

*Le vendite dei complessi aziendali
nelle procedure concorsuali*

Luciano Matteo QUATTROCCHIO

INDICE

INTRODUZIONE.

PARTE PRIMA: IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA E LA SUA DISCIPLINA CIVILISTICA.

1. Premessa.

1.1. L'ambito di applicazione. Le nozioni di azienda e di ramo d'azienda.

1.2. Disposizioni normative in tema di "trasferimento di personale".

2. Nozione di azienda.

3. Gli elementi costitutivi dell'azienda.

4. La circolazione dell'azienda. Profili di carattere generale.

5. Il trasferimento d'azienda.

5.1. Aspetti generali.

5.2. Il divieto di concorrenza.

5.3. La successione nei contratti.

5.3.1. Disciplina generale.

5.3.2. Il contratto di locazione.

5.4. La successione nei crediti e nei debiti.

5.4.1. La sorte dei crediti.

5.4.2. La sorte dei debiti.

6. I segni distintivi.

7. L'affitto e l'usufrutto d'azienda.

7.1. La disciplina.

7.2. La cessazione del contratto d'affitto.

7.2.1. Premessa.

7.2.2. Il dato normativo.

7.2.3. Le cause di cessazione del contratto.

7.2.4. L'individuazione dei beni oggetto di retrocessione.

7.2.5. (Segue) L'avviamento.

7.2.6. La valutazione dei beni oggetto di retrocessione.

7.2.7. La determinazione delle differenze d'inventario.

7.2.8. Il risarcimento dei danni.

7.2.9. La disciplina del divieto di concorrenza.

7.2.10. Gli effetti della cessazione sui rapporti di lavoro.

8. Il sequestro e il pegno d'azienda.

9. La successione e l'azienda.

PARTE SECONDA: IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA NEL FALLIMENTO.

1. Premessa.

2. Il programma di liquidazione.

3. L'esercizio provvisorio, l'affitto d'azienda o di singoli rami.

3.1. L'esercizio provvisorio.

3.2. L'affitto dell'azienda o di singoli rami.

4. La cessione dei beni fallimentari.

4.1. Il subentro del curatore nelle procedure esecutive.

4.2. La vendita dei beni.

4.3. Le modalità competitive.

4.4. Il potere di sospensione.

5. La vendita dell'azienda o di singoli rami.

6. La cessione di partecipazioni.

PARTE TERZA: IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA NEL CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE.

1. Individuazione della fattispecie.

2. La continuità aziendale indiretta.

3. Gli strumenti di monitoraggio.

4. Gli strumenti di reazione.

5. Il tema dell'affitto-ponte.

PARTE QUARTA: I PROFILI PENALI NEL TRASFERIMENTO D'AZIENDA.

1. La posizione della giurisprudenza.

PARTE QUINTA: I METODI DI VALUTAZIONE DELL'AZIENDA NELL'AMBITO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI (IN CONTINUITA').

- 1. Individuazione dei metodi di valutazione dell'azienda.**
 - 1.1. Breve disamina dei metodi valutativi.**
 - 1.2. Il metodo patrimoniale semplice.**
 - 1.3. Il metodo patrimoniale complesso.**
 - 1.4. Il metodo reddituale.**
 - 1.5. Il metodo misto con stima autonoma dell'avviamento.**
 - 1.6. Il metodo misto con valutazione controllata delle immobilizzazioni.**
 - 1.7. Il metodo misto EVA.**
 - 1.8. Il metodo Discounted Cash Flow.**
 - 1.9. I metodi dei multipli.**
- 2. La valutazione delle aziende in esercizio.**
- 3. La valutazione del canone d'affitto d'azienda.**
 - 3.1. Considerazioni teoriche.**
 - 3.2. La prassi applicativa.**

INTRODUZIONE.

Un sistema, nel suo significato più generico, è un insieme di elementi o sottosistemi interconnessi tra di loro o con l'ambiente esterno tramite reciproche relazioni, ma che si comporta come un tutt'uno, secondo proprie regole generali. Più in particolare, può essere definito come l'unità fisica e funzionale, costituita da più parti o sottosistemi interagenti (od in relazione funzionale) tra loro (e con altri sistemi), formando un'entità unitaria, in cui ogni parte dà il proprio contributo per una finalità comune od un obiettivo identificativo di quel sistema (Wikipedia, voce "*Sistema*").

La caratteristica di un sistema è l'equilibrio complessivo che si crea fra le singole parti che lo costituiscono; tuttavia, l'equilibrio diventa instabile nel caso in cui il sistema appartenga alla categoria dei sistemi complessi.

In fisica un sistema complesso è un sistema in cui le singole parti sono interessate da interazioni locali, che provocano cambiamenti nella struttura complessiva. Maggiore è la quantità e la varietà delle relazioni fra gli elementi di un sistema, maggiore è la sua complessità (Wikipedia, voce "*Sistema complesso*").

Un'altra caratteristica di un sistema complesso è che può produrre un comportamento emergente, cioè un comportamento complesso non prevedibile e non desumibile dalla semplice sommatoria degli elementi che lo compongono.

Il comportamento emergente è la situazione nella quale un sistema esibisce proprietà inspiegabili sulla base delle leggi che governano le sue componenti prese singolarmente (Wikipedia, voce "*Comportamento emergente*").

Un comportamento emergente o proprietà emergente può comparire quando un numero di entità semplici (agenti) operano in un ambiente, dando origine a comportamenti più complessi in quanto collettività. La proprietà stessa non è predicibile e non ha precedenti, e rappresenta un nuovo livello di evoluzione del sistema.

Infatti, come affermato Philip Warren Anderson, premio Nobel per la fisica nel 1977, «*More is different*». L'insieme è, spesso, più della somma delle sue parti; ciò perché presenta, normalmente, proprietà che non sono la semplice somma delle proprietà delle sue parti: presenta cioè proprietà emergenti, difficilmente prevedibili studiando le sue singole componenti. Egli, più in particolare, osserva: «*Prendete una molecola di questo comunissimo liquido (n.d.r. l'acqua). In essa non c'è nulla di particolarmente complicato. C'è un grosso atomo, l'ossigeno, legato a due piccoli atomi di idrogeno. Il comportamento di una molecola d'acqua è descritto (con qualche difficoltà di carattere*

pratico) da note equazioni della meccanica quantistica. Ma mettiamo insieme miliardi e miliardi di molecole di acqua in un recipiente, a temperatura e pressione ambiente. Vedremo questo collettivo di molecole che inizia a gorgogliare, a gocciolare, a luccicare. Le molecole hanno acquistato una proprietà collettiva: sono diventate un liquido. Nessuna di esse, presa singolarmente, può essere definita una molecola liquida. Lo stato liquido – conclude Anderson – è una proprietà emergente. Una proprietà che è sola dell'insieme di molecole».

Il biologo Herbert Simon ha proposto che devono essere considerate emergenti quelle caratteristiche dei sistemi nel loro insieme che *«non possono (nemmeno in teoria) essere dedotte dalla più completa conoscenza delle componenti, prese separatamente o in altre combinazioni parziali».*

L'azienda, di cui si avrà modo di parlare diffusamente, è un sistema complesso con proprietà emergenti: come vedremo, infatti, l'azienda è qualcosa di più delle singole parti che la compongono ed in quanto tale è un sistema. Inoltre, possiede proprietà emergenti, che la rendono un sistema complesso; come è noto, le proprietà emergenti possono essere racchiuse nell'unitaria nozione di avviamento (v. *infra*).

PARTE PRIMA: IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA E LA SUA DISCIPLINA CIVILISTICA.

1. Premessa.

1.1. L'ambito d'applicazione. Le nozioni di azienda e di ramo d'azienda.

Per azienda – sebbene tale locuzione sia impropriamente utilizzata, anche in ambito professionale, come sinonimo di impresa o società – si intende il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'attività di impresa, sia individuale sia collettiva: è uno strumento dell'imprenditore, suscettibile di autonoma valorizzazione e circolazione, nel quale normalmente si configura un *quid pluris* rispetto agli elementi che lo compongono, dato dall'organizzazione e qualificato tecnicamente come “avviamento”.

La disciplina giuridica dell'azienda è stata introdotta dal Codice Civile del 1942 e non ha formato oggetto di alcuna rilevante innovazione legislativa sino ad oggi. Una recentissima Sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha stabilito che l'azienda deve essere considerata come un bene distinto dai singoli componenti, suscettibile di essere unitariamente posseduto e – se concorrono gli elementi indicati dalla legge – usucapito (Cass. S.U. 5 marzo 2014, n. 5087, in www.dirittoegiustizia.it).

La disciplina dell'azienda si applica ad ogni forma di impresa, a prescindere dal tipo di attività svolta (commerciale, agricola, artigiana o – qualora ritenuta ammissibile – civile). Non può essere invece applicata al complesso di beni organizzato dal professionista per lo svolgimento della propria attività, in quanto non sussiste uno dei requisiti per la configurazione di un'azienda, ossia l'attività di impresa.

L'azienda, in quanto complesso di beni organizzato, può formare oggetto di autonomo trasferimento.

Come precisato dalla giurisprudenza, è possibile affermare di essere di fronte ad ipotesi di trasferimento d'azienda «...ogni qual volta venga ceduto un insieme di elementi costituenti un complesso organico e funzionalmente adeguati a conseguire lo scopo in vista del quale il loro coordinamento è stato posto in essere, essendo necessario e sufficiente che sia stata ceduta un'entità economica ancora esistente, la cui gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare con le stesse o analoghe attività economiche [...]» (Cass. 12 luglio 2002, n. 10193); la giurisprudenza ha, inoltre, aggiunto «...che la nozione di trasferimento di azienda rilevante ai fini dell'art. 2112 c.c. novellato si identifica con qualsiasi operazione che comporti, indipendentemente

dal trasferimento di proprietà dei beni aziendali, il mutamento, anche parziale, nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità» (Cass. 17 luglio 2002, n. 10348).

In sostanza, la Suprema Corte ha individuato l'esistenza del trasferimento d'azienda ogni qualvolta:

- muti il titolare dell'attività (nella sostanza, il datore di lavoro);
- siano trasferiti i beni facenti parte del complesso aziendale;
- siano ceduti i contratti con la clientela;
- il personale continui a lavorare per il nuovo datore, o comunque venga riassunto, senza soluzione di continuità tra i due rapporti di lavoro;
- vengano mantenuti lo stabile ed il luogo di lavoro;
- venga svolta la medesima precedente attività del cedente.

Nel caso in cui l'impresa – individuale o collettiva – svolga più attività distinte, l'azienda si scompone in più rami d'azienda caratterizzati da autonomia funzionale ed organizzativa.

La Circolare Ministeriale n. 9/9/252 del 21 marzo 1980 individua quale *condicio sine qua non* al fine di identificare un “ramo d'azienda” l'esistenza di un collegamento tra gli elementi che la compongono, tale da costituire un'organizzazione produttiva; deve, cioè, trattarsi di un complesso di beni idoneo all'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico scopo, nonché al soddisfacimento delle esigenze tecniche richieste dall'attività produttiva.

Occorre, inoltre, rammentare come la Corte di Cassazione – nel tempo – si sia più volte pronunciata sul concetto di “ramo d'azienda”, precisando in particolare che: «... per “ramo d'azienda”, ai sensi dell'art. 2112 c.c., suscettibile di autonomo trasferimento riconducibile alla disciplina dettata per la cessione di azienda, deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile, la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità. Il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente, e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento, o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo, essendo preclusa l'esternalizzazione come firma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, di semplici reparti o uffici, di

articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza dei rapporti di lavoro ad un ramo di azienda già costituito...».

Ne discende che si applica la disciplina dettata dall'art. 2112 c.c., anche in caso di cessione di parte dell'azienda, purché si tratti di un insieme organicamente finalizzato all'esercizio dell'attività di impresa, con autonomia funzionale di beni e strutture.

Da ultimo, si ritiene utile richiamare la recente pronuncia della Suprema Corte, la quale ha ribadito l'insindacabilità, nonché la liceità, dell'operazione, qualora l'oggetto del trasferimento sia costituito da un'entità economica con propria identità, ovvero organizzata in modo stabile, e non destinata all'esecuzione di una sola opera, bensì costituente un legame funzionale tale da rendere l'attività dei lavoratori interagenti e capaci di tradursi in beni o servizi determinati (Cass. 24 ottobre 2014, n. 22688).

La Corte di Giustizia Europea (Sentenza del 6 marzo 2014 n. C-458/12), discostandosi dall'orientamento della Corte di Cassazione, ha affermato che l'art. 1, par. 1, lett. a) e b), della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento. Pertanto, si deve ritenere che rientri nella fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda anche l'ipotesi in cui quest'ultimo non sia preesistente alla cessione.

1.2. Disposizioni normative in tema di “trasferimento di personale”.

Con l'espressione “trasferimento d'azienda” – a norma dell'art. 2112, comma 5 c.c. – si intende *«qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro».*

Come è noto, il D.Lgs. n. 28 del 2001 ha modificato l'art. 2112 c.c. prevedendo che:

- in caso di trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro continua con il cessionario, ed il lavoratore conserva tutti i diritti che derivano dallo stesso;
- il cessionario è tenuto all'applicazione dei trattamenti economici e normativi, previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali, vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che gli stessi siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. Il

lavoratore conserva, pertanto, tutti i diritti derivanti dall'anzianità raggiunta anteriormente al trasferimento;

- il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento;
- cedente e cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti esistenti anteriormente alla data del trasferimento. A questo proposito – come chiarito dalla Corte di Cassazione nella Sentenza n. 8179 del 16 giugno 2001 – con il trasferimento non vi è un'estensione automatica della responsabilità dell'acquirente circa i debiti contratti dall'alienante nei confronti degli Istituti Previdenziali, per omesso versamento di contributi obbligatori dei lavoratori dipendenti esistenti al momento del trasferimento, in quanto gli stessi costituiscono debiti inerenti l'attività d'azienda verso terzi e non nei confronti dei dipendenti. Per quanto concerne i debiti INAIL, ai sensi dell'art. 15 del D.P.R. 11241/1965 – in caso di trasferimento d'azienda – l'acquirente è solidalmente obbligato con il venditore per i premi riferiti all'anno di trasferimento ed ai due antecedenti. Tale responsabilità sussiste a prescindere dall'iscrizione dei debiti suddetti nei libri contabili obbligatori.

Il Legislatore, con l'art. 2112 c.c., ha quindi voluto evitare che il trasferimento del c.d. “*ramo d'azienda*” si trasformi in un semplice strumento di sostituzione del datore di lavoro con un altro, sul quale i lavoratori possano riporre minore affidamento sia sul piano della solvibilità, sia dell'attitudine a proseguire con continuità l'attività produttiva (Cass. 9 maggio 2014, n. 10128).

Parte della dottrina, seguita dalla giurisprudenza prevalente, afferma che l'azienda è l'organizzazione non solo di beni, ma anche di servizi; che sono parte integrante della stessa i rapporti di lavoro con il personale, nonché tutti i rapporti contrattuali stipulati per l'esercizio dell'impresa, anche se aventi ad oggetto beni non attualmente impiegati nell'azienda. «*Poiché l'azienda è un complesso di beni e di servizi (capitale, fisso e circolante, e lavoro) unificati dalla unitaria destinazione produttiva, in funzione della quale sono organizzati e coordinati dall'imprenditore, essa cessa di esistere quando i vari elementi siano stati dispersi, assumendo i singoli beni destinazioni diverse, nella specie, per la chiusura dell'esercizio di vendita, la rimozione delle merci e delle attrezzature e la restituzione al proprietario del locale*» (Cass. 9 giugno 1981, n. 3723, in Giur. Comm., 1981, 1, p. 2942).

In tale prospettiva, la giurisprudenza giunge al limite di «(...) *legittimare in maniera finalmente certa ed inequivocabile una nozione di trasferimento di impresa con più attenuati caratteri di materializzazione e che cioè – in linea con un assetto produttivo diretto a dare sempre maggiore rilevanza alla capacità professionale e alle conoscenze tecniche dei lavoratori – consideri “attività economica” suscettibile di figurare come oggetto di detto trasferimento anche i soli lavoratori, che per essere stati addetti ad un ramo della impresa e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere autonomamente – e, quindi, pur senza il supporto di beni immobili, macchine, attrezzi di lavoro o di altri beni – le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro» (Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in Leg. e giust., 2003, p. 19). Pertanto, secondo la ricostruzione prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza, si può affermare che l'azienda è un complesso di beni in senso lato – ivi compresi i servizi dei prestatori di lavoro – nella disponibilità o nel godimento attuale dell'imprenditore, in virtù di diritti eterogenei – reali o di credito – strumentalmente coordinati dall'imprenditore in vista di un fine unitario – produttivo o di scambio – che è proprio l'esercizio dell'attività di impresa.*

Inoltre, in merito all'autonomia del ramo d'azienda trasferito si è espressa la Corte di Cassazione, con la Sentenza del 4 dicembre 2013, n. 21711, precisando «...*che il trasferimento a un altro datore di lavoro di una serie di contratti di lavoro eterogenei, [...] rappresenta cessione di ramo d'azienda solo se prima del negozio tra cedente e cessionario questi contratti configuravano una vera e propria struttura aziendale con autonomia funzionale e produttiva: in mancanza di questi elementi, il trasferimento è una mera esternalizzazione»*. Elemento qualificante dunque, ai fini del riconoscimento dell'operazione come “trasferimento di ramo” e non come mera delocalizzazione – o accentramento del personale –, risulta essere la preesistenza di un segmento aziendale autonomo oggetto di cessione.

Da ultimo, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha confermato il proprio orientamento, ribadendo che il requisito dell'autonomia produttiva e funzionale del ramo d'azienda oggetto del trasferimento deve essere preesistente all'atto del trasferimento stesso, non potendosi creare una struttura produttiva *ad hoc* al momento della cessione (Cass. S.U. 15 aprile 2014, n. 8756).

Per contro, la Corte di Giustizia Europea ha affermato che l'art. 1, par. 1, lett. a) e b), della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa

nazionale la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento. Pertanto, si deve ritenere che rientri nella fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda anche l'ipotesi in cui quest'ultimo non sia preesistente alla cessione; in ciò assecondando il disposto di cui all'art. 2112, comma 5, c.c., secondo cui si avrebbe trasferimento d'azienda anche per quell'attività economica organizzata identificata come tale *“dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento”* (Sentenza del 6 marzo 2014 n. C-458/12).

Concludendo, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza – per così dire *“domestica”* – è necessaria la preesistenza del segmento aziendale oggetto di cessione, nonché la sua autonoma e unitaria organizzazione, quali corollari del principio della conservazione dell'identità del ramo ceduto; al contrario, la giurisprudenza comunitaria ritiene che si rientri nella fattispecie del trasferimento d'azienda anche quando il ramo d'azienda medesimo sia di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta ad uno scopo unitario.

2. Nozione di azienda.

L'art. 2555 c.c. fornisce la nozione di azienda, stabilendo che essa è costituita dal complesso di beni organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'Impresa.

La definizione lascia intendere che l'azienda non è identificabile con l'attività di Impresa.

In particolare, l'impresa è l'attività (commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c., o agricola ai sensi dell'art. 2135 c.c.) esercitata dall'imprenditore, in forma sia individuale ai sensi degli artt. 2082 e 2083 c.c., sia collettiva secondo le forme previste dai Titoli V, VI e VII del Libro Quinto del Codice Civile.

Di tutt'altra natura è l'azienda, definibile come lo strumento attraverso il quale l'imprenditore esercita l'attività di impresa, composto da un complesso di beni materiali – ad esempio lo stabilimento in cui viene svolta l'attività, la scrivania e le altre strumentazioni – ovvero immateriali – quali le licenze, i brevetti, le conoscenze tecnologiche o personali dell'imprenditore stesso -.

Nella nozione di azienda, particolare rilevanza deve essere data all'organizzazione: l'azienda è un insieme di beni eterogenei che subisce modificazioni qualitative e

quantitative nel corso dello svolgimento dell'attività d'impresa, pur restando un complesso caratterizzato da unità di tipo funzionale, tenuto conto del coordinamento e del rapporto di complementarietà tra gli elementi costitutivi, nonché dell'unitaria destinazione a uno specifico fine produttivo ad opera dell'imprenditore.

L'esercizio dell'impresa presuppone pertanto tre elementi: uno soggettivo – l'imprenditore –, uno oggettivo – l'azienda – e uno fattuale – l'attività di impresa. Gli elementi devono necessariamente concorrere al fine dell'esercizio effettivo dell'attività.

La dottrina evidenzia come *«sarebbe possibile immaginare un'azienda senza imprenditore, o un imprenditore senza azienda, o, ancora, un'impresa senza imprenditore. Ma anche una pluralità di aziende esercitate da un'unica impresa o al contrario una pluralità di imprese con una sola azienda. Imprenditore, impresa e azienda sono momenti distinguibili tra di loro e quindi, al limite, possono presentarsi separatamente. Non è detto peraltro che ciò sia sempre e comunque ipotizzabile con facilità. Può esservi – temporaneamente ed eccezionalmente – imprenditore senza impresa e senza azienda, come è accaduto negli anni 1962-1963 in conseguenza della nazionalizzazione delle imprese elettriche nel periodo di tempo intercorso tra l'esproprio degli imprenditori elettrici con la riserva dell'attività all'ENEL e la modifica da parte degli imprenditori espropriati del loro statuto per dare alla loro attività un oggetto diverso. Può esservi azienda senza imprenditore e senza impresa, ad esempio per il periodo di tempo che segue alla sospensione dell'attività in conseguenza della morte o della interdizione o del fallimento del titolare. In questo caso l'azienda non può sopravvivere indefinitamente, ma sino a che si mantiene nella sua unità produttiva ed organizzativa e sino a che conserva la funzionalità all'esercizio dell'impresa, risponde ai requisiti dell'art. 2555 e può formare oggetto di negozio traslativo o essere riattivata.*

Non può sussistere invece un'impresa senza azienda. L'attività non si esercita se non vi sono beni con i quali esercitarla. Il nucleo aziendale può essere minimo ed elementare, ma deve esserci. Più delicato è il quesito se possa ipotizzarsi un'impresa senza imprenditore. L'impresa senza imprenditore sembra a prima vista una contraddizione in terminis. Come può esservi esercizio dell'impresa — la domanda sorge spontanea — se non vi è qualcuno (Stato o ente pubblico o privato o persona fisica o collettività di lavoratori) che metta in moto, o a cui ricondurre, il processo economico? L'ipotesi non può tuttavia essere esclusa in modo assoluto allorché l'attività sia svolta da un

imprenditore individuale e, morto questo, essa prosegue nelle more dell'accettazione dell'eredità da parte degli aventi diritto nel nome di un titolare che non c'è più» (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 608 ss.).

3. Gli elementi costitutivi dell'azienda.

L'azienda, come si è detto, è un complesso di beni; pare logico, quindi, domandarsi quali siano i beni che la compongono.

Parte della dottrina li individua in tutti i beni, di qualsiasi natura – mobili e immobili, materiali ed immateriali, fungibili ed infungibili – *«organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa»*.

Secondo tale orientamento, per qualificare un dato bene come bene aziendale rileva soltanto la destinazione funzionale, mentre è irrilevante il titolo giuridico (reale od obbligatorio) che legittima l'imprenditore ad utilizzare un dato bene nel processo produttivo. *«Pertanto, un bene di proprietà dell'imprenditore che non sia da questi effettivamente destinato allo svolgimento dell'attività di impresa, non è da considerarsi come bene aziendale. Per contro, la qualifica di bene aziendale compete anche ai beni di proprietà di terzi, di cui l'imprenditore può disporre in base ad un valido titolo giuridico, a condizione che li utilizzi nello svolgimento dell'attività di impresa»* (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 140 ss.).

Al fine di individuare con precisione i beni che compongono l'azienda è dunque necessario scomporre in tre passaggi logici la definizione dell'istituto: con l'aggettivo “tutti” vanno intesi i beni di titolarità sia dell'imprenditore sia di terzi; nell'ambito dell'universalità dei beni, così individuati, i beni ricompresi nell'azienda sono quelli che rientrano nel possesso dell'imprenditore, il quale li organizza, li amministra e gode dei benefici derivanti dal loro utilizzo; il terzo passaggio, fondamentale al fine dell'individuazione, è il complemento di scopo della definizione *«per l'esercizio dell'impresa»* e cioè la destinazione funzionale della citata universalità di beni.

L'analisi della definizione conduce all'identificazione dei criteri necessari per valutare quali siano i beni da ricomprendere nell'azienda: tutti quei beni, siano essi di proprietà dell'imprenditore o di terzi, che l'imprenditore utilizza al fine di esercitare l'attività di impresa. Sono invece esclusi dal perimetro aziendale tutti i beni di proprietà dello stesso (o di terzi), utilizzati per fini estranei all'attività di impresa.

Pare quindi potersi affermare che, affinché un bene possa essere qualificato come “bene aziendale” è necessario e sufficiente che lo stesso sia destinato all’esercizio dell’attività di impresa, ossia che il bene stesso sia inserito nel ciclo produttivo-economico volto alla produzione ed allo scambio di beni e servizi.

Controverso è invece, quale sia il significato da attribuire alla parola “beni” di cui all’art. 2555 c.c. e che cosa, quindi, debba ritenersi ricompreso in tale nozione.

La dottrina minoritaria sostiene che fanno parte dell’azienda, ai sensi dell’art. 2555 c.c., solo i beni di cui all’art. 810 c.c. e quindi i beni in senso proprio di cui l’imprenditore si avvale per l’esercizio dell’attività di impresa. *«Trattasi di una tesi fedele al dato letterale della norma: poiché, dal punto di vista giuridico, i beni sono solo le res che possono formare oggetto di diritti e la disciplina dell’azienda non pare offrire alcun valido argomento per affermare che nell’art. 2555 c.c. il termine “beni” sia stato utilizzato in un significato diverso e più ampio, la conclusione alla quale si può giungere è che elementi costitutivi dell’azienda sono solo i beni in senso proprio»* (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell’azienda*, Milano, 2014, p. 13).

Altra parte della dottrina, seguita anche dalla giurisprudenza prevalente, tende ad ampliare la nozione di “bene aziendale” e a ricomprendere tra gli elementi costitutivi dell’azienda ogni elemento patrimoniale utilizzato dall’imprenditore nell’esercizio della propria attività e, più in generale, tutto ciò che può costituire oggetto di tutela giuridica.

Si afferma, quindi, che l’azienda è l’organizzazione non solo di beni, ma anche di servizi; che sono parte integrante della stessa i rapporti di lavoro con il personale, nonché tutti i rapporti contrattuali stipulati per l’esercizio dell’impresa, anche se aventi ad oggetto beni non attualmente impiegati nell’azienda. *«Poiché l’azienda è un complesso di beni e di servizi (capitale, fisso e circolante, e lavoro) unificati dalla unitaria destinazione produttiva, in funzione della quale sono organizzati e coordinati dall’imprenditore, essa cessa di esistere quando i vari elementi siano stati dispersi, assumendo i singoli beni destinazioni diverse, nella specie, per la chiusura dell’esercizio di vendita, la rimozione delle merci e delle attrezzature e la restituzione al proprietario del locale; pertanto, in tale situazione, non è configurabile una misura cautelare (nella specie: sequestro conservativo) sull’azienda stessa, ormai cessata di esistere»* (Cass. 9 giugno 1981, n. 3723, in *Giur. Comm.*, 1981, 1, p. 2942).

La successione nei contratti previsti dall’art. 2558 c.c., nel caso di cessione di azienda, è istituto diverso dalla cessione del contratto di cui agli art. 1406 ss. c.c., in quanto può

intervenire in qualsiasi fase del rapporto contrattuale, purché non del tutto esaurito, e quindi anche nella fase contenziosa, inerente ad una domanda di esatto adempimento, di garanzia per vizi o di risoluzione per inadempimento, con la conseguenza che il cessionario dell'azienda assume la posizione di successore a titolo particolare nel diritto controverso, ai sensi ed agli effetti dell'art. 111 c.p.c. (Cass. 11 agosto 1990, n. 8219, in *Mass. Foro it.*, 1990, p. 979).

In una posizione intermedia si colloca poi parte della dottrina che, pur riconoscendo l'estraneità dei rapporti giuridici alla nozione di azienda, ritiene che gli stessi rapporti siano considerati dalla legge come pertinenti ad essa.

Si afferma in particolare che: «... per quanto attiene ai rapporti giuridici posti in essere per l'esercizio dell'azienda non sarebbero parti di essa né del diritto su di essa, come confermerebbe un confronto tra gli artt. 2558 e 2555; perterrebbero ed accedrebbero però ad essa e tali sarebbero considerati dalla legge. Di questo rapporto pertinente la norma darebbe riconoscimento e sanzione formale affermando la stretta inerente dei contratti al complesso aziendale oggetto di trasferimento ed essenzialmente preoccupandosi di stabilire per quali di essi non si abbia subingresso e sotto quali condizioni si possa recederne. Sicché l'imprenditore, che ne è il titolare, può disporre separatamente, staccandoli dal tutto» (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 619).

Concludendo, secondo la ricostruzione prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza, si può affermare che l'azienda è un complesso di beni in senso lato – ivi compresi i servizi dei prestatori di lavoro – nella disponibilità o nel godimento attuale dell'imprenditore, in virtù di diritti eterogenei – reali o di credito – strumentalmente coordinati dall'imprenditore in vista di un fine unitario – produttivo o di scambio – che è proprio l'esercizio dell'attività di impresa.

I beni, i diritti e gli altri rapporti sono strettamente funzionali all'organizzazione dei beni stessi, così che questo “collante funzionale” rende l'azienda diversa dalla mera somma dei singoli beni.

Rimane ancora da verificare se siano ricompresi nel compendio aziendale anche gli altri fattori produttivi.

La dottrina economica individua l'azienda nell'unità economica in cui si svolge il processo produttivo. Gli elementi fondamentali della sua attività sono: i fattori

produttivi da essa impiegati, il prodotto che risulta da tale impiego e il reddito, ossia la differenza tra il valore del prodotto (ricavo) e il valore dei fattori (costo).

In tal senso, la dottrina classica economica individua i fattori produttivi dell'azienda in "terra", "capitale" e "lavoro", in cui i beni classificabili come "terra" o "capitale" e il "lavoro" possono essere forniti dall'imprenditore stesso, ovvero da altri soggetti con i quali l'imprenditore stipula contratti di servizio (lavoro dipendente, collaborazioni, fornitura di energia elettrica ecc.).

L'esercizio dell'attività attraverso l'organizzazione dei beni e delle risorse aziendali genera – almeno nella teoria ed in contesti di "normalità" dei mercati – risultati di natura monetaria, qualora l'attività abbia scopo di lucro, o di qualsiasi altra natura. Sulla base di tale presupposto, l'azienda ha un valore differente rispetto alla semplice somma dei valori di alienazione dei singoli componenti.

Questa differenza è denominata "avviamento", che si estrinseca nella capacità dell'azienda di generare un risultato economico o di altra natura, positivo o negativo. In tal senso, potrebbe quindi configurarsi un avviamento negativo (o "disavviamento"), dovuto all'assorbimento di risorse che l'attività genera con il suo esercizio attraverso detto strumento.

L'avviamento (positivo) può essere, quindi, definito come l'attitudine dell'organismo produttivo a realizzare profitti (ricavi eccedenti i costi) maggiori di quelli raggiungibili attraverso l'utilizzazione isolata dei singoli elementi che la compongono.

L'avviamento, poi, può essere di tipo oggettivo o soggettivo. *«L'avviamento oggettivo deriva dalla stessa organizzazione dei beni aziendali ed è ricollegabile a fattori suscettibili di permanere anche se muta il titolare dell'azienda, in quanto insiti nel coordinamento funzionale esistente tra i diversi beni (si pensi alla capacità di un complesso industriale di consentire una produzione a costi competitivi sul mercato). Tale forma di avviamento si trasferisce con l'azienda e, quindi, l'acquirente dell'azienda lo consegue automaticamente, per il solo fatto di avere acquistato l'azienda. L'avviamento soggettivo, invece, dipende dalle qualità personali e dall'abilità operativa dell'imprenditore: esso indica la capacità personale del titolare dell'azienda di utilizzare al meglio i mezzi di cui dispone, competendo con successo sul mercato, procacciandosi e conservando la clientela; esso, per sua natura, è intrasferibile»* (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 17).

In dottrina e giurisprudenza si è largamente discusso circa la natura dell'avviamento: taluni lo identificano come bene ricompreso nel compendio aziendale, altri come una qualità di quest'ultimo.

Più precisamente, la dottrina tradizionale, unitamente a qualche pronuncia di merito, sul riflesso che il complesso aziendale «*costituisce una universitas rerum, comprendente cose corporali (mobili e immobili), cose immateriali, compreso l'avviamento, rapporti di lavoro con il personale, crediti e debiti (anche litigiosi) con la clientela, elementi, questi, tutti unificati, in senso funzionale, dalla volontà del titolare, in vista della loro destinazione al comune fine della perseguita attività commerciale*» (Trib. Catanzaro, 15 marzo 2011), identifica l'avviamento di un'azienda con la sua clientela: l'azienda è bene avviata e, quindi, ha un buon avviamento quando chi la gestisce può contare su una valida, solida ed affezionata clientela. L'avviamento allora, secondo tale ricostruzione, costituirebbe un bene aziendale di carattere immateriale.

La dottrina prevalente e la Suprema Corte, invece, negano che l'avviamento possa essere considerato come un bene autonomo e distinto, argomentando sulla base del fatto che esso non è suscettibile di autonomo trasferimento. L'avviamento, quindi, non è né un bene, né un diritto facente parte dell'azienda, ma costituisce una semplice qualità dell'azienda, anche se dotato di un proprio distinto valore patrimoniale ed oggetto di autonoma, sia pure parziale, tutela giuridica. In particolare: «*L'azienda, quale complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, si distingue nettamente dai beni che la compongono e prescinde dalla titolarità di questi ultimi. Essendo poi l'avviamento una qualità dell'azienda, il maggior valore economico che esso fa acquisire agli elementi che la compongono spetta a chi li abbia organizzati ai fini della produzione o dello scambio di beni o di servizi*» (Cass. 6 dicembre 1995, n. 12575, in www.dirittoegiustizia.it).

La consolidata giurisprudenza indica che «*l'avviamento, costituendo una qualità dell'azienda, non può farsi rientrare tra le consistenze che costituiscono, invece, elementi (materiali o immateriali) della sua struttura, e non fruisce, perciò, della indennizzabilità prevista dall'ultimo comma dell'art. 2561 c.c. (solo) per gli incrementi di queste ultime prodotti dall'usufruttuario o, ex art. 2562, dall'affittuario*» (Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in www.dirittoegiustizia.it); inoltre, la Suprema Corte ha precisato che «*non essendo l'avviamento un bene compreso nell'azienda e del quale si possa ipotizzare un vizio nel senso in cui tale nozione è intesa nell'art. 1490 c.c. in tema di*

vizi della cosa venduta, ma soltanto una qualità immateriale dell'azienda, che può essere dedotta in contratto e dar luogo alla fattispecie d'inadempimento descritta nell'art. 1497 c.c. in tema di mancanza di qualità promesse, la sua mancanza, o il suo valore inferiore alle pattuizioni del contratto non sono oggetto della speciale garanzia per vizi della cosa venduta prevista dalla legge e non possono essere poste a fondamento di un'azione di riduzione del prezzo» (Cass. 8 marzo 2013, n.5845, in www.dirittoegiustizia.it).

L'avviamento poi non si identifica con la clientela; esso, al contrario, risulta dal concorso di vari elementi, quali ad esempio il rapporto con i fornitori, il grado di capacità dei lavoratori dipendenti e degli altri collaboratori, l'organizzazione della produzione, l'ubicazione dell'azienda, ecc.

*«La clientela è, invece, il veicolo necessario attraverso il quale l'imprenditore realizza il suo profitto, identificandosi semplicemente come una delle componenti – seppur probabilmente la più importante – dell'avviamento dell'azienda» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 18).*

*«La possibilità di attribuire un distinto valore patrimoniale all'avviamento è confermata anche dal dato codicistico (così come modificato dal D. Lgs. 9 aprile 1991 n. 127), infatti l'art. 2424, 1° comma, c.c. statuisce di indicare nell'attivo dello stato patrimoniale del bilancio il valore dell'avviamento e l'art. 2426, n. 6, c.c. indica i criteri per la valutazione economica dell'avviamento» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 19).*

Oggetto di ampio dibattito è altresì la natura dell'azienda stessa, ove si riscontra il vivo contrasto tra le teorie unitarie e le teorie atomistiche.

La teoria unitaria considera l'azienda come un bene unico: un bene nuovo e distinto rispetto ai singoli beni che la compongono. Si è così affermato che l'azienda è un bene immateriale, rappresentato dall'organizzazione stessa. Nella stessa prospettiva, l'azienda è stata qualificata come un'universalità di beni: opinione quest'ultima che riscuote ancora oggi largo seguito soprattutto in giurisprudenza.

La giurisprudenza ha precisato che: *«L'acquisto da parte di un terzo di una quota ideale dell'azienda, già gestita, a scopo di profitto, dall'originario imprenditore individuale, determina tra le parti, in difetto di espressa pattuizione contraria, l'insorgere non già della comunione di godimento di cui l'art. 2248 c.c. – la quale non è configurabile nel caso in cui l'oggetto di comune utilizzazione sia costituito non dai vari beni che*

*costituiscono l'azienda, ma da questa stessa, secondo la sua strumentale destinazione all'esercizio dell'impresa – bensì di una società di fatto, col corollario che la successiva alienazione della quota è suscettibile di dimostrazione anche attraverso la prova testimoniale, in applicazione delle norme che disciplinano la società irregolare e con esclusione dell'applicabilità dell'art. 2556 c.c. che impone la prova scritta per il trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda» (Cass. 3 aprile 1993 n. 4053, in *Dir. fall.*, 1993, p. 1078).*

Sulla base di tale teoria, pertanto, il titolare dell'azienda ha sulla stessa un vero e proprio diritto di proprietà unitario, destinato a coesistere con i diritti (reali o obbligatori) che vanta sui singoli beni.

Il titolare dell'azienda può dunque tutelare il suo diritto sul complesso aziendale con gli strumenti che l'ordinamento concede al titolare del diritto di proprietà, anche se non vanta tale diritto su taluni beni aziendali.

*«La teoria atomistica concepisce invece l'azienda come una semplice pluralità di beni, funzionalmente collegati tra loro e sui quali l'imprenditore può vantare diritti diversi (proprietà, diritti reali limitati, diritti personali di godimento). Si esclude perciò che esista un "bene" azienda formante oggetto di autonomo diritto di proprietà o di altro diritto reale unitario e, quindi, si attribuisce un significato atecnico alle norme che parlano di proprietà o di proprietario dell'azienda e di usufrutto della stessa» (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 143)*

La questione pare ora risolta dalla Cassazione a Sezioni Unite, la quale nella sentenza già citata, ha affermato che, *«ai fini della disciplina del possesso e dell'usucapione, l'azienda, quale complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, deve essere considerata come un bene distinto dai singoli componenti, suscettibile di essere unitariamente posseduto e, nel concorso degli altri elementi indicati dalla legge, usucapito»* (Cass. S.U. 5 marzo 2014, n. 5087, in www.dirittoegiustizia.it).

4. La circolazione dell'azienda. Profili di carattere generale.

Come si è detto, l'azienda è un bene suscettibile di autonoma valutazione economica, distinto dai singoli componenti; pertanto, può sia circolare sia formare oggetto di diritti reali o di godimento.

Il titolare dell'azienda ha la facoltà di compiere atti di disposizione riguardanti l'intera azienda ovvero singoli beni aziendali.

Gli atti di disposizione possono avere diversa natura: e, così, l'azienda può essere venduta, conferita in società, donata, conferita in *trust*, oppure possono essere costituiti sulla stessa diritti reali, come l'usufrutto, o diritti personali di godimento, come l'affitto. Allo stesso modo, il titolare può trasferire uno o più beni aziendali: possono essere alienati singoli beni, quali i macchinari, i prodotti o i locali; possono anche essere ceduti – a vario titolo – i diritti di credito, i contratti o i debiti.

Naturalmente è di grande importanza stabilire, nel caso concreto, se il negozio compiuto dal titolare dell'azienda sia da qualificarsi come trasferimento di azienda (o di un suo ramo) o come cessione di singoli beni aziendali, dal momento che solo nel primo caso si applica la disciplina sulla circolazione dell'azienda di cui agli artt. 2555 ss. c.c..

La distinzione affrontata a livello teorico non è però sempre agevole nella pratica, soprattutto quando l'atto di disposizione comprende solo una parte dei beni aziendali. Inoltre, può verificarsi che le parti ricorrano ad espedienti, quali il frazionamento del trasferimento dell'azienda in più atti separati, per sottrarsi agli effetti nei confronti dei terzi che, *ex lege*, conseguono al trasferimento di un'azienda (ad esempio il subingresso dell'acquirente nei contratti di lavoro e la responsabilità dello stesso per i debiti aziendali).

Come precisato dalla dottrina, «... è principio consolidato che la qualificazione di una data vicenda circolatoria come trasferimento di azienda (complesso di beni organizzati) o come trasferimento di singoli beni aziendali deve essere operata secondo criteri oggettivi, ponendo lo sguardo sul risultato realmente perseguito e realizzato e non sul nomen dato al contratto dalle parti o alla loro intenzione soggettiva. Ciò in quanto il trasferimento di azienda produce effetti che incidono anche sulla posizione dei terzi» (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 147).

«È tuttavia altrettanto pacifico che, per aversi trasferimento di azienda, non è necessario che l'atto di disposizione comprenda l'intero complesso aziendale: si resta in tale ambito anche quando l'imprenditore trasferisce un ramo particolare della azienda, purché dotato di organicità operativa; tale aspetto incide anche sul piano fiscale, poiché vi è diversità di imposizione tra la cessione di azienda o di un suo ramo e la cessione di singoli beni della stessa» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 34)

In termini più generali, la Corte di Giustizia Europea è giunta alla conclusione che «la legislazione italiana non è contraria alla direttiva europea in materia di trasferimento

di azienda ove consente la cessione di rami privi di entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento» (C458/12, in www.europa.eu)

5. Il trasferimento d'azienda.

5.1. Aspetti generali.

La prima e più comune tipologia di trasferimento di azienda (o di un suo ramo) è la cessione della medesima.

Il contratto di trasferimento dell'azienda, ai sensi dell'art. 2556 c.c., è valido solo se stipulato con l'osservanza *«delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto»*.

È stato affermato che: *«Mancando un'autonoma ed unitaria disciplina della circolazione dell'azienda, il trasferimento di ciascun bene aziendale segue il regime dettato in via generale. Così, per il trasferimento della proprietà degli immobili aziendali all'acquirente è necessaria la forma scritta a pena di nullità (art. 1350, n. 1, c.c.). Devono essere altresì rispettate le regole di forma previste per il particolare tipo di negozio traslativo posto in essere; ad esempio, il conferimento dell'azienda in una società di capitali deve sempre avvenire per atto pubblico (art. 2328 c.c.)»* (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 148 ss.)

L'art. 2556, 1° comma, c.c., pur non richiedendo una specifica forma per la validità dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda, fa tuttavia espressamente salve, da una parte, le forme prescritte *ad substantiam* per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda e, dall'altra, quelle richieste dalla particolare natura del contratto di volta in volta adottato.

Avendo quindi riguardo alla natura dei beni che compongono il complesso aziendale, mentre nessun problema di forma si pone qualora l'azienda sia composta solo da beni mobili, nell'ipotesi in cui l'azienda comprenda anche beni immobili, affinché l'eventuale atto di cessione dell'azienda sia pienamente valido ed efficace, è necessaria la forma scritta, prevista a pena di nullità dall'art. 1350 comma 1, n.1 c.c..

È bene, al riguardo, precisare che la forma scritta è richiesta per la validità dell'alienazione dei beni immobili, mentre la trascrizione è necessaria al fine di rendere opponibile il loro trasferimento ai terzi *ex art. 2644 c.c.*, nonché ai creditori *ex art. 2914, n. 1, c.c.*

Se nell'azienda non vi sono beni per cui è prescritta una forma particolare, la cessione può anche avvenire in forma orale, prevalendo, in mancanza di diversa previsione legislativa, il principio della libertà di forma.

Come accennato, ai sensi dell'art. 2556, 1° comma, c.c., al fine di stabilire quale sia la forma necessaria per la validità del contratto di cessione di azienda, occorre avere riguardo, oltre che al tipo di beni ceduti, anche alla particolare natura del contratto concluso dalle parti. Devono quindi essere rispettate le regole formali previste per il tipo di negozio traslativo di volta in volta posto in essere.

L'art. 2556, 1° comma, c.c., dispone altresì che, per le imprese soggette a registrazione, ogni atto di disposizione deve essere provato per iscritto.

«Si tratta di una fattispecie di forma scritta ad probationem: la sua mancanza comporta come unico effetto che, in un'eventuale controversia giudiziaria, le parti (ma non i terzi) non potranno avvalersi della prova per testimoni per dimostrare l'esistenza di un contratto (art. 2725, 10° comma, c.c.)» (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 149)

La regola formale-probatoria non ha alcun riflesso sul piano sostanziale della valida ed efficace circolazione dell'azienda: essa ha un valore esclusivamente processuale, in quanto risponde soltanto ad una esigenza di certezza nei rapporti tra le parti contraenti.

Più precisamente, l'esigenza della forma scritta non impedisce il trasferimento, che – pur in assenza della scrittura – rimane valido, efficace e dimostrabile in giudizio con ogni mezzo dai terzi e nei loro confronti, ma le parti del negozio perdono la possibilità di ricorrere alla prova testimoniale per dimostrare, nei rapporti reciproci, l'esistenza del contratto traslativo.

Vi è dibattuto giurisprudenziale e dottrinale in ordine all'ambito di applicabilità della disposizione in esame, essendo controversa l'interpretazione dell'espressione “*imprese soggette a registrazione*”. Ciò sul riflesso che l'art. 8 L. 29.12.1993, n. 580 ha previsto forme di pubblicità, oltre che per le imprese commerciali, anche per gli imprenditori agricoli di cui all'art. 2083 c.c. e per le società semplici, stabilendo che essi siano iscritti in sezioni speciali del Registro delle Imprese, attribuendo a tale iscrizione la funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia.

In tale contesto, non è chiaro se la categoria delle “*imprese soggette a registrazione*” di cui all'art. 2556 c.c. comprenda le sole imprese soggette a registrazione nella sezione ordinaria del registro o se invece, a seguito delle modifiche legislative di cui sopra,

annoveri anche le imprese che prima erano certamente escluse dalla categoria, ossia quelle assoggettate (ora) ad iscrizione nelle sezioni speciali.

La dottrina prevalente ritiene che la previsione di cui all'art. 2556 c.c. continui a non riguardare le piccole imprese e le imprese agricole individuali o costituite in forma di società semplice: in definitiva, l'istituzione – nel Registro delle Imprese – di apposite sezioni speciali non ha sortito alcun effetto sulla determinazione dell'ambito applicativo dell'art. 2556 c.c.. Secondo tale impostazione – peraltro condivisa dalla giurisprudenza – la cessione dell'azienda facente capo a imprese piccole o svolgenti attività agricola non richiede la forma scritta, neppure *ad probationem*, con la conseguenza che l'esistenza del contratto può essere provato con ogni mezzo, anche mediante presunzioni o testimoni.

«A norma dell'art. 2556 c.c., è da escludere che per il trasferimento di un'azienda mobiliare sia richiesta la prova scritta a pena di nullità; non è inoltre necessaria per il combinato disposto degli art. 2556, 2202 e 2083 c.c., prova scritta nei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o del godimento di un'azienda di piccolo commercio, non essendo la stessa soggetta a registrazione» (Cass., 4 giugno 1997, n. 4986, in www.dirittoegiustizia.it).

Il secondo comma dell'art. 2556 c.c. stabilisce che i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda *“in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese”*.

Nel nuovo testo introdotto dalla legge 12 agosto 1993 n. 310, la norma prescrive che, a tal fine, il contratto di trasferimento deve essere sempre redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve essere depositato (non più a cura delle parti ma) a cura del notaio per l'iscrizione, nel termine di trenta giorni.

La norma pone quindi per le parti contraenti un onere di forma e, per il notaio rogante, un obbligo di deposito e registrazione.

«Con questo meccanismo, basato su un incentivo per le parti ad utilizzare una determinata forma e sull'obbligo per il pubblico ufficiale coinvolto di curare il compimento di determinate formalità, il legislatore ha predisposto le condizioni affinché gli atti di trasferimento dell'azienda siano adeguatamente pubblicizzati» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 43)

«La disposizione, così come oggi formulata, persegue anche finalità di ordine pubblico (prevenire e reprimere operazioni di riciclaggio di danaro); ciò spiega perché, forzando la lettera della norma, qualcuno ritiene che l'obbligo di registrazione sussista anche quando l'alienante e l'acquirente sono imprenditori tenuti soltanto all'iscrizione nelle sezioni speciali del Registro delle Imprese (piccoli imprenditori, imprenditori agricoli individuali e società semplice)» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 43 ss.).

«Resta tuttavia fermo che solo l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro, se dovuta, produce la funzione dichiarativa (opponibilità del trasferimento) nei confronti dei terzi» (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 149).

La pubblicità di cui all'art. 2556, 2° comma, c.c. ha – secondo la dottrina prevalente – valore di mera pubblicità dichiarativa, senza che da essa possano scaturire effetti sostanziali.

«Si nega, in particolare, che l'iscrizione nel Registro delle Imprese sia idonea a risolvere eventuali conflitti tra una pluralità di acquirenti dello stesso bene: l'iscrizione di cui all'art. 2556 c.c. non costituisce un sistema per stabilire, al pari della trascrizione degli atti relativi a beni immobili, quale soggetto prevalga nell'eventualità in cui una stessa azienda sia stata acquistata da due o più acquirenti, ciascuno dei quali abbia regolarmente proceduto all'iscrizione del proprio titolo di acquisto» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 45)

Il problema di antinomia delle forme rimane, comunque, superato nella pratica: infatti, la forma del contratto di trasferimento d'azienda utilizzata è generalmente quella scritta, e più in particolare la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico, in quanto richieste ai fini della (obbligatoria) iscrizione presso i pubblici registri.

5.2. Il divieto di concorrenza.

Il primo effetto del trasferimento della titolarità dell'azienda comporta, ai sensi dell'art. 2557 c.c., l'astensione, da parte dell'alienante – per un periodo di cinque anni dal trasferimento –, «dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia tale da sviare la clientela dell'azienda ceduta».

In ordine al fondamento di tale divieto, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato numerose tesi, le più importanti delle quali possono essere sintetizzate come segue.

Parte della dottrina ritiene che il divieto di concorrenza costituisce espressione dell'obbligo per l'alienante di consegnare all'acquirente dell'azienda la clientela, intesa come uno degli elementi costitutivi del complesso aziendale.

Più precisamente, partendo dal presupposto – sopra evidenziato – che la clientela non è un elemento estrinseco dell'azienda, ma, al contrario, è uno dei beni che concorrono a formarla (avviamento), si giunge alla conclusione che essa, con la cessione di azienda, viene trasferita insieme a tutti gli altri suoi elementi costitutivi.

Secondo tale impostazione (definita come teoria dell'esplicitazione del principio della irrevocabilità unilaterale degli atti negoziali), il divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c. costituisce lo strumento atto ad evitare che l'alienante, concluso il contratto di trasferimento di azienda, possa successivamente “riprendersi” un bene già alienato, ponendo in essere comportamenti concorrenziali volti a realizzare di fatto tale sottrazione.

Altra dottrina afferma, invece, che la *ratio* del divieto di concorrenza è costituita dall'obbligo dell'alienante dell'azienda di garantire il compratore contro l'evizione ed i vizi cui può andare incontro in seguito alla cessione.

La dottrina prevalente, seguita dalla giurisprudenza, ritiene che il divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c. costituisca un effetto “normale” del negozio di trasferimento dell'azienda, che trova la sua fonte nella legge e non nella volontà delle parti e si traduce in obbligo di non fare, posto in capo all'alienante, in applicazione del generale principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti di cui all'art. 1375 c.c.

«L'azione di concorrenza sleale e quella di contraffazione della ditta o del marchio si distinguono nettamente l'una dall'altra, per la loro diversa natura, oggetto e presupposti; tuttavia, quando l'attività, nella quale si afferma concretizzarsi la concorrenza sleale, viene ricollegata alla contraffazione di detti segni distintivi, l'insussistenza di detta contraffazione importa, altresì, come necessaria conseguenza, l'esclusione di concorrenza sleale proposta sotto tale aspetto» (Cass. 13 febbraio 1975 n. 225, in *Giur. Comm.*, 1975, p. 1427).

La norma contempera due opposte esigenze: da un lato, quella dell'acquirente dell'azienda di trattenere la clientela dell'impresa e quindi di godere dell'avviamento (soggettivo), del quale di regola si è tenuto conto nella pattuizione del prezzo di vendita; dall'altro lato, quella dell'alienante a non vedere compressa la propria libertà di

iniziativa economica oltre un determinato arco di tempo (legislativamente ritenuto) sufficiente per consentire all'acquirente di consolidare la propria posizione nel mercato. Il divieto di concorrenza – in quanto disposto a tutela dell'interesse dell'acquirente onde evitare un indebito sviamento di clientela – è derogabile e ha carattere relativo: sussiste nei limiti in cui la nuova attività di impresa dell'alienante sia “*idonea a sviare clientela all'azienda ceduta*”. Le parti possono anche ampliare la portata dell'obbligo di astensione (ad esempio, ad attività non direttamente concorrenziali), purché non sia impedita ogni attività all'alienante (art. 2557, 2° comma, c.c.). È in ogni caso vietato prolungare oltre i cinque anni la durata del divieto (art. 2557, 3° comma, c.c.).

«La disposizione contenuta nell'art. 2557 c.c. (secondo cui chi aliena l'azienda deve astenersi, per un periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta, appropriandosi nuovamente dell'avviamento) non ha il carattere dell'eccezionalità, in quanto con essa il legislatore non ha posto una norma derogativa del principio di libera concorrenza, ma ha inteso disciplinare nel modo più congruo la portata di quegli effetti connaturali al rapporto contrattuale posto in essere dalle parti. Pertanto, non è esclusa l'estensione analogica del citato art. 2557 c.c. all'ipotesi di cessione di quote di partecipazione in una società, ove il giudice di merito, con un'indagine che tenga conto di tutte le circostanze e le peculiarità del caso concreto, accerti che tale cessione abbia realizzato un “caso simile” all'alienazione di azienda, producendo sostanzialmente la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'azienda» (Cass. 23 settembre 2011 n. 19430, in *Soc.*, 2011, p. 1340).

«Il divieto è da ritenersi applicabile non solo alla vendita volontaria di azienda, ma anche quando la vendita è coattiva. Il divieto graverà perciò in capo all'imprenditore fallito nel caso di vendita in blocco dell'azienda da parte degli organi fallimentari, dal momento che la vendita ha pur sempre per oggetto l'azienda del fallito e non possono che ricadere sullo stesso tutti gli effetti ex lege ricollegati alla vendita. Ciò anche se il negozio è posto in essere dagli organi preposti alla procedura» (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 150).

L'art. 2557 c.c. non si limita a prevedere un generico divieto di concorrenza a carico del soggetto alienante, ma provvede anche a disciplinare tale divieto ponendo limiti alla sua estensione.

In primis la norma in esame determina in cinque anni la durata del divieto legale di concorrenza. Si tratta di un lasso di tempo offerto all'acquirente affinché egli possa consolidare il rapporto con la clientela già facente capo all'azienda acquistata, sostituendosi nei rapporti in essere con l'alienante.

La disposizione offre, peraltro, ulteriori elementi di specificazione: chi aliena l'azienda deve astenersi dall'iniziare attività di impresa «*che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta*».

La nuova impresa eventualmente iniziata dall'alienante non deve, quindi, avere un oggetto tale da poter determinare lo sviamento di clientela. Dalla lettura della disposizione pare che, affinché possa dirsi violato il divieto di concorrenza, non è necessario che l'oggetto della nuova azienda sia interamente identico a quello dell'azienda ceduta; costituisce violazione del divieto di concorrenza anche il comportamento dell'alienante il quale dia inizio ad una impresa che produce beni, seppur non identici, in qualche modo simili, tanto da poter essere considerati succedanei, avvantaggiandosi della sua posizione sul mercato e dei suoi precedenti rapporti con i clienti.

«*Esiste violazione del patto di non concorrenza disciplinato dall'art. 2596 c.c. quando l'obbligato intraprenda un'attività economica nell'ambito dello stesso mercato in cui opera l'imprenditore, che sia idonea a rivolgersi alla clientela immediata di questi, offrendo servizi che, pur non identici, siano parimenti idonei a soddisfare l'esigenza sottesa alla domanda che la clientela chiede di soddisfare*» (Cass. 21 gennaio 2004, n. 988, in *Arch. Civ.*, 2004, p. 1318).

Tuttavia, la produzione di beni identici può non essere sufficiente ad integrare una violazione del divieto di concorrenza: può, infatti, accadere che venga destinata ad un ambito territoriale del tutto differente rispetto a quello dell'azienda ceduta, in modo tale da evitare che si realizzi uno sviamento della clientela. Nel mondo economico globalizzato di oggi, potrebbe essere più difficile tutelare il divieto "territoriale" di concorrenza: l'alienante potrebbe, infatti, vendere i prodotti attraverso un sito localizzato anche dall'altra parte del mondo, attraendo i suoi vecchi clienti.

Dall'analisi della disciplina del divieto di concorrenza contenuta nell'art. 2557 c.c., discende che tale divieto ha carattere relativo: l'operatività del divieto rimane subordinata ad un giudizio di idoneità della nuova impresa a sviare la clientela di quella ceduta.

Il carattere relativo del divieto di concorrenza trova conferma nella possibilità offerta alle parti di derogare, sia pure entro certi limiti, alla disciplina di legge.

A tale proposito, il secondo comma dell'art. 2557 c.c. prevede espressamente la validità del patto con il quale le parti convengono un'astensione dalla concorrenza in termini più ampi rispetto a quelli previsti dal primo comma. Tale derogabilità convenzionale incontra però due limiti: in primo luogo l'ampliamento eventuale del divieto di concorrenza non può essere comunque tale da impedire ogni attività dell'alienante; in secondo luogo l'ampliamento non può riguardare la durata massima del divieto; infatti, nel caso in cui venga convenzionalmente fissato un termine superiore ai cinque anni, il termine stesso si riduce automaticamente a quello massimo di legge.

Nessun limite sussiste invece, secondo la dottrina, per la restrizione dei limiti del divieto di concorrenza.

«In ogni caso, in applicazione del principio generale stabilito dall'art. 2596 c.c., il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 59).

«Atteso il principio generale della libertà delle forme, la clausola di esclusiva inserita in contratti di vendita o di somministrazione, per i quali non sia richiesta la forma scritta, resta soggetta alla medesima disciplina formale del contratto nel suo complesso, talché non soggiace all'operatività dell'art. 2596 c.c. che impone tale forma, ad probationem per il patto che limita la concorrenza» (Cass. 18 dicembre 1991, n. 13623, in *Guida dir.*, 1991, p. 132).

Da ultimo si rammenta che l'art. 2557 c.c. prevede l'espressa applicabilità del divieto di concorrenza non solo per il caso di alienazione dell'azienda (comma 1), ma anche per i casi di costituzione di usufrutto sull'azienda o di concessione in affitto della stessa.

«Inoltre, il divieto continua ad operare anche se l'azienda viene ulteriormente alienata: esso vale dunque verso tutti coloro che, nel quinquennio, ne diverranno titolari» (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 151).

«Per il caso di violazione del divieto di concorrenza il legislatore non prevede alcuna sanzione particolare: alla violazione consegue il diritto al risarcimento del danno eventualmente subito, il diritto di risoluzione del contratto di cessione e la facoltà di chiedere l'inibitoria dell'attività vietata» (COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, in *Trattato Galgano*, Padova, 1979, 220 ss.).

5.3. La successione nei contratti.

5.3.1. Disciplina generale.

L'art. 2558 c.c. stabilisce che l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale, salvo diversa pattuizione tra le parti

Il legislatore ha previsto il subingresso dell'acquirente nella trama dei rapporti contrattuali in corso di esecuzione – che l'alienante ha stipulato in precedenza con fornitori e clienti – al fine di favorire il mantenimento dell'unità economica dell'azienda.

Mediante la successione nei contratti il cessionario dell'azienda ha la possibilità di assicurarsi i fattori produttivi necessari all'organizzazione dell'impresa, allo svolgimento dei cicli produttivi, nonché a dare sbocco ai prodotti dell'azienda.

La disposizione di cui all'art. 2558 c.c. si applica ai soli contratti a prestazioni corrispettive ancora non completamente eseguiti. Qualora, invece, uno dei contraenti abbia già interamente eseguito la propria prestazione, anche se residua esclusivamente un credito o un debito dell'alienante, si applicano rispettivamente l'art. 2559 o l'art. 2560 c.c..

«Questa previsione normativa speciale tutela l'interesse dell'acquirente a subentrare nei contratti già in corso di esecuzione, rispetto alla disciplina generale della cessione dei contratti di cui agli artt. 1406 ss. c.c. Sotto quest'ultimo aspetto, il consenso del contraente ceduto non è necessario al fine del trasferimento del contratto: l'effetto successorio si produce dal momento stesso in cui diventa efficace il trasferimento dell'azienda, con la conseguenza che da questo momento il terzo contraente deve eseguire le proprie prestazioni nei confronti del nuovo titolare dell'azienda» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p.70).

Per contro, come specificato dalla giurisprudenza, *«La cessione del contratto si configura essere contratto plurilaterale, che si perfeziona quando il proponente (o i proponenti, nel caso di proposta comune tra cedente e cessionario) ha notizia dell'accettazione dell'ultimo dei due destinatari, assumendo pertanto imprescindibile rilievo al riguardo (pure) il consenso del contraente ceduto, che, così come quello delle altre parti, può essere espresso anche tacitamente (salvo che per il contratto ceduto siano richiesti particolari requisiti di forma, in tal caso da osservarsi anche per la cessione del contratto, e, quindi, anche da parte del ceduto medesimo), pure*

successivamente (ma sempre che non sia venuto meno) all'accordo tra cedente e cessionario, l'accertamento della cui sussistenza costituisce peraltro indagine di fatto, rimessa al giudice del merito ed insindacabile in sede di legittimità ove congruamente motivata» (Cass. 15 marzo 2004, n. 5244, in Nuova giur. civ. comm., 2005, p. 183 ss.).

Nel trasferimento d'azienda, per impedire il passaggio dei contratti all'acquirente occorre, invece, stipulare un patto contrario contemporaneamente all'atto di vendita, con il limite che l'esclusione di alcuni beni e/o contratti non incida sui connotati fisionomici dell'azienda ceduta. Qualora, infatti, i contratti esclusi dal trasferimento riguardino beni e/o contratti il cui impiego è essenziale all'organizzazione aziendale, la qualificazione del contratto in termini di cessione d'azienda potrebbe essere posta in discussione; trattandosi più verosimilmente, in tale caso, di cessione di beni atomisticamente intesi e non di azienda. Potrebbero, per contro, essere esclusi senza limitazione i contratti non essenziali per l'esercizio dell'attività d'impresa.

«Il contraente ceduto è comunque tutelato, non attraverso il suo consenso, ma con la previsione in suo favore della facoltà di recesso, che può essere esercitata nel termine di tre mesi dalla notizia del trasferimento, sempreché sussista una giusta causa e salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante ex art. 2558, 2° comma, c.c.» (FERRENTINO-FERRUCCI, Dell'azienda, Milano, 2014, 70).

E, come osservato dalla giurisprudenza, *«In caso di cessione d'azienda, che comporta la successione ope legis nei contratti stipulati per l'esercizio della stessa, il cedente risponde del buon fine di tali contratti soltanto nei confronti del cessionario, ai sensi dell'art. 2558, 2° comma, c.c., e non anche nei confronti del contraente ceduto, al quale la legge accorda quale unica forma di tutela il diritto di recesso. Il cessionario d'azienda, infatti, si trova obbligato a subire le eventuali conseguenze economiche pregiudizievoli derivanti dalla caducazione dei rapporti contrattuali già rientranti nel patrimonio dell'azienda e sui quali aveva fatto affidamento, mentre il ceduto non può vantare alcun titolo di responsabilità contrattuale od aquiliana nei confronti del cedente, in ragione, nel primo caso, dell'intervenuta novazione soggettiva del negozio e, nel secondo caso, della liceità in sé della cessione» (Cass. 15 settembre 2009, n. 19870, in Mass. giur. it., p. 2009).*

Il terzo contraente dovrebbe dimostrare che chi acquista l'azienda (persona fisica o giuridica) non ha una situazione patrimoniale sufficiente a garantire l'esecuzione del contratto. In altri termini, la giusta causa non può sorreggersi su valutazioni di ordine

soggettivo, ma deve porre le sue radici su dati oggettivi. D'altro canto, il terzo contraente non può pretendere di continuare il contratto con l'alienante e, in tal senso, riaffiora il concetto di *universitas*: accetta l'acquirente come controparte oppure – se vi sono i presupposti – recede dal contratto.

«Tuttavia, il terzo contraente ha facoltà di richiedere i danni al venditore ai sensi dell'art. 1223 c.c., qualora ne sussistano i presupposti» (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 637).

Allo stesso modo, succedono *ipso iure* i rapporti contrattuali pendenti – purché non abbiano carattere personale – senza che rilevi il consenso del contraente ceduto.

Conseguenza inevitabile è che l'acquirente all'atto di acquisto dell'azienda subentra anche nei contratti di cui ignora l'esistenza.

Vi è però la possibilità per l'acquirente di tutelarsi antecedentemente contro il pericolo di succedere in contratti di cui ignori l'esistenza mediante un'espressa pattuizione scritta.

Alcuni esempi di contratti che possono essere considerati personali sono: l'associazione in partecipazione, per quel che riguarda la posizione dell'associante; la vendita con esclusiva e divieto di cessione dell'esclusiva; il mandato; l'appalto; ecc.. In ogni caso occorre valutare di volta in volta le singole situazioni, dando rilievo all'infungibilità che in concreto ha o ha assunto l'attività personale dell'imprenditore (anche collettivo: l'*intuitus* può valere nei confronti di qualsiasi organizzazione imprenditoriale).

«In tema di cessione d'azienda (...), trova applicazione il principio, ai sensi dell'art. 2558 c.c., del trasferimento al cessionario dei contratti stipulati, potendo le parti, in forza del patto derogatorio previsto in detta norma, eccettuare il passaggio di alcuni contratti, ma non anche di alcuni rapporti negoziali, determinandosi con la cessione il subentro dell'acquirente d'azienda nel rapporto contrattuale nella sua interezza, cioè per il complesso di prestazioni, obblighi e diritti dal medesimo scaturenti; ne consegue l'inopponibilità alla stazione appaltante pubblica del patto, intercorso fra l'appaltatore cedente e il cessionario d'azienda, in forza del quale il primo conserva i diritti di credito relativi a riserve iscritte in contabilità sui lavori eseguiti» (Cass. 23 gennaio 2012, n. 840, in www.dirittoegiustizia.it).

Particolare importanza riveste la questione dei contratti di lavoro subordinato.

«Se si ritiene applicabile il 2° comma dell'art. 2558 c.c. in presenza della disciplina particolare di cui all'art. 2112 c.c. (come modificato dal D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18),

*viene da chiedersi quale utilità presenti per i lavoratori la prospettiva, recedendo, di perdere il posto di lavoro. La questione sorge in realtà solo per i lavoratori che si trovano ad un certo grado di qualificazione e sicurezza professionale; nasce cioè per chi sia in posizione di minor debolezza e può diventare drammatica per determinate categorie la cui attività tocchi direttamente i nodi delle libertà individuali. La cessione di una testata e il conseguente mutamento negli orientamenti di un giornale sono, ad esempio, tali da creare gravi problemi di coscienza e di sopravvivenza, ai giornalisti che ne dipendono» (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 638).*

Il trasferimento dell'azienda comporta, in capo al cedente e al cessionario, l'obbligo – nel caso in cui siano impiegati più di quindici dipendenti nel trasferimento – di compiere una serie di adempimenti, aventi la finalità di dare alle associazioni sindacali l'opportunità di valutare l'operazione che si ha in animo di compiere e i riflessi che essa può avere sui diritti, nonché le posizioni dei lavoratori interessati, così da proporre eventualmente misure da adottare per salvaguardare tali diritti e posizioni.

*«In particolare, l'art. 47, 1° comma, legge 29 dicembre 1990, n. 428, stabilisce che cedente e cessionario, intenzionati a trasferire un'azienda o un ramo della medesima, devono dare comunicazione per iscritto di tale volontà, almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta una intesa vincolante tra le parti (se precedente), alle rispettive rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali, costituite a norma dell'art. 19, legge 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. "Statuto dei Lavoratori") nelle unità produttive interessate, nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 102).*

L'informativa, in particolare, deve essere fornita in ordine alla data di trasferimento, ai motivi dell'operazione, alle sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori e alle misure previste nei confronti degli stessi.

«Nell'ipotesi (non espressamente prevista dall'art. 2112 c.c) di trasferimento di una sola parte dell'azienda, anziché di questa nella sua interezza, il datore di lavoro cedente, che continui un'attività economica nel complesso dei residui beni organizzati, ha il potere sia di recedere in tempo utile (sussistendone le ragioni giustificative) dai rapporti di lavoro con i dipendenti che già prestavano la propria opera nell'ambito dei

beni trasferiti, sia di trattenere tali lavoratori presso di sé, impiegandoli (nel rispetto delle relative aspettative di professionalità e salva l'infrazionabilità dell'anzianità) nel complesso dei beni non ceduti senza che la prosecuzione del detto rapporto di lavoro con l'imprenditore alienante necessiti del consenso del lavoratore (...)» (Cass. 24 gennaio 1991, n. 671, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 78).

Ed ancora, *«in caso di conferimento di un'azienda individuale ad una società – sia essa di persone o di capitali – si verifica un fenomeno traslativo non soggetto alla disciplina dell'art. 2498 c.c. (concernente esclusivamente il caso di trasformazione di società da un tipo in un altro, con conseguente passaggio ipso iure dalla prima alla seconda di diritti ed obblighi), ma bensì, ove il trasferimento investa l'intera struttura aziendale o parti di essa idonee a costituire autonome unità organizzative e produttive, alle disposizioni dettate, per gli aspetti generali del fenomeno stesso, dagli art. 2558 ss. c. c. e, per quelli particolari attinenti ai rapporti di lavoro, dall'art. 2112 c. c., in applicazione del quale sussiste la solidale responsabilità – per i debiti contratti verso i lavoratori anteriormente al trasferimento (anche se al momento di questo i relativi rapporti di lavoro non siano più in atto ed anche se detti debiti conseguano alla disposta integrazione giudiziale della retribuzione ex art. 36 Cost. e 2099 c. c.) – del socio conferente e della società nonché, eventualmente, in relazione al tipo di questa, dei soci illimitatamente responsabili»* (Cass. 10 marzo 1990, n. 1963, in *Arch. Civ.*, 1990, p. 587).

5.3.2. Il contratto di locazione.

La legge sull'equo canone (Legge 29 luglio 1978, n. 392), all'art. 36, regola la sublocazione e cessione del contratto di locazione. Tale norma prevede che *«Il conduttore può sublocare l'immobile o cedere il contratto di locazione anche senza il consenso del locatore, purché venga insieme ceduta o locata l'azienda, dandone comunicazione al locatore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Il locatore può opporsi, per gravi motivi, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione. Nel caso di cessione il locatore, se non ha liberato il cedente, può agire contro il medesimo qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte. Le indennità previste dall'articolo 34 sono liquidate a favore di colui che risulta conduttore al momento della cessazione effettiva della locazione»*.

La cessione regolata dal citato art. 36 è una forma di cessione del contratto che trova negli art. 1406 c.c. l'istituto generale. I due istituti anche se si pongono in rapporto di

genere a specie si distinguono perché l'istituto generale (1406 c.c.) è un contratto, necessariamente, trilaterale, in quanto richiede per il perfezionarsi il consenso del ceduto, cessionario e cedente, mentre la forma speciale di cessione (regolata dall'art. 36 della legge del 1978, n. 392) può essere realizzata anche senza il consenso del proprietario, ma solo se il contratto di locazione è ceduto con l'azienda; in altri termini, la cessione dell'azienda determina anche il trasferimento del contratto di locazione, indipendentemente dal consenso del locatore.

5.4. La successione nei crediti e nei debiti.

5.4.1. La sorte dei crediti.

Gli artt. 2559 e 2560 c.c. disciplinano la sorte dei crediti e dei debiti aziendali.

Prima di affrontare gli effetti sugli stessi, è necessario comprendere il coordinamento che queste due norme hanno con l'art. 2558 c.c. e quali siano i confini esistenti tra il contratto e il credito/debito.

La dottrina è concorde sul fatto che l'art. 2558 c.c. si applichi ai contratti stipulati dall'imprenditore che cede l'azienda a prestazioni corrispettive non integralmente eseguite da entrambe le parti al momento della cessione dell'azienda (contratti dai quali, dunque, derivano diritti ed obblighi reciproci, tuttora sussistenti); e che, viceversa, l'art. 2559 c.c. prenda in considerazione l'ipotesi in cui l'imprenditore cedente l'azienda abbia già eseguito la propria prestazione e residui a suo favore un credito nei confronti del terzo.

L'art. 2559, 1° comma, c.c. disciplina l'efficacia della cessione dei crediti aziendali sia nei confronti dei terzi aventi causa e dei creditori del cedente, sia nei confronti del debitore ceduto, derogando alla disciplina di carattere generale dettata dagli artt. 1260 s.s. c.c.

La norma, tuttavia, non stabilisce se questi siano automaticamente trasferiti in forza del contratto di cessione dell'azienda o se, invece, debbano essere trasferiti con un'apposita clausola inserita all'interno del contratto di trasferimento: sul punto la dottrina è discorde, mentre la giurisprudenza propende per l'automaticità del trasferimento dei crediti con il contratto di cessione d'azienda.

«L'azienda, quale complesso di elementi materiali ed immateriali organizzati in un'individualità oggettiva per la funzione imprenditoriale, può essere oggetto di conferimento sociale, che comporta l'automatica cessione dei crediti relativi

*all'azienda trasferita, ivi compreso quello costituito dall'indennizzo da accessione invertita (per avvenuta esecuzione di opera pubblica su terreno già facente parte dell'azienda stessa), il quale è privo di quel carattere "personale" che, ai sensi dell'art. 2558 c.c. è preclusivo della suddetta cessione automatica» (Cass. 22 gennaio 1999, n. 577, in *Cal. Giust.*, 1999, p. 302).*

Ed ancora, *«tra i crediti che, nel caso di cessione d'azienda, si trasferiscono automaticamente al cessionario rientrano anche quelli derivanti da fatti illeciti commessi in danno dell'impresa cedente, a nulla rilevando che gli stessi consistano nella lesione di interessi legittimi pretensivi od oppositivi per condotta illegittima della P.A.»* (Cass. 31 luglio 2012, n. 13692, in www.dirittoegiustizia.it).

Pare quindi opportuno prevedere una clausola specifica che, innanzitutto, identifichi le diverse posizioni creditorie e debitorie e, successivamente, ne disciplini la sorte.

Il credito è considerato ceduto nel momento in cui il trasferimento è iscritto nel Registro delle Imprese. In ogni caso, è liberato dalla sua obbligazione il debitore che paghi – in buona fede – all'alienante.

5.4.2. La sorte dei debiti.

Quanto ai debiti aziendali, occorre distinguere l'effetto del trasferimento per il cedente dall'effetto del trasferimento per l'acquirente: mentre in capo al primo sussiste la solidarietà per le somme dovute ai creditori dell'azienda ceduta – eccetto verso coloro i quali abbiano dato il consenso alla sua liberazione – in capo al secondo sussiste la responsabilità dei debiti anteriori al trasferimento dell'azienda che risultino dai libri contabili.

Il regime fissato dall'art. 2560, comma 2, c.c., con riferimento ai debiti relativi all'azienda ceduta, secondo cui dei debiti suddetti risponde anche l'acquirente dell'azienda allorché essi risultino dai libri contabili obbligatori, è destinato a trovare applicazione quando si tratta di debiti in sé soli considerati e non anche quando, viceversa, essi si ricollegano a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario è subentrato a norma del precedente art. 2558 c.c. E infatti, in tal caso, la responsabilità si inserirà nell'ambito della più generale sorte del contratto (purché, beninteso, non già del tutto esaurito), anche se in fase contenziosa al tempo della cessione dell'azienda (Cass. 16 giugno 2004, n. 11318, in www.dirittoegiustizia.it).

La questione ampiamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza riguarda, al pari dei crediti, quali debiti siano da considerarsi trasferiti con l'azienda.

L'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione discende dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi in merito all'individuazione della natura giuridica dell'azienda e alla identificazione degli elementi costitutivi della stessa.

In particolare, se si accoglie la tesi che attribuisce all'azienda natura di *universitas iuris*, la responsabilità per i debiti aziendali, in caso di cessione dell'azienda, è dell'acquirente. Se i debiti, infatti (così come anche i crediti) sono annoverati tra gli elementi costitutivi dell'azienda, essi non possono che trasmettersi all'acquirente in caso di trasferimento del complesso aziendale, senza che occorra un apposito patto, alla stessa stregua di ogni altro bene facente parte dell'azienda.

In altri termini, l'azienda così configurata sarebbe composta da beni immobili, mobili, crediti, debiti e rapporti giuridici; come conseguenza, in caso di alienazione, anche i debiti si trasferiranno in capo all'acquirente insieme con gli altri elementi costituenti l'azienda. In assenza di una diversa manifestazione di volontà dei paciscenti, l'acquirente subentrerebbe nella complessa situazione giuridica, comprese le passività.

Tuttavia altra dottrina e soprattutto la giurisprudenza prevalente accolgono la tesi opposta. Si osserva, innanzitutto, che, in mancanza di una norma espressa, non può presumersi la successione nel debito, che resta comunque un fenomeno del tutto eccezionale. Si aggiunge, poi, che tale conclusione costituisce anche l'ovvio corollario della ricostruzione dell'azienda come una *universitas facti*, considerata più rispondente alle reali caratteristiche dell'istituto.

L'accoglimento di tale teoria esclude – quindi – che debiti e crediti, possano essere considerati elementi costitutivi dell'azienda: quest'ultima risulta composta dalle sole *res* materiali (beni in senso proprio) destinate all'esercizio dell'attività. Di conseguenza, la cessione dell'azienda non comporta il trasferimento automatico dei debiti: questi restano a carico dell'alienante.

Fermo rimane, in ogni caso, il principio per cui – nei rapporti con i terzi – sull'acquirente grava la responsabilità solidale per tutti i debiti che risultano dalle scritture contabili obbligatorie; responsabilità che può essere fatta valere, nei limiti di legge, dal creditore ceduto.

«In tema di cessione d'azienda, la disposizione di cui all'art. 2560, 2° comma, c.c., secondo cui l'acquirente risponde dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta soltanto se essi risultino dai libri contabili, è dettata non solo dall'esigenza di tutelare i terzi creditori, già contraenti con l'impresa e peraltro sufficientemente garantiti pure

dalla norma di cui al primo comma del medesimo art. 2560 c.c., ma anche da quella di consentire al cessionario di acquisire adeguata e specifica cognizione dei debiti assunti, specificità che va esclusa nell'ipotesi in cui i dati riportati nelle scritture contabili siano parziali e carenti nell'indicazione del soggetto titolare del credito, non potendosi in alcun modo integrare un'annotazione generica delle operazioni mediante ricorso ad elementi esterni di riscontro» (Cass. 21 dicembre 2012, n. 23828, in www.dirittoegiustizia.it).

*«Naturalmente, all'interno di quest'ultima ricostruzione, nessuno esclude la possibilità che l'alienante e l'acquirente dell'azienda stipulino un espresso patto di accollo interno, con il quale il secondo assume tutti o parte dei debiti aziendali del primo (art. 1273 c.c.). Tuttavia, per la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, in mancanza di un siffatto accordo, qualora l'acquirente abbia pagato a terzi un debito anteriore al trasferimento, avrà diritto di ripetere dall'alienante l'importo versato al creditore, non essendosi realizzato il passaggio dei debiti aziendali» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 122).*

In considerazione dell'incertezza interpretativa e al fine di evitare successivi contenziosi, pare opportuno identificare in un allegato (o in un'apposita relazione) l'ammontare e l'elenco dei debiti e dei crediti aziendali, per poi disciplinare, attraverso un'apposita clausola, la sorte dei medesimi.

6. I segni distintivi.

L'attività di impresa è costituita da relazioni sul mercato, dove ovviamente coesistono più imprenditori che producono oppure distribuiscono beni o servizi spesso identici o simili tra di loro; per questo motivo ciascun imprenditore utilizza segni distintivi che consentono di individuarlo sul mercato e così di distinguerlo dai concorrenti.

I principali segni distintivi dell'imprenditore sono: la ditta, l'insegna e il marchio.

La ditta costituisce il nome commerciale dell'imprenditore, l'insegna contraddistingue i locali dell'impresa e ha funzione di richiamo per la clientela, mentre il marchio è il segno distintivo dei prodotti o dei servizi dell'impresa.

*«Crescente rilievo va acquistando, inoltre, il nome a dominio che individua il sito internet aziendale» (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 161).*

I segni distintivi, ditta, insegna e marchio, sono “collettori di clientela” in quanto consentono agli utenti del mercato di distinguere tra loro i vari operatori economici.

Nel contratto di trasferimento dell’azienda non può ovviamente non essere considerata la sorte dei segni distintivi.

Nel nostro ordinamento ditta, insegna e marchio sono disciplinati separatamente, con disposizioni in parte differenti e, soprattutto, di diversa portata.

La ditta individua l’imprenditore come soggetto di diritto nell’esercizio dell’attività di impresa: è un segno distintivo necessario, nel senso che *«In mancanza di diversa scelta essa coincide col nome civile dell’imprenditore. (...) mentre l’omonimia tra nomi civili è sempre ammessa, non è invece consentita omonimia fra ditte di imprenditori in rapporto di concorrenza, quand’anche entrambe corrispondenti ai rispettivi nomi civili»* (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell’impresa*, Torino, 2010, p. 164 e 169).

Nella scelta della ditta l’imprenditore incontra due limiti, quello della verità e quello della novità. La ditta sarà originaria se scelta *ab origine* dall’imprenditore ovvero derivata se trasferita da questo a un altro operatore economico. In quest’ultimo caso non è necessaria un’integrazione della ditta con la propria o con il proprio nome.

«Quanto alla ditta, la dottrina ritiene che non possa essere trasferita separatamente dall’azienda, al fine di tutelare quanti (creditori, fornitori e clienti) possano avere avuto rapporti con l’originario imprenditore» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell’azienda*, Milano, 2014, p. 131).

Tuttavia, non è vero il contrario: l’azienda può essere alienata anche senza la relativa ditta.

Tale affermazione è confermata dalla disposizione di cui all’art. 2565, 2° comma, c.c., il quale stabilisce che, nel trasferimento dell’azienda per atto tra vivi, la ditta non si trasferisce all’acquirente senza il consenso – espresso – dell’alienante.

In caso di successione *mortis causa* la ditta è trasferita all’erede o al legatario, salvo che una diversa disposizione testamentaria preveda diversamente sul punto.

«Il trasferimento della ditta, pertanto, non costituisce un effetto naturale del contratto di cessione di azienda: è conseguenza del trasferimento dell’azienda, ma è frutto di un espresso accordo, in mancanza del quale la ditta rimane in capo al cedente» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell’azienda*, Milano, 2014, p. 132).

In tale senso anche la giurisprudenza, secondo cui «con riguardo al trasferimento di azienda per atto tra vivi, il contestuale trasferimento anche della ditta (ai sensi del secondo comma dell'art. 2565 c.c.) deve essere oggetto di una distinta manifestazione di volontà negoziale, che tuttavia non richiede un'esplicita menzione della ditta nell'atto di trasferimento, potendo la volontà di estendere quest'ultimo alla ditta ricavarsi dall'interpretazione dell'atto, sulla base dei criteri interpretativi indicati dagli artt. 1362 e s. c.c.» (Cass. 26 marzo 2009, n. 7305, in www.dirittoegiustizia.it).

Per ciò che concerne l'insegna, questa contraddistingue i locali dell'impresa e, comunque, l'intero complesso aziendale; in merito al suo trasferimento nulla è detto dal legislatore.

L'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza è nel senso di considerare l'insegna strettamente collegata all'azienda e quindi il suo trasferimento congiuntamente alla stessa (e alla ditta). Altri orientamenti considerano pacifico che il diritto sull'insegna possa essere trasferito, ritenendo che in materia debba «(...) trovare applicazione la più permissiva disciplina prevista per il trasferimento del marchio, dato che l'insegna identifica pur sempre elementi materiali (locali e azienda) e non la persona dell'imprenditore» (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 190).

Il marchio è il segno distintivo dei prodotti o dei servizi dell'impresa e trova la sua disciplina su tre piani: nazionale (artt. 2569-2574 c.c. e codice proprietà industriale-d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), comunitario (Regolamento CE n. 40/94 del 20 dicembre 1993) e internazionale (Convenzione d'Unione di Parigi del 1983 e l'accordo di Madrid del 1981, integrato dal Protocollo di Madrid del 1989).

La disciplina della circolazione dei marchi prevede che gli stessi possano essere liberamente trasferiti, a titolo sia definitivo sia temporaneo (cd. licenza di marchio), anche separatamente all'azienda, purché non sussista il rischio di inganni o dubbi sull'uso del marchio presso i consumatori.

«Si può anche trasferire o concedere in licenza per tutti o per parte dei prodotti per i quali è stato registrato» (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 188).

Il trasferimento a titolo definitivo del marchio per una parte dei prodotti e con contitolarità dello stesso è possibile, ma rimane controverso se sia anche fattibile in caso di prodotti identici o affini a quelli che l'alienante, lecitamente, continua a produrre.

Il principio cardine di ogni trasferimento o licenza del marchio è che «(...) *non si generino inganni nei caratteri dei prodotti o servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico*» (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 189).

In caso di licenza non esclusiva, il licenziatario è obbligato a utilizzare il marchio per prodotti che abbiano caratteristiche – qualitativamente – uguali a quelle corrispondenti ai prodotti del concedente o degli altri licenziatari. Il titolare del marchio potrà avvalersi degli strumenti di tutela previsti (come l'inibitoria o l'azione di rimozione) e, in caso di violazione, la sanzione potrebbe anche essere la decadenza totale o parziale, per sopravvenuto uso ingannevole del marchio.

In assenza di una disciplina espressa in merito alla forma da adottarsi per il trasferimento del marchio, è da ritenersi che trovi piena applicazione il principio generale della libertà della forma negoziale, con la conseguenza che appare legittimo che la volontà delle parti, di trasferire il marchio, possa essere manifestata sia attraverso una dichiarazione espressa, sia per *facta concludentia*.

«A norma dell'art. 2573 c.c non occorre che la cessione del marchio sia contestuale o contemporanea al trasferimento dell'azienda, in quanto la ratio del divieto di alienazione non esige la contemporaneità dell'un trasferimento rispetto all'altro, ma richiede che la cessione del marchio possa ricollegarsi, secondo un rapporto di complementarità economica, alla cessione dell'azienda, al fine di prevenire la possibilità di inganni e di frodi circa la provenienza del prodotto» (Cass. 20 novembre 1982, n. 6259, in *Mass. giur. it.*, 1982).

7. L'affitto e l'usufrutto d'azienda.

7.1. La disciplina.

Sull'azienda possono essere costituiti diritti personali o reali di godimento, quali l'usufrutto e l'affitto di azienda, nelle speciali forme richieste dall'art. 2556 c.c.

Il primo istituto richiamato è regolato dall'art. 2561 c.c., il quale disciplina alcune specifiche regole che si affiancano o derogano a quelle generalmente previste agli articoli 978 ss. c.c., date le peculiarità dell'azienda.

Al riguardo va innanzitutto sottolineato che è dubbio se il diritto reale in questione abbia ad oggetto tutti i beni ricompresi nell'azienda o, invece, non possa estendersi a quelli consumabili, che si diventerebbero di proprietà dell'usufruttuario ai sensi dell'art.

995 c.c. (c.d. “quasi usufrutto”); se si tiene conto dei caratteri di unitarietà che contraddistinguono l’azienda, sembra preferibile la prima soluzione, che corrisponde alla ricostruzione della più recente giurisprudenza di legittimità.

«La norma di cui all’art. 2561, 4° comma, c.c., che riconosce all’usufruttuario e, per effetto dell’art. 2562 c.c., all’affittuario l’indennizzo corrispondente alla differenza tra le consistenze d’inventario all’inizio ed alla fine del rapporto, non è suscettibile di interpretazione analogica, essendo finalizzata esclusivamente ad evitare che colui che subentra ad altri nella titolarità dell’azienda abbia a conseguire indebiti vantaggi collegati all’altrui attività, per cui la relativa disciplina suppone una situazione in cui all’attività d’impresa del precedente titolare usufruttuario faccia seguito il trasferimento dell’azienda ad altro soggetto» (Cass. 9 agosto 2007, n. 17459, in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 152).

L’usufruttuario deve esercitare l’azienda dietro la ditta che la contraddistingue, senza che ne sia modificata la destinazione impressagli dal titolare, nonché conservando l’efficacia dell’organizzazione, degli impianti e delle normali dotazioni di scorte.

Nello svolgere tale attività di gestione – che lo rende a tutti gli effetti imprenditore, in luogo del nudo proprietario – egli è libero di vendere qualsiasi bene aziendale (anche non consumabile) e di acquistarne di nuovi, che diventeranno di proprietà del nudo proprietario a titolo originario; in deroga agli artt. 1005, 1006 e 1009 c.c. sull’affittuario, inoltre, incombe, ogni spesa, anche se straordinaria.

Il nudo proprietario per contro, ai sensi del quarto comma dell’art. 2557 c.c., è tenuto a non iniziare, per il periodo di durata del contratto, un’attività in concorrenza con quella svolta dall’azienda concessa in usufrutto.

Al termine dell’usufrutto l’azienda risulterà composta in tutto o in parte da beni diversi da quelli originari. È pertanto previsto che venga redatto un inventario all’inizio e alla fine dell’usufrutto e che la differenza fra le due consistenze sia regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell’usufrutto (art. 2561, 4° comma). È dubbio se, invece, all’usufruttuario debba anche essere corrisposta un’indennità, ai sensi dell’art. 985 c.c., nei casi in cui la sua gestione abbia comportato un aumento di valore dell’azienda in termini di maggiore avviamento; pur trattandosi di un miglioramento, la giurisprudenza ha escluso il riconoscimento di indennizzi ulteriori rispetto a quelli previsti dall’art. 2561 c.c.

«L'avviamento dell'azienda, costituendone una qualità essenziale, non può farsi rientrare tra le consistenze, che costituiscono, invece, elementi (materiali o immateriali) della sua struttura, e non fruisce, perciò, dell'indennizzabilità, previsto dall'ultimo comma dello art. 2561 c.c. solo per gli incrementi di queste ultime prodotti dell'usufruttuario o, ex art. 2562, stesso codice, dall'affittuario» (Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in Giur. it., 1995, p. 852).

La sorte dei contratti è regolata dal terzo comma dell'art. 2558 c.c., che comporta la successione degli stessi, salvo patto contrario e tenuto conto delle considerazioni sopra effettuate. Tale disposizione si applica necessariamente anche in sede di cessazione del rapporto, non parendo esservi ragioni perché la successione nei contratti, prevista espressamente per la concessione in usufrutto, non valga anche per l'ipotesi – eguale e contraria – di retrocessione dell'azienda nella disponibilità del nudo proprietario; occorre, tuttavia, precisare che, in questo caso, al terzo contraente, che era consapevole dell'usufrutto, non dovrebbe essere riconosciuto il diritto di recesso.

Con la seguente precisazione: *«A norma dell'art. 2558 c.c., l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale dall'imprenditore. Il termine «acquirente» va inteso in senso proprio: è tale, pertanto, il cessionario dell'azienda in virtù di contratto. Deriva, da quanto precede, pertanto, che gli eredi dell'imprenditore, suoi successori in tutti i suoi rapporti giuridici non rispondono, ai sensi dell'art. 2558 c.c., delle sue obbligazioni derivanti da contratti da lui stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale, solo se allegano e provano che l'imprenditore o essi stessi, dopo la sua morte, hanno trasferito a un terzo la proprietà o l'usufrutto dell'azienda o l'abbiano a esso affittato, non essendo sufficiente che tale terzo abbia iniziato a possederla o a detenerla senza titolo» (Cass. 18 aprile 2003, n. 6316, in Guida dir., 2003, p. 59).*

Quanto, invece, ai crediti ed ai debiti, essi si trasferiscono all'usufruttuario soltanto nel caso in cui ciò sia stato espressamente previsto. Per i primi depone in tal senso il tenore letterale dell'art. 2559 c.c., in cui si prevede che le regole in ordine all'opponibilità ai debitori del trasferimento dell'azienda si applichino anche all'usufrutto nel solo caso in cui si estenda anche ai crediti della medesima; per i secondi, invece, l'impossibilità di riconoscere un'automatica responsabilità dell'usufruttuario sembra discendere necessariamente dal mancato richiamo dell'art. 2560 c.c., norma speciale insuscettibile

di applicazione estensiva in via analogica. Ne consegue che, di essi, non dovrà essere fatta necessaria menzione nell'inventario.

In occasione della cessazione dell'usufrutto, i crediti si trasferiscono in capo al nudo proprietario; non è così, invece, per i debiti, per i quali potrà rispondere unicamente l'usufruttuario.

«Diverso è il discorso – e la giurisprudenza sul punto è concorde – in presenza di un rapporto di lavoro. La disciplina dell'art. 2112 c.c., (..), è infatti applicabile in ogni caso di sostituzione dell'imprenditore nell'esercizio dell'impresa, sia che l'azienda si trasferisca dal proprietario all'usufruttuario sia che ritorni dall'usufruttuario al (nudo) proprietario per cessazione dell'usufrutto» (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 662).

Quanto all'affitto d'azienda – che si può considerare una *species* del più ampio *genus* della locazione – l'art. 2562 c.c. dispone che si applichino le norme relative all'usufrutto; vi sono, tuttavia, alcuni limiti alla completa estensione della disciplina richiamata, in quanto, nei casi di contrasto, essa può prevalere su quella dell'affitto di cui all'art. 1615 ss. c.c. solamente qualora non trovi unicamente ragione nei caratteri dell'usufrutto.

Nel caso, ad esempio, di mancato adempimento da parte dell'affittuario degli obblighi che gli sono imposti dalla legge in base alla disciplina dell'usufrutto, troverebbe applicazione l'art. 1015 c.c.; secondo le regole dell'affitto, invece, nelle ipotesi di inadempimento, vi sarebbe la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1618 c.c.. La giurisprudenza ritiene preferibile la seconda soluzione.

«Ai fini della risoluzione del contratto di affitto d'azienda è sufficiente un inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., non richiedendo la normativa speciale in tema di legislazione vincolistica un inadempimento come per i contratti agrari» (Cass. 9 marzo 1984, n. 1640, in *Giust. civ. mass.*, 1984, p. 3).

Al termine dell'affitto l'azienda risulterà composta in tutto o in parte da beni diversi da quelli originari. È pertanto previsto che venga redatto un inventario all'inizio e alla fine dell'affitto e che la differenza fra le due consistenze sia regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'affitto.

La giurisprudenza si è interrogata su come debba essere valorizzato l'indennizzo derivante dalla differenza tra le consistenze di inventario all'inizio e al termine del rapporto. L'orientamento prevalente, sia in giurisprudenza sia in dottrina, è nel senso

che «la differenza fra le consistenze di inventario all'inizio ed alla fine del rapporto, che, a norma dell'art. 2562 c.c., vanno regolate in denaro sulla base dei valori correnti al termine dell'affitto, corrisponde alla differenza esistente fra l'entità e il modo di essere degli elementi che strutturano l'azienda all'inizio e alla fine dell'affitto, dovendosi valutare tali elementi non solo nel loro aspetto quantitativo, con riguardo, cioè, alle eventuali perdite e addizioni, ma anche nel loro aspetto qualitativo, con riferimento ai loro deterioramenti o miglioramenti»; d'altronde, l'azienda è «un organismo continuamente mutevole nei suoi elementi, e le cui variazioni interne rispondono ad esigenze di competitività ed efficienza economiche» (cfr. Cass. 13 aprile 1977, n. 1388, in www.dirittoegiustizia.it; COTTINO, *L'Imprenditore. Diritto commerciale*, vol. I, tomo 1, Padova, 2000, p. 262).

«L'avviamento dell'azienda, costituendone una qualità essenziale, non può farsi rientrare tra le consistenze, che costituiscono, invece, elementi (materiali o immateriali) della sua struttura, e non fruisce, perciò, dell'indennizzabilità, previsto dall'ultimo comma dello art. 2561 c.c. solo per gli incrementi di queste ultime prodotti dell'usufruttuario o, ex art. 2562, stesso codice, dall'affittuario» (Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. it.*, 1995, p. 852).

Discussa è, inoltre, nel caso di affitto, la sorte dei crediti relativi all'azienda, i quali non sono disciplinati né dall'art. 2561 c.c., né dall'ultimo comma dell'art. 2559 c.c., espressamente relativo alla sola ipotesi di usufrutto d'azienda.

«In mancanza di un dato letterale certo, pare corretto ritenere che questi non si trasferiscano automaticamente in capo all'affittuario, a meno che ciò non sia stato espressamente previsto dal contratto di affitto, con applicazione in tali casi della generale disciplina di cui all'art. 1260 c.c.» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 255 ss.).

La giurisprudenza è stata, in diversi casi, chiamata a stabilire le differenze tra affitto d'azienda e la locazione di immobile con pertinenze, date le relevantissime differenze sussistenti tra le discipline regolanti le due ipotesi. Al riguardo, si sottolinea che, a prescindere dalla qualificazione giuridica data dalle parti al contratto: «(...) la locazione di immobile con pertinenze si differenzia dall'affitto di azienda perché la relativa convenzione negoziale ha per oggetto un bene – l'immobile concesso in godimento – che viene considerato specificamente, nell'economia del contratto, come l'oggetto principale della stipulazione, secondo la sua consistenza effettiva e con funzione

prevalente e assorbente rispetto agli altri elementi, i quali assumono, comunque, carattere di accessorietà, rimanendo ad esso collegati sul piano funzionale in una posizione di coordinazione-subordinazione. Per contro, nell'affitto di azienda, lo stesso immobile è considerato non nella sua individualità giuridica, ma come uno degli elementi costitutivi del complesso dei beni (mobili ed immobili) legati tra loro da un vincolo di interdipendenza e complementarità per il conseguimento di un determinato fine produttivo» (Cass. 15 marzo 2007, n. 5989, in Giust. civ. mass., 2007, p. 3).

L'affittuario ha l'obbligo di gestire l'azienda sotto la ditta originaria e ha il potere-dovere di gestire l'azienda medesima.

L'obbligo dell'affittuario di gestire l'azienda sotto la primitiva ditta è finalizzato alla conservazione dell'avviamento e ad evitare possibili sviamenti di clientela in occasione della cessazione del contratto. Il potere-dovere di gestione si estrinseca – invece – nella facoltà di disporre di tutti i beni aziendali la cui alienazione sia necessaria per consentire all'azienda di svolgere la sua vita normale, cioè dei beni e dei servizi prodotti dall'azienda; di consumare, per tale produzione, il capitale circolante; di sostituire il capitale fisso, quando ciò sia necessario o opportuno.

In altri termini, l'affittuario assume, da un lato, il dovere di gestire l'azienda e, dall'altro, il potere di disporre dei beni aziendali nei limiti segnati dalle esigenze della gestione. Tale potere di disposizione sussiste non soltanto rispetto al capitale circolante – ed in particolare alle scorte – ma anche relativamente al capitale fisso – cioè immobili, impianti e macchinari – purché gli atti di disposizione non alterino l'identità e l'efficienza dell'azienda.

D'altronde, il proprietario ha interesse che sia conservata l'universalità dei beni che compongono l'azienda, non le singole parti: da tale circostanza deriva la facoltà dell'affittuario di disporre degli elementi dell'azienda che non siano strettamente necessari alla conservazione dell'azienda stessa.

Analogamente, l'affittuario assume il potere di acquistare e immettere nell'azienda nuovi beni, che diventano di proprietà del concedente e sui quali l'affittuario conserva il diritto di godimento e il potere di disposizione. La legittimazione alla sostituzione degli impianti è espressamente ammessa dalla giurisprudenza, per la quale nel contratto di affitto di azienda l'avvenuta sostituzione ad opera dell'affittuario di parte delle attrezzature che la compongono non muta l'originaria consistenza aziendale del bene affittato.

In particolare, quanto ai macchinari e alle attrezzature, «(...) *potendo il nuovo titolare dell'azienda modificarli o ampliarli rispetto ai precedenti (...)*» (Cass. 28 maggio 2009, n. 12543, in www.dirittoegiustizia.it).

In forza del dovere di gestione e del potere di disposizione che fa capo all'affittuario, l'azienda, al termine dell'affitto, come nel caso di usufrutto, potrà risultare composta in tutto o in parte da beni diversi rispetto a quelli originari.

Occorre quindi tenere conto, oltre che dei beni che componevano l'azienda al momento della costituzione del diritto e che ancora ne fanno parte alla data della cessazione, dei seguenti elementi: a) i beni immessi dall'affittuario in attuazione del suo potere-dovere di gestire e conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti; b) i contratti già trasferiti e ancora in vita e i contratti stipulati dall'affittuario; c) i crediti consistenti in diritti personali di godimento di beni aziendali e i crediti ai quali sia stata pattuita l'estensione dell'affitto, se ancora esistenti al cessare del contratto.

Circa i beni immessi dall'affittuario, non trova applicazione la distinzione fra spese ordinarie e straordinarie: infatti l'art. 2561, 4° comma, c.c. impone di definire in denaro le differenze di inventario al termine dell'affitto:

«La disciplina dettata dagli artt. 1592 e 1593 c.c. in tema di miglioramenti e addizioni all'immobile apportate dal conduttore, non trova applicazione nell'affitto di azienda, per il quale non è previsto uno "ius tollendi" in capo all'affittuario al termine del rapporto. Infatti, dal combinato disposto degli artt. 2561, quarto comma e 2562 c.c., emerge che la differenza tra le consistenze di inventario all'inizio e al termine dell'affitto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'affitto, sia essa derivata da mutamenti quantitativi o soltanto qualitativi delle componenti aziendali» (Cass. 9 maggio 2007, n. 10623, in *Mass. giust. civ.*, 2007, p. 9).

D'altronde, come è stato osservato, non potrebbe essere altrimenti, dal momento che soltanto tale corretta lettura della norma consente di *«impedire la paralisi dell'azienda, posta altrimenti in una continua situazione di incertezza sulla natura, sull'opportunità e sull'entità di una spesa, nonché bloccata dai rapporti con i proprietari – per ragioni economiche oltre che giuridiche – di agire rapidamente per salvaguardare e potenziare l'organizzazione aziendale»* (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 657).

Il comodato d'azienda dovrebbe essere possibile anche nel fallimento, nei casi in cui non sia possibile pattuire un canone, ma sia comunque preferibile garantire la continuità

dell'attività di impresa. Al comodato di azienda si applicano, per analogia, le norme sull'affitto, con esclusione di quelle che presuppongono la sinallagmaticità del contratto.

E, come osservato dalla giurisprudenza, *«l'ipotesi di trasferimento di azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. ricorre non solo nei casi di vendita, affitto ed usufrutto di azienda ma anche in tutte le altre ipotesi in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si abbia la sostituzione della persona del titolare, quale che sia il mezzo tecnico giuridico attraverso cui tale sostituzione si verifica (nella specie, contratto di comodato)»* (Trib. Reggio Emilia 23 marzo 1998, in *Orient. giur. lav.*, 1998, p. 125).

7.2. La cessazione del contratto d'affitto.

7.2.1. Premessa.

La cessazione del contratto di affitto d'azienda è un tema poco esplorato ma che presenta diversi profili problematici, quali, ad esempio, l'individuazione delle cause di cessazione del contratto, la valutazione dei beni oggetto di retrocessione e la determinazione delle differenze d'inventario, la disciplina del divieto di concorrenza, gli effetti della cessazione sui rapporti di lavoro.

Come è noto, l'affitto d'azienda determina una dissociazione, limitata nel tempo, fra la figura del proprietario dell'azienda, che non la esercita in proprio, e quella dell'affittuario che utilizza l'azienda di altrui proprietà per l'esercizio dell'impresa. L'affitto di azienda è, dunque, destinato a realizzare un trasferimento a titolo di godimento – e, dunque, a carattere temporaneo – dell'azienda. E la circostanza che il trasferimento abbia carattere temporaneo comporta che al termine del contratto l'azienda concessa in affitto ritorni nella disponibilità del proprietario.

Un primo problema che occorre affrontare è se l'affitto dell'azienda comporti necessariamente l'assunzione, in capo all'affittuario, della qualità di imprenditore, cioè se l'affitto d'azienda determini un obbligo di gestione in capo all'affittuario. La questione non è priva di rilevanza pratica poiché soltanto in caso di risposta affermativa si dovrà concludere che l'affittuario non possa rimanere inerte, ma anzi assuma l'obbligo di gestire l'azienda condotta in affitto.

La giurisprudenza non si è mai occupata della questione, mentre ha affrontato, seppure indirettamente, l'opposto problema se il proprietario debba necessariamente assumere la qualità di imprenditore, risolvendo la questione in senso negativo.

Nelle svariate pronunce dedicate alla questione la giurisprudenza ha, in particolare, osservato che costituisce affitto di azienda il contratto con il quale viene dato in locazione un complesso di beni (locali, arredamenti e attrezzature varie, servizi, ecc.) organizzati per l'esercizio di un'impresa, anche se non funzionanti al momento del sorgere del contratto. Da tale pronuncia si evince chiaramente che la ricorrenza di un contratto di affitto d'azienda presuppone la potenziale attitudine del complesso aziendale a realizzare la finalità economica cui è destinato; e non necessariamente l'esistenza di una concreta produzione in atto, né la qualità d'imprenditore del concedente. Pertanto, alla configurabilità dell'affitto di azienda non è di ostacolo la circostanza che il concedente non abbia mai utilizzato il complesso aziendale in una propria attività imprenditoriale, e che l'esercizio dell'impresa debba essere iniziato dall'affittuario.

Ad ulteriore precisazione dello stesso orientamento, la giurisprudenza ha, inoltre, osservato che ricorre l'affitto di azienda quando oggetto del contratto sia il complesso unitario di tutti i beni mobili ed immobili, materiali ed immateriali, organizzati per la produzione di beni o di servizi, anche quando tale complesso sia trasferito nella sua fase statica, e, quindi, improduttivo al momento della conclusione del contratto. Non è, quindi, importante che la produttività non sussista ancora come realtà oggettiva, essendo sufficiente che essa costituisca una potenzialità del complesso aziendale; né assume rilievo la circostanza che non siano presenti, al momento della conclusione del contratto, tutti gli elementi dell'azienda, ben potendo alcuni di essi – specie quelli immateriali, quale l'avviamento – mancare, purché il loro difetto non comprometta l'unità economica dell'azienda e la sua potenzialità produttiva.

Da ciò discende anche che nell'ipotesi di impresa attiva solo in determinati periodi dell'anno (ad esempio: attività alberghiera stagionale) è ipotizzabile la fattispecie dell'affitto di azienda anche se il godimento dei beni costitutivi dell'azienda venga ceduto nel periodo di inattività dell'organismo produttivo, quando, cioè, i rapporti di lavoro ad esso inerenti siano risolti o sospesi e quando non avvenga attualmente la produzione di beni o la prestazione di servizi in favore della clientela; sempre che il complesso di beni, temporaneamente inattivo, abbia l'intrinseca potenzialità alla produzione di beni o servizi e le parti contraenti abbiano considerato come oggetto del contratto non la semplice somma dei beni destinati al futuro esercizio dell'impresa, ma

l'insieme degli elementi costitutivi di un complesso organico, funzionalmente coordinati e intrinsecamente idonei alla gestione dell'universalità aziendale.

La giurisprudenza, nelle sentenze richiamate, ha dunque ritenuto che il proprietario non debba necessariamente assumere la qualità di imprenditore, l'importante è che trasferisca all'affittuario un complesso di beni potenzialmente idoneo alla produzione di beni o alla prestazione di servizi.

Al contrario, si deve ritenere che l'affittuario non può lasciare inattiva l'azienda; anzi, ad avviso della dottrina, egli deve *«adottare tutte le misure idonee, sul piano economico e tecnico (anche, occorrendo, con sostituzione di impianti e macchinari nel quadro del normale esercizio dell'attività imprenditoriale), alla preservazione del valore produttivo ed economico di esso e del suo avviamento»* (COTTINO, *L'imprenditore. Diritto commerciale*⁴, vol. I, tomo 1, Padova, 2000, p. 257). D'altronde la norma è chiara sul punto: l'affittuario «deve gestire l'azienda... in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte» (art. 2561, 2° comma, c.c.).

La circostanza assume notevole portata sul piano pratico perché in caso di inerzia, come vedremo meglio in seguito, il proprietario potrà agire per la risoluzione del contratto. In altri termini, l'inattività dell'affittuario costituisce una delle cause di cessazione del contratto.

7.2.2. Il dato normativo.

L'affitto d'azienda costituisce un contratto di durata, avente per oggetto il godimento dell'azienda, e, in conseguenza della cessazione del contratto, l'affittuario è tenuto a riconsegnare l'azienda immediatamente ovvero entro il termine pattuito.

L'art. 2561, 2° comma, c.c. prevede che l'affittuario debba *«gestire l'azienda senza modificarne la destinazione e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte»*. L'affittuario assume dunque, come si è visto al paragrafo precedente, un dovere di gestione dell'azienda e contestualmente un potere di disposizione sui beni aziendali. Di conseguenza, al termine dell'affitto, l'azienda risulterà composta in tutto o in parte da beni diversi rispetto a quelli originari. Ed è proprio al fine di identificare le differenze fra la consistenza iniziale e quella finale del complesso aziendale che si prevede la redazione di un inventario all'inizio e al termine dell'affitto. In particolare, a norma dell'art. 2561, ult. comma, c.c., concernente l'usufrutto d'azienda, richiamato dall'art. 2561, relativo all'affitto d'azienda, «la

differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto (n.d.r. dell'affitto) è regolata in denaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto (n.d.r. dell'affitto)».

E come precisato dalla giurisprudenza, la differenza fra le consistenze di inventario all'inizio ed alla fine del rapporto, che, a norma dell'art. 2562 c.c., vanno regolate in denaro sulla base dei valori correnti al termine dell'affitto, devono essere considerate sia nel loro aspetto quantitativo, con riguardo, cioè, alle eventuali perdite e addizioni, sia nel loro aspetto qualitativo, con riferimento ai loro deterioramenti o miglioramenti. D'altronde, l'azienda è «*un organismo continuamente mutevole nei suoi elementi, e le cui variazioni interne rispondono ad esigenze di competitività ed efficienza economiche*» (COTTINO, *L'imprenditore. Diritto commerciale*⁴, vol. I, tomo 1, Padova, 2000, p. 262).

7.2.3. Le cause di cessazione del contratto.

Il contratto di affitto d'azienda può sciogliersi per una delle cause tipiche di cessazione del contratto di affitto, disciplinato dagli artt. 1615 ss.

In particolare, il contratto si scioglie alla sua scadenza naturale se questa è prevista nel contratto. E, se è prevista una durata, le parti non possono recedere in pendenza del contratto. Per contro, a norma dell'art. 1616 c.c., se le parti non hanno determinato la durata dell'affitto, ciascuna di esse può recedere dal contratto dando all'altra un congruo preavviso. E, nel caso di rinnovazione del contratto originariamente stipulato a tempo determinato, il contratto si rinnova non per la stessa durata originariamente pattuita dalle parti, ma a tempo indeterminato, con facoltà di ciascuna parte di recedere comunicando all'altra un congruo preavviso (come previsto dall'art. 1616 c.c.).

Secondo il disposto dell'art. 1615, 1° comma, c.c., l'affittuario deve curare la gestione della cosa ricevuta in affitto in conformità alla sua destinazione economica e all'interesse della produzione. Tale disposizione è sostanzialmente riprodotta nell'art. 2561, 2° comma, c.c., a mente del quale l'affittuario «*deve gestire l'azienda senza modificarne la destinazione e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte*». In caso di violazione di tale norma, ed in particolare se l'affittuario non adempie tale obbligo o cessa arbitrariamente la gestione dell'azienda, il proprietario può chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento (comb. disp. dell'art. 2561, 3° comma, c.c. e dell'art. 1618 c.c.). Lo si ricava dall'art. 1618 c.c., secondo cui il proprietario può chiedere la risoluzione del

contratto *«se l'affittuario non destina al servizio della cosa i mezzi necessari per la gestione di essa, se non osserva le regole della buona tecnica, ovvero se muta stabilmente la destinazione economica della cosa»*. E a tale fine si ritiene applicabile l'art. 1619 c.c., a norma del quale il proprietario *«può accertare in ogni tempo, anche con accesso in luogo, se l'affittuario osserva gli obblighi che gli incombono»*.

La dottrina considera altresì probabilmente applicabile l'art. 1623 c.c., che costituisce un adattamento della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. In base a tale norma *«se, in conseguenza di una disposizione di legge (...) o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto»* (1° comma).

Le parti possono, poi, inserire nel contratto una clausola di scioglimento in caso di alienazione dell'azienda. In tale ipotesi, l'acquirente che voglia dare disdetta all'affittuario deve concedere a quest'ultimo un congruo preavviso (art. 1625 c.c.). La norma è volta a consentire all'affittuario la conclusione di un nuovo contratto.

Il contratto si scioglie, inoltre, per l'insolvenza dell'affittuario, salvo che al proprietario sia prestata idonea garanzia per l'esatto adempimento degli obblighi dell'affittuario stesso (art. 1626 c.c.).

La dottrina considera, invece, dubbia l'applicabilità dell'art. 1626 c.c. nella parte in cui stabilisce che il contratto si scioglie per l'interdizione o l'inabilitazione dell'affittuario. La sua applicabilità contrasterebbe, infatti, con gli artt. 1330 e 1772, n. 4, c.c.

Infine, il contratto può sciogliersi per morte dell'affittuario. In particolare, l'art. 1627 c.c. stabilisce che, nel caso di morte dell'affittuario, il proprietario e gli eredi dell'affittuario *«possono, entro tre mesi dalla morte, recedere dal contratto mediante disdetta comunicata all'altra parte con preavviso di sei mesi»*.

7.2.4. L'individuazione dei beni oggetto di retrocessione.

Quanto all'individuazione dei beni oggetto di retrocessione è necessario tenere conto del fatto che, ai sensi dell'art. 2561 c.c., l'affittuario dell'azienda: a) deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue (1° comma); b) deve gestirla senza modificarne la destinazione e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte (2° comma).

L'obbligo dell'affittuario di gestire l'azienda sotto la primitiva ditta è finalizzata alla conservazione dell'avviamento. Il potere-dovere di gestione si estrinseca invece nella facoltà di disporre di tutti quei beni aziendali, la cui alienazione è necessaria per consentire all'azienda di svolgere la sua vita normale, cioè dei beni e servizi prodotti dall'azienda; di consumare, per tale produzione, il capitale circolante; di sostituire il capitale fisso, quando ciò sia necessario o opportuno.

In altri termini, l'affittuario assume – da un lato – il dovere di gestire l'azienda e – dall'altro – il potere di disporre dei beni aziendali nei limiti segnati dalle esigenze della gestione. E tale potere di disposizione sussiste non soltanto rispetto al capitale circolante – ed in particolare alle scorte – ma anche relativamente al capitale fisso - cioè immobili, impianti e macchinari – purché gli atti di disposizione non alterino l'identità e l'efficienza dell'azienda.

D'altronde, il proprietario ha interesse che sia conservata l'universalità dei beni che compongono l'azienda, non le singole parti: da tale circostanza deriva perciò la facoltà dell'affittuario di disporre degli elementi dell'azienda, che non siano strettamente necessari alla conservazione dell'azienda stessa.

Analogamente, l'affittuario assume il potere di acquistare ed immettere nell'azienda nuovi beni, che diventano di proprietà del concedente e sui quali l'affittuario conserva il diritto di godimento ed il potere di disposizione. E la legittimazione alla sostituzione degli impianti è espressamente ammessa dalla giurisprudenza, secondo cui nel contratto di affitto di azienda, l'avvenuta sostituzione da parte dell'affittuario di parte delle attrezzature che la compongono, non muta l'originaria consistenza aziendale del bene affittato.

In forza del dovere di gestione e del potere di disposizione che fa capo all'affittuario, l'azienda, al termine dell'affitto, risulterà composta in tutto o in parte da beni diversi rispetto a quelli originari. Occorre quindi tenere conto, oltre che dei beni che componevano l'azienda al momento della costituzione del diritto e che ancora ne fanno parte alla data della cessazione, dei seguenti elementi: a) i beni immessi dall'affittuario in attuazione del suo potere-dovere di gestire e conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti; b) i contratti già trasferiti e ancora in vita, ed i contratti stipulati dall'affittuario; c) i crediti consistenti in diritti personali di godimento di beni aziendali, ed i crediti ai quali sia stata pattuita l'estensione dell'affitto, se ancora esistenti al cessare del contratto.

Circa i beni immessi dall'affittuario, non trova applicazione la distinzione fra spese ordinarie e straordinarie: infatti l'art. 2561, 4° comma, c.c., impone di definire in denaro le differenze di inventario al termine dell'affitto. D'altronde, come è stato osservato, una corretta lettura di tale norma consente di «impedire la paralisi dell'azienda, posta altrimenti in una continua situazione di incertezza sulla natura, opportunità ed entità di una spesa e bloccata dai rapporti con i proprietari, pur nella necessità, per ragioni economiche oltre che giuridiche, di agire rapidamente per salvaguardare e potenziare l'organizzazione aziendale».

Relativamente ai contratti, occorre precisare che quelli originari, ancora in corso al termine del rapporto, ritornano di nuovo automaticamente in capo al proprietario; del pari, quelli stipulati dall'affittuario durante la gestione dell'impresa, ed ancora in vita al termine dell'affitto, si trasferiscono in capo al proprietario. Naturalmente non si trasferiscono in capo al proprietario al termine dell'affitto i contratti stipulati *ex novo* dall'affittuario che abbiano carattere (strettamente) personale e quelli che siano pattiziamente esclusi dal trasferimento; con la precisazione che il mancato trasferimento di questi ultimi è subordinato alla conservazione della potenzialità produttiva del complesso aziendale.

Con riferimento ai crediti, essi si trasferiscono in toto al proprietario, al termine dell'affitto, soltanto se il loro trasferimento è stato concordato fra le parti. In caso contrario, seguendo l'interpretazione di una parte della dottrina, si trasferiscono – come si è detto – soltanto i crediti consistenti in diritti personali di godimento di beni aziendali, ed i crediti ai quali sia stata pattuita l'estensione dell'affitto, se ancora esistenti al cessare del contratto.

Tutti questi beni fanno parte delle “consistenze d'inventario” finale e devono essere confrontate con le “consistenze d'inventario” iniziale per stabilire l'entità dell'eventuale differenza da regolare in denaro. Naturalmente si può stabilire, in ossequio al principio dell'autonomia contrattuale, che altri elementi attivi o passivi debbano venire ricompresi nei due inventari o in uno di essi: così, ci si può accordare nel senso che l'affittuario succeda nei debiti, ed in tale caso quei debiti dovranno risultare al passivo dell'inventario iniziale; del pari, le parti possono concordare che vi sia una successione anche per i debiti contratti dall'affittuario, e in tale ipotesi questi dovranno a loro volta risultare al passivo dell'inventario finale.

Come si è già avuto modo di sottolineare, nel caso di affitto di azienda, la differenza fra le consistenze d'inventario all'inizio e alla fine del rapporto – che, a norma dell'art. 2562 cod. civ., vanno regolate in denaro sulla base dei valori correnti al termine dell'affitto – comporta che si debbano valutare tali elementi non solo nel loro aspetto quantitativo, con riguardo, cioè, alle eventuali perdite o addizioni, ma anche nel loro aspetto qualitativo, con riferimento ai loro deterioramenti o miglioramenti.

In particolare, l'affittuario può apportare all'azienda i miglioramenti e le addizioni che rientrino nei limiti di una diligente gestione e non comportino una trasformazione dell'azienda. Tali miglioramenti daranno luogo – se rientrano nei limiti di una diligente gestione e non comportano una trasformazione dell'azienda – ad una differenza finale d'inventario che dovrà essere saldata dal proprietario.

Quanto, infine, al logorio ed alla perdita di singoli componenti dell'azienda, l'affittuario che non abbia provveduto alla riparazione od alla sostituzione dovrà pagare la differenza finale d'inventario, salva l'eventuale possibilità per il proprietario di richiedere la più grave sanzione della risoluzione per inadempimento.

7.2.5. (Segue) L'avviamento.

Come si è già riferito, l'art. 2561, 1° comma, c.c., stabilisce che l'affittuario dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue. Per l'affittuario l'uso della ditta costituisce non soltanto il contenuto di un diritto, ma anche e soprattutto oggetto di un obbligo specifico, considerato l'interesse del proprietario alla conservazione dell'avviamento, del quale la ditta è coefficiente essenziale. Sebbene, come osservato dalla giurisprudenza, l'affitto di azienda sia configurabile anche se l'avviamento manca, essendo sufficiente che abbia per oggetto un complesso di beni organizzati per l'esercizio di un'impresa anche se, non essendo stato ancora iniziato detto esercizio, non può avere avuto luogo neppure l'acquisto della clientela.

L'obbligo di esercitare l'azienda sotto la ditta che la contraddistingue trova, dunque, la propria ragion d'essere nell'esigenza di conservare intatto l'avviamento connesso all'azienda in capo al proprietario così da evitare che, al termine dell'affitto, si verifichi una sottrazione di clientela. L'affittuario deve, quindi, conservare l'azienda al proprietario «*nella sua destinazione, funzionalità, identità e capacità di richiamo della clientela*» (COTTINO, *L'imprenditore. Diritto commerciale*⁴, vol. I, tomo 1, Padova, 2000, p. 257).

Peraltro, l'avviamento è generato od accresciuto da tutta una serie di variabili che in parte sono influenzabili dall'affittuario. Si pensi, ad esempio, alle spese per pubblicità, alle ricerche di mercato, ecc. L'avviamento, dunque, può essere incrementato dall'affittuario nel corso dell'esecuzione del contratto.

È, tuttavia, ampiamente discusso in dottrina e in giurisprudenza se l'avviamento prodotto debba dare luogo ad un indennizzo al termine dell'affitto.

La giurisprudenza prevalente è orientata nel senso che l'affittuario non abbia diritto ad alcun compenso o indennità per l'incremento apportato all'avviamento. L'avviamento, infatti, non potendo essere concepito distintamente dall'azienda – cioè, non essendo un elemento autonomo bensì una qualità dell'azienda – subisce necessariamente le sorti di questa; pertanto, al termine dell'affitto esso rientra, con l'azienda, nel patrimonio del proprietario. Addirittura, sempre secondo la giurisprudenza, l'avviamento non deve essere considerato neppure se valutabile economicamente.

Le argomentazioni poste a fondamento della tesi sono molteplici. Così si dice che l'avviamento, costituendo una qualità essenziale dell'azienda insuscettibile di esistenza separata dalla medesima, non dà diritto ad un compenso; che il riconoscimento di un diritto al compenso comporterebbe il riconoscimento della cosiddetta proprietà commerciale; che l'incremento di avviamento – almeno in taluni casi – debba imputarsi a circostanze oggettive e non all'opera dell'affittuario. Parte minoritaria della giurisprudenza ritiene, al contrario, che l'affittuario abbia diritto al rimborso del valore corrispondente all'incremento dell'avviamento; ovvero delle somme eventualmente erogate per l'incremento stesso.

La dottrina è, invece, orientata nel senso di riconoscere all'affittuario un diritto al compenso per l'incremento di valore dell'avviamento (COLOMBO, *Usufrutto ed affitto dell'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. III, Padova, 1979, p. 280 ss. In senso contrario COTTINO, *L'imprenditore. Diritto commerciale*, vol. I, tomo 1, Padova, 2000, p. 262). In particolare, essa osserva che anche le maggiori scorte e i più costosi impianti immessi dall'affittuario entrano a far parte del patrimonio aziendale, e per questi nessuno dubita che la loro aumentata consistenza dia luogo ad un credito dell'affittuario. Inoltre, la dottrina considera non sostenibile la tesi che l'avviamento costituisca un cespite «non inventariabile», sul presupposto che l'inventario di inizio e fine affitto è retto da regole in parte diverse da quelle sul bilancio d'esercizio e si deve piuttosto avvicinare ad un

bilancio di cessione, in cui l'avviamento ha una posizione tutt'altro che trascurabile. La dottrina prosegue, poi, osservando che se si accogliesse la tesi criticata – e quindi l'avviamento non figurasse negli inventari iniziale e finale del rapporto – non si saprebbe come valutare la eventuale minore «efficienza dell'organizzazione» (art. 2561, 2° comma, c.c.) al termine dell'usufrutto. La dottrina conclude ritenendo che l'incremento dell'avviamento, se dovuto a spese sostenute dall'affittuario, dia luogo ad un credito di quest'ultimo nei confronti del concedente.

Pare, dunque, corretto sostenere che è indennizzabile soltanto il maggior avviamento ricollegabile all'opera o alle spese dell'affittuario, con esclusione di quello derivante da circostanze esterne. Il diritto all'indennità discende dall'applicazione dell'art. 1592 c.c. in tema di affitto, da interpretarsi nel senso che il potere di apportare miglioramenti è insito nel potere di gestione dell'affittuario dell'azienda. L'affittuario ha diritto di ricevere, per quel particolare miglioramento dell'azienda che è l'incremento dell'avviamento, un'indennità nei limiti della minor somma tra aumento di valore dell'azienda e spese (di pubblicità, per indagini di mercato, ecc.) sostenute per tale incremento e non confluite nella determinazione del valore di singoli componenti.

E così come l'incremento di avviamento dà diritto ad indennizzo all'affittuario solo nei limiti delle spese da lui sostenute, del pari la diminuzione della consistenza dell'avviamento non dà luogo ad un debito dell'affittuario se essa non è imputabile a mancata o negligente attività di gestione.

7.2.6. La valutazione dei beni oggetto di retrocessione.

I beni oggetto di retrocessione devono essere valutati sulla base dei valori correnti al momento della cessazione del contratto, affinché il confronto fra il valore dei beni inizialmente trasferiti all'affittuario e successivamente ritrasferiti al proprietario sia fatto su basi omogenee.

Dunque, i criteri di valutazione da adottare nella stesura dell'inventario (iniziale e di quello) finale non sono quelli previsti per il bilancio d'esercizio. Infatti, il valore da assumere ai fini dell'inventario iniziale e finale è il «valore corrente» e non il «valore di costo» valido invece per il bilancio d'esercizio.

Il «valore corrente» è costituito – in entrambi gli inventari – dal valore attuale, anche se superiore al costo, tenuto conto degli ammortamenti, il cui onere è posto a carico dell'affittuario.

In particolare, le immobilizzazioni devono essere valutate in relazione al loro grado di utilizzabilità residua, cioè in base al loro valore di sostituzione, al netto degli ammortamenti, non rilevando invece il dal valore risultante dal costo storico. Infatti, come sancito dall'art. 2561, 2° comma, c.c., l'affittuario deve conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti: dal che discende che l'affittuario stesso è obbligato a riparare o a sostituire gli impianti che hanno perduto la loro efficienza.

E gravano sull'affittuario i logorii anche nel caso che superino il totale dei guadagni di quest'ultimo. Infatti, l'affittuario in quanto imprenditore deve sopportare il rischio che i ricavi non coprano i costi, cioè il rischio d'impresa.

Inoltre, come puntualizzato dalla giurisprudenza, la valutazione dei beni deve essere fatta avendo riguardo alla data di cessazione del contratto e non a quella di effettivo rilascio dell'azienda.

7.2.7. La determinazione delle differenze d'inventario.

La differenza fra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'affitto deve esser regolata sulla base dei valori correnti al termine dell'affitto (art. 2561, ult. comma, c.c.); tale differenza dà luogo ad un credito o a un debito nei confronti del proprietario.

Se non vi sono stati mutamenti nella composizione del patrimonio trasferito o se i mutamenti si sono limitati alla sostituzione delle scorte consumate con scorte di uguale qualità e quantità, non emergerà una differenza d'inventario e pertanto nulla sarà dovuto né al proprietario né all'affittuario. In altri termini, i semplici mutamenti di valore dell'azienda non comportano per l'affittuario differenze d'inventario.

Così, ad esempio, se all'inizio l'azienda comprendeva merci di una determinata qualità A per una quantità pari a 100 unità del valore unitario di mercato (di allora) di 100, ed alla fine l'azienda comprende la stessa quantità della merce A del valore unitario di mercato (attuale) di 120, nessuna variazione è intervenuta nella consistenza d'inventario e pertanto nulla è dovuto all'affittuario. Se, viceversa, alla fine l'azienda comprende una quantità pari a 150 unità, la differenza d'inventario ammonta a 6.000 (50 x 120).

L'affittuario può, inoltre, apportare all'azienda variazioni sostitutive ovvero aggiuntive o diminutive: sono «variazioni sostitutive» gli incrementi di un elemento – ad esempio di qualità A – e le diminuzioni di un altro elemento – di qualità B – che lascino immutata l'entità dell'azienda; sono «variazioni aggiuntive» i mutamenti di quantità di elementi aziendali che complessivamente incrementino l'entità dell'azienda; sono

«variazioni diminutive» quelle che complessivamente riducono l'entità degli elementi aziendali.

E, in caso di «variazioni aggiuntive», all'affittuario compete una differenza pari al valore corrente delle addizioni. Così, se l'affittuario ha incrementato le consistenze iniziali affrontando una spesa di 1.000 e, all'atto della cessazione dell'affitto, quelle maggiori consistenze hanno un valore di 1.200, la differenza è pari a 1.200.

Del pari, in caso di «variazioni diminutive» l'affittuario deve corrispondere al proprietario una differenza pari al valore attuale delle minori consistenze.

Tali regole valgono sia per le scorte sia per gli altri elementi patrimoniali, sussistendo – come si è detto – in capo all'affittuario il potere-dovere di disporre, nei limiti della buona gestione, non solo delle scorte ma anche degli immobilizzi.

7.2.8. Il risarcimento dei danni.

Diversi sono i casi in cui l'affittuario può incorrere in un'azione finalizzata al risarcimento dei danni.

In primo luogo, la mancata restituzione dell'azienda, alla scadenza del contratto di affitto, obbliga l'affittuario a risarcire i danni derivanti al locatore dalla ritardata consegna. Peraltro, come osservato dalla giurisprudenza, il mero fatto che l'affittuario dopo la scadenza del contratto non abbia restituito l'azienda al locatore, ed abbia continuato egli stesso a gestirla, può determinare l'insorgere di responsabilità dell'affittuario per violazione dello specifico obbligo di restituzione, ma non comporta violazione del divieto di concorrenza stabilito dal penultimo comma dell'art. 2557 c.c., essendo tale ultima violazione configurabile solo dopo l'avvenuta restituzione dell'azienda al locatore.

Un'ulteriore ipotesi di risarcimento del danno è costituito dal perimento fortuito delle scorte che, secondo la dottrina, grava sull'affittuario. Per contro, la dottrina è prevalentemente orientata nel senso che il perimento fortuito delle immobilizzazioni gravi sul proprietario. Di conseguenza, il deterioramento (fisico ed economico) e la distruzione (fisica ed economica) costituenti normali conseguenze della limitata vita degli impianti e della loro utilizzazione fanno carico all'affittuario, mentre i perimenti per cause diverse – purché non imputabili all'affittuario – sono a carico del proprietario. Pertanto, dall'inventario iniziale rivalutato, in sede di confronto con l'inventario finale, dovranno venire detratte le immobilizzazioni eventualmente perite per caso fortuito, secondo il valore che esse avevano al momento del perimento.

Un caso particolare di risarcimento del danno è inoltre costituito dalle «variazioni illecite», quali ad esempio le riduzioni delle scorte al di sotto del livello normale per quell'azienda, gli acquisti di scorte in misura sicuramente eccedente le esigenze della gestione, le sostituzioni rese necessarie per mancata manutenzione di preesistenti elementi aziendali, il mancato rimpiazzo di impianti necessario per la conservazione dell'efficienza dell'organizzazione, la sostituzione di un elemento con altro inopportuno o negligenzemente scelto; l'ingiustificato incremento occupazionale. In tali casi, l'affittuario dovrà al proprietario *«non la sola differenza tra i valori d'inventario, ma anche l'ulteriore somma corrispondente al maggior costo che i beni da acquistare per ristabilire l'equilibrio aziendale avranno nel momento in cui il proprietario riuscirà ad acquistarli, o l'ulteriore somma corrispondente ai costi di eliminazione dei beni indebitamente immessi (a meno che egli stesso li stralci dall'azienda), o la differenza tra il valore che hanno gli impianti e quello che essi avrebbero se fossero stati assoggettati alle dovute manutenzioni, ecc.»* (COLOMBO, *Usufrutto ed affitto dell'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. III, Padova, 1979, p. 278).

In generale, quindi, il risarcimento del danno può essere richiesto tutte le volte che non sia stata preservata, in termini economici, la *rerum substantia* da parte dell'affittuario.

7.2.9. La disciplina del divieto di concorrenza.

L'art. 2557, 4° comma, c.c., stabilisce che sul proprietario incombe un divieto di concorrenza per tutta la durata dell'affitto. Il divieto di concorrenza si concretizza nell'obbligo, incombente sul proprietario, di astenersi dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta. La norma è volta a tutelare l'affittuario da iniziative che possono essere assunte dal proprietario volte a sottrarre la clientela dell'azienda affittata, quale, ad esempio, l'inizio di una nuova attività d'impresa nello stesso settore di attività e nella stessa zona dell'azienda affittata.

È stata sollevata la questione se il divieto di concorrenza faccia capo anche all'affittuario al termine del contratto di affitto d'azienda. Infatti, come stabilito dal 1° comma dell'art. 2557 c.c., *«chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta»*.

La giurisprudenza è orientata in senso favorevole all'applicazione del divieto di concorrenza alla scadenza del contratto di affitto d'azienda. In particolare la Suprema Corte ha sancito il principio secondo cui le disposizioni dell'art. 2557 c.c., concernenti il divieto di concorrenza in caso di trasferimento di azienda, trovano applicazione non soltanto con riguardo alle ipotesi di alienazione di questa, intesa in senso tecnico, ma anche a tutte quelle altre ove si avveri la sostituzione di un imprenditore all'altro nell'esercizio dell'impresa, e, pertanto, anche in favore del proprietario di un'azienda nel caso che l'abbia data in affitto, allorché l'azienda gli sia stata trasferita dall'affittuario per scadenza del termine finale o per altra causa negozialmente prevista. Pare corretto aderire a tale tesi giurisprudenziale e cioè ritenere che, in assenza di regolamentazione contrattuale, incomba sull'affittuario un divieto di concorrenza di durata quinquennale.

7.2.10. Gli effetti della cessazione sui rapporti di lavoro.

L'art. 2112, 1° comma, c.c. stabilisce che *«in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano»*. Il 2° comma aggiunge che *«il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento»*.

La disposizione è molto chiara e dispone in sostanza che in caso di trasferimento d'azienda vi è, da un lato, la successione automatica del cessionario dell'azienda trasferita nei rapporti di lavoro in atto con il cedente al momento del trapasso, con la sostituzione soggettiva nella posizione del datore di lavoro; dall'altro, sorge una responsabilità solidale del cedente e del cessionario con riferimento ai crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento.

In tale modo viene assicurata al lavoratore la continuità del rapporto di lavoro – con la conservazione del posto e della posizione contrattuale pregressa – e viene accentuata a suo favore la garanzia del pagamento dei crediti maturati prima del trasferimento.

Tale disciplina vale certamente per il trasferimento dell'azienda dal proprietario all'affittuario in occasione della stipulazione del contratto di affitto. Occorre, peraltro, verificare se essa si applichi anche nel caso di retrocessione del complesso aziendale all'atto della scadenza dell'affitto.

La dottrina e la giurisprudenza sono unanimemente orientate nel senso che tale forma trovi applicazione, sul riflesso che la fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. ricorre anche

nell'ipotesi di cessazione dell'affitto d'azienda – quale che sia la causa di essa – poiché in tale occasione di attua un (ri)trasferimento dell'azienda dall'affittuario al proprietario; ovviamente, a condizione che il proprietario continui a utilizzare il complesso aziendale in funzione dell'esercizio della stessa attività imprenditoriale, nonostante il mutamento della persona dell'imprenditore.

La dottrina, in particolare, ritiene che il concetto di trasferimento assuma un significato atecnico molto ampio, non circoscritto al mero passaggio di proprietà, ma comprensivo di ogni negozio giuridico dal quale sorga la legittimazione all'esercizio del potere di gestione aziendale; ed in tale nozione, ad evidenza, rientra anche l'ipotesi di retrocessione dell'azienda nella disponibilità del proprietario.

La giurisprudenza dal canto suo ha osservato che il trasferimento espone il proprietario a responsabilità solidale per tutti i debiti dell'affittuario verso i dipendenti, correlati al rapporto di lavoro, ivi compresi i debiti di natura assicurativa o previdenziale; ed ha precisato che l'art. 2112 c.c. trova applicazione, ove rimanga immutata l'organizzazione dei beni aziendali, anche qualora il proprietario, anziché proseguire l'attività in precedenza esercitata dall'affittuario, sostituisca a questi, senza soluzione di continuità, un altro soggetto nella medesima posizione di affittuario, configurandosi in tal caso una indiretta utilizzazione del complesso aziendale da parte del concedente, a mezzo dell'affittuario.

La giurisprudenza, peraltro, nel ribadire che la norma trova applicazione indipendentemente dal mezzo tecnico-giuridico con il quale il trasferimento si sia in concreto realizzato, sottolinea la necessaria presenza di un ulteriore presupposto costitutivo della fattispecie: cioè l'immutazione strutturale ed organica dell'azienda.

In conclusione il rapporto di lavoro continua sia in caso di trasferimento dell'azienda dal proprietario all'affittuario all'inizio dell'affitto sia in caso di (ri)trasferimento dell'azienda dall'affittuario al proprietario al termine dell'affitto; e sull'affittuario prima e sul proprietario dopo grava la responsabilità solidale per i debiti di lavoro.

La disposizione richiede dunque particolare attenzione, anche perché assume verosimilmente carattere imperativo e pertanto non è derogabile dalle parti. Richiede particolare attenzione perché il proprietario – se imprenditore commerciale (individuale o collettivo) – deve, in quanto solidalmente responsabile, non solo conservare in bilancio (nei conti d'ordine, trattandosi di rischio) l'esposizione dei debiti di lavoro nei confronti del personale dipendente trasferito, ma anche esporre il debito nel suo

ammontare aggiornato di anno in anno (sempre nei conti d'ordine). Qualora poi l'affittuario manifesti l'incapacità di adempiere alle obbligazioni derivanti dai rapporti di lavoro, l'ammontare complessivo dei conti d'ordine deve essere trasferito dal sistema secondario (conti d'ordine) al sistema principale (voce: debiti) di bilancio.

Occorre, inoltre, ricordare che il debito assistito da responsabilità solidale del proprietario si movimenta non soltanto per effetto dell'anzianità dei dipendenti trasferiti, ma anche in conseguenza dell'assunzione di nuovi dipendenti da parte dell'affittuario; sebbene con il temperamento per cui deve sussistere l'immutazione strutturale ed organica dell'azienda, cioè la consistenza iniziale dell'azienda non deve essere stravolta dalla gestione spregiudicata dell'affittuario. Ferma restando tale condizione, il proprietario deve, quindi, iscrivere in bilancio l'intero ammontare dei debiti derivanti da tutti i rapporti di lavoro, con evidente aumento del rischio di regresso all'aumentare della dimensione occupazionale dell'impresa.

8. Il sequestro e il pegno d'azienda.

Il sequestro giudiziario dell'azienda è il classico strumento cautelare cui si ricorre nei casi in cui vi sia una controversia circa la proprietà o il possesso dell'azienda e sia opportuno provvedere alla loro custodia o gestione temporanea.

Come è stato osservato, «*L'azienda è un complesso di beni funzionalmente organizzati in un insieme unitario e coordinato per l'esercizio dell'impresa; tale nozione ed il rilievo che l'art. 670, n. 1, c.p.c., contempla il sequestro giudiziario di aziende o altre universalità di beni, costituiscono elementi sufficienti a legittimare la qualificazione dell'azienda come universalità di beni ai sensi dell'art. 816 c.c.*» (App. Napoli 7 settembre 2007).

Tale ultima esigenza si verifica, in particolare, nei casi in cui sussista il rischio di deterioramento, sottrazione, alienazione dell'azienda o, comunque, ove possano verificarsi pregiudizi per l'integrità dell'avviamento.

In questo caso, il giudice che ha emesso il provvedimento di sequestro nomina un custode, stabilendone i criteri e i limiti della gestione di quanto sequestrato e le particolari cautele idonee a rendere più sicura la custodia e ad impedirne la divulgazione dei segreti aziendali.

«Se nulla è detto nel provvedimento che dispone il sequestro, si devono in via suppletiva ritenere operanti le norme dettate in tema di usufrutto di azienda» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 286).

Si osserva, al riguardo, che: «L'azienda sottoposta al sequestro giudiziario continua ad essere un complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, ai sensi dell'art. 2555 c.c. e titolare dell'azienda sequestrata continua ad essere l'imprenditore, in quanto la gestione temporanea da parte del custode non produce alcun mutamento del centro di imputazione degli obblighi e dei diritti» (Trib. Roma 15 dicembre 1992, in *Dir. fall.*, 1993, p. 707).

Il sequestro ha, invece, natura conservativa quando è utilizzato come misura cautelare e preventiva richiesta da un creditore, allorché vi sia un fondato motivo per temere la perdita della garanzia sottostante al proprio credito. Secondo l'opinione prevalente, non è possibile ottenere tale provvedimento conservativo: esso, infatti, costituisce una sorta di anticipato pignoramento, ma l'azienda, in sé considerata, non rientra tra i beni che possono costituire oggetto di pignoramento dal codice di procedura civile; minoritaria è, invece, la tesi per cui sarebbe possibile ottenere un sequestro giudiziario dell'azienda, pur nell'impossibilità di farla divenire successivamente oggetto di pignoramento.

«Infine, il sequestro può essere di natura convenzionale ai sensi dell'art. 1798 c.c., come contratto con il quale due o più persone affidano a un terzo una cosa rispetto alla quale sia nata una controversia, affinché questi la custodisca e la restituisca alla persona a cui spetterà quando la controversia sarà conclusa. In questo caso può essere posta sotto sequestro l'intera azienda e la mancata indicazione dei singoli componenti destinati a formare oggetto specifico di sequestro non è causa di invalidità o di inefficacia dello stesso» (FORTINO, *Sequestro conservativo e convenzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, 1990, p. 115).

Quanto al pegno d'azienda – ossia il diritto reale di garanzia riconosciuto a un determinato creditore, sulla base di un accordo a garanzia del suo credito –, «l'art. 2784 c.c. risolve testualmente in senso affermativo la questione, nella parte in cui ammette il pegno dell'universalità di mobili. La dottrina prevalente, infatti, riconosce in maniera sostanzialmente pacifica che tra le universalità oggetto di pegno rientri anche l'azienda» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 292).

Nella disciplina dello stesso art. 2784 c.c. sono esclusi in ogni caso dal pegno i beni immobili e i beni mobili registrati facenti parte del complesso aziendale, sui quali sarà piuttosto necessario costituire una ipoteca al fine di ottenere una garanzia prelatizia.

«La dottrina prevalente, ammettendo la sottoponibilità a pegno dell'azienda, ne modella la disciplina su quella dell'usufrutto d'azienda, con gli opportuni adattamenti suggeriti dalle norme dettate per il pegno. Ciò significa che il creditore pignoratizio ha poteri assimilabili a quelli dell'usufruttuario, con conseguente applicazione analogica delle regole dettate dall'art. 2561 c.c.: egli assume la gestione dell'azienda in nome proprio e spettano a lui i poteri e i doveri propri dell'usufruttuario; può gestire personalmente l'azienda, compiendo tutte le operazioni necessarie a evitare che la stessa risulti compromessa, ovvero lasciarne la gestione al debitore. Gli utili della gestione, poi, vanno innanzitutto a coprire le spese della stessa, ma solo se riguarda atti di gestione ordinaria; le spese di straordinaria amministrazione gravano direttamente sul debitore; per il residuo, gli utili sono suscettibili di appropriazione da parte del creditore, ai sensi dell'art. 2791, c.c., salvo patto contrario» (FERRENTINO-FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 293).

9. La successione e l'azienda.

In materia di trasferimento di azienda *mortis causa*, la disciplina codicistica non fornisce alcuna indicazione. Il silenzio normativo non pare, tuttavia, generare problemi per la successione a titolo universale, dal momento che la disciplina stessa del fenomeno successorio, ove prevede che l'erede subentri in ogni posizione giuridica, attiva e passiva, precedentemente in capo al *de cuius*, sembra necessariamente sostituirsi a quella relativa alla circolazione dell'azienda.

Con riferimento ai debiti, occorre, peraltro, precisare che – nei rapporti esterni – di essi risponderanno tutti gli eredi anche nel caso in cui l'azienda sia stata assegnata ad uno solo di essi, trattandosi a tutti gli effetti di debiti ereditari. Ciò non vale, invece, nei rapporti interni, dal momento che questi graveranno solo sull'assegnatario.

«La successione determina inoltre l'applicazione di norme, quali l'art. 1330 e l'art. 1722 n. 4 c.c., di cui la prima sembra valere anche nel caso di alienazione, la seconda tende invece ad assicurare la continuità dell'impresa e dei suoi rapporti esterni nei casi di sopravvenuta morte o incapacità dell'imprenditore mandante» (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 654).

Nel caso in cui l'azienda sia devoluta a due o più eredi, si forma una comunione di azienda e non necessariamente una società – anche solamente di fatto – tra gli stessi. La successione ereditaria, infatti, non comporta necessariamente (a differenza di quanto avviene nelle ipotesi di trasferimento *inter vivos*) una successione nell'impresa.

«Infine, nelle ipotesi di legato d'azienda trova applicazione la disciplina dell'alienazione» (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 654).

E, come osservato dalla giurisprudenza, «sembra sussistere anche in tali casi l'obbligo di non concorrenza, almeno nei casi in cui si ritenga che esso trovi la sua ragion d'essere nel trasferimento e nell'esigenza che questo non sia caducato, sul piano economico, dall'alienante. Non manca, inoltre, il soggetto cui il divieto possa far capo, ossia il successore a titolo universale, il quale si immedesima – in quanto tale e nei limiti già visti per l'erede dell'alienante – con la persona e con il patrimonio del suo autore. Il successore a titolo universale sarebbe quindi tenuto a non far concorrenza al legatario, così come sarebbe obbligato a non farla nei confronti degli altri successori cui l'azienda fosse stata devoluta in sede di divisione» (Cass. 8 giugno 1957, n. 2314).

Secondo la dottrina, «se poi, attività imprenditoriali uguali o simili saranno intraprese da soggetti legati da vincoli di parentela o da rapporti di collaborazione con l'imprenditore defunto, con pericolo di sviamento di clientela, la tutela del legatario potrebbe prospettarsi sotto il diverso profilo della concorrenza sleale, con applicazione dell'art. 2598 c.c.» (BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 655).

In mancanza di una specifica disposizione testamentaria, sorge il problema di individuare la sorte dei debiti dell'azienda legata; come è evidente, la soluzione a tale quesito è opposta a seconda che si ritenga che questa vada intesa come *universitas facti* o, piuttosto, quale *universitas iuri*, dal momento che solo nel secondo caso si può ritenere che vi sia un automatico trasferimento dei debiti, di cui il legatario può, tuttavia, essere chiamato a rispondere solamente nei limiti di cui all'art. 671 c.c.

In ogni caso, il legatario risulta, nei rapporti esterni e dunque nei confronti dei terzi, responsabile in solido per tutti i debiti risultanti dalle scritture contabili, ai sensi dell'art. 2560 c.c.

«Il legatario di azienda (...) è responsabile dei debiti esistenti permanendo la responsabilità (solidale) dell'erede universale del dante causa; tuttavia la mancata

*conoscenza e la mancata menzione dei debiti esistenti nell'istituzione di legato, esonerano il legatario da ogni responsabilità, residuando però la legittimazione passiva dell'erede universale nei cui confronti gli aventi titolo potranno rivalersi» (App. Catania 14 settembre 1993, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 1995, p. 435).*

PARTE SECONDA: IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA NEL FALLIMENTO.

1. Premessa.

La liquidazione dell'attivo fallimentare consiste nella conversione in denaro del patrimonio dell'impresa fallita. Lo scopo di tale attività è duplice: da un lato, realizzare le somme necessarie al soddisfacimento dei creditori; dall'altro, conservare i valori dell'impresa (qualora meritevoli). In tal senso la legge fallimentare prevede che il curatore possa esercitare provvisoriamente l'attività, concedere in affitto l'azienda e cedere l'intero complesso aziendale o singoli rami ovvero, soltanto da ultimo, i beni atomisticamente intesi.

Rispetto al testo originario del 1942, la disciplina in tema di liquidazione dell'attivo è stata profondamente innovata a partire dal 2006: l'intero Capo VI della legge fallimentare è stato sostituito, con l'introduzione – tra l'altro – dell'obbligo di predisposizione del programma di liquidazione e della vendita tramite procedure competitive. Da ultimo, il D.L. 23 dicembre 2013 n. 145, c.d. "Destinazione Italia", ha stabilito – sempre nell'ottica di preservare la continuità – che la cooperativa formata dai dipendenti dell'impresa fallita abbia diritto di prelazione sull'affitto e sull'acquisto del complesso aziendale.

Il campo di applicazione degli istituti dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo è la procedura fallimentare, ma quest'ultima trova parziale applicazione anche nel concordato preventivo, ove questo abbia natura liquidatoria o mista.

2. Il programma di liquidazione.

Il programma di liquidazione è una delle novità di maggiore rilievo della riforma della legge fallimentare, che ha previsto la "programmazione condivisa" della liquidazione dell'attivo fallimentare, quale premessa per un efficace controllo a consuntivo della gestione liquidatoria del curatore.

É un atto tipico della procedura fallimentare, redatto a cura del curatore ed approvato dal comitato dei creditori; esso costituisce – come si è detto – l'atto di pianificazione e di indirizzo della liquidazione del patrimonio fallimentare.

«La liquidazione va dunque programmata. Ma, nella mente del legislatore, la programmazione della liquidazione non deve essere un «manifesto» di buone intenzioni, cioè una mera elencazione di atti che il curatore si propone di compiere, ma un articolato piano che consacra precisi ed analitici impegni operativi e scansioni

*temporali, da rassegnare al giudizio del comitato dei creditori ed all'approvazione del giudice delegato» (QUATRARO, *Il Programma di liquidazione. Profili generali*, in AA.VV. *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007).*

Il programma di liquidazione costituisce un vero e proprio “contratto” con i creditori concorsuali, il cui inadempimento può essere – per il curatore – fonte di responsabilità per danni e motivo di eventuale revoca della carica.

Il programma deve essere:

- tempestivo, in quanto deve essere redatto entro sessanta giorni dalla chiusura delle operazioni di inventariato;
- analitico, poiché devono essere dettagliati le modalità – anche pubblicitarie – ed i tempi di realizzo dei beni che compongono il patrimonio del fallito. Il programma deve quindi indicare se la vendita avverrà ad opera del curatore o a mezzo di commissionario, secondo modalità mutate dal processo di esecuzione per le vendite senza incanto o con incanto ovvero in altro modo;
- prudente, in quanto deve indicare ed illustrare attentamente gli aspetti critici, valutandone il peso e prevedendone, ove possibile, gli esiti favorevoli e sfavorevoli;
- realizzabile nei modi e secondo le modalità previste, in relazione ai beni che compongono il patrimonio fallimentare e alle prospettive di utile continuazione dell'attività d'impresa;
- finalizzato
 - alla conservazione del valore dell'azienda, o di rami di essa, previa verifica dell'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di stipulare un contratto d'affitto;
 - alla verifica della possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami della stessa, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco;
 - in difetto, alla vendita di singoli beni.

L'attività liquidatoria si articola in due momenti:

- l'approvazione del programma di liquidazione, nella predisposizione del quale il curatore ha piena libertà di scelta in ordine alle modalità liquidatorie;
- l'esecuzione di quanto indicato nel programma, al quale il curatore sarà vincolato.

Ai sensi dell'art. 104-ter, comma 1, l.f., il programma di liquidazione deve essere predisposto dal curatore entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, termine da considerarsi ordinatorio. Il termine per la presentazione del programma è relativamente breve: entro tale termine il curatore deve acquisire i dati e gli elementi necessari all'individuazione del patrimonio fallimentare e definire le modalità di realizzo dello stesso.

Dal momento che, ai sensi dell'art. 87 l.f. (rimasto invariato anche dopo la riforma) l'inventario deve essere redatto nel più breve termine possibile dalla rimozione dei sigilli ovvero dal primo accesso, si comprende come il termine a partire dal quale inizia il computo dell'arco temporale, seppure piuttosto stretto, sia nella pratica variabile da caso a caso.

*«La terminologia utilizzata dal legislatore (testualmente la «redazione dell'inventario») rende inoltre evidente che il dies a quo parte dal momento in cui la redazione dell'inventario sia stata terminata» (QUATRARO, *Il Programma di liquidazione. Profili generali*, in AA.VV. *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, p. 1663).*

L'art. 104-ter l.f. prescrive il contenuto minimo del programma di liquidazione, che deve indicare ed illustrare (in senso positivo o negativo):

- l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio;
- l'eventuale sussistenza di proposte di concordato;
- le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie esperibili ed il loro esito;
- la cessione unitaria dell'azienda o dei singoli beni e le relative modalità di effettuazione.

Il programma di liquidazione è, dunque, un documento strutturato e programmatico della gestione del patrimonio fallimentare posta in essere dal curatore.

Trattandosi di un atto di gestione, il programma di liquidazione deve essere approvato dal comitato dei creditori, il quale è chiamato a valutare nel merito l'opportunità e la convenienza delle scelte operate dal curatore.

*«Al giudice delegato, in sede di autorizzazione dei singoli atti esecutivi contenuti nel programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori, non spetta entrare nel merito delle scelte operate dal curatore, dovendo esercitare il proprio potere di controllo con riferimento alla c.d. regolarità formale ed alla c.d. legittimità sostanziale» (App. La Spezia, 31 maggio 2010, in *Fall.*, 2010, p. 1215).*

Redatto il programma, il curatore deve dunque ottenere l'approvazione dello stesso da parte del comitato dei creditori, il quale – prima di pronunciarsi – può chiedere al curatore di apportare eventuali modifiche. E, poiché non vi sono strumenti per costringere il comitato dei creditori a prendere posizione (favorevole) su questioni di merito, il curatore dovrà recepire le modifiche proposte oppure redigere un altro programma oppure dimettersi.

Il comitato, in ogni caso, deve pronunciarsi entro quindici giorni dalla richiesta del parere (art. 41, comma 3, l.f.) oppure entro il termine fissato dal giudice delegato.

Ottenuta l'approvazione, il programma dovrà essere attuato, previa autorizzazione di ogni singolo atto esecutivo ad opera del giudice delegato.

Si può, pertanto, affermare che il programma di liquidazione è *«il frutto della condivisione necessaria tanto del curatore, che del comitato dei creditori, che del giudice delegato, in quanto viene predisposto dal curatore fallimentare, quale motore della intera procedura ma, affinché assuma carattere di definitività, è necessario che vi sia l'approvazione del comitato dei creditori e che il giudice delegato “autorizzi l'esecuzione degli atti ad esso conformi”»* (ESPOSITO, *Il programma di liquidazione nel decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, p. 1078).

Il programma di liquidazione può constare di un solo documento, oppure, qualora il curatore ravvisi particolari ragioni di urgenza che possano giustificare la necessità di proporre l'eventuale continuazione dell'esercizio dell'impresa o l'affitto dell'azienda, le specificazioni di cui al 2° comma dell'art. 104 *ter*, l.f. possono essere contenute in più documenti successivi al programma di liquidazione, per poi confluire in esso una volta autorizzato l'esercizio provvisorio.

Le ragioni di urgenza che si possono prospettare sono, ad esempio, i seguenti:

- rapporti di lavoro in corso, di natura subordinata e non, la cui precaria condizione necessita di provvedimenti immediati da parte della curatela;
- contratti di fornitura in corso, il cui inadempimento o non puntuale adempimento da parte del fallimento può legittimare gli acquirenti a chiederne la risoluzione o a far operare le penali pattuite, ritardando od evitando i pagamenti dovuti, con comprensibile danno per i creditori dell'impresa fallita;

- rapporti giuridici pendenti che, non sciogliendosi *ex lege* per effetto della dichiarazione di fallimento, possono comportare un rilevante onere per la massa fallimentare, dovendo essere soddisfatti in prededuzione;
- questioni riguardanti i prodotti semilavorati, i quali estrapolati da un determinato contesto produttivo potrebbero non avere valore alcuno.

Il curatore, pertanto, dovrà anteporre tale incombenza ad ogni altra e dovrà verificare la ricorrenza dei presupposti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, al fine di evitare la produzione di un danno grave e non più riparabile, quale effetto dell'interruzione improvvisa dell'attività imprenditoriale.

In tali circostanze, il curatore – acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori – può proporre al giudice delegato di autorizzare la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa.

Per porre il giudice delegato nella condizione di decidere con cognizione di causa sulla richiesta, il curatore deve predisporre una dettagliata e documentata relazione (art. 33 l.f.) che deve far luce in particolare:

- sulla situazione patrimoniale, finanziaria e gestionale dell'impresa fallita;
- sulla prospettiva di un'utile continuazione dell'esercizio dell'impresa;
- su elementi prettamente tecnici, quali la disponibilità di risorse finanziarie e di personale dipendente da utilizzare;
- sulle condizioni operative e quindi sui cicli di lavoro, sui contratti da mantenere o disdire, sui nuovi contratti da stipulare;
- sui costi certi e su quelli preventivabili;
- sui ricavi ragionevolmente attendibili;
- sull'opportunità di continuare l'attività di impresa, anche alla luce di trattative in corso, per la più proficua liquidazione dei beni che compongono l'azienda;
- sulla presumibile durata dell'esercizio provvisorio.

«L'urgenza di disporre la continuazione dell'esercizio dell'impresa, per preservare o non pregiudicarne il valore, nell'interesse dei creditori, porta a ritenere che l'elaborazione della suddetta complessa relazione non debba essere necessariamente contenuta nel programma di liquidazione, ma possa essere anticipata alla elaborazione dello stesso per poi confluire in esso una volta autorizzato l'esercizio provvisorio»

(QUATRARO, *Il Programma di liquidazione. Profili generali*, in AA.VV. *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, p. 1667).

Tuttavia, la possibilità di presentare il programma di liquidazione in più documenti non significa – a parere della giurisprudenza – che tale programma possa essere approvato in momenti separati, infatti «è inammissibile l'approvazione parziale del programma di liquidazione essendo l'istituto fondato sull'esigenza di pianificazione delle attività» (Trib. Roma 28 aprile 2009, in *Fall.*, 2010, p. 361).

Infine, il programma di liquidazione potrebbe avere natura “negativa”, qualora il curatore intenda proporre la chiusura del fallimento in caso di previsione di un insufficiente realizzo.

In tale ipotesi, se il curatore – effettuate le operazioni inventariali – giunge alla conclusione che non vi sia attivo acquisibile, redige una relazione ove illustra le ragioni che consigliano di chiudere la procedura fallimentare ai sensi dell'art. 118, n. 4 l.f., chiedendo contestualmente al tribunale, con istanza depositata almeno venti giorni prima dell'udienza di verifica, di non dar luogo all'accertamento dei crediti.

Parte della dottrina, sostiene che «la «relazione sulle prospettive della liquidazione» altro non sia che un programma di liquidazione nel quale il curatore espone agli altri organi della procedura la mancanza di beni da liquidare nonché l'impossibilità di instaurare quelle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che consentirebbero di realizzare l'attivo» (QUATRARO, *Il Programma di liquidazione. Profili generali*, in AA.VV. *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, p. 1669).

Qualora si verifichi questa evenienza, il tribunale “*dispone in conformità*”; contro tale decreto i creditori che abbiano presentato domanda di ammissione al passivo possono opporre reclamo avanti la corte d'appello, che decide in camera di consiglio sentito il reclamante, il curatore, il comitato dei creditori e il fallito.

3. L'esercizio provvisorio, l'affitto d'azienda o di singoli rami.

3.1. L'esercizio provvisorio.

La riforma della legge fallimentare, intervenuta a partire dal 2006, ha modificato profondamente le modalità con le quali avviene la liquidazione dell'attivo fallimentare, assegnando alla stessa uno scopo ulteriore rispetto alla semplice realizzazione delle somme utili alla soddisfazione dei creditori: conservare il valore dell'impresa e del suo

patrimonio, al fine di poter riallocare l'azienda (o parti di essa), preservandone le qualità e la funzionalità.

Le modifiche apportate al Capo VI dal D. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (G.U. 16.1.2006) già riflettevano un diverso approccio del legislatore alle fasi procedurali della liquidazione e della ripartizione dell'attivo. In linea con la *ratio* dell'intera riforma e con i principi dettati dalla legge delega – tesi a favorire l'accelerazione delle procedure concorsuali attraverso un'opera di semplificazione delle stesse – le nuove disposizioni sulla realizzazione e conseguente ripartizione dell'attivo si ispirano, inoltre, a criteri di efficienza e semplificazione operativa.

La novità di maggior rilievo portata dalla riforma consiste nella puntuale disciplina della continuità d'impresa, che può essere attuata dal curatore sia in prima persona – attraverso l'esercizio provvisorio dell'impresa fallita – sia mediante l'affitto d'azienda, prodromico al trasferimento della stessa. In particolare, con la riforma è stata introdotta la disciplina dell'esercizio – diretto o indiretto – dell'impresa fallita, quale strumento di salvaguardia dei livelli occupazionali, del valore e della funzione produttiva dell'impresa, oltre che di tutela della garanzia patrimoniale nell'interesse dei creditori.

Il nuovo testo dell'art. 104 l.f. prevede la possibilità, in capo al tribunale, di autorizzare l'esercizio provvisorio già nella sentenza dichiarativa di fallimento, qualora dall'interruzione possa “*derivare un danno grave*” e sempre che “*non si arrechi pregiudizio ai creditori*”.

Questi due requisiti devono coesistere, unitamente all'oggettiva constatazione che l'impresa sia funzionante al momento della decisione e, quindi, nel corso dell'istruttoria: in questo caso è lo stesso tribunale a disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa.

La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa può, inoltre, essere autorizzata dal giudice delegato successivamente, prima dell'approvazione del programma di liquidazione *ex art. 104-ter l.f.*; può essere disposta contestualmente all'approvazione del programma di liquidazione *ex art. 104-ter, comma 2, lett. a), l.f.*; oppure mediante una modifica dello stesso, qualora tale opportunità si presenti come un'esigenza sopravvenuta.

In particolare, il giudice delegato può disporre la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa a seguito di proposta del curatore e previo parere favorevole del comitato dei creditori. È proprio in questa previsione che si coglie l'aspetto più

innovativo dell'istituto, funzionale non più al solo interesse privatistico, volto a conseguire un miglior realizzo in sede di liquidazione dell'attivo, ma aperto altresì a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte, sempre che i creditori non ne subiscano nocumento.

«L'evidente differenza fra esercizio provvisorio e continuazione temporanea dell'attività di impresa non deriva, peraltro, esclusivamente dal diverso momento in cui è previsto che l'organo rilasci la relativa autorizzazione, ma è sottolineata anche dallo stesso iter informativo previsto dal terzo comma dell'art. 104-ter, laddove si precisa che, durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato debba essere convocato, con cadenza trimestrale, perché sia informato dell'andamento della gestione e possa, quindi, pronunciarsi sulla opportunità di una continuazione che, di contro, se disposta dal giudice delegato, avrà già una sua scadenza in ragione della prevista sua temporaneità» (CAIAFA, *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, p. 895 ss.).

L'esercizio provvisorio e la continuazione temporanea dell'impresa sono quindi strumenti conservativi del patrimonio, preparatori della liquidazione e di carattere temporaneo, con la differenza – rispetto all'affitto – che la gestione provvisoria spetta direttamente al curatore e non ad un terzo.

L'esercizio provvisorio dell'impresa può continuare soltanto in presenza dei presupposti che lo hanno determinato, in quanto non deve recare pregiudizio ai creditori: poiché l'impresa è un'entità economica soggetta a continui cambiamenti, occorre quindi procedere ad un monitoraggio continuo dello svolgimento dell'attività. Per questo motivo il legislatore ha previsto che, durante il periodo di esercizio provvisorio, il curatore convochi il comitato dei creditori al fine di informarlo circa l'andamento della gestione, in modo tale che quest'ultimo possa pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio dell'impresa.

Il curatore inoltre deve predisporre, con cadenza semestrale, un rendiconto dell'attività – sostanzialmente un bilancio intermedio d'esercizio – e depositarlo in cancelleria.

L'esercizio provvisorio può cessare per diverse ragioni e, in particolare, qualora:

- il comitato dei creditori, nell'ambito delle riunioni trimestrali, ritenga inopportuna la continuazione temporanea dell'attività: la cessazione è disposta dal giudice delegato con apposito decreto;

- il tribunale – previo parere del curatore e del comitato dei creditori – ne ravvisi l'inopportunità: la cessazione è disposta dal tribunale, riunito in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo;
- sia decorso il termine fissato dal giudice delegato nel decreto che dispone la continuazione temporanea dell'attività su proposta del curatore.

La gestione provvisoria da parte del curatore, inoltre, comporta la prosecuzione dei contratti pendenti, salvo che lo stesso non intenda sospenderne l'esecuzione ovvero scioglierli.

È evidente che, se l'esercizio provvisorio è stato autorizzato unitamente alla sentenza dichiarativa di fallimento, tutti i contratti proseguono senza distinzione; se invece l'autorizzazione interviene successivamente ad opera del giudice delegato, o addirittura nell'ambito del programma di liquidazione, il regime degli artt. 72 ss. l.f. ha già avuto esecuzione e, quindi, i contratti che – per legge – si sciolgono automaticamente con la declaratoria di fallimento, si sono già dissolti. In questi casi è evidente che l'esercizio provvisorio determina la prosecuzione soltanto dei rapporti che sono ancora pendenti in quel momento e non invece di tutti quelli che lo erano al momento della dichiarazione di fallimento.

Per quanto concerne i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio, ad essi spetta la prededucibilità ai sensi dell'art. 111 l.f.: si tratta di una condizione fondamentale per l'effettiva prosecuzione dell'attività di impresa, in quanto ai soggetti che consentono tale continuazione viene assicurato di essere preferiti rispetto ai creditori concorsuali, contenendo così il rischio che si rifiutino di trattare con l'impresa fallita.

Dello stesso orientamento risulta essere la giurisprudenza, la quale afferma che i crediti maturati nell'esercizio provvisorio devono essere ammessi e soddisfatti in prededuzione, mentre i crediti sorti anteriormente alla dichiarazione di fallimento o successivamente alla chiusura dell'esercizio provvisorio sono soggetti alle regole generali inerenti i contratti (Cass., 19 marzo 2012, n. 4303, in *Fall.*, 2013, p. 122).

L'esercizio provvisorio da parte del curatore determina una serie di responsabilità in capo allo stesso, al punto che questi, soprattutto ove sia privo delle conoscenze tecniche e di mercato indispensabili per la continuazione dell'impresa, può essere indotto a preferire soluzioni alternative che consentano di accollare ad un terzo i rischi della gestione, piuttosto che chiedere l'autorizzazione alla continuazione temporanea

dell'attività, nel caso in cui essa non sia stata disposta dal tribunale con la sentenza che apre il concorso. Egli sarà, quindi, più propenso a ricorrere all'affitto d'azienda.

Ove non si possa fare ricorso all'affitto, la procedura assumerà i rischi dell'esercizio provvisorio dell'impresa e la responsabilità per tutte le obbligazioni contratte nella gestione; con l'aggiunta che i crediti sorti in costanza di procedura saranno in prededuzione. Nell'affitto, invece, è l'affittuario-imprenditore ad assumersi rischi ed obblighi derivanti dalla gestione dell'azienda ed il fallimento rimane indenne da qualsivoglia responsabilità, correndo rischi assai più limitati.

3.2. L'affitto dell'azienda o di singoli rami.

Il ricorso all'affitto di azienda è volto – al pari dell'esercizio provvisorio – ad evitare la dispersione delle attività aziendali e l'esodo dei lavoratori, preservando il valore costituito dalla loro professionalità. E tale strumento si rivela utile soprattutto nei casi in cui l'azienda sia ancora in funzionamento e sia possibile procedere alla liquidazione dell'attivo nel suo complesso, e non già atomisticamente, preservandone così il valore.

«Con la riforma il legislatore ha previsto l'affitto come evento naturale dell'attività di amministrazione dell'attivo medesimo e come strumento prodromico ad una sua migliore liquidazione, tanto che la norma vincola l'adozione dello strumento dell'affitto espressamente alla circostanza che lo stesso “appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa”» (GALLONE-RAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare*, Milano, 2008, p. 21).

Parte della dottrina ritiene che dall'adozione generalizzata dello strumento dell'affitto non si possa concepire l'esistenza di un “mercato secondario di aziende”, ma è certo che *«la legge di riforma potrà consentire ad imprenditori e professionisti – avvezzi a dialogare con le procedure e non intimoriti dalle rigidità che le stesse comunque in qualche misura sono obbligate ad avere – di dar corso ad interventi collettivi nelle procedure dichiarate, anche al fine di recuperare in secondo momento l'interesse di operatori di settore»* (GALLONE-RAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare*, Milano, 2008, p. 20).

La decisione di ricorrere all'affitto d'azienda rappresenta uno dei momenti più significativi non solo della fase iniziale della procedura, ma anche di quelli che saranno i compiti del curatore. L'iniziativa è in capo al curatore, il quale – ai sensi del primo comma dell'art. 104-bis l.f. – ha la facoltà di presentare tale proposta: diversamente da

quanto accade per l'esercizio provvisorio, l'iniziativa non può derivare *motu proprio* dal Tribunale.

L'iniziativa del curatore rappresenta il momento di sintesi di un complesso *iter* al termine del quale egli deve fare una scelta e, in particolare, deve chiedersi se – ai fini di una corretta e proficua liquidazione – sia più opportuno:

- proseguire o revocare – ove esistente – il contratto di affitto stipulato anteriormente alla dichiarazione di fallimento;
- continuare l'esercizio provvisorio previsto dal tribunale *ex art. 104, comma 1, l.f.*, ovvero chiederne la revoca per accedere ad altra diversa soluzione;
- richiedere la continuazione dell'impresa *ex art. 104, comma 2, l.f.*;
- procedere all'affitto dell'azienda o ad uno dei suoi rami;
- dar corso immediatamente alla vendita dell'azienda o di uno dei suoi rami;
- optare per lo smembramento dell'attività dell'impresa e dar corso alla vendita parcellizzata;
- optare per forme diverse di liquidazione *ex art. 105, comma 8, l.f.*

Per valutare i diversi profili di convenienza, in questa fase il curatore non può prescindere da una sommaria indagine delle cause del dissesto, anticipando in tal modo il contenuto della relazione *ex art. 33 l.f.*

Poiché compito del curatore è quello di valorizzare l'attivo fallimentare per il suo migliore realizzo, deve tener conto del rischio di un esito infausto dell'affitto, che può derivare sì da eventi imponderabili o da una inadeguatezza dell'affittuario, ma anche conseguire a fattori intrinseci.

Ne consegue che il curatore formulando l'istanza di autorizzazione all'affitto deve esprimere – almeno implicitamente – un giudizio sull'economicità della gestione.

È necessario, sin da subito, sottolineare che la scelta del curatore può essere sempre revocata da una successiva iniziativa in senso diametralmente opposto.

La norma parla di recesso e dalla sua astratta formulazione pare che l'istituto non si discosti molto da quello previsto dall'art. 1373 c.c., il quale dispone che convenzionalmente si possa attribuire ad una o ad entrambe le parti il diritto di sciogliersi dal vincolo contrattuale.

Tuttavia, il recesso del curatore differisce dall'istituto generale in talune caratteristiche, ritenute dalla giurisprudenza tipiche del recesso unilaterale ordinario: in particolare, «*il diritto di recesso ex art. 1373 c.c. – insuscettibile di interpretazione estensiva per la sua*

*natura di eccezione al principio generale della irrevocabilità degli impegni negoziali – non può essere svincolato da un termine preciso o, quanto meno, sicuramente determinabile, in assenza del quale l'efficacia del contratto resterebbe indefinitamente subordinata all'arbitrio della parte titolare di tale diritto, con conseguente irrealizzabilità delle finalità perseguite con il contratto stesso» (Cass. 22 dicembre 1983, n. 7579, in *Giur. civ. mass.*, 1983, fasc. 11).*

Il diritto di recesso deve essere necessariamente inserito nel contratto di affitto.

Si tratta di un diritto del fallimento per il cui esercizio non viene richiesta l'esplicitazione di alcuna particolare motivazione: l'esercizio del diritto di recesso è l'espressione di una facoltà del fallimento e l'affittuario, che lo accetta al momento della stipulazione del contratto, non può opporre alcuna eccezione. Tuttavia il curatore dovrà adeguatamente motivare al comitato dei creditori la propria decisione di recedere attraverso considerazioni in senso contrario a quelle che lo avevano indotto ad instare per la stipulazione del contratto di affitto.

Se viene esercitato il diritto di recesso, è necessario corrispondere all'affittuario un equo indennizzo prededucibile *ex art. 111 l.f.*, che viene stabilito in misura convenzionale ovvero, in caso di disaccordo tra le parti, dal giudice delegato.

Da ultimo, è necessario sottolineare che, mentre l'autorizzazione alla stipula dell'affitto viene concessa dal giudice delegato previo parere favorevole del comitato dei creditori, in via autonoma o in sede di approvazione del programma di liquidazione, il recesso viene esercitato "*sentito il comitato dei creditori*" *ex art. 104-bis*, comma 3, l.f.

Il processo che porta alla sottoscrizione del contratto di affitto d'azienda può essere schematizzato come segue:

- il curatore identifica lo strumento dell'affitto di azienda come strumento necessario alla migliore liquidazione dell'attivo;
- il comitato dei creditori approva dando parere favorevole a tale scelta nel caso di affitto *ex art. 104-bis*, comma 1, l.f., ovvero approvando il programma di liquidazione che lo contempla;
- il giudice delegato, ai sensi dell'*art. 104-bis*, comma 1, l.f. o *104-ter*, comma 8, l.f., autorizza l'adozione dello strumento;
- il curatore sceglie l'affittuario sulla base dell'*iter* procedimentale e dei parametri di cui all'*art. 104-bis*, comma 2, l.f..

L'istanza del curatore deve contenere talune indicazioni, svolte in adempimento al più generale dovere di informazione e di svolgimento *secundum legem* dell'attività professionale che ai sensi dell'art. 38 l.f. deve essere adempiuta "con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico", che devono risultare coerenti con i motivi che stanno alla base della scelta dello strumento.

Nell'istanza devono essere indicati la consistenza dell'azienda e i contratti che si intende trasferire all'affittuario; allo stesso modo, qualora l'affitto non comprenda l'intera azienda, deve essere identificato il ramo di azienda che si intende concedere in affitto, scorporandolo da altri rami per i quali si opti per una destinazione differente.

Non è necessario che nell'istanza sia già indicato con certezza l'ammontare del canone, ma è opportuno invece indicare il termine dell'affitto, poiché la limitazione temporale del godimento del terzo è fondamentale per comprenderne l'utilità ai fini della proficua liquidazione dell'attivo fallimentare.

Fondamentale è altresì la specificazione delle forme di pubblicità che verranno adottate, in quanto il rispetto dei principi di cui all'art. 104-bis, comma 2, l.f., può essere verificato soltanto ove il curatore indichi nel dettaglio il percorso che intende seguire.

Il curatore deve necessariamente indicare (seppur in modo sommario) i livelli occupazionali che l'affitto intende garantire.

Da ultimo, è necessario che il curatore dia conferma della previsione di inserimento all'interno del contratto delle clausole legali di cui all'art. 104-bis, comma 3, l.f.

Qualora vengano a modificarsi talune delle condizioni sopra esposte, sarà onere del curatore riattivare il percorso di approvazione ed autorizzativo, astenendosi dalla stipulazione del contratto; occorrerà, quindi, presentare un'istanza integrativa *ex art. 104-bis*, comma 1 o depositare un supplemento al programma di liquidazione *ex art. 104-ter*, comma 5, l.f.

Qualora non vi siano validi motivi di ostacolo a tale istanza del curatore, il comitato dei creditori provvederà a comunicare il proprio parere favorevole e l'affitto di azienda sarà autorizzato dal giudice delegato.

Per la scelta dell'affittuario, la legge fallimentare prescrive che venga bandita una procedura competitiva, nelle forme di cui all'art. 107 l.f., garantendo la massima informazione e partecipazione degli interessati, sulla base di stime del complesso aziendale ad opera di uno o più esperti; in questa fase il giudizio di solvibilità può «fondarsi sulle garanzie prestate (oltre che sulla valutazione della garanzia generica

*della offerente) senza necessità che le stesse coprano gli obblighi nascenti dal contratto, occorrendo che questa esigenza sia soddisfatta in sede di stipulazione del contratto, stante la disposizione dell'art. 104 bis, 3° comma, L. fall., che individua un contenuto minimo inderogabile dello stesso» (Trib. Roma, 22 gennaio 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 1714).*

Le formalità in parola ricalcano quelle stabilite per la vendita, il che appare coerente con l'obiettivo di evitare che l'affittuario possa acquisire una posizione di privilegio che ostacoli la successiva cessione (cui l'affitto è finalizzato), consentendo a tutti i soggetti potenzialmente interessati all'acquisto di partecipare alla gara.

La necessità di prevedere un procedimento di scelta che assicuri trasparenza e pluralità di concorrenti e che permetta di inserire clausole contrattuali idonee a garantire che l'affitto endofallimentare sia giuridicamente ed economicamente compatibile con le finalità liquidatorie della procedura, discende dal carattere negoziale dell'istituto, che a differenza della vendita è meno soggetto a regole coattive discendenti dalla cessione definitiva.

La giurisprudenza ha avuto modo di affermare che *«l'affitto di azienda, anche nell'ipotesi in cui venga utilizzato un sistema idoneo ad assicurare al fallimento la più ampia possibilità di scelta del contraente mediante adesione del partecipante alla gara proposta dal curatore, non può essere inquadrato nell'ambito delle regole dettate per il procedimento espropriativo ed, in particolare, dell'inadempimento, ma resta disciplinato dalle disposizioni dettate in materia contrattuale. Pertanto, mentre da un lato la successiva stipulazione del contratto non incide sul nucleo essenziale dell'accordo raggiunto con l'adesione del miglior offerente e la pattuizione di ulteriori clausole inizialmente non previste attiene ad aspetti secondari e di garanzia per il fallimento locatore, dall'altro, in caso di inadempimento dell'offerente, l'incameramento della cauzione prestata resta assimilabile agli effetti della caparra confirmatoria e l'indagine del giudice resta ancorata all'accertamento della gravità di tale inadempimento ed alla fondatezza dei rilievi sollevati sulla validità ed efficacia della pattuizione»* (Trib. Roma 5 gennaio 1996, in *Fall.*, 1996, p. 402).

Di assoluto rilievo è la precisazione che l'individuazione dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, anche delle garanzie prestate e dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali: in questa previsione riecheggia il disposto

di cui all'art. 63, comma 3, D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, in tema di amministrazione straordinaria.

Per quanto riguarda l'individuazione dei tratti caratteristici del potenziale affittuario, prima di procedere con la selezione, il curatore deve effettuare opportuni accertamenti che diano agli organi del fallimento le necessarie garanzie di affidabilità in ordine all'osservanza degli obblighi tipicamente connessi al contratto di affitto, alle disponibilità finanziarie, nonché alle capacità di esercitare la stessa attività economica di cui era titolare il fallito, al fine di salvaguardare l'avviamento, la struttura e la funzionalità del complesso aziendale.

L'istituto – al di là del procedimento autorizzativo e selettivo – esige, al fine di evitare che una gestione fraudolenta o comunque sciagurata possa far perdere all'azienda ogni valore di avviamento e deteriorarla nella sua struttura e nella sua funzionalità, che il contratto venga stipulato adottando una serie di altre misure di sicurezza, sia nella scelta dell'affittuario sia nella previsione di un contenuto contrattuale minimo obbligatorio e cioè di clausole, condizioni e regole finalizzate ad una corretta e proficua utilizzazione dell'istituto. Alcune di queste sono direttamente previste dall'art. 104-*bis* l.f. a guisa di clausole legali.

In tale prospettiva, *«i due principali eventi negativi, la dispersione dei beni (mediante cattivo utilizzo degli impianti, storno mascherato della clientela, perdita irreversibile di avviamento) e la mancata ottemperanza degli obblighi adempitivi (pagamento del canone, manutenzione ordinaria e, soprattutto, riconsegna in caso di mancata aggiudicazione, comunque, non acquisto definitivo), vanno attentamente scongiurati mediante idonee cautele appunto contrattuali che la perizia degli organi concorsuali dovrà saper collocare nel patto con l'affittuario»* (FERRO, *Il fallimento delle società: I soggetti; il procedimento*, in AA.VV., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, vol. IV, 1999, p. 462).

La legge detta una serie di criteri tra loro disomogenei, senza stabilire una gerarchia precisa, da cui possono discendere incertezze in sede di valutazione comparativa delle offerte, anche in considerazione del fatto che non viene specificato su quali basi debba essere valutata l'attendibilità del piano di continuazione dell'attività.

Ciò che resta indubbio è che l'ammontare del canone costituisce soltanto uno degli elementi di cui tener conto nella scelta dell'affittuario, in coerenza con la circostanza

per cui l'affitto, pur essendo preordinato alla liquidazione, non costituisce, di per sé, un momento di monetizzazione dell'attivo.

In altre parole, in questa fase la procedura persegue l'interesse a che la gestione del compendio aziendale da parte del terzo si traduca in un incremento (o, quanto meno, in una conservazione) del valore rappresentato dall'azienda nel suo complesso, in vista di una più proficua alienazione, sicché la valutazione comparativa deve appuntarsi essenzialmente su questo aspetto, con la conseguenza che un maggiore importo del canone rileva, più che sotto il profilo dell'entrata assicurata al fallimento, quale indice della solidità patrimoniale dell'offerente.

Al fine di agevolare la scelta dell'affittuario, potrebbe essere opportuno predisporre una tabella che preveda l'attribuzione di pesi percentuali agli elementi oggetto di valutazione; la tabella dovrebbe opportunamente essere resa pubblica attraverso il suo inserimento nel bando, così da agevolare i soggetti potenzialmente interessati.

Un esempio di tabella, con relativa attribuzione dei pesi, è di seguito riportata:

	PERCENTUALI
Ammontare del canone offerto	20%
Garanzie prestate	5%
Attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali	5%
Conservazione dei livelli occupazionali	50%
Prezzo di acquisto dell'azienda	20%
TOTALE	100%

Da ultimo, al curatore compete anche la necessaria autonomia per definire al meglio i termini del contratto, per un'adeguata composizione dei reciproci interessi, pur nei limiti di quanto approvato ed autorizzato.

Infine, eseguite le procedure di identificazione dell'affittuario, definito lo schema contrattuale e stipulato il contratto, il curatore dovrà depositare copia del contratto nel fascicolo fallimentare e dovrà informare di tale deposito il comitato dei creditori ed il giudice delegato, affinché il primo possa esplicare i propri compiti di vigilanza

sull'operato del curatore *ex art. 41 l.f.* e il secondo possa esplicitare i propri compiti di controllo sulla regolarità del procedimento.

In ordine al contenuto minimo del contratto di affitto d'azienda, si deve osservare che l'art. 104-*bis* l.f. stabilisce che il contratto, oltre ad essere redatto nelle forme di cui all'art. 2556 c.c. – ossia in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, con deposito presso il registro delle imprese –, deve contenere la regolamentazione del diritto di ispezione dell'azienda da parte del curatore, deve prevedere la prestazione di idonee garanzie per le obbligazioni derivanti dal contratto e dalla legge, nonché il diritto di recesso del curatore, salva la corresponsione di un equo indennizzo. Anche se non è previsto legislativamente, nella prassi spesso vengono disciplinati altri profili, quali l'assicurazione dei beni aziendali, le spese straordinarie, le giacenze di magazzino, nonché la sorte del contratto in caso di revoca del fallimento.

In particolare, in primo luogo deve essere ben delimitato il perimetro del bene concesso in godimento, ossia dell'azienda, così come definita ai sensi dell'art. 2555 c.c., al cui commento si rinvia.

L'art. 104-*bis* l.f. stabilisce inoltre che il contratto deve prevedere il diritto del curatore di procedere all'ispezione dell'azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni che l'affittuario sia tenuto ad adempiere, nonché il diritto di recesso del curatore.

Illustrato il contenuto minimo del contratto, pare opportuno richiamare alcune delle clausole convenzionali di più ampia diffusione, spesso introdotte a maggior tutela della procedura fallimentare.

Partendo dal presupposto che scopo ultimo dell'affitto è la conservazione dell'azienda al fine di salvaguardare il valore dei beni che la compongono, scongiurando i rischi cui essi sono generalmente sottoposti, è opportuno che l'affittuario si impegni ad assicurarli.

Si è altresì suggerita l'opportunità di inserire disposizioni che stabiliscano che le spese straordinarie gravino sull'affittuario nella loro interezza.

Normalmente al ramo d'azienda è connessa la disponibilità di un magazzino merci: qualora sia ricompreso nell'oggetto del contratto, esso entra nella disponibilità dell'affittuario, con la conseguenza che, al termine del rapporto, si rende necessario regolare le differenze di inventario.

Tuttavia, al fine di procurare al fallimento maggiori garanzie contro eventuali sottrazioni o dispersioni della merce, è invalsa la pratica di escludere il magazzino dal compendio aziendale, stipulando con l'affittuario un contratto di vendita (se del caso a consegne ripartite) della merce da impiegarsi nell'esercizio dell'impresa.

Ha infine una certa diffusione la prassi di inserire una clausola di scioglimento del contratto per il caso di revoca del fallimento, al fine di evitare che l'imprenditore tornato *in bonis* si trovi nell'impossibilità di disporre della propria azienda, salvo che egli non ritenga preferibile subentrarvi.

Per quanto attiene ai contratti pendenti, la legge fallimentare nulla dispone, laddove la disciplina ordinaria dell'affitto d'azienda prevede che l'affittuario succeda nei contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa, di carattere non personale.

Inoltre, nulla è previsto con riferimento ai contratti sospesi all'atto della concessione in affitto, i quali si ritiene opportuno che formino oggetto di una regolamentazione espressa in sede negoziale, attraverso l'elencazione analitica dei rapporti oggetto di trasferimento; elencazione che tiene luogo della dichiarazione di subingresso ai sensi dell'art. 72 l.f., posto che la procedura ha facoltà di cedere esclusivamente i contratti in cui sia subentrata.

A tale proposito, la giurisprudenza ha formulato il principio secondo cui *«tenuto conto che il subentro nei contratti ex artt. 2558 c.c. e 72 ss. l.f. è effetto soltanto naturale dell'affitto, salvo che per alcuni contratti funzionalmente inscindibili dall'azienda, sarà legittimo, e specie in sede fallimentare opportuno, inserire una clausola che limiti il subentro soltanto a quei rapporti contrattuali risultanti dalla documentazione comunicata all'affittuario»* (Cass., 19 giugno 1996, n. 5636, in *Not.*, 1997, p. 145 ss.).

Nel caso in cui, per qualsiasi ragione, l'affittuario si trovi obbligato a retrocedere l'azienda al fallimento, la decisione circa il subentro o lo scioglimento dei contratti pendenti spetta al curatore.

Con riguardo ai rapporti di lavoro subordinato, la relativa prosecuzione (*rectius* sospensione) a seguito di retrocessione è indirettamente sancita da una norma imperativa nell'interesse del lavoratore, per cui la pattuizione contraria sarebbe inopponibile al terzo, vista l'assenza di espressa deroga, contemplata dalla novella solo per i debiti derivanti da tale rapporto.

Quanto ai crediti ed ai debiti, poiché gli artt. 2559 c.c. – che disciplina gli effetti del trasferimento d'azienda sui crediti – e 2560 c.c. – che regola gli effetti del trasferimento

d'azienda sui debiti – non sono richiamati dagli artt. 2561 c.c. e 2562 c.c. – in tema di usufrutto e di affitto d'azienda -, è opinione corrente che l'affitto d'azienda non comporti il loro trasferimento. Permane tuttavia in capo all'affittuario la responsabilità solidale per i debiti verso i dipendenti, salvo che gli stessi non acconsentano alla sua liberazione.

All'affittuario dell'azienda può essere concesso il diritto di prelazione sulla vendita della stessa, previo parere del comitato dei creditori ed autorizzazione del giudice delegato. 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.

Poiché, come si è più volte detto, la finalità dell'affitto d'azienda è quella della conservazione dei valori e della funzionalità della stessa sino alla sua cessione, frequentemente l'offerta per l'affitto contiene l'impegno irrevocabile a partecipare alla procedura di vendita che verrà esperita dal curatore.

L'impegno a partecipare alla procedura di vendita, onde evitare di incorrere nell'eccezione di nullità per indeterminatezza dell'oggetto, deve indicare il prezzo offerto (nel quale spesso, in concreto, vengono computati i canoni di affitto già versati) o, per il caso in cui esso non possa essere indicato immediatamente, i criteri per la sua determinazione, dovendosi ritenere ammissibile anche la rimessione della quantificazione ad un soggetto terzo, conformemente a quanto previsto dall'art. 1349, 1° comma, c.c.

Il contratto di affitto dell'azienda di titolarità di un fallimento deve essere stipulato secondo le forme previste dall'art. 2556 c.c., come scrittura privata autenticata o atto pubblico, e depositato entro trenta giorni presso il registro delle imprese.

4. La cessione dei beni fallimentari.

4.1. Il subentro del curatore nelle procedure esecutive.

Il curatore, *ex art. 107, comma 6, l.f.*, ha la facoltà di subentrare nelle procedure esecutive in corso, con conseguente applicazione della disciplina del codice di procedura civile.

Ne consegue «*un generale regime di improcedibilità dichiarata dal giudice su istanza del curatore, per l'ipotesi che il curatore non eserciti tale facoltà di subentro. In*

*particolare, nella riscrittura operata dal legislatore della novella, il subentro dismette così ogni condizione di automaticità prima insita nel previgente art. 107 per assumere gli estremi della valutazione strategica rimessa per intero al curatore: l'improcedibilità colpirà pertanto tanto la procedura esecutiva che abbia provveduto ai primi adempimenti quanto la procedura esecutiva che abbia proceduto alla vendita dei beni con il perfezionamento degli atti traslativi, determinando così la devoluzione al riparto fallimentare di ogni somma acquisita» (LICCARDO-FEDERICO, Commento sub art. 106 l.f., in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1793).*

Quindi il curatore deve valutare se il subentro consenta di beneficiare degli effetti sostanziali del pignoramento, con conseguente inopponibilità degli atti dispositivi realizzati in danno dei beni oggetto dello stesso, dell'assunzione del processo nello stato in cui si trova all'atto della dichiarazione di fallimento con le relative preclusioni maturate; in tal caso, deve richiedere la revoca della sospensione, proseguendo nella procedura esecutiva in forza di un atto di riassunzione (nei limiti della stessa).

4.2. La vendita dei beni.

*«Nel sistema previgente, «le vendite fallimentari erano parificate alle vendite effettuate in sede di espropriazione forzata: l'ombra del processo involgeva ogni atto e non vi era alcuno spazio per un concreto operare dell'autonomia contrattuale. Infatti, la legge fallimentare del 1942 mirava ad assicurare una disciplina in grado di fornire, in una situazione di deconfiture dell'impresa, una tutela esecutiva dei creditori in una forma che assicurasse nel maggior grado la par condicio. L'opzione di fondo seguita dal legislatore della riforma è stata invece quella di perseguire, anche nel corso del fallimento, per quanto possibile, la sopravvivenza dei valori organizzativi residui dell'impresa insolvente» (SARACINO, *Le vendite fallimentari "competitive" tra autonomia contrattuale e processo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, p. 58.).*

Il legislatore della riforma non opera più alcun richiamo diretto al codice di rito (ma v. *infra*): prevede tuttavia che il curatore – quale soggetto deputato all'attività di liquidazione in via esclusiva – debba provvedere alle vendite e agli altri atti di liquidazione tramite procedure competitive (anche avvalendosi di soggetti specializzati). Il riferimento alle *procedure competitive* risulta decisamente innovativo rispetto alle difficoltà sistematiche riscontrate con la previgente disciplina «*difficoltà ed inadeguatezza superati in nuce dal legislatore della competitività con il rinvio ad un*

modello per sua natura aperto e per ciò stesso fortemente uniformante» (LICCARDO-FEDERICO, *Commento sub art. 106 l.f.*, in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1785).

Con la nozione di procedura competitiva si intende una selezione, a base competitiva, dell'aggiudicatario.

«Alla luce delle caratteristiche di dinamicità, flessibilità, rapidità che la modalità competitiva offre, si è riconosciuto che oggi effettuare le vendite in sede fallimentare con le modalità dettate dal codice di procedura civile costituisce sì un'opzione legittima ma di grado subordinato, che non trova quasi più riscontro nella prassi, risultando molto meno allettante in termini di tempi, costi e realizzo. Questo secondo tipo di vendite, che viene effettuato da parte del giudice delegato e non del curatore, nelle forme dell'esecuzione forzata, si ritiene un retaggio del previgente sistema: non si condivide infatti l'opinione di chi afferma che tali modalità costituiscano procedure competitive juris et de jure» (SARACINO, *Le vendite fallimentari "competitive" tra autonomia contrattuale e processo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, p. 59).

Al riguardo, tuttavia, è stato osservato *«come la mancata adozione del modello di selezione dell'aggiudicatario proprio delle procedure esecutive non ha significato per il legislatore l'abbandono di ogni «evidenza pubblica» del sistema di selezione dell'aggiudicatario, in quanto:*

- con riferimento alla vendita di beni immobili, il 2° comma dell'art. 107 espressamente impone al curatore di procedere alla notificazione a ciascuno dei creditori ipotecari, o comunque muniti di privilegio, della notizia relativa allo stato delle operazioni di vendita, in corso di completamento;

- con riferimento alla generalità delle vendite, il curatore ha facoltà di sospendere la vendita "ove pervenga offerta irrevocabile di acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto";

- il giudice delegato ha un potere generale di sospendere per gravi e giustificati motivi su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, ovvero di impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto «risulti notevolmente inferiore a quello giusto tenuto conto delle condizioni di mercato» (LICCARDO-FEDERICO, *Commento sub art. 106 l.f.*, in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1786).

Nell'attuale contesto normativo, il curatore è tenuto a indicare nel programma di liquidazione le condizioni di vendita, definendo per i beni – sia unitariamente sia singolarmente considerati – le modalità competitive che risultino più consone al valore reale dei beni della procedura, con l'onere di fornire adeguate forme di pubblicità (esclusi i beni di modesto valore).

Alcuni elementi fondamentali della procedura competitiva si ritrovano – genericamente – nell'art. 107 l.f.

Elemento essenziale è sicuramente la simmetria informativa, che deve essere garantita da adeguate forme di pubblicità, con l'utilizzo anche di strumenti informatici.

Quanto alla stima, questa deve essere effettuata da parte di operatori esperti, che imprimano alla relazione connotati di affidabilità necessari per una “sana” competizione economica.

La selezione degli offerenti avviene in base al maggior prezzo, primo timone nell'individuazione dell'aggiudicatario. Infatti, la finalità della procedura è il realizzo del miglior prezzo nelle condizioni di mercato di riferimento.

L'utilizzo delle procedure competitive di selezione dell'acquirente deve sussistere anche nei casi in cui ci si avvalga di soggetti specializzati per i singoli atti di vendita. E, al proposito, l'art. 107 l.f. prevede l'estensione della possibilità da parte del curatore di avvalersi di soggetti specializzati nella realizzazione delle procedure competitive con riferimento a qualsiasi bene e non più solo ai beni mobili.

*«L'art. 107 l. fall. disciplina oggi in maniera unitaria le modalità delle vendite e degli altri atti di liquidazione dei beni posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione, così rivoluzionando il momento attuativo della fase di liquidazione fallimentare, legato in passato al modello dell'espropriazione forzata, ed affidato oggi alle capacità gestorie del curatore» (SARACINO, *Le vendite fallimentari “competitive” tra autonomia contrattuale e processo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, p. 64).*

4.3. Le modalità competitive.

L'obbligo di procedure competitive di vendita caratterizza la fase della liquidazione dell'attivo in termini di concretezza e concorrenza del mercato, laddove la vendita per trattativa privata è ammessa dal legislatore in via implicita e del tutto residuale per i beni di modesto valore.

Nella vendita mobiliare a offerte private *«la migliore dottrina e la prassi pressoché costante riconoscevano al giudice delegato margini di discrezionalità nel decreto*

autorizzativo quanto a determinazione più o meno estesa di modalità specifiche della vendita, con connessa maggior o minore estensione dei poteri del curatore quanto ad autonoma articolazione e conduzione della fase di individuazione dell'acquirente» (LICCARDO-FEDERICO, *Commento sub art. 106 l.f.*, in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1789).

Nel modello precedente (art. 106 l.f. previgente) il giudice poteva anche devolvere al curatore la ricerca informale e la scelta dell'acquirente, stabilendo solo il prezzo e il tempo del suo pagamento.

Oggi, invece, la procedura competitiva è la via maestra per l'individuazione dell'aggiudicatario, ed è basata su una gara tra gli offerenti, eventualmente selezionati all'esito di una precedente fase esplorativa.

Rispetto alle trattative informali della vendita a trattativa privata, la procedura in oggetto si basa su una gara tra i partecipanti, che *«presuppone la coincidenza di luogo e di tempo nella manifestazione delle offerte e la possibilità di successione incrementale nelle offerte medesime»* (LICCARDO-FEDERICO, *Commento sub art. 106 l.f.*, in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1790).

Nel bando di gara, è necessario prevedere le modalità di vendita (con incanto o senza incanto), l'eventuale partizione in lotti, la previsione di un prezzo base d'asta, la forma scritta per la formulazione dell'offerta, una qualche previsione che assicuri l'impegno preso (come un anticipo o una caparra), il luogo di apertura delle buste e dell'eventuale gara tra più offerenti, la misura minima degli aumenti di prezzo, il termine per il versamento del prezzo e le relative modalità di pagamento.

L'aggiudicazione, nell'accezione propria delle procedure esecutive quale potestà giurisdizionale ad eseguire atti conclusivi della vendita, non rientra in questa procedura.

Corollario è l'impossibilità per il curatore di invocare forme di autotutela proprie del processo esecutivo (es. dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione, confisca della cauzione, ecc.), potendo invece disporre di forme di tutela *«(..) originariamente dedotte nella procedura di individuazione dell'acquirente, quali ad esempio quelle ordinarie di cui all'art. 1385 c.c.»* (LICCARDO-FEDERICO, *Commento sub art. 106 l.f.*, in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1791).

Del pari non può considerarsi implicitamente richiamato il meccanismo della diserzione degli incanti, con i suoi automatismi relativi alla riduzione del prezzo, dovendo invece la disciplina *«(..) di tali ipotesi essere per intero rimessa al programma di liquidazione*

*e alle determinazioni autorizzative del giudice delegato. In particolare, va ricordato come la diserzione si pone come strumento di qualificazione negativa della fase di selezione dell'acquirente, con incidenza diretta sulle condizioni di vendita: tali condizioni devono essere preventivamente autorizzate dal giudice delegato ovvero essere oggetto di un supplemento del programma di liquidazione a norma dell'art.104 ter, 6° comma» (LICCARDO-FEDERICO, *Commento sub art. 106 l.f.*, in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1792).*

Quando si tratti di cessione d'azienda, non è possibile ricorrere al decreto di trasferimento, ma occorre sottoscrivere un apposito contratto che produrrà l'effetto traslativo e sarà assoggettato alla relativa disciplina, integrata dal regime degli effetti sostanziali della vendita coattiva.

Il curatore, prima della stipulazione del contratto, deve provvedere – se presenti beni immobili, – alla notificazione degli esiti delle procedure di selezione dell'acquirente a ciascuno dei creditori ipotecari o muniti di privilegio speciale, e al deposito della documentazione comprovante gli esiti delle procedure adottate, al fine di rendere possibile l'istanza di sospensione di cui all'art. 108, comma 1, l.f.

Si ritiene che il dogma delle procedure competitive valga anche nell'eventuale fase di liquidazione dei beni operata dal curatore prima dell'approvazione del programma, su autorizzazione del giudice delegato.

4.4. Il potere di sospensione.

Come previsto relativamente al potere del giudice delegato, la disciplina fallimentare riconosce, *mutatis mutandis*, al curatore una facoltà – limitata – di sospensione della vendita, nel caso pervenga un'offerta irrevocabile di acquisto superiore del dieci per cento del prezzo offerto.

«In un'ottica sistematica, appaiono evidenti le affinità della sospensione in esame rispetto alla figura, per molti versi problematica, dell'aumento di quinto: si assiste così, sia pur nell'assenza di un paradigma processuale certo, alla trasposizione nell'ambito delle procedure competitive di un istituto quale quello dell'aumento successivo al perfezionamento di una procedura di selezione dell'acquirente, senza che l'introduzione sia accompagnata:

- dalla definizione di una dimensione temporale di certezza, quale quella conseguente ai dieci giorni successivi alla aggiudicazione ex art. 584 c.p.c.;

- dalla definizione di comportamenti certi e doverosi da parte dell'offerente, ad es. per cauzione, e conseguentemente, da parte del curatore, la cui sospensione appare assolutamente discrezionale, difficilmente collocabile in via preventiva nell'ambito del meccanismo di scelta dell'acquirente» (LICCARDO-FEDERICO, *Commento sub art. 106 l.f.*, in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1795).

Sembra quindi che il potere di ripensamento del curatore si estenda anche al caso in cui si trovi di fronte ad un'offerta migliorativa, anche quando – in presenza di immobili – abbia già proceduto alla notificazione dell'esito delle procedure competitive.

Relativamente ai criteri che sorreggono la sospensione della vendita *ex art. 108 l.f.*, la Cassazione ha affermato che «*in tema di liquidazione dell'attivo fallimentare, al giudice delegato è attribuito, ai sensi dell'art. 108, comma 3, legge fall. (nel testo "ratione temporis" applicabile), il potere discrezionale di disporre la sospensione della vendita anche ad aggiudicazione avvenuta, purché sia esplicitato un coerente criterio idoneo a sorreggere l'esercizio di tale potere, con riguardo alle finalità cui la sua attribuzione risponde – la realizzazione del massimo valore pecuniario in vista del massimo risultato utile per la massa dei creditori – risolvendosi il suo difetto in una violazione di legge; il giudizio deve pertanto riguardare la inadeguatezza del prezzo offerto in sede di aggiudicazione rispetto a quello ritenuto giusto, per essere il primo notevolmente inferiore al secondo, ciò implicando non una mera comparazione tra prezzo offerto e ipotetico astratto valore del bene (nella specie, desunto solo da una nuova perizia), bensì la constatata esistenza di elementi idonei a far seriamente ritenere il prezzo di aggiudicazione notevolmente inferiore a quello giusto (quali nuove offerte di acquisto, indebite interferenze, modalità di attuazione della vendita precedente)*» (Cass. 5 dicembre 2008, n. 28836).

Ed ancora, l'affittuario di azienda di impresa assoggettata a fallimento, che eserciti il diritto di prelazione non si trova, rispetto alle vicende della procedura, in una posizione di terzietà, tale da non subire l'incidenza dell'eventuale sospensione della vendita disposta dal giudice delegato *ex art. 108, comma 3, l.f.* Egli, infatti, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, subentra nella posizione dell'aggiudicatario, non essendo scindibili gli effetti favorevoli di tale sua posizione, quale l'aspettativa al trasferimento del bene, da quelli sfavorevoli, tra cui anche l'eventualità che un terzo

presenti un'offerta in aumento (Cass. 31 gennaio 2013, n. 2316, in www.dirittoegiustizia.it).

5. La vendita dell'azienda o di singoli rami.

Il legislatore, assegnando all'esercizio provvisorio ed all'affitto d'azienda una funzione strumentale e cautelare per il miglior realizzo dell'attivo, ha privilegiato il preventivo esperimento di tentativi di vendita in blocco; ciò sia per la necessità di tutelare, ove possibile, i valori produttivi ed umani intrinseci all'azienda, sia per la consapevolezza che il complesso aziendale, unitariamente considerato, generalmente mantiene e conserva, pur a seguito dell'apertura della procedura concorsuale, un valore maggiore rispetto agli elementi che la compongono.

La possibilità di procedere alla vendita dei singoli beni aziendali è presa in considerazione solo quando risulta prevedibile che la cessione in blocco dell'intero complesso aziendale o di suoi singoli rami non consente una maggiore soddisfazione dei creditori.

Tale disposizione è coerente con la scelta di fondo operata dal riformatore, mirante alla conservazione dell'impresa assoggettata alla procedura concorsuale, quasi come se questa debba sopravvivere al fallimento dell'imprenditore ed il procedimento concorsuale debba assurgere a strumento di conservazione dell'organizzazione produttiva nella sua unitarietà, al fine di consentirne il risanamento, anche se nei limiti di compatibilità con la fase dell'insolvenza in corso.

Questo, ovviamente, non significa che nel fallimento la liquidazione unitaria sia sempre la migliore soluzione, né che essa abbia come unica alternativa l'alienazione parcellizzata delle singole componenti: è possibile imboccare strade differenti, come, ad esempio, la vendita di taluni beni previamente scorporati con la cessione in blocco del residuo patrimonio aziendale, oppure la vendita di rami autonomi o ancora l'alienazione di uno o più gruppi omogenei di beni, come macchinari, crediti, semilavorati, materie prime.

Il criterio che deve stare alla base della scelta tra le differenti soluzioni è, di regola, quello della convenienza economica, da apprezzarsi avendo riguardo alla presumibile entità del realizzo al netto delle spese di conservazione e di vendita.

La Suprema Corte ha tuttavia ritenuto che – ai fini della valutazione della maggior convenienza e a parità di offerte economiche – ben può essere presa in considerazione

l'incertezza circa la situazione giuridica che, per effetto di una delle scelte alternativamente possibili, si determina; in ogni caso, «*di fronte ad offerte omogenee è legittimo che il giudice delegato abbia preferito la soluzione che comportava meno problemi e che quindi garantiva meglio l'interesse dei creditori*» (Cass., 3 marzo 1997, n. 1850, in *Fall.*, 1997, p. 1100 ss.).

Peraltro, con riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali, già in passato parte della giurisprudenza aveva sostenuto che – ai fini della valutazione comparativa delle offerte in sede di vendita di beni dell'impresa fallita – l'impegno ad assumere un certo numero di lavoratori costituisce «*legittimo elemento di preferenza quanto meno a parità di condizioni*» (Trib. Savona, 19 ottobre 1978, in *Giur. comm.*, 1979, p. 250).

La dottrina ribadisce, peraltro, che la cessione d'azienda, «*benché idonea a salvaguardare istanze ulteriori rispetto a quelle della massa, resta peraltro inserita in una procedura il cui obiettivo è il conseguimento del miglior realizzo, in vista di incrementare al massimo le percentuali di riparto*» (AMBROSINI-JORIO-CAVALLI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2009).

Ne discende che, a differenza di quanto stabilito per l'amministrazione straordinaria, l'interesse alla conservazione dei complessi produttivi e dei livelli occupazionali non prevale su quello dei creditori ad ottenere un prezzo più alto, pur potendo contemperarsi con esso.

Anche in questo caso, così come in tutta la fase della liquidazione dell'attivo, deve trovare applicazione ogni forma ed ogni mezzo che finisca per raggiungere il duplice obiettivo del massimo realizzo e della possibile conservazione dei nuclei ancora produttivi.

La cessione dell'azienda avviene secondo le modalità di cui agli artt. 107 l.f. e 2556 c.c.: la scelta dell'acquirente deve avvenire attraverso una procedura competitiva, bandita sulla base di stime effettuate da parte di esperti, che garantisca la massima informazione e partecipazione degli interessati.

Al riguardo, pare utile precisare che la crisi economica degli ultimi anni ha ormai assunto carattere strutturale e ha condotto ad un disallineamento sempre più marcato fra valori di stima e valori di mercato, a maggior ragione nell'ambito della liquidazione fallimentare. In particolare, sulla base delle risultanze statistiche, l'aggiudicazione dei beni avviene in media fra la quinta e la sesta asta, con un abbattimento del valore che si colloca fra il 70% e l'80%, e, nel contempo, le procedure competitive determinano il

sostenimento – a carico della massa fallimentare – di ingenti costi pubblicitari. È invalsa, quindi, la prassi di richiedere preventivamente al “mercato” la presentazione di manifestazioni di interesse, accompagnate da offerte irrevocabili e cauzionate, sulla base delle quali dare poi corso – previo apprezzamento dell’offerta da parte degli organi della procedura – ad apposite procedure competitive.

La vendita dell’azienda è autorizzata dal giudice delegato, in conformità al programma di liquidazione.

Il contratto di cessione deve essere stipulato in forma scritta ai fini probatori ed in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata ai fini dell’iscrizione nel registro delle imprese.

La vendita dell’azienda che comprenda beni immobili può avvenire nelle forme di cui all’art. 107 l.f. e quindi con incanto o, qualora il giudice delegato lo ritenga più vantaggiosa, senza incanto.

Il riferimento alla vendita senza incanto – secondo la giurisprudenza – non comprende ogni tipo di vendita forzata che prescinda dalle forme di quella all’incanto, ma *«implica il richiamo delle norme dettate dal codice di rito per tale tipo di vendita forzata, le quali vanno inderogabilmente osservate anche in sede fallimentare, entro i limiti di cui all’art. 105 c.p.c.; deve conseguentemente escludersi che la previsione dell’art. 108 citato si estenda alla vendita a trattativa privata e a quella a licitazione privata al miglior offerente»* (Cass., 7 maggio 1999, n. 4584, in *Dir. fall.*, 1999, p. 449).

Sul piano degli effetti della vendita fallimentare, in passato si è sostenuto che la procedura concorsuale, *«dando luogo a trasferimenti di carattere coattivo, non dovrebbe soffrire l’assoggettamento a disposizioni dettate per la circolazione negoziale dell’azienda, in quanto solo la cessione volontaria è fondata su un atto di disposizione da parte del titolare del diritto trasmesso»* (RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 662).

Le vendite fallimentari – secondo la dottrina e parte della giurisprudenza – non essendo il risultato di un incontro di due volontà negoziali *«non avrebbero natura contrattuale in senso proprio, e andrebbero configurate come vendite coattive giudiziarie, anche quando sono (n.d.r. erano) effettuate a trattativa privata»* (Cass., 5 aprile 1977, n. 1299, in *Giur. comm.*, 1977, p. 1169).

In realtà, in nessun dato positivo è ravvisabile una volontà del legislatore diretta a distinguere il tipo di circolazione dell’azienda ai fini della disciplina applicabile.

In tale contesto, la giurisprudenza più recente ha affermato che la vendita forzata, attuando un trasferimento coattivo che prescinde dalla volontà del debitore proprietario del bene, *«non è equiparabile alla vendita volontaria, onde deve ritenersi il carattere eccezionale delle norme codicistiche che, per taluni aspetti, quanto alla disciplina, equiparano i due tipi di vendita. Pur non essendo ravvisabile un incontro di consensi, tra l'offerente ed il giudice, produttivo dell'effetto traslativo, essendo l'atto di autonomia privata incompatibile con l'esercizio della funzione giurisdizionale, l'offerta di acquisto del partecipante alla gara costituisce il presupposto negoziale dell'atto giurisdizionale di vendita; con la conseguente applicabilità delle norme del contratto di vendita non incompatibili con la natura dell'espropriazione forzata, quale l'art. 1477 c.c.»* (Cass., 18 giugno 2010, n. 14760, in *Fall.*, 2010, p. 1142).

Peraltro, anche sul piano della natura giuridica, *«il trasferimento coattivo non rompe il nesso che caratterizza l'acquisto a titolo derivativo, traducendosi comunque nella trasmissione dello stesso diritto del fallito»* (Cass., 9 novembre 1982, n. 5888, in *Fall.*, 1983, p. 485).

La novella non ha provveduto a coordinare la disciplina civilistica dell'art. 2558 c.c. e, più in generale dell'art. 1406 c.c. per la cessione del contratto con la disciplina fallimentare dei contratti pendenti contenuta negli artt. 72 ss. l.f..

«Nonostante tale mancato richiamo, tuttavia, non si dubita che l'art. 2558 c.c. sia applicabile alla liquidazione concorsuale e, pertanto, in caso di possibile mancata diversa pattuizione convenzionale, la cessione dell'azienda determina la successione automatica dell'acquirente dell'azienda nei contratti aventi ad oggetto prestazioni corrispettive, non ancora eseguite o compiutamente eseguite da entrambe le parti al momento del trasferimento, non aventi carattere personale, conclusi nell'esercizio dell'attività di impresa e nei quali il curatore sia subentrato ex lege o per volontà espressamente manifestata prima del perfezionamento della cessione» (STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it).

Per quanto attiene ai contratti di lavoro, l'art. 105 l.f. precisa che il Curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti, attraverso consultazioni sindacali.

Al proposito, occorre peraltro precisare che la dichiarazione di fallimento non determina il trasferimento coattivo della titolarità dell'azienda dal fallito al curatore, in quanto l'apertura della procedura comporta soltanto lo spossessamento dei beni e non il mutamento della titolarità degli stessi.

Pertanto l'art. 2112 c.c., che disciplina la sorte dei rapporti di lavoro e degli oneri connessi in caso di trasferimento volontario dell'azienda, non è da ritenersi applicabile a seguito della dichiarazione di fallimento ed in questo caso i rapporti di lavoro proseguono in virtù delle disposizioni di cui all'art. 2119, 2° comma, c.c., il quale precisa che il fallimento in sé non costituisce giusta causa di risoluzione dei contratti come non la determina il trasferimento d'azienda.

L'imprenditore dunque è spossessato dei beni e privato del potere di gestione, ma i rapporti di lavoro non si interrompono per effetto della dichiarazione di fallimento, entrando al contrario in una fase di sospensione *ex art. 72 l.f.*; tali rapporti, peraltro, possono eventualmente continuare con il curatore.

Il problema, invece, si pone nel caso in cui l'azienda sopravviva alla dichiarazione di insolvenza e venga messa in circolazione. In tale ipotesi, infatti, la verifica della compatibilità della fattispecie con le norme di cui all'art. 2112 c.c. è assai rilevante, considerate le conseguenze che l'applicazione di tali norme può comportare rispetto alla commerciabilità del bene (in parte analoghe a quelle legate all'applicazione della disciplina di cui all'art. 2560 c.c.), e rispetto alla tutela dei profili occupazionali.

Dalla lettura combinata delle varie disposizioni, e tenuto conto che la procedura di informazione e consultazione è prevista per le imprese socialmente rilevanti (cioè qualificate quantitativamente sul piano lavoristico), emerge che solo in presenza dei requisiti dimensionali e dell'accordo sindacale non si applica l'art. 2112 c.c. In tutti gli altri casi di circolazione concorsuale dell'azienda, in cui la disciplina speciale non è applicabile perché non sussistono i requisiti dimensionali, ovvero nell'ipotesi in cui al termine delle consultazioni non sia stato raggiunto alcun accordo, la norma rimane applicabile.

Come osservato dalla dottrina: *«La novella, sul punto, è intervenuta col nuovo art. 105, comma 3, l. fall., disponendo che nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento di azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme*

vigenti. Non è nuovamente questa la sede per un'analisi del dato normativo e della sua ratio, specie con riferimento alla deroga automatica al principio dell'accollo cumulativo di cui all'art. 2112 c.c.: in linea con la posizione di chi ritiene che si sia accentuata la preferenza per l'interesse alla salvaguardia del credito da lavoro rispetto all'interesse di incentivare la circolazione dell'azienda, salvo il caso di impresa in crisi socialmente rilevante¹, e in attesa di un intervento chiarificatore del legislatore piuttosto che di un orientamento consolidato della giurisprudenza, il notaio dovrà come sempre preferire una posizione di prudenza, tentando di coinvolgere, quando possibile, tutte le parti in gioco, e cioè organizzazioni sindacali e singoli lavoratori non iscritti, in modo da assicurare la massima stabilità al contratto.

Tale posizione, peraltro, è in linea con l'orientamento secondo il quale l'esclusione della responsabilità dell'acquirente dell'azienda per i debiti di lavoro è subordinata al raggiungimento dell'accordo sindacale e alle altre condizioni poste dall'art. 47, comma 5, l. 428/1990 al fine di conseguire la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., e rende senza dubbio assai difficoltoso il fenomeno circolatorio dell'azienda nell'ambito del fallimento: ma il legislatore nazionale, per quanto attiene al fenomeno traslativo aziendale in ambito fallimentare, non ha inteso derogare alla normativa giuslavorista, nonostante l'assenza di controindicazioni nell'ordinamento comunitario» (STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it).

I debiti sorti anteriormente alla cessione non vengono trasferiti; possono, invece, essere trasferiti i crediti, e la cessione degli stessi ha effetto dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese, ancorché non si dia corso alla notifica al debitore, fatta salva la liberazione di quest'ultimo se paga in buona fede al fallimento.

Più in particolare, per quanto riguarda i crediti l'art. 105, comma 6, l.f. prevede che la cessione dei crediti relativi alle aziende cedute, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, abbia effetto nei confronti dei terzi dal momento dell'iscrizione o del trasferimento nel registro delle imprese; tuttavia il debitore ceduto è liberato se paga in buona fede al cedente.

«La norma ripropone in ambito fallimentare il testo integrale dell'art. 2559, comma 1, c.c. recependo nel dato positivo la tesi sostenuta da dottrina e giurisprudenza prevalenti ante riforma circa la compatibilità dello stesso art. 2559 c.c., in materia di

¹ F. Fimmanò, *La vendita fallimentare dell'azienda*, cit.

*crediti di natura extracontrattuale ovvero derivanti da contratti a prestazioni corrispettive già eseguite da una delle parti o da prestazioni unilaterali, con la struttura e le finalità della liquidazione fallimentare, anche per quanto riguarda il regime pubblicitario cui è connessa l'efficacia della cessione nei confronti dei terzi» (STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it).*

La dottrina ha peraltro affermato che, specie in sede fallimentare, il passaggio dei crediti all'acquirente dell'azienda non avviene automaticamente «*ma solo in virtù di un apposito patto con il quale le parti possono anche limitare la cessione ad alcuni crediti soltanto (singolarmente individuati o per categorie) e precisare se la cessione avviene pro soluto oppure pro solvendo, operando in assenza di specifica previsione l'art. 1267 c.c.*» (FIMMANÒ, *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 551).

La questione circa la sorte dei debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento, è stata espressamente risolta dal legislatore della riforma, il quale con il nuovo art. 105, comma 4, l.f., ha sancito che, salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente.

«*L'art. 2560 c.c. sancisce, come noto, che l'alienante non è liberato dai debiti aziendali anteriori al trasferimento se non risulta che i creditori vi abbiano consentito e che dei debiti aziendali risultanti dai libri contabili obbligatori risponde anche l'acquirente dell'azienda; con particolare riferimento a questo secondo aspetto, è da sottolineare che la norma non è suscettibile di interpretazione estensiva o analogica e, pertanto, è principio ormai consolidato in dottrina e giurisprudenza quello secondo il quale l'iscrizione nei libri contabili obbligatori dell'azienda è un elemento costitutivo essenziale della responsabilità dell'acquirente dell'azienda per i debiti ad essa inerenti*» (STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it).

Ed ancora, «*Per quanto riguarda i debiti tributari, invece, il quadro normativo di riferimento è dato dall'art. 14, d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, il quale nell'ambito dei principi generali del sistema sanzionatorio tributario non penale disciplina la cessione di azienda e la relativa responsabilità solidale del cessionario per le imposte e sanzioni dovute dal cedente.*

Il cessionario dell'azienda, in sostanza, è responsabile in solido col cedente, nei limiti del valore dell'azienda ceduta e fatto salvo il beneficio della preventiva escussione del

*cedente, per il pagamento delle imposte e delle sanzioni relative alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuto il trasferimento e nei due precedenti, seppur non contestate o non irrogate alla data della cessione, nonché alle violazioni già contestate e alle relative sanzioni già irrogate nel medesimo periodo, anche se commesse in epoca anteriore. L'obbligazione del cessionario è limitata al debito risultante, alla data del trasferimento, dagli atti degli uffici dell'amministrazione finanziaria e degli enti preposti all'accertamento dei tributi di loro competenza, i quali, su richiesta dell'interessato, sono tenuti a rilasciare, su richiesta dell'interessato, un certificato sull'esistenza di contestazioni in corso e di quelle già definite per le quali i debiti non sono stati soddisfatti: il certificato negativo o il mancato rilascio entro 40 giorni dalla richiesta hanno pieno effetto liberatorio del cessionario» (STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it).*

L'art. 105, ultimo comma, 1. fall., prevede che il pagamento del prezzo possa essere effettuato mediante accollo di debiti da parte dell'acquirente solo se non viene alterata la graduazione dei crediti.

*«In concreto, tuttavia, il ricorso a tale strumento offerto dal legislatore non è agevole per il curatore, dal momento che da un lato è oggettivamente complicato immaginare un accollo dei debiti, anche decurtati, che non alteri la graduazione e, dall'altro lato, richiede una difficile se non impossibile prognosi sulla ripartizione finale dell'attivo» (STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it).*

*«È, pertanto, previsto che l'acquirente possa dedurre dal prezzo, esclusivamente, i crediti verificati, atteso che, diversamente, questi si troverebbe ad affrontare un rischio, peraltro non calcolato – né calcolabile preventivamente – superiore alla valutazione fatta al momento dell'acquisto, ove fosse riconosciuta a tutti la possibilità di poter soddisfare le loro ragioni di credito al di fuori delle regole del concorso» (CAIAFA, *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011).*

Al riguardo occorre prestare particolare attenzione, giacché la Suprema Corte ha recentemente individuato un'ipotesi di abuso del diritto – nell'ambito dell'imposta di registro – nella cessione separata (ma nello stesso giorno e a favore del medesimo cessionario) dell'azienda e delle rimanenze. Infatti, l'abuso del diritto, a norma dell'art. 37-bis, D.P.R. n. 600/1973, non può essere escluso per il solo fatto che la vicenda si sia

svolta sotto la sorveglianza dell’Autorità giudiziaria, nell’ambito di una procedura di concordato preventivo.

Intervenendo in una fattispecie affine (frazionamento di un’operazione unitariamente considerata in una pluralità di negozi) i Giudici di legittimità hanno chiarito che *«la prevalenza della natura intrinseca degli atti registrati e dei loro effetti giuridici sul loro titolo e sulla loro forma apparente vincola l’interprete a privilegiare, nell’individuazione della struttura del rapporto giuridico tributario, la sostanza sulla forma; id est, il dato giuridico reale conseguente alla natura intrinseca degli atti e ai loro effetti giuridici, rispetto a ciò che formalmente è enunciato, anche frazionatamente, in uno o più atti. Con la conseguenza di doversi riferire l’imposizione al risultato di un comportamento sostanzialmente unitario, rispetto ai risultati parziali e strumentali di una molteplicità di comportamenti formali»* (Cass. 5 giugno 2013, n. 14150).

Infine, il Legislatore ha previsto che la cessione dell’azienda possa avvenire, anziché contro un corrispettivo in danaro, tramite il conferimento in una società, sia essa esistente o di nuova costituzione, e la successiva cessione delle relative partecipazioni: ciò determina la trasformazione del patrimonio fallimentare da bene di c.d. “primo livello” a bene di c.d. “secondo livello”, costituito dalle partecipazioni derivanti dal conferimento in società dell’azienda.

Il curatore potrebbe trovarsi nell’impossibilità di cedere il compendio fallimentare unitariamente, sotto forma di azienda o di ramo aziendale (il complesso dei beni e/o dei rapporti giuridici deve consentire l’esercizio di una attività di impresa), ovvero tale soluzione potrebbe non soddisfare gli interessi dei creditori; in questo caso, dovrà procedere alla vendita in blocco di classi di beni ovvero alla loro cessione atomistica.

Qualora non sia possibile cedere l’azienda, prima di addivenire alla liquidazione atomistica dei singoli beni il curatore può altresì optare per la cessione di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco.

La disposizione è rilevante sul piano sistematico in quanto è diretta a conservare l’unitarietà anche quando ciò che circola non è configurabile compiutamente come azienda (o suo ramo). Si tratta di un’ipotesi di *sale of asset*, piuttosto che di *sale of business*, che potrebbe rendersi funzionale all’obiettivo del cessionario di riorganizzare un complesso aziendale venuto meno (e da riorganizzare) ovvero di integrazione di un’azienda già organizzata.

Come è stato osservato: *«Il riferimento alla “cessione delle attività e delle passività*

*dell'azienda" individua una fattispecie non coincidente con la cessione di azienda o di un suo ramo ed anche in questo caso tale previsione appare confermativa di una prassi procedurale ampiamente utilizzata dalle procedure concorsuali: la novità, tuttavia, consisterebbe nel riconoscimento espresso che la procedura, unitamente alle attività aziendali, possa cedere le passività aziendali» (STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it).*

Normalmente la vendita in blocco dell'azienda o di un suo ramo dovrebbe portare – in termini economici – ad una maggiore valorizzazione, in quanto l'insieme degli elementi aziendali, uniti dal collagene dell'attività e con l'aggiunta dell'avviamento, conduce alla realizzazione di un plusvalore, rispetto alla mera sommatoria del valore dei singoli beni. Poiché il curatore deve scegliere la soluzione migliore per la procedura, deve optare per la vendita in blocco o per la vendita atomistica solo nel caso di maggiore soddisfazione dei creditori.

Potrebbe anche capitare che si giunga ad un risultato ottimale intersecando le due soluzioni di vendita, attraverso l'enucleazione dell'insieme di elementi che costituiscano un ramo aziendale e la vendita atomistica degli altri beni (magari raggruppati per caratteristiche omogenee).

6. La cessione di partecipazioni.

L'art. 106 l.f. prevede la vendita di quote di s.r.l., richiamando la disciplina dell'art. 2471 c.c.

Occorre, al proposito, operare una distinzione fra quote liberamente trasferibili e quote non liberamente trasferibili in base a clausole statutarie o dell'atto costitutivo.

*«Nel primo caso il curatore potrà procedere alla vendita ex artt. 2469 e 2470 c.c. con la libertà di forme che caratterizza la nuova liquidazione fallimentare e l'adempimento degli oneri pubblicitari di cui all'art. 2470 c.c. ai soli fini dell'opponibilità del trasferimento alla società ed ai terzi. Ove invece la quota non sia liberamente trasferibile, l'art. 2471, 3° comma, c.c. prevede il previo tentativo del curatore di accordarsi con la società: soltanto se l'accordo non viene raggiunto la vendita avviene all'incanto, ma è priva di effetto se entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la società presenta un altro acquirente che offra lo stesso prezzo» (LICCARDO-FEDERICO, *Commento sub art. 106 l.f.*, in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1778).*

In tale ultimo caso, rimane dubbio se l'accordo con la società debba o meno essere inserito nel programma di liquidazione, originario o modificato, o comunque autorizzato dal giudice delegato, o ancora se il rinvio all'art. 2471 c.c. consenta di prescindere del tutto dalle forme dell'art. 104 ss. l.f.

Ma, come è stato osservato, *«sembra preferibile ritenere che le disposizioni dell'art. 2471 c.c. debbano, in quanto compatibili, essere coordinate con i principi generali della liquidazione fallimentare: di qui la necessità di approvazione dell'accordo tra curatore e società e quindi del suo inserimento nel programma di liquidazione o quanto meno la soggezione di detto accordo al residuo potere di autorizzazione da parte del giudice delegato previsto dall'art. 104 ter. In questo caso l'inosservanza delle su menzionate modalità di vendita deve ritenersi sanzionabile con la nullità dell'atto»* (LICCARDO-FEDERICO, *Commento sub art. 106 l.f.*, in Jorio A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna-Torino, 2007, p. 1779).

In ordine al procedimento regolato dall'art. 2480, comma 3, c.c. in materia di vendita della quota di società a responsabilità limitata sottoposta a pignoramento o appartenente al socio dichiarato fallito, si è osservato che esso *«trova applicazione allorché le limitazioni alla libera disponibilità della quota siano poste nell'interesse della società, e non anche in presenza di limitazioni poste soltanto nell'interesse dei soci»* (Cass., 3 aprile 1991, n. 3482, in *Giur. it.*, 1992, 1570).

Ed ancora *«In sede espropriativa concorsuale della quota sociale, il curatore, a norma dell'art. 2480 c.c., non è vincolato da un prezzo determinato, ma – quale amministratore del patrimonio del fallito e nel contempo garante degli interessi della massa – deve pervenire ad un accordo con la società (che va, a sua volta, garantita dall'ingresso di terzi estranei), in mancanza del quale la vendita ha luogo all'incanto, con facoltà di presentazione di altro acquirente che, tuttavia, offra lo stesso prezzo di aggiudicazione provvisoria. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui una società ceda alcune quote di propria partecipazione in altra società a soci che quelle quote acquistano, in esercizio del loro diritto di prelazione, al prezzo predeterminato e pari al valore dell'ultimo bilancio approvato, l'atto di cessione è soggetto a revocatoria fallimentare, se si accerta che il valore delle quote è superiore a quello pagato, visto che lo "eventus damni" è verificabile nel fatto che il curatore non sarebbe stato vincolato a quel prezzo»* (Cass. 14 marzo 2000, n. 2909, in *Fall.*, 2001, p. 568).

Per quanto riguarda invece le partecipazioni azionarie, manca nell'art. 106 l.f. ogni riferimento espresso, salvo la mera indicazione contenuta nella rubrica della norma.

La dottrina prevalente aveva già colmato la lacuna, affermando che il principio *ex art.* 2471 c.c. ha portata generale e, pertanto, dovrebbe – analogicamente – applicarsi anche alle società per azioni.

A differenza di quanto accade nelle società di capitali, nelle società di persone l'art. 2288 c.c. – norma dettata in tema di società semplice, ma applicabile anche alle società in nome collettivo e a quelle in accomandita semplice – prevede che il socio dichiarato fallito sia escluso di diritto dalla società, di talché non si pone il problema del relativo realizzo.

PARTE TERZA: IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA NEL CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE.

1. Individuazione della fattispecie.

Il tema del trasferimento d'azienda emerge in tutta la sua portata nell'ambito del concordato con continuità aziendale.

Come è noto l'art. 186-bis l.f., il quale reca la rubrica "Concordato con continuità aziendale", al comma 1 stabilisce che «*Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) 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, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.*».

Da tale formulazione si può evincere che esistono tre forme di concordato:

- il concordato liquidatorio
- il concordato con continuità aziendale
- il concordato misto

Nell'ambito del concordato con continuità aziendale, è necessario poi distinguere fra continuità aziendale diretta e continuità aziendale indiretta.

Tuttavia, poiché il trasferimento d'azienda può essere una modalità attuativa sia del concordato liquidatorio – e, in tal caso, si dovrebbe più correttamente parlare di liquidazione universalistica – sia del concordato con continuità aziendale indiretta, occorre interrogarsi su quali siano le differenze.

Pare corretto ritenere che la risposta debba essere ricercata nei differenti criteri di generazione della provvista al servizio del concordato:

- se il prezzo di cessione dell'azienda è pagato istantaneamente dal terzo acquirente, ci si troverà nell'ambito del concordato liquidatorio universalistico;
- ove invece il prezzo venga pagato attraverso i flussi di cassa (*cash flow*) generati per effetto dell'esercizio dell'azienda trasferita da parte della *new company*, si rientrerà nell'ambito del concordato con continuità aziendale indiretta.

Tale ipotesi interpretativa trova conforto nella previsione di cui all'art. 186-bis, comma 2, lett. a), l.f., ove si prevede che «*il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi*

dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura».

Infatti, se il prezzo fosse immediatamente pagato, non avrebbe senso richiedere un *business plan* dei flussi generati dall'azienda trasferita.

Limitando l'indagine alle ipotesi di continuità aziendale, è possibile operare la seguente classificazione:

- Continuità totale o parziale (liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa)
- Continuità diretta
- Continuità indiretta

2. La continuità aziendale indiretta.

Nell'ambito della continuità indiretta si possono prospettare due ipotesi:

- esercizio diretto dell'azienda da parte della *old legal entity* in crisi (o *bad company*), cui faccia seguito la cessione o il conferimento
- esercizio indiretto (temporaneo) dell'azienda – tramite un contratto d'affitto o un contratto preliminare, anche stipulato anteriormente all'accesso alla procedura – da parte di una *new legal entity in bonis* (o *good company*), cui faccia seguito la cessione o il conferimento: occorre, al proposito, rammentare che la norma parla di cessione o conferimento di “azienda in funzionamento” e non di “impresa in funzionamento”

Pare opportuno operare una distinzione fra continuità indiretta tipica e continuità indiretta atipica, nei seguenti termini:

- continuità indiretta tipica con cessione d'azienda (in esercizio):
 - la fattispecie si realizza nel caso in cui il prezzo – che costituisce la provvista per il pagamento dei creditori concorsuali – sia pagato ratealmente ed origini dai *cash-flow* della cessionaria
 - per assicurare l'efficacia dei rimedi di *cut off* è necessario che la cessione sia sottoposta a condizione risolutiva ovvero che sia prevista la riserva di proprietà e siano contemplati adeguati meccanismi di controllo
- continuità indiretta tipica con conferimento d'azienda (in esercizio):

- la fattispecie si realizza nel caso in cui la provvista per il pagamento dei creditori concorsuali consista in un flusso di dividendi ed origini dai *cash-flow* della conferitaria
- l'efficacia dei rimedi di *cut off* è limitata dalla circostanza che il conferimento non può essere sottoposto a condizione risolutiva o a riserva di proprietà, mentre è possibile contemplare adeguati meccanismi di controllo
- continuità indiretta atipica con cessione d'azienda (in esercizio):
 - la fattispecie si realizza nel caso in cui il prezzo sia pagato all'atto del trasferimento o sia comunque garantito, ma la società cessionaria intenda comunque beneficiare della previsione secondo cui i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura; nonché della norma in base alla quale l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 l.fall. ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento; ed infine della disposizione per cui il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni
 - in caso contrario non si può parlare di concordato con continuità aziendale, ma di concordato liquidatorio di universalità
- continuità indiretta tipica con conferimento d'azienda (in esercizio):
 - la fattispecie si realizza nel caso in cui la partecipazione sia venduta ed il prezzo sia pagato all'atto del trasferimento o sia comunque garantito, ma la società conferitaria intenda beneficiare della previsione secondo cui i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura; nonché della norma in base alla quale l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 l.fall. ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento; ed infine della disposizione per cui il giudice

delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni

- in caso contrario non si può parlare di concordato con continuità aziendale, ma di concordato liquidatorio di universalità trasformata in bene di secondo grado (la partecipazione)

La distinzione fra concordato liquidatorio e concordato con continuità aziendale si riverbera anche sul contenuto del piano e sulla relazione del professionista.

Con riferimento al contenuto del piano:

- Concordato liquidatorio:
 - Il piano deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi dell'adempimento
- Concordato con continuità:
 - Il piano deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi dell'adempimento
 - Il piano deve contenere l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa: *business plan* economico
 - Il piano deve contenere l'analitica indicazione delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura: *business plan* finanziario

Relativamente al contenuto della relazione del professionista:

- Concordato liquidatorio:
 - La relazione deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano
- Concordato con continuità:
 - La relazione deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano
 - La relazione deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; la comparazione dovrebbe essere fatta avendo riguardo all'alternativa liquidatoria, eventualmente concordataria

Non pare sia necessaria una *disclosure* sulle eventuali azioni risarcitorie o recuperatorie esercitabili in sede fallimentare: infatti, nell'ipotesi di concordato liquidatorio tale *disclosure* non è prevista.

3. Gli strumenti di monitoraggio.

E' necessario richiamare anche gli strumenti di monitoraggio (o *assurance*) dell'esecuzione del piano, nei seguenti termini:

- Concordato liquidatorio: controllo diretto da parte del commissario giudiziale
- Concordato con continuità:
 - Continuità diretta: controllo diretto da parte del commissario giudiziale (verosimile non necessità del liquidatore giudiziale)
 - Continuità indiretta:
 - Cessione d'azienda:
 - Strumenti contrattuali (*follow up*): bilanci infrannuali (secondo OIC 6), *covenant*, ecc..
 - Conferimento d'azienda:
 - Strumenti ad efficacia reale: previsione statutaria
 - Strumenti ad efficacia obbligatoria: patti parasociali
 - Se la conferitaria è una s.r.l.: controllo del socio (art. 2476 c.c.)
 - Strumenti contrattuali (*follow up*): bilanci infrannuali (secondo OIC 6), *covenant*, ecc..

4. Gli strumenti di reazione.

Quanto agli strumenti di reazione (*cut off*) potrebbe essere operata la seguente distinzione:

- Concordato liquidatorio: controllo diretto del commissario giudiziale
 - Prima dell'omologazione: revoca del concordato
 - Dopo l'omologazione: risoluzione in caso di inadempimento di non scarsa rilevanza; legittimazione esclusiva dei creditori
- Concordato con continuità diretta: controllo diretto del commissario giudiziale
 - Prima dell'omologazione: revoca del concordato ove si accerti che l'esercizio dell'attività d'impresa è cessato o risulta manifestamente dannoso per i creditori

- Dopo l'omologazione: comunicazione del commissario giudiziale a tutti i creditori di inadempimento di non scarsa rilevanza; legittimazione esclusiva dei creditori alla risoluzione
- Concordato con continuità indiretta: controllo del commissario giudiziale (bilanci infrannuali secondo OIC 6, *covenant*, ecc.)
 - Cessione d'azienda:
 - Prima dell'omologazione: il rimedio della revoca con retrocessione dell'azienda può realizzarsi soltanto nel caso in cui nel contratto di cessione sia stata apposta una condizione risolutiva ovvero sia stata prevista la riserva di proprietà
 - Dopo l'omologazione: il rimedio della risoluzione del concordato in caso di inadempimento di non scarsa rilevanza con retrocessione dell'azienda può realizzarsi soltanto nel caso in cui nel contratto di cessione sia stata apposta una condizione risolutiva ovvero sia stata prevista la riserva di proprietà
 - Conferimento d'azienda:
 - Prima dell'omologazione: il rimedio della revoca con retrocessione dell'azienda è sterilizzato dalla circostanza che il conferimento non può essere sottoposto a condizione risolutiva o a riserva di proprietà
 - Dopo l'omologazione: il rimedio della risoluzione del concordato in caso di inadempimento di non scarsa rilevanza con retrocessione dell'azienda è sterilizzato dalla circostanza che il conferimento non può essere sottoposto a condizione risolutiva o a riserva di proprietà

5. Il tema dell'affitto-ponte.

Altra questione sottoposta all'interprete è se un piano concordatario che muova da un contratto di affitto-ponte, stipulato prima della cessione definitiva dell'azienda faccia venire meno la natura di concordato con continuità aziendale, per consolidarsi nell'ambito del concordato liquidatorio.

La questione è stata recentemente affrontata dal Tribunale di Roma, con Decreto in data 24 marzo 2015, il quale ha affermato il principio secondo cui le operazioni straordinarie

(cessione, affitto, conferimento d'azienda), seppure volte a un mutamento della originaria compagine aziendale, non possono dirsi prive del requisito della «continuità» in caso di risanamento traslativo indiretto. In altri termini, il concordato con continuità indiretta è ascrivibile alla categoria del concordato con continuità aziendale.

Il Tribunale prende le distanze dalla prassi giurisprudenziale e dalla dottrina che qualifica il piano di concordato contenente l'«affitto-ponte» come un concordato prettamente liquidatorio, escluso dall'alveo del concordato con continuità aziendale perché mancante del requisito fondamentale della continuità diretta. In via diametralmente opposta, i giudici affermano che l'introduzione nell'ordinamento dell'articolo 186-*bis* della legge fallimentare non consente di aderire all'orientamento sopra richiamato: sia il concordato con ristrutturazione (o, meglio, con continuità diretta) sia il concordato con cessione o con continuità indiretta sono ascrivibili alla categoria del concordato con continuità aziendale. Quest'ultimo modello, viceversa, ipotizza proprio una continuazione fisiologica della vita dell'azienda, sia che essa si trovi in capo all'originario imprenditore sia che si trovi in capo a terzi affittuari-acquirenti.

Secondo il Tribunale, una visione liquidatoria legittimerebbe un comportamento volto a disfarsi, per via giuridica, di un'azienda ancora in vita e potenzialmente attiva, ivi compresa la forza lavoro che verrebbe messa da parte senza il rispetto della normativa giuslavoristica.

Il Tribunale ritiene che la qualificazione come concordato con continuità aziendale sia inoltre coerente con i principi generali dettati dal Codice civile in materia di lavoro, nonché con le disposizioni previste in materia di azienda e del relativo trasferimento. Norme che delineano una evidente continuità giuridica, non solo ideale, nei rapporti tra l'azienda ceduta e quella subentrante.

PARTE QUARTA: I PROFILI PENALI NEL TRASFERIMENTO D'AZIENDA.

1. La posizione della giurisprudenza.

Pare opportuno richiamare i principali orientamenti in tema di rilevanza penale del trasferimento d'azienda, sotto il profilo della bancarotta fraudolenta distrattiva. In particolare, constano le recentissime pronunce di seguito richiamate:

- La Suprema Corte ha affermato che la cessione del ramo d'azienda attuata a condizioni svantaggiose per la cedente è idonea a provare l'operazione distrattiva. Inoltre, la Corte ha ritenuto che in tema di bancarotta fraudolenta distrattiva, il recupero del bene distratto a seguito di azione revocatoria non spiega alcun rilievo sulla sussistenza dell'elemento materiale del reato di bancarotta, il quale, perfezionato al momento del distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore, viene a giuridica esistenza con la dichiarazione di fallimento, mentre il recupero della *res* rappresenta solo un *posterius*, equiparabile alla restituzione della refurtiva dopo la consumazione del furto, avendo il legislatore inteso colpire la manovra diretta alla sottrazione, con la conseguenza che è tutelata anche la mera possibilità di danni per i creditori (Cass. 30 aprile 2015, n. 182018).
- La Corte di Cassazione ha affermato che se l'imprenditore non richiede i canoni d'affitto dell'azienda è responsabile per bancarotta fraudolenta per distrazione. In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto che – nel caso di specie – gli affitti non riscossi non rappresentino solo una conseguenza dovuta alla negligenza, soprattutto ove si tratti di somme ingenti e che rappresentano l'unica fonte di entrata della società fallita (Cass. 8 aprile 2015, n. 7004).
- La Corte di Cassazione ha affermato che l'affitto di beni aziendali ad un canone incongruo integra – ai sensi dell'art. 216 l.f. – l'ipotesi di bancarotta fraudolenta. Pertanto, rileva l'atto negoziale per mezzo del quale l'imprenditore – successivamente fallito – si priva della disponibilità del bene; e l'eventuale recupero dei beni attraverso l'esercizio delle azioni consentite dalla curatela non incide sull'elemento oggettivo, che può verificarsi in qualsiasi forma e modalità (Cass. 11 novembre 2014, n. 46475).
- La Corte di Cassazione, nel solco delle precedenti pronunce, ha affermato l'irrelevanza della distrazione dell'avviamento commerciale dell'azienda per integrare la fattispecie di cui all'art. 216 l.f., in quanto l'avviamento

commerciale rappresenta un potenziale reddito, sperato ma non realizzato finanziariamente né realizzabile in futuro quale credito, essendo necessariamente attività inscindibile dalla stessa azienda, seppur suscettibile di autonoma valutazione economica (Cass. 19 giugno 2014, n. 26452).

- La Corte di Cassazione ha escluso – contrariamente al filone interpretativo sin ad allora maggioritario – l’integrazione della condotta di bancarotta fraudolenta per distrazione in capo all’amministratore, il quale – in seguito al fallimento – abbia proseguito l’attività, mantenendo così alcuni dei precedenti clienti, e “distraendo” il c.d. avviamento commerciale dell’impresa fallita (Cass. 19 marzo 2014, n. 6405).

PARTE QUINTA: I METODI DI VALUTAZIONE DELL'AZIENDA NELL'AMBITO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI (IN CONTINUITA').

1. Individuazione dei metodi di valutazione dell'azienda.

1.1. Breve disamina dei metodi valutativi.

Di seguito vengono succintamente esaminati i principali metodi di valutazione, al fine di individuarne la compatibilità con il caso di specie.

1.2. Il metodo patrimoniale semplice.

Il metodo patrimoniale semplice consiste nella valutazione di beni composti, tenuto conto degli elementi dell'attivo e del passivo che li compongono.

1.3. Il metodo patrimoniale complesso.

Il metodo patrimoniale complesso costituisce un'integrazione del metodo patrimoniale semplice, in quanto consente di attribuire un valore separato a taluni beni intangibili. Esso assume particolare significato in presenza di ingenti valori di beni immateriali, ammesso che la relativa stima possa essere effettuata autonomamente, attraverso moltiplicatori di mercato o processi simili; oppure ove ricorra la necessità di determinare, con riferimenti oggettivi, il concorso di taluni beni intangibili nella formazione del valore. Attraverso tale metodo il valore del capitale economico è determinato sommando il valore degli elementi intangibili (non risultanti dalla situazione patrimoniale di riferimento) al patrimonio netto rettificato:

$$W = PNR + V.IMM$$

ove:

W = valore del capitale economico

PNR = valore del patrimonio netto rettificato

V.IMM = valore delle immaterialità non contabilizzante, aventi o non aventi valore di mercato

1.4. Il metodo reddituale.

Utilizzando il metodo reddituale puro, il valore di un bene è determinato unicamente in funzione dei redditi che, in base alle attese, esso sarà in grado di produrre.

Tale metodo è indicato per beni ed aziende operanti in condizioni di equilibrio economico stabile e duraturo, senza particolari problemi finanziari e che sfruttano adeguatamente la loro capacità produttiva. Eventuali beni estranei al processo

produttivo debbono ovviamente essere separatamente valutati mediante metodi appropriati.

A seconda delle prospettive future e dei dati di cui si dispone, i metodi reddituali possono trovare applicazione secondo tre modalità di calcolo differenti, che possono essere sintetizzate come segue:

- attualizzazione del reddito medio normale atteso: tale processo corrisponde all'ipotesi di durata indefinita nel tempo del reddito atteso e si traduce in una formula valutativa che corrisponde al valore attuale di una rendita perpetua;
- attualizzazione del reddito medio normale atteso per un periodo definito di anni: essa poggia sull'ipotesi di una durata limitata nel tempo del reddito e conduce, in buona sostanza, al valore attuale di una rendita annua posticipata di durata pari ad un numero limitato di anni;
- attualizzazione dei redditi analiticamente previsti per un certo numero di anni, completata dalla determinazione di un valore terminale stimato sulla base del reddito atteso al termine del periodo oggetto di previsione analitica: si tratta, come è agevole rilevare, di un metodo di valutazione composito rispetto a quelli in precedenza indicati.

1.5. Il metodo misto con stima autonoma dell'avviamento.

Il metodo in questione si fonda sul presupposto che il reddito prospettico comprenda una quota di sovra-reddito (o sotto-reddito) destinata a venire meno nel tempo.

1.6. Il metodo misto con valutazione controllata delle immobilizzazioni.

Tale metodo è indicato per la valutazione di aziende in difficoltà o appartenenti a settori in crisi, per le quali il rinnovo degli impianti non è conveniente. In queste condizioni, l'investitore si pone, infatti, quale limite temporale di sfruttamento, quello della vita utile degli impianti; momento a partire dal quale gli stessi – non presentando più alcuna utilità – perdono ogni significativo valore. Si tratta di un metodo compatibile solo con le realtà aziendali che non sono in grado di ripristinare un'adeguata redditività.

1.7. Il metodo misto EVA.

Il metodo *EVA* (*Economic Value Added*) nasce come metodo di determinazione delle *performance* aziendali e, successivamente, viene applicato anche come criterio di valutazione. Il risultato della valutazione differisce da quanto determinabile sulla base del risultato di bilancio in quanto essa:

- muove dalla grandezza di reddito residuale (*Nopat: Net Operating Profit After Tax*) al fine di tenere conto del costo derivante dall'uso di tutti i capitali investiti, sia propri sia di terzi;
- fa riferimento ad una nozione di reddito normalizzato, vale a dire corretto al fine di minimizzare le distorsioni derivanti dall'applicazione dei principi e delle convenzioni contabili.

Costituisce una variante del metodo EVA, il metodo *RAB (Regulated Asset Base)* che trova applicazione nei segmenti di attività soggetti a regolamentazione, per i quali il volume dei ricavi riconosciuti è determinato in base al capitale riconosciuto dall'autorità di regolamentazione.

1.8. Il metodo Discounted Cash Flow.

Il metodo finanziario – conosciuto con il nome di *DCF (Discounted Cash Flow)* – è il metodo di valutazione più diffuso, consistente nell'attualizzazione dei flussi di cassa. Si tratta di un metodo di generale applicazione, in grado di attribuire un valore a qualsiasi bene, indipendentemente dalle sue caratteristiche. È, infatti, indubbio che il valore effettivo di ogni bene o complesso di beni corrisponde ai flussi di cassa che questo genererà in futuro.

Per converso, l'affidabilità delle stime circa la misura e il tempo in cui le risorse finanziarie si genereranno deve, nella pratica, fare i conti con la difficoltà di previsione dei flussi finanziari ed impone pertanto l'attenta verifica del risultato attraverso metodi di controllo.

1.9. I metodi dei multipli.

Il metodo dei multipli consente di determinare il valore di una società sulla base dei prezzi negoziati per titoli rappresentativi di quote del capitale di imprese comparabili in base al rapporto tra la loro capitalizzazione borsistica e parametri diversi, quali, a seconda dei casi, l'utile netto, l'*EBIT*, l'*EBITDA*, il *Cash Earning*, il fatturato, il *Book Value*.

Le valutazioni così condotte si fondano su due ipotesi principali:

- la sussistenza di un rapporto di proporzionalità diretta tra le variazioni del valore della società e quelle della grandezza economica scelta come parametro di *performance*;

- la sostanziale analogia dei saggi di crescita attesi, dei flussi di cassa aziendali e del tasso di rischio tra la realtà oggetto di valutazione e quelle comparabili.

Quando entrambe le due ipotesi siano verificate, il metodo dei multipli fornisce una misura del prezzo addirittura più attendibile rispetto a quella ottenuta con i metodi basati sui flussi finanziari (*DCF*), poiché evita le stime proprie del metodo finanziario e assume direttamente dal mercato, attraverso appunto i multipli, le attese di crescita dei risultati e l'apprezzamento del rischio.

Il suo momento critico risiede nell'elevata variabilità dei risultati che ne derivano, in conseguenza della volatilità dei corsi di borsa. Al fine di attenuare tale volatilità occorre porre una particolare attenzione nella selezione e nel calcolo dei multipli, distinguendosi tra:

- multipli correnti (multipli *spot*), determinati confrontando il corso medio di borsa con le grandezze dell'ultimo bilancio disponibile;

$$P_o / E_{To}$$

ove:

E_{To} = utili per azione dell'ultimo esercizio

- multipli *trailing*, determinati confrontando il corso medio di borsa dell'ultimo anno con i risultati desunti dai dodici mesi precedenti alla data di riferimento assunta ai fini del calcolo degli indici. Essi vengono ricavati dai dati diffusi dalle società quotate mediante la disamina delle ultime quattro relazioni finanziarie trimestrali o dell'ultima relazione finanziaria semestrale;

$$P_o / E_{LTM}$$

ove:

E_{LTM} = (*LTM: Last Twelve Months*) utili per azione del periodo relativo ai 12 mesi precedenti

- multipli *leading*, determinati confrontando il corso medio di borsa con i risultati attesi per l'esercizio successivo ed i seguenti, sulla base dei consensi delle previsioni degli analisti. Trattasi in genere di *consensus forecast*

pubblicati da associazioni di analisti finanziari come l'*IBES (International Brokers Estimate Service)* e *Datastream*. Questi multipli però sono soggetti a una seria restrizione, in quanto non riconoscono la differenza fra crescita che genera valore e crescita che non ne genera e presentano, pertanto, una difficoltà applicativa sotto il profilo logico. L'unico contesto in cui essi possono assumere significato riguarda le società c.d. *Value* per le quali è prevista crescita degli utili senza reinvestimento degli stessi;

$$P_o / E_{TI}$$

ove:

E_{TI} = utili per azione attesi per l'esercizio successivo

Occorre distinguere infine tra:

- multipli che si riferiscono al valore di mercato del solo capitale (*Equity Value*), quali il *P/E (Price/Earning)*, il *P/CE (Price/Cash Earning)*, il *P/BV (Price/Book Value)*;
- multipli che hanno quale punto di riferimento il valore totale dell'impresa (*EV: Enterprise Value*), quali l'*EV/EBIT*, l'*EV/EBITDA*, l'*EV/Sales*.

È opportuno ancora osservare che il fatturato e il *Book Value*, non rappresentano di per sé la capacità di creare valore e, diversamente dalle grandezze riferite ai risultati economici, sono in grado di determinare il valore della società solo in via indiretta e, pertanto, quando non si presentino rilevanti asimmetrie di redditività tra le diverse realtà comparate.

In ogni caso, occorre osservare che i multipli di mercato risentono sia della crescita attesa, sia dei livelli di *payout* e di *ROE*.

2. La valutazione delle aziende in esercizio.

L'art. 63 del Decreto 270 del 1999, in tema di vendita dell'azienda in esercizio di società sottoposte ad amministrazione straordinaria prevede che l'individuazione del prezzo di vendita da parte degli esperti nominati dal commissario straordinario debba essere effettuata tenendo conto della redditività, anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo. In altre parole, al valore dell'impresa al momento della stima deve essere sottratto, il cd. *badwill*, ossia l'eventuale e probabile perdita di gestione che

si verificherà nel biennio successivo, sebbene questa possa essere individuata soltanto in via astratta. A fronte di questa riduzione del prezzo l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti nell'atto di vendita.

Sulla base di tale disposizione si è posta la questione se una volta determinato il prezzo seguendo questo criterio, esso costituisca un vincolo per la legittimità dell'operazione di vendita oppure se l'organo gestore della procedura possa individuare come accettabili anche prezzi inferiori, qualora ciò sia ritenuto indispensabile per salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali e l'unità dell'operazione.

Secondo un orientamento dottrinale, la finalità dell'indicazione del metodo di determinazione del prezzo mediante la considerazione del *badwill* biennale non sarebbe tanto quella di fissare un limite al di sotto dal quale il prezzo di vendita non possa scendere, quanto piuttosto quella di individuare sin da subito un prezzo realistico che tenga conto della necessità di mantenere l'occupazione per un certo tempo e, dunque, della probabile perdita d'esercizio che ne potrebbe derivare. Qualora a fronte del prezzo così individuato non si rinvenissero potenziali acquirenti sarebbe più ragionevole determinare un prezzo inferiore, piuttosto che cessare l'azienda e vendere atomisticamente i beni, ricavandone verosimilmente una somma ancora più bassa da ripartire tra i creditori.

Sul punto la giurisprudenza, tuttavia, si è espressa in modo contrario osservando come essendo poste a tutela di interessi generali, quali quelli dei creditori, quello dei lavoratori, nonché quello della conservazione del patrimonio produttivo, le disposizioni contenute negli articoli 62 e 63 del decreto 270/99 assumono il carattere di norme imperative e rappresentano un limite inderogabile al potere discrezionale sia del commissario straordinario che dell'autorità ministeriale. In quanto tali, la loro violazione determina la nullità dell'attività negoziale conclusiva della procedura di vendita e l'illegittimità degli atti ad esse prodromici.

Assonime, prendendo le mosse dalle novità introdotte dal Decreto Legge "Destinazione Italia" n. 145/2013, ha precisato che il Decreto Legge medesimo è «*intervenuto, infine, sulla disciplina delle operazioni di vendita dell'impresa soggetta alla procedura di amministrazione straordinaria, prevedendo che l'articolo 63 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 deve interpretarsi nel senso che il valore determinato ai sensi del*

primo comma dello stesso articolo non costituisce un limite inderogabile ai fini della legittimità della vendita.

La norma in commento interviene, dunque, per dirimere la questione aderendo all'orientamento dottrinale su indicato e chiarendo che il valore determinato secondo il criterio del badwill, sebbene debba ritenersi il valore al quale le operazioni di vendita debbano almeno tendere, non rappresenti un limite inderogabile dalla cui violazione far derivare l'illegittimità della vendita stessa.

Per espressa previsione della norma rimane, però, fermo l'obbligo dell'acquirente di proseguire per un biennio l'attività e di mantenere per lo stesso periodo i livelli occupazionali previsti dall'atto di vendita, nonché quello per il commissario di scegliere l'acquirente tenendo conto, oltre che dell'ammontare del prezzo offerto, dell'affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, anche con riguardo alla garanzia del mantenimento dei livelli occupazionali» (Assonime, Circolare 12/2014).

3. La valutazione del canone d'affitto d'azienda.

3.1. Considerazioni teoriche.

La stima di un canone “congruo” nell'ipotesi di affitto d'azienda rappresenta una tematica già affrontata in passato dalla letteratura economico-aziendale, la quale ha proposto a tal fine vari approcci.

In particolare alcuni Autori² hanno affermato che il valore del canone “congruo” di affitto risulta pari al prodotto tra il valore del capitale economico dell'azienda (o ramo d'azienda) concessa in affitto e un tasso di remunerazione del capitale investito nell'azienda medesima. Allo scopo di determinare il valore del capitale economico, tali Autori sostengono che i metodi fondati su grandezze flusso, quali i metodi finanziari, reddituali e misti, siano di scarsa utilità in quanto nell'applicazione della formula di determinazione del canone “congruo” i flussi attesi rappresentano proprio l'incognita da determinare, generando conseguentemente problemi di circolarità. Per tale ragione essi sostengono la necessità di stimare il valore economico dell'azienda ricorrendo ai metodi patrimoniali complessi, ovvero sommando al patrimonio netto rettificato il valore dei beni immateriali non contabilizzati. In merito al tasso di remunerazione, tali Autori

² Cfr. M. LACCHINI – R. TREQUATTRINI, *Sulla individuazione del canone «congruo» in ipotesi di affitto d'azienda (con particolare riguardo alle imprese in fallimento)*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, luglio-agosto 1998.

affermano che debba essere calcolato sommando un tasso *risk free* e un *risk premium* rappresentativo del rischio economico d'impresa, determinato utilizzando la tecnica del *Capital Asset Pricing Model* (CAPM) o tramite la regola empirica cosiddetta di Stoccarda. Qualora l'affitto sia concesso nel corso del concordato preventivo, il valore del capitale economico o dell'attivo operativo dovrebbe essere determinato sempre ricorrendo alle metodologie sopra esposte prevedendo tuttavia, allo scopo di tener conto che la società si trova in situazione di *default* e quindi incapace di remunerare in maniera "congrua" il capitale investito, di sottrarre dal valore così stimato l'ammontare di una correzione reddituale quantificata attualizzando i differenziali tra i redditi giudicati "congrui" e i redditi normalizzati che verranno realizzati nei successivi 3-5 esercizi.

Un altro Autore³, facendo riferimento all'operazione di affitto decisa dagli organi della procedura di concordato preventivo, afferma che il canone, qualora sia determinato in misura fissa, debba essere pari al prodotto tra il valore dell'azienda (o del ramo d'azienda) concessa in affitto e una percentuale α . Più precisamente, secondo l'Autore in parola il valore dell'azienda deve essere calcolato facendo ricorso al metodo patrimoniale mentre la percentuale α risulta essere inversamente proporzionale alla deperibilità delle componenti immateriali d'azienda e deve essere determinata considerando, quale limite superiore, il concetto di redditività normale del settore e scendendo, a seconda delle ipotesi, a valori tendenti a zero.

Infine un altro Autore⁴ ancora propone di determinare il canone di affitto come prodotto tra il valore d'uso del patrimonio aziendale e un tasso di congrua remunerazione dell'investimento effettuato. Il valore d'uso viene identificato nel capitale economico, determinato attualizzando i risultati attesi dall'impiego del capitale dell'azienda (o del ramo d'azienda) oggetto del contratto d'affitto. Si nota sul punto una differenza rispetto alle impostazioni seguite dagli altri Autori i quali, come sopra specificato, al fine di stimare il canone "congruo" suggeriscono di calcolare il valore dell'azienda applicando il metodo patrimoniale. In relazione alla stima del tasso di "congrua" remunerazione, tale Autore afferma che deve essere innanzitutto considerato il rischio di insolvenza dell'affittuario, ovvero il rischio che non sia in grado di rispettare gli impegni di

³ Cfr. A. DANOVI, *Fallimento, valutazione e affitto d'azienda*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, n. 4, 2000, pag. 510.

⁴ Cfr. A. MECHELLI, *La stima del valore congruo del canone di locazione nell'ipotesi di affitto d'azienda*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, n. 5, 2007.

pagamento derivanti dal contratto. Il tasso deve perciò riflettere il rischio di *default* dell'affittuario, che dipenderà dalla sua situazione economico-finanziaria e dall'eventuale presenza di garanzie che assistono il contratto. Inoltre è da tenere in considerazione che, se le differenze inventariali non sono determinate sulla base della variazione del capitale economico tra l'inizio e la fine del contratto, bensì solamente riferendosi alle modifiche intervenute nelle consistenze patrimoniali, l'affittuario sostiene in aggiunta il rischio di riduzione del valore dell'avviamento relativo all'azienda oggetto del contratto di locazione. In tal caso il tasso di remunerazione deve comprendere, oltre alla componente che riflette il rischio di *default*, una percentuale aggiuntiva che rappresenti il rischio che si verifichi una variazione inattesa del capitale economico nel corso della durata dell'affitto.

Pur presentando differenze nelle modalità di rilevazione dei singoli parametri rientranti nella formula di stima, si rileva che gli approcci sopra riassunti sono sostanzialmente concordi nell'affermare che il canone cosiddetto "congruo" può essere quantificato moltiplicando il capitale economico dell'azienda per un tasso di remunerazione. In definitiva, secondo i citati Autori, il valore così calcolato rappresenterebbe l'ammontare che giustifica la realizzazione di un'operazione di affitto d'azienda da parte di un imprenditore, oppure la decisione di un curatore di subentrare in un contratto stipulato prima dell'accesso alla procedura di fallimento o di concedere in affitto l'azienda successivamente all'apertura del fallimento.

3.2. La prassi applicativa.

L'affitto dell'Azienda, teso ad evitare l'interruzione della continuità aziendale, salvaguardando al meglio la clientela e di conseguenza la forza lavoro della società dichiarata fallita, si presenta normalmente con le caratteristiche dell'affitto "minimale", senza trasferimento di crediti e debiti, di magazzino, con spese di manutenzione ordinaria a carico dell'affittuario e di quelle straordinarie eventualmente sostenute dall'affittuario, a carico della concedente.

Alla luce delle sopra richiamate considerazioni teoriche, il valore del congruo canone di affitto visto in funzione del valore economico dell'azienda concessa in affitto può essere individuato con la seguente espressione:

$$\mathbf{FR = W \times R}$$

dove:

FR = *Fair Rent* (Congruo canone di affitto);

W = Valore economico dell'Azienda;

R = Tasso di congrua remunerazione del capitale investito che tenga conto del rischio sottostante.