

Bergamo, 23 ottobre 2014

Relazione - notaio Guido De Rosa

Le attività contrattuali dell'impresa in crisi

Par. 1 - Lo scenario e le attività negoziali più ricorrenti

Il concetto di crisi, del quale oggi parliamo, è strettamente legato allo stato di **insolvenza**, all'inadempienza, alla difficoltà/incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni.

Nel campo del diritto civile classico, situazioni di questo genere, che ben possono riguardare l'imprenditore, sono prese in considerazione dagli articoli

- 1186: **decadenza dal beneficio del termine**: anche quando il termine di adempimento è posto a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente: **nei contratti bancari di finanziamento** questo aspetto assume un notevole rilievo
- 1460: eccezione di inadempimento: nel contratto a prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se

l'altro non adempie: si considera “inadempienza anche la mancanza di qualità o di vizi della cosa venduta (C. 7228/97) **la giurisprudenza ha affermato che la norma trova applicazione anche in ipotesi di contratti collegati.**

- 1461, che attribuisce il diritto di sospendere l'esecuzione della prestazione se le condizioni patrimoniali della controparte sono divenute tali da porre in evidente **pericolo** il conseguimento della controprestazione (salva prestazione di idonea garanzia).
- 1456, norma che disciplina la **clausola risolutiva espressa**: soprattutto nei contratti di finanziamento bancario, ma anche nei contratti relativi ad alcune forniture, non aver adempiuto ad una obbligazione di pagamento di somme di danaro può creare serie difficoltà all'imprenditore.

- In questo contesto di difficoltà, aleggia il rischio dell'esperimento di **azioni revocatorie**, con la conseguenza di dover considerare inefficaci, relativamente ai creditori del debitore o del fallito, gli atti con i quali egli ha disposto del

proprio patrimonio in loro pregiudizio, prima di un'eventuale dichiarazione di fallimento.

In questo contesto di difficoltà, le attività contrattuali, negoziali, societarie che vengono prese in considerazione sono molteplici:

- Transazioni (art. 1965 c.c.: mediante reciproche concessioni si pone fine ad una lite cominciata o la si previene);
- Cessione dei beni ai creditori (art. 1977 c.c.: il debitore incarica alcuni o tutti i suoi creditori di procedere all'alienazione di alcuni o tutti i suoi beni con lo scopo di soddisfare le loro pretese e di ottenere la restituzione di quanto residua)
- Datio in solutum (art. 1197 c.c.): l'imprenditore può, ad esempio, alienare la proprietà di beni della sua azienda per estinguere obbligazioni pecuniarie.
- Rinegoziazioni di mutui: le ipotesi più ricorrenti sono quelle che prevedono moratorie (sospensione dei termini di adempimento ai quali è tenuto l'imprenditore), modifiche ai piani di ammortamento

(generalmente, per consentire termini più ampi, meno stringenti, per estinguere i debiti verso un istituto di credito), modifiche relative al tasso di interesse applicato dall'istituto di credito (generalmente in termini peggiorativi), più raramente rideterminazioni (in diminuzione) delle somme dovute dal debitore; ancora, si possono avere assunzioni di ulteriori garanzie a cautela del credito, o ancora erogazione di mutui garantiti da ipoteche per l'estinzione di pregressi debiti, non garantiti, verso l'istituto di credito.

- Le operazioni straordinarie, e quindi fusioni, trasformazioni o scissioni;
- Trust liquidatori,

Su questi ultimi due argomenti avremo apposite relazioni, e quindi non è il caso di andare oltre.

In tutte queste ipotesi, quando questi atti e contratti non sono esecutivi di un piano attestato di risanamento, incombe, lo ripetiamo il rischio di azioni revocatore. Spesso, però, tutto questo non basta: l'imprenditore vuole salvare il salvabile. L'attività contrattuale più tipica e più ricorrente nello scenario che abbiamo descritto finora è l'affitto

dell'azienda, al quale spesso si ricollega una prospettiva d'acquisto per il conduttore.

Perché l'affitto dell'azienda?

L'esistenza di una crisi nella gestione di un'azienda da parte dell'imprenditore, com'è noto, non significa che nel “complesso di beni e rapporti giuridici funzionalmente organizzati per la produzione di beni o servizi” non sussistano elementi di sicuro valore e rilievo che meritano di essere salvaguardati, evitando la disgregazione

Per limitarsi ai più significativi, indichiamo

- Il mantenimento dei posti di lavoro (argomento del quale si occupa l'art. 47 della legge 428 del 1990)
- La conservazione del Know-how (marchi, brevetti)
- La preservazione della capacità produttiva (esistono impianti per talune attività produttive che, se non utilizzati, subiscono danni a volte irreparabili)
- Il vantaggio che potrebbe derivare ad alcuni fornitori di beni e servizi, che sono pur sempre creditori, e che hanno interesse alla prosecuzione delle loro attività, con migliori prospettive per le controprestazioni
- Più in generale, è possibile affermare che un'azienda attiva, che produce, che sta sul mercato, può avere un valore superiore alla semplice somma del valore dei beni materiali che la compongono (come ben sanno gli

studiosi che si sono occupati dell'avviamento e della sua valutazione).

Una riprova dell'interesse che può sussistere al mantenimento in vita dell'attività d'impresa, pur in contesti di crisi, è data dall'intervento normativo attuato con il D. Lgs n. 5/2006, che è intervenuto sulla Legge Fallimentare.

Ciò che oggi ci proponiamo di fare è analizzare come si può realizzare al meglio un affitto di azienda in contesto di crisi: ma per fare questo dobbiamo conoscere ciò che la Legge Fallimentare prevede, per l'ipotesi in cui sopravvenga una procedura fallimentare.

Ricordiamo quindi, le novità introdotte nel 2006:

- L'esercizio provvisorio dell'impresa da parte del curatore fallimentare (art. 104 LF): *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.*
- *Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata.*

L'affitto dell'azienda (104 bis): 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.

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.

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).

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

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.

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.

Come ha osservato Aricò in Notariato anno 2000 pag. 351 ss, *Il contratto di **affitto** di **azienda** viene comunemente qualificato come contratto consensuale, sinallagmatico, e ad esecuzione continuata, attributivo di un diritto personale di godimento.*

A mente dell'art. 2556, poc'anzi citato dallo stesso art. 104 L.F. - il contratto deve essere **iscritto nel registro delle**

imprese, e quindi deve rivestire la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico.

Quanto agli effetti che l'iscrizione nel Registro delle Imprese produce, va sottolineato che si tratta di pubblicità dichiarativa (che genera una presunzione di conoscenza, la cd. **opponibilità**) e che, secondo molti autori può avere la funzione di risolvere i **conflitti tra più terzi aventi causa** dal medesimo autore, anche se l'inciso (contenuto nell'art. 2556) *salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda* ha indotto una parte degli osservatori a negare questa funzione.

*L'art. 2562 c.c. dispone, per la regolamentazione del contratto, un mero rinvio alla disciplina dettata dall'art. 2561 c.c. in materia di usufrutto di **azienda**. L'accostamento codicistico all'usufrutto non è ingiustificato, in quanto entrambe le fattispecie non comportano il venir meno della proprietà sul complesso aziendale e ciò indipendentemente dalle variazioni che esso possa subire in pendenza del rapporto.*

Quindi l'affittuario (come l'usufruttuario)

- *Deve esercitare sotto la ditta che contraddistingue l'azienda*
- *Gestirla senza modificare la destinazione*
- *Conservare l'efficienza dell'organizzazione, degli impianti e le normali dotazioni di scorte*

- Dovrà “regolare la differenza” tra le consistenze dell’inventario all’inizio e al termine dell’affitto, in base ai valori correnti alla cessazione del rapporto.

Sono pacificamente applicabili all’affitto di azienda, le norme di cui agli artt.

2557 c.c. (**divieto di concorrenza**, che si collega all’obbligo generale di **buona fede** nell’esecuzione dei contratti: la giurisprudenza è stata investita del tema anche in sede di **provvedimenti d’urgenza** ex art. 700 cpc, trattandosi di un caso in cui non possono essere messe in atto le misure cautelari tipiche del sequestro conservativo o di quello giudiziario, della denuncia di nuova opera o di danno temuto); il divieto di concorrenza **potrebbe riguardare anche l’affittuario** nel momento in cui cessa l’affitto e quindi dopo la restituzione, principio sostanzialmente affermato da Cassazione Prima sez. n. 10105 del 23/9/1995, con precedenti conformi dal 1991;

2558 c.c. (successione nei contratti: **se non è pattuito diversamente**, l’affittuario subentra nei contratti stipulati per l’azienda **che non abbiano carattere personale**: di questo argomento si parlerà in seguito. Va osservato però che i contratti con la PA non possono formare oggetto di successione, stante il principio di immutabilità dei soggetti autorizzati nei rapporti con la PA: questo principio è stato affermato dal Consiglio di Stato con riguardo alle autorizzazioni sanitarie regionali per l’esercizio di case di cura private) e

2112 c.c. (contratti di lavoro: anche di questo argomento ci occuperemo tra poco).

Le norme richiamate non escludono infine la riemersione della disciplina generale o specifica dell'affitto: artt.1616, 1617, 1619 - 1623, 1624, 1626, 1627 del c.c.

*Altro tema, che, in generale, viene affrontato nell'affitto di aziende è il **rapporto azienda/immobile**. Nella maggior parte dei casi l'imprenditore affittante ha il godimento di un'immobile sulla base di un contratto di locazione stipulato con un terzo. La successione nel contratto avviene in base al principio, sopra enunciato, di cui all'art. 2558; Il legislatore ha disciplinato al riguardo la successione automatica nel contratto di locazione con l'introduzione dell'art. 36 della legge 27 luglio 1978 n.392, qualora le vicende del contratto locativo siano legate al trasferimento dell'intero complesso aziendale. Il medesimo articolo concede pure al conduttore, sempre nell'ipotesi di affitto o di cessione dell'azienda, la facoltà di sublocare l'immobile. In entrambe le ipotesi l'indennità di avviamento ed il diritto di prelazione spetteranno al soggetto che risulterà essere conduttore al momento della cessazione effettiva della locazione.*

Nel caso in cui il concedente sia anche proprietario dei locali aziendali, è ben possibile che gli stessi siano concessi in affitto, non con separato contratto di locazione, ma quale **parte integrante** del complesso aziendale, di guisa che nel canone di affitto dell'azienda si tenga conto anche dei cespiti immobiliari.

La Giurisprudenza coglie l'elemento discreitivo tra l'**affitto** di **azienda** e la locazione commerciale di immobile con pertinenze, nell'indagine dell'elemento soggettivo: nel primo, l'oggetto del contratto è costituito da un complesso unitario di beni organizzati e l'immobile è considerato in rapporto di complementarità con gli altri beni (aspetto dinamico); nel secondo, l'immobile è considerato nella sua individualità con funzione prevalente (aspetto statico).

Quando l'affitto concerne insieme azienda e immobile, occorre tenere presente l'art. 19 del DL 78/2010 (quello che ha introdotto il tema della "conformità catastale"). In questo articolo, al comma 15, si prescrive

15. La richiesta di registrazione di contratti, scritti o verbali, di locazione o affitto di beni immobili esistenti sul territorio dello Stato e relative cessioni, risoluzioni e proroghe anche tacite, deve contenere anche l'indicazione dei dati catastali degli immobili.

La mancata o errata indicazione dei dati catastali e' considerata fatto rilevante ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro ed e' punita con la sanzione prevista dall'articolo 69 del DPR 131/86.

L'aspetto fiscale che va valutato in questo caso (affittante proprietaria dell'immobile, che viene concesso in affitto unitamente agli altri beni e diritti aziendali o del ramo) è applicazione dell'articolo 35, comma *10-quater*, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, successivamente integrato e modificato dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296, in base al quale *“Le disposizioni in materia di imposte indirette*

previste per la locazione di fabbricati si applicano, se meno favorevoli, anche per l'affitto di aziende il cui valore complessivo sia costituito, per più del 50 per cento, dal valore normale di fabbricati, determinato ai sensi dell'articolo 14 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633.”.

Si tratta quindi di valorizzare l’immobile rispetto alle altre componenti dell’azienda per stabilire se sia dovuta un’imposta fissa (in presenza di atto soggetto ad IVA) ovvero l’1% sul canone.

Ultima avvertenza: in presenza di affitto d’azienda comprendente immobile, è necessario tenere in considerazione la normativa sul **rendimento energetico dell’edificio**, con conseguente esibizione e allegazione dell’**attestato di prestazione energetica**.

Ma tutto questo concerne l’affitto di azienda in generale. Oggi dobbiamo parlare di imprese in crisi, e lo faremo attraverso l’esame di un caso pratico.

Il Caso

Abbiamo una affittante (Alfa srl) ed un’affittuaria (Beta srl). L’organo amministrativo di Alfa srl ed i soci della stessa sanno che è molto probabile la presentazione di una domanda di concordato preventivo, e che non è esclusa la prospettiva di un fallimento.

Beta srl è una società di recente costituzione, nella quale sono soci alcuni parenti dei soci di Alfa, insieme ad alcuni dipendenti di quest'ultima; quindi esiste una consapevolezza della situazione economica ed un intento comune di non interrompere l'attività, quantomeno con riferimento ad un settore di attività (ramo d'azienda) che ha buone prospettive reddituali: in Beta ci sono le conoscenze per poter gestire l'attività del ramo in questione.

occorre o può essere opportuno:

- Valutare la legittimazione dei rappresentanti delle due società, secondo le rispettive norme statutarie;
- Svolgere delle premesse, nelle quali far emergere gli aspetti che caratterizzano la fattispecie (Alfa srl sta valutando l'opportunità di accedere ad una procedura concorsuale; nell'ottica di un miglior soddisfacimento del proprio ceto **creditorio**, intende conservare e garantire la *continuità* dell'attività propria del Ramo, al fine di non **disperderne** il valore economico, ed il mantenimento dei *livelli occupazionali*; Beta srl possiede i requisiti economici, patrimoniali ed organizzativi per miglior gestione del Ramo in oggetto, ed è disponibile ad assicurare la funzione conservativa richiesta dall'affittante Alfa srl)

- **Descrivere con esattezza il ramo d'azienda** oggetto del contratto, puntualizzando

In positivo

(anche attraverso l'**allegazione di documenti** illustrativi)

- Beni materiali
- Beni immateriali
- Rapporti contrattuali funzionali allo svolgimento dell'attività
- Rapporti di lavoro
- Debiti e passività (che evidentemente non comprenderanno il pregresso);
- I marchi, i brevetti, i loghi, (anche con riguardo ad alcune forme di comunicazione attraverso internet),

In negativo

Ciò che non concerne il ramo d'azienda, così come considerato dalle società: sarà opportuno precisare che solo le componenti descritte nel contratto formano il ramo, e che quindi sono escluse le passività, e comunque tutti i rapporti giuridici sorti prima del contratto, ivi compresi i contenziosi, le sanzioni amministrative ecc.

- **Sui rapporti di lavoro**, sarà opportuno precisare che Beta srl sarà tenuta al pagamento delle retribuzioni,

degli oneri contributivi e previdenziali, all'accantonamento o al versamento del tfr, durante tutta la durata dell'affitto. E' lecita, ma va valutata con attenzione, la clausola per la quale Beta srl potrà corrispondere ai dipendenti le retribuzioni non percepite in precedenza, tredicesima, ferie e permessi non goduti, **compensandoli** con il canone; questa compensazione significa **minore entrata in moneta per l'eventuale procedura**: l'aspetto problematico deriva dal fatto che l'art. 104 bis LF, più volte richiamato, prevede l'accollo di debiti come modalità di pagamento *solo se non viene alterata la graduazione dei crediti*. E' evidente che i crediti dei lavoratori anteriori all'affitto sono rilevanti ed assistiti da privilegio. Ma i lavoratori potrebbero non essere gli unici creditori privilegiati.

- Si dovrà quindi definire la **durata**: se il contratto è destinato ad essere valutato in una prospettiva di procedura concorsuale, è bene che la durata sia tale da assicurare un **arco di tempo significativo** all'affittuaria (nel quale si potrà verificare il puntuale versamento dei canoni e l'andamento della gestione) ma, nel contempo, **non esageratamente ampio** (l'art. 104 bis lf, che si occupa di affitto d'azienda endoconcorsuale, nel suo quarto comma recita *La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni* : assume un rilievo particolare il diritto di recesso, di cui si dirà oltre;

- Va stabilito il corrispettivo, e quindi il **canone d'affitto** e le modalità (ovviamente tracciabili) di pagamento: è di tutta evidenza che l'adeguatezza del canone al valore ed alle potenzialità del ramo, è un aspetto da non trascurare; in dottrina c'è chi (Tassinari, Notariato 5/2010 p. 542) ha sostenuto la possibilità di ricorrere ad un **perito** per la determinazione del canone.
- E' ben possibile prevedere il **diritto di recesso** per l'affittante, in presenza di successive procedure concorsuali (ivi compresa la domanda di concordato), senza giustificazioni, senza penalità, e con un obbligo di restituzione in un termine piuttosto breve. Come ricorderete, l'art. 104 bis LF, nel disciplinare l'affitto d'azienda **endoconcorsuale**, prevede *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).*

Nel nostro caso, il Curatore (che dovesse subentrare) non dovrà necessariamente (ma può se lo ritiene) sentire il comitato dei creditori, né dovrà corrispondere il “giusto indennizzo”: su questo le opinioni possono divergere (conviene o non conviene far rinunciare all'indennizzo?). Il Curatore, a mio avviso, se volesse recedere, potrebbe farlo più facilmente, ma se è vero che la liquidazione dei singoli beni spesso è meno conveniente, se è vero che ha un senso la continuazione dell'attività, se l'affittuario dimostra di

essere in grado di offrire garanzie, se ha un piano attendibile di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, se conserva i livelli occupazionali, il Curatore **ha davvero interesse a recedere?** Certo si tratta di valutazioni non semplici: nel caso di specie abbiamo immaginato una società di recente costituzione, ma potrebbe anche aversi il caso dell'impresa già consolidata, esistente da tempo, che ha bilanci solidi. Altro aspetto che il Curatore può prendere in considerazione è il “merito creditizio” dell'affittuaria.

- L'obbligo per l'Affittuaria, in ipotesi di assoggettamento dell'Affittante a procedure fallimentari, di **consentire ispezioni** da parte del curatore, o degli altri organi della procedura, con un congruo e ragionevole preavviso;
- Far assumere all'affittuaria gli **obblighi di conservazione** in efficienza degli impianti e delle attrezzature, **di provvedere alla loro manutenzione ordinaria e straordinaria**, di attivarsi, alla scadenza del contratto, o comunque nel momento della cessazione dei suoi effetti, allo scopo di favorire la reintestazione al nome dell'affittante Alfa srl delle autorizzazioni amministrative/licenze/permessi occorrenti per l'esercizio dell'attività d'impresa;
- Anche gli obblighi di **restituzione** devono essere disciplinati, con indicazione di un preavviso ragionevole, non troppo ampio: in questa prospettiva, assumono rilevanza gli accertamenti sulla consistenza iniziale e

finale, ed i criteri **condivisi** per la valorizzazione dei beni;

- Regolare la **prospettiva d'acquisto** della proprietà dell'azienda da parte dell'affittuaria Beta srl, sempre in termini coerenti rispetto ad una possibile successiva procedura fallimentare. La formula, a mio avviso, migliore è la **proposta irrevocabile d'acquisto** nella quale dovrà *indicarsi il termine* (che deve essere ragionevole, tenendo in considerazione la dinamica processuale) *il prezzo* (ancora una volta è il caso di dire che deve trattarsi di un'offerta economica che possa essere giudicata ragionevole ed adeguata) *le modalità di pagamento* (non necessariamente in un'unica soluzione, ma comunque entro un arco di tempo il più possibile contenuto, non dimenticando mai la tracciabilità) *le garanzie offerte* (aspetto non indefettibile, ma certamente gradito).