momento della conclusione del contratto valgono le previsioni ex art. 72 L.F., e questo anche per i rapporti inesistenti all'inizio del contratto e maturati successivamente.

Quindi vale la regola della sospensione, in attesa che il Curatore scelga se proseguire o se liberarsi dalle obbligazioni "pendenti".

Fanno eccezione i rapporti di lavoro dipendente che non si sciolgono, restano però in capo all'affittuario i debiti su retribuzioni e TFR maturati in costanza di rapporto di affitto.

### **Breve cenno alla norma fiscale di riferimento**

I canoni d'affitto, per regola generale, sono assoggettati al regime di imponibilità IVA ex art. 3 comma 1 DPR 633/72. Incerta è invece la circostanza dell'affitto dell'unica azienda del fallito imprenditore individuale. In quest'ultimo caso, seppur in presenza di contrastanti opinioni, quella prevalente fa propendere per il non assoggettamento ad IVA dei canoni.

## CONTRATTO STIPULATO ANTE-FALLIMENTO (ART. 79 LF)

Nel caso in cui il fallimento sia dichiarato in pendenza di un contratto d'affitto d'azienda è necessario riferirsi all'art. 79 L.F.:

*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.*

\* E' necessario accertarsi che il contratto sia opponibile alla procedura fallimentare, ossia che sia stato redatto in forma scritta con data certa anteriore al fallimento e depositato presso il Registro delle Imprese.

\* E' importante evidenziare che, in caso di inerzia da parte del curatore, alla scadenza del termine di 60 giorni, il fallimento subentra nel contratto anche senza alcuna decisione o condivisione con gli organi della procedura.

### **Caso 1: fallimento del concedente**

Il Curatore dovrà prestare attenzione ai seguenti aspetti:

1) Il termine concesso alle parti di 60 giorni per l'esercizio del recesso: talvolta tale termine, con accordo fra le parti, può essere prorogato (sul tema è opportuno confrontarsi in anticipo con il Giudice Delegato anche per eventuali autorizzazioni).

2) I fattori in base ai quali può essere opportuno optare per lo scioglimento:

- mancato rispetto degli obblighi da parte della controparte (pagamenti del canone, pagamento degli stipendi e degli oneri sociali ecc.);
- non esistenza ( nel contratto o a latere) di un vincolo per l'acquisto da parte del conduttore (tale vincolo nella prassi viene richiesto essere adeguatamente garantito);
- durata del contratto eccessiva rispetto alle esigenze del fallimento: non sono proponibili contratti di durata eccedente rispetto ai tempi della liquidazione;
- esistenza di eventuali altri soggetti potenzialmente interessati;
- esistenza di eventuali clausole pregiudizievoli per l'economicità della procedura fallimentare (ad es. compensazioni con debiti pregressi lesiva della par condicio creditorum, canoni da scomputare dal prezzo di acquisto, ecc.);
- canone di affitto inadeguato rispetto all'entità dell'azienda affittata. Sul tema, qualora il Curatore non sia in grado di giudicare la congruità del canone, è opportuno prendere in considerazione la nomina di:
  - a) periti (geometri, ingegneri, architetti, commercialisti) per la valutazione di mobili e/o immobili e/o l'azienda nel complesso;
  - b) consulente del lavoro per i profili giuslavoristici;
  - c) legale per individuare eventuali integrazioni e/o modifiche del contratto.

3) Il Curatore, indipendentemente dal subentro o meno, in sede di inventario includerà tutti i beni, anche quelli affittati, prestando attenzione ad eventuali beni non affittati, che dovranno essere separatamente venduti.

4) In caso di risoluzione e restituzione dell'azienda è necessario redigere un verbale al momento della restituzione. Qualora il conduttore non restituisca in tutto o in parte il complesso, il curatore dovrà informare il Giudice Delegato ed avvalersi con immediatezza di un legale per tutelare gli interessi del fallimento, anche nell'ottica di eventuali azioni risarcitorie.

5) Con riferimento alla eventuale richiesta di equo indennizzo, questa compete alla parte che subisce il recesso ed è regolata dall'art. 79 L.F. .

### **Caso 2: fallimento del conduttore**

\* Nel caso di fallimento del conduttore è necessario prestare attenzione ai canoni di affitto che sono da corrispondere in pre-deduzione; quindi, nel caso fosse opportuno sciogliersi dal contratto, è necessario agire con tempestività (tenendo presente il termine dei 60 giorni).

\* In questo caso il compito del curatore sarà quello di valutare la convenienza o meno della prosecuzione dell'esercizio d'impresa, tenendo conto che tutti gli oneri maturati dopo il fallimento e derivanti dalla prosecuzione del rapporto devono essere pagati in pre-deduzione.

\* Nel raro caso di subentro nel contratto di affitto come conduttore si deve richiedere l'esercizio provvisorio (ex art. 104 L.F.). In questo caso risulta importante valutare con attenzione la durata contrattuale residua essendo questa vincolante per il curatore che subentra. Anche nel caso in cui l'attività fosse interrotta prima della scadenza la durata contrattuale è vincolante per il curatore, pertanto, qualora il contratto non lo prevedesse, è necessario che il curatore integri il contratto con una clausola di recesso anticipato.

### **Autorizzazioni necessarie per il Curatore**

Sia in caso di scioglimento che di subentro, sebbene l'art. 79 L.F. non preveda espressamente alcuna necessità di autorizzazione, per analogia con gli artt. 35 L.F. (atti di straordinaria amministrazione) e 72 L.F. (rapporti pendenti), è opportuno munirsi di autorizzazione del Comitato dei Creditori ed informare il Giudice Delegato delle intenzioni della procedura.

*Di seguito si riporta un breve diagramma degli adempimenti del curatore in presenza di contratti d'affitto d'azienda:*

<b>Cosa fare</b>	<b>Quando farlo</b>
Verifica opponibilità del contratto alla procedura	Immediatamente dopo la nomina
Verifica che la parte sia in regola con gli impegni	Immediatamente ed anche in corso di contratto
Analisi del contratto e convenienza nel subentro	Prima dei 60 giorni
Nomina periti per stima dell'azienda	Prima possibile
Inventario contenente anche i beni concessi in affitto	Nei tempi ordinari
Eventuale recesso dal contratto	Entro 60 giorni (salvo proroghe ove concordate fra le parti)