

# Il contratto di affitto di azienda nelle procedure concorsuali

a cura di Paolo Stella Monfredini

L'Autore svolge un'analisi del contratto di affitto nelle procedure concorsuali, soffermandosi in particolare sull'importanza della determinazione della congruità del canone al fine di evitare responsabilità penali.

## Premessa

Il contratto di affitto di azienda ha assunto un ruolo molto rilevante nell'ambito delle procedure concorsuali, grazie alla sua duplice funzione.

Da un lato infatti consente la prosecuzione delle attività imprenditoriali, conservando i livelli occupazionali e i valori di avviamento aziendali.

Dall'altro valorizza le esigenze dei creditori, focalizzate verso la migliore soddisfazione dei propri crediti.

Il contratto di affitto di azienda permette infatti di mantenere in funzionamento l'azienda conservandone il valore. Il contratto in esame si presta a essere utilizzato sia nella fase che precede l'ammissione alle procedure concorsuali (art. 79 l.fall.), sia nella fase successiva, endofallimentare, quale opzione per la tutela del patrimonio della società fallita (ex art. 104 bis l.fall.).

La riforma ha attribuito al curatore ampia autonomia e discrezionalità nelle valutazioni relative al contratto di affitto di azienda, e conseguentemente si sono incrementate le responsabilità in capo allo stesso, sia di carattere civile che di natura penale.

In tale contesto è intervenuto il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili che, con l'informativa n. 65/2016, pubblicata il 20 maggio 2016, si è posto l'obiettivo di fornire delle linee guida per la determinazione del canone congruo di locazione d'azienda nelle procedure concorsuali.

## Aspetti civilistici

L'affitto di azienda può essere considerato un'operazione di natura straordinaria mediante la quale un soggetto (locatore), a fronte del pagamento di un corrispettivo (il canone di locazione), trasferisce in godimento a un altro soggetto (affittuario) un complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa.

L'affitto di azienda può essere strutturato come un'operazione autonoma oppure può essere finalizzato al compimento di ulteriori operazioni quali la cessione dell'azienda.

Il contratto di affitto di azienda è disciplinato dall'art. 2562 c.c. che, per determinati aspetti, rinvia ad altri articoli del codice civile. Precisamente: l'art. 2561 c.c., in merito alla salvaguardia del nome della ditta e della conservazione della sua destinazione d'uso; l'art. 1615 c.c. in relazione alla "gestione in conformità della destinazione economica della cosa"; l'art. 2112 c.c., con cui sono regolamentati i diritti e gli obblighi in caso di trasferimento dell'azienda; l'art. 2556 c.c. in relazione alla registrazione dei "contratti che hanno come oggetto il trasferimento di proprietà o il godimento dell'azienda"; l'art. 2557 c.c. sul divieto di concorrenza "per il periodo di cinque anni dal trasferimento"; l'art. 2558 con riferimento al subentro dell'affittuario dell'azienda per i "contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale". È discusso se in forza del richiamo all'art. 2561 si applichi o meno anche all'affitto l'art. 1015 (in senso affermativo Cottino, *Diritto Commerciale*, Milano; contra Colombo, *L'azienda*, Tr. Galgano, 289, secondo cui in caso di violazione, da parte dell'affittuario, dei propri obblighi, il concedente può chiedere la risoluzione del contratto, ex art. 1618; e in questo senso anche Martorano, *L'azienda* Tr. Buonocore, 328, Ferrari, *Azienda*, in *Enc. dir.*, 739). Sono applicabili anche numerose norme della disciplina generale dell'affitto (Colombo, *op. cit.*, 287), come gli artt. 1624, 1616, 1617, 1618, 1619-1623, 1626, 1627 (Cottino, *op. cit.*). Per Colombo (*op. cit.*, 292) non sono applicabili gli artt. 1620 - 1622 e di dubbia applicazione è l'art. 1626, per il caso di sopravvenuta incapacità dell'affittuario.

Si afferma che il coordinamento tra la disciplina dell'art. 2561 e disciplina generale dell'affitto debba avvenire sulla base dei seguenti principi: le disposizioni degli artt. 2562 - 2561, in quanto norme speciali riguardanti l'affitto d'azienda, prevalgono in caso di contrasto sulla disciplina generale, salvo che si tratti di disposizioni specificamente legate al-

le caratteristiche dell'usufrutto dell'azienda e incompatibili con quelle del suo affitto, nel qual caso si deve ricorrere ai principi generali in materia di affitto (Cian, Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, 2562)

L'affittuario, a differenza dell'usufruttuario, non può subaffittare l'azienda senza il consenso del locatore (art. 1624).

L'affittuario vanta sui beni aziendali un diritto personale di godimento (Colombo, *op. cit.*, 288). I suoi poteri e i suoi doveri corrispondono sostanzialmente a quelli dell'usufruttuario. Ne discende che l'affittuario ha il potere di disporre dei beni aziendali. Il concedente mantiene un potere di controllo sulla gestione ex art. 1619.

Poiché non è applicabile l'art. 2559, qualora nel contratto sia pattuito il trasferimento dei crediti dell'affittuario, la cessione diventa opponibile ai terzi solo nelle forme previste dall'art. 1265 (Colombo, *op. cit.*, 290).

L'affittuario deve esercitare l'azienda mediante la "ditta" che la contraddistingue, evitando qualsiasi attività che possa depauperare l'avviamento commerciale a danno del locatore. L'art. 2561, comma 2, c.c. prevede infatti che l'affittuario è tenuto a gestire l'azienda senza modificarne la destinazione, conservando l'organizzazione e la gestione delle persone e dei beni.

Normalmente il contratto di affitto di azienda è completato da un inventario di consegna dei beni che rientrano nell'azienda oggetto di locazione. L'art. 2561, comma 4, c.c., prevede che la differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'affitto di azienda, è regolata in denaro, sulla base dei valori correnti alla scadenza del contratto. In tale caso la comparazione può essere effettuata con due diverse modalità: tra il capitale economico all'inizio e al termine del contratto di affitto oppure, in alternativa, tra il valore patrimoniale dei beni dell'azienda affittata, all'inizio e alla fine del contratto, non considerando quindi, in questo secondo caso, le variazioni intervenute nel valore dell'avviamento.

Per capitale economico si intende il potenziale esprimibile dall'azienda in un'ottica di produzione di ricchezza futura intesa come valore sinergico che si sprigiona dalle interazioni esistenti tra i beni, la componente umana e l'ambiente in cui opera l'impresa. In tal senso si parla di avviamento, la cui "quantificazione" presuppone un'attività di analisi che combina le dinamiche patrimoniali con quelle economiche - reddituali (in tal senso A. Repaci - N. Lucido, *La redazione della perizia delle aziende in crisi*, in *Riv. Eutekne*, luglio/agosto 2015).

## Aspetti fiscali

### Imposte dirette:

Il contratto di affitto di azienda non trova una trattazione organica nell'ambito del Testo unico delle imposte sui redditi.

Il d.P.R. n. 917/1986 identifica infatti in modo indiretto le varie fattispecie che si possono verificare in tema di affitto di azienda.

Nel caso in cui l'azienda sia concessa in affitto da parte di società di persone, società per azioni e in accomandita per azioni, società cooperative e altri enti di cui alle lett. a) e b) dell'art. 73 del d.P.R. n. 917/1986 ovvero da un imprenditore individuale, che proprietario di più aziende, continua l'esercizio di attività commerciali, il reddito prodotto è classificato tra i redditi di impresa e i canoni di affitto percepiti concorrono alla formazione del reddito, come componenti positivi, mediante applicazione del principio della competenza economica.

L'affitto dell'unica azienda posseduta dall'imprenditore individuale, produce invece redditi diversi ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. h), d.P.R. n. 917/1986; i canoni di affitto percepiti partecipano alla determinazione del reddito complessivo secondo il principio di cassa.

Particolare attenzione deve essere posta in relazione alle quote di ammortamento.

Le quote di ammortamento per le aziende date in affitto o in usufrutto, sono deducibili nella determinazione del reddito dell'affittuario o dell'usufruttuario, ai sensi dell'art. 102, comma 8, d.P.R. n. 917/1986.

Le quote di ammortamento sono commisurate al costo originario dei beni quale risulta dalla contabilità del concedente e sono deducibili fino a concorrenza del costo non ancora ammortizzato ovvero, se il concedente non ha tenuto regolarmente il registro dei beni ammortizzabili o altro libro o registro secondo le modalità di cui all'art. 13 del d.P.R. 7 dicembre 2001, n. 435 e dell'art. 2, comma 1, d.P.R. 21 dicembre 1996, n. 695, considerando già dedotte, per il 50% del loro ammontare, le quote relative al periodo di ammortamento già decorso.

Le quote di ammortamento possono essere viceversa dedotte fiscalmente dal locatore, nei casi di deroga convenzionale alle norme dell'art. 2561 c.c., secondo le quali l'affittuario è obbligato a conservare l'efficienza dell'organizzazione e dei beni ammortizzabili. In questo caso è peraltro scorretto parlare di ammortamento in senso tecnico, in quanto si

L'affitto proced

L'ai sottos prefallir

tratta di un accantonamento parametrato all'ammortamento poiché non vi è un costo sostenuto nel passato da ripartire in esercizi futuri.

## **Imposte indirette:**

L'affitto di azienda, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, è classificabile tra le prestazioni di servizi e come tale va assoggettato all'IVA con aliquota ordinaria.

In particolare, per stabilire se un contratto di affitto di azienda è soggetto a IVA, è necessario verificare la natura del locatore.

Nel caso in cui locatore sia una società ovvero un imprenditore individuale che concede in affitto un ramo di azienda ovvero una delle aziende dallo stesso possedute, i corrispettivi saranno soggetti a IVA. È ulteriormente necessario che l'operazione sia effettuata nell'esercizio d'impresa (tuttavia, se il contratto di affitto ha come oggetto un'azienda agricola, circostanza espressamente prevista dall'art. 10, n. 8), d.P.R. n. 633/1972, l'operazione è esente IVA).

Viceversa, nel caso in cui il contratto di affitto sia relativo alla locazione dell'unica azienda dell'imprenditore individuale, quest'ultimo perde la qualifica di soggetto passivo di imposta, pur conservando, ai soli fini anagrafici, il numero di partita IVA, salvo i casi di presunzione assoluta di soggettività passiva di cui all'art. 4 del d.P.R. n. 633/1972. In altre parole, si verifica una sorta di sospensione temporanea dell'esercizio dell'attività, senza obblighi dichiarativi, in quanto l'affitto dell'unica azienda da parte dell'imprenditore individuale non è attività rilevante ai fini IVA. Al termine del contratto il locatore riprenderà la gestione diretta dell'azienda e quindi proseguirà a utilizzare il numero di partita IVA precedentemente assegnato. Ne discende che il contratto di affitto dell'unica azienda dell'imprenditore individuale non è soggetto ad IVA e quindi rileva ai fini dell'imposta di registro.

Nell'ambito del contratto di affitto di azienda è possibile trasferire all'affittuario, il plafond generato dal locatario, a condizione che il trasferimento del beneficio sia menzionato espressamente nel contratto di affitto di azienda e sia data comunicazione alla competente Agenzia delle Entrate.

Il contratto di affitto di azienda può interessare sia la fase precedente alla declaratoria fallimentare (ex art. 79 l.fall.), e sia la fase endofallimentare, quale possibilità offerta per la tutela e conservazione del patrimonio della società fallita (ex art. 104 bis l.fall.).

L'art. 79 l.fall. nell'attuale formulazione, prevede che il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela rappresenta un credito prededucibile (ex art. 111, n. 1, l.fall.).

Pertanto il contratto di affitto di azienda non si scioglie in caso di fallimento di una delle parti, con la conseguenza che il curatore del contraente fallito subentra automaticamente nella posizione spettante a quest'ultimo, salva la facoltà di recesso. La soluzione è giustificata dall'interesse che normalmente ognuna delle parti nutre per la prosecuzione del rapporto, e in particolare, in caso di fallimento dell'affittuario, dall'interesse di evitare l'interruzione immediata dell'esercizio dell'impresa, con possibili conseguenze negative in termini di disgregazione dell'azienda e perdita del suo avviamento, mentre in ipotesi di fallimento del concedente prevale solitamente l'interesse ad assicurare la conservazione del complesso aziendale in funzione della sua più proficua liquidazione (Dimundo, *Comm. Schiano di Pepe*, 261 s.; Paciello, in *AA.VV., D. Fall. Manuale breve*, 351 s.; Gentili, *Tr. Chiaia Piccinini Severini*, II, 541; Rossi, *Comm. Cavallini*, II, 470 s. e 496).

La norma al pari delle altre in tema di rapporti pendenti, presuppone che il contratto di affitto sia valido e opponibile alla curatela, ai sensi degli artt. 44, 45 l.fall., e 2704 c.c. perché risultante da atto scritto avente data certa anteriore al fallimento, in ordine al quale devono essere state rispettate le formalità dettate oltre che dall'art. 2556 c.c., dagli artt. 2923, comma 2, e 2643, n. 8, c.c., se nell'azienda sono compresi beni immobili e la durata del contratto è superiore ai 9 anni, nonché dell'art. 138, lett. b), D.Lgs. n. 30/2005, con conseguente trascrizione del contratto presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi se nell'azienda sono compresi anche marchi e brevetti (Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 522).

In ipotesi di prosecuzione del rapporto, ognuna delle parti è tenuta ad adempiere gli obblighi che ne discendono. Alcuni Autori (Macrì, *Fallimento e concordati*, a cura di Celentano - Forgillo, 546, Gualandi, *Manuale*, AA.VV., 281, Miele, *Comm. Ferro*, 925) ritengono che in caso di fallimento del concedente, il curatore possa chiedere un'integrazione del contratto che consenta, in armonia con quanto previsto dall'art. 104 bis l.fall., il diritto di

## **L'affitto di azienda nelle procedure concorsuali**

### **L'affitto di azienda sottoscritto nella fase prefallimentare (art. 79 l.fall.)**

ispezione dell'azienda e il rilascio di idonee garanzie per l'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla legge o dal contratto.

La continuazione automatica dell'affitto di azienda pone ulteriormente il problema di comprendere la sorte delle clausole contrattuali che potrebbero risultare incompatibili con la procedura fallimentare. Secondo alcuni Autori (D. Martorano, *Comm. Nigro, Sandulli, Santoro*, I, 1104) le clausole contrattuali incompatibili o non convenienti per la procedura restano comunque efficaci in ipotesi di prosecuzione del contratto, legittimando eventualmente l'esercizio della facoltà di recesso da parte del curatore. Altri (Gentili, *op. cit.*, 546 s.) ritengono inefficaci e inopponibili alla curatela le clausole contrattuali incompatibili con le finalità della procedura fallimentare o con gli interessi della massa.

Secondo l'opinione prevalente, la prelazione prevista dall'art. 3, L. n. 223/1991 si applica solo al contratto di affitto di azienda stipulato dagli organi della procedura e non spetta qualora il contratto sia anteriore alla dichiarazione di fallimento (Trib. Monza 27 gennaio 1998, in questa *Rivista*, 98, 533; Trib. Siena 7 ottobre 1991, ivi 92, 511; Miele, *Comm. Ferro*, 925 s., *Dimundo Codice commentato del fallimento*, 752; Panzani, *I rapporti giuridici pendenti*, a cura di Ferro, in questa *Rivista*, supplemento al n. 11/1998, 33).

Pertanto nel caso di contratto di affitto sottoscritto in fase prefallimentare, la valutazione se proseguire o meno il contratto interessa sia il curatore che l'affittuario; il curatore deve comunque condurre un'analisi in merito alle ragioni che hanno portato alla stipula del contratto (anche al fine di rilevare eventuali illeciti) e valutare se la sua prosecuzione possa giovare alla procedura. Il curatore pertanto deve verificare la congruità del canone, i conduttori, le clausole del contratto, ecc. (Cass. n. 44891/2008, Cass. n. 4964/2009, Cass. n. 46508/2008, Cass. n. 10742/2008).

Si consideri infatti che il curatore del fallimento del locatore, oltre a recedere dal contratto di affitto di azienda, può proporre anche azione revocatoria contro lo stesso contratto (sempre che non ricorra alcuna delle ipotesi di esenzione contemplate dall'art. 67 l.fall.), in quanto, potendo incidere negativamente sul valore dell'azienda, rientra certamente nel novero degli atti idonei ad alterare in negativo la garanzia patrimoniale del debitore (Trib. Verona 28 febbraio 1991, in questa *Rivista*, 91, 1189, Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 526).

Il curatore deve quindi capire se l'imprenditore fallendo abbia scelto di cedere in affitto la propria azienda, allo scopo di assicurarsi un'entrata costante di liquidità atta a pagare i debiti della società, oppure abbia utilizzato il contratto di affitto per motivazioni che in alcuni casi potrebbero rivelarsi fraudolente. *La stipula di un contratto di affitto di azienda in prossimità dell'accesso ad una procedura concorsuale può infatti configurare, in presenza di talune condizioni - che la giurisprudenza ha nel tempo puntualmente delineato - il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e, più precisamente, la fattispecie della c.d. "distrazione"* (M. Bettini, *Affitto d'azienda e procedura concorsuali: profili penali*, 18 maggio 2014, in [www.forumprocedure.it](http://www.forumprocedure.it)).

Il recesso ha effetto *ex nunc*, dal momento che il contratto di affitto di azienda è un contratto ad esecuzione continuata, con la conseguenza che gli eventuali debiti sorti in capo alla procedura nel periodo intercorrente tra la declaratoria fallimentare e il recesso sono considerati debiti della massa (D. Martorano, *op. cit.*, 1106 s.).

Il contratto di locazione d'azienda può interessare anche la fase endofallimentare, quale modalità per la conservazione del patrimonio della società fallita.

L'art. 104 bis l.fall. prevede che "anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'art. 104 ter, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori (se nominato, n.d.a.), autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa. La scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore a norma dell'art. 107, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. La scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali. Il contratto di affitto stipulato dal curatore nelle forme previste dall'art. 2556 c.c. deve prevedere il diritto del curatore di procedere alla ispezione della azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'art. 111, primo comma, n. 1). La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni. Il diritto di prelazione a favore dell'affittuario può essere concesso convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. In tale caso, esaurito il procedimento di de-

**Affitto di azienda  
sottoscritto nella fase  
endofallimentare (art.  
104 bis l.fall.).**

terminazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione. La retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II".

Sotto il profilo conservativo, l'affitto di azienda si avvicina all'esercizio provvisorio di impresa, pur trattandosi di istituti con caratteristiche differenti così riassumibili: a) mentre l'esercizio provvisorio di impresa avviene in regime di sostituzione, l'affitto di azienda porta a una gestione diretta dell'impresa da parte dell'affittuario, con conseguente sopportazione del rischio di impresa da parte di quest'ultimo; b) se la cessazione dell'esercizio provvisorio può essere disposta in ogni momento, nell'affitto è necessario attendere lo spirare del termine stabilito dal contratto; c) l'affitto non comporta l'incremento dei crediti prededucibili, in quanto le obbligazioni contratte durante l'affitto sono ordinarie obbligazioni dell'imprenditore affittuario. I due istituti, peraltro, non sono necessariamente alternativi tra loro, ben potendo l'azienda, sottoposta a esercizio provvisorio con la sentenza dichiarativa di fallimento, essere successivamente oggetto di affitto endoconcorsuale oppure un ramo di essa essere affittato e la parte residuale essere gestita provvisoriamente dalla curatela ex art. 104.

L'affitto d'azienda endofallimentare non ha quindi un'esclusiva finalità liquidatoria, ma mira altresì al recupero e alla conservazione delle componenti attive dell'impresa pur se finalizzati ad una più proficua vendita dell'azienda o di parte di essa (Maffei Alberti, *op. cit.*, 712 s.). Il ricorso a questo istituto si rivela particolarmente utile nell'ipotesi in cui, essendo ancora operativa l'azienda, il curatore abbia optato per la vendita dell'intero compendio aziendale e si renda necessario, nelle more della procedura di vendita, mantenere funzionante l'attività.

Il secondo comma dell'art. 104 *bis* l.fall., attribuisce ampi poteri in capo al curatore nella scelta dell'affittuario. Il curatore deve procedere secondo le modalità stabilite dall'art. 107 l.fall. per le vendite, ovvero in base a procedure competitive.

Ne discende che il curatore dovrà tra l'altro verificare:

- la liquidità che può essere ricavata dall'affitto dell'azienda e dalla sua successiva cessione, rispetto alle somme che possono essere incassate dalla procedura dalla immediata vendita unitaria della stessa o dei sui rami;
- la liquidità che potrebbe essere ottenuta dalla cessione dei singoli beni che costituiscono l'azienda (Lacchini, *Le valutazioni del capitale economico nelle procedure concorsuali*, Padova, 1998, 122);
- la valutazione delle garanzie prestate dal conduttore;
- gli effetti fiscali che potrebbero derivare dalla scelta dell'affitto dell'azienda piuttosto che dalla vendita;
- il livello occupazionale che si potrebbe conservare procedendo all'affitto rispetto all'immediata cessione unitaria o mediante cessione di singoli rami o singoli beni costituenti il complesso aziendale.

Il curatore deve ottenere in primo luogo una stima dell'azienda da parte di un esperto e successivamente deve provvedere alla pubblicizzazione della proposta di affitto in modo da ottenere la "massima informazione e partecipazione degli interessati" in funzione alla tipologia dell'attività di impresa esercitata e al mercato di riferimento. In tal modo sarà possibile individuare l'affittuario avuto riguardo ai criteri stabiliti dal legislatore, rappresentati da: ammontare del canone offerto (che dovrà essere congruo rispetto alla stima del valore dell'azienda), garanzie prestate in ordine all'adempimento del contratto, attendibilità del piano di prosecuzione dell'attività di impresa, con particolare riferimento al mantenimento dei livelli occupazionali.

Il legislatore non ha previsto un ordine gerarchico tra i suddetti criteri. Pertanto non si può escludere, in presenza di una pluralità di offerte, che il curatore possa optare per l'offerta che, pur proponendo un canone di affitto inferiore, preveda una maggiore tutela di mantenimento dei livelli occupazionali con l'obiettivo di massimizzarne il valore in sede di successivo realizzo. Al contempo però il criterio della tutela dei posti di lavoro non può essere valorizzato al punto di pregiudicare gli interessi del ceto creditorio.

In relazione alla conservazione dei livelli occupazionali, si evidenzia che l'art. 3, comma 4, L. 23 luglio 1991, n. 223 ha introdotto un diritto di prelazione legale sull'acquisto dell'azienda in favore dell'imprenditore che, mediante contratto di affitto di azienda, ha assunto la gestione anche parziale di aziende in procedura concorsuale e soggette alla disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale: "L'imprenditore che, a titolo di affitto, abbia assunto la gestione, anche parziale, di aziende appartenenti ad imprese assoggettate alle procedure di cui al comma 1, può esercitare il diritto di prelazione nel-

## La determinazione del canone congruo di locazione d'azienda nelle procedure concorsuali

l'acquisto delle medesime. Una volta esaurite le procedure previste dalle norme vigenti per la definitiva determinazione del prezzo di vendita dell'azienda, l'autorità che ad essa proceda provvede a comunicare entro dieci giorni il prezzo così stabilito all'imprenditore cui sia riconosciuto il diritto di prelazione. Tale diritto deve essere esercitato entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione".

La Cass. n. 3225/2012 ha chiarito che la prelazione legale non può essere applicata indiscriminatamente in quanto "opera solo se l'affittuario, garantendo la continuazione dell'attività lavorativa dei dipendenti dell'impresa fallita, eviti l'erogazione da parte dello Stato di provvidenze di carattere sociale a favore dei lavoratori medesimi".

Più recentemente, l'art. 11, comma 2, L. 21 febbraio 2014, in vigore dal 22 febbraio successivo, di conversione del D.Lgs. 23 dicembre 2013, n. 145, ha introdotto una prelazione legale per l'affitto a favore dei dipendenti di società cooperative: "Nel caso di affitto o di vendita di aziende, rami d'azienda o complessi di beni e contratti di imprese sottoposte a fallimento, concordato preventivo, amministrazione straordinaria o liquidazione coatta amministrativa, hanno diritto di prelazione per l'affitto o per l'acquisto le società cooperative costituite da lavoratori dipendenti dell'impresa sottoposta alla procedura". Il successivo comma 3 della medesima legge stabilisce che "L'atto di aggiudicazione dell'affitto o della vendita alle società cooperative di cui al comma 2, costituisce titolo ai fini dell'applicazione dell'art. 7, comma 5, della legge 23 luglio 1991, n. 223, nonché dell'art. 2, comma 19, della legge 28 giugno 2012, n. 92, di soci lavoratori della medesima, ferma l'applicazione delle vigenti norme in materia di integrazione del trattamento salariale in favore dei lavoratori che non passano alle dipendenze della società cooperativa".

Il contratto di affitto di azienda è richiamato anche nell'ambito della procedura di concordato preventivo: l'art. 163 *bis* l.fall. (introdotto dalla L. 6 agosto 2005, n. 132) precisa che, qualora il piano di concordato preveda, anche prima dell'omologazione, l'offerta da parte di un terzo di un contratto di affitto di azienda o di ramo di azienda, si deve procedere mediante l'apertura di un procedimento competitivo. Il decreto che dispone l'avvio del procedimento competitivo deve indicare le modalità di presentazione delle offerte, al fine di assicurare la confrontabilità, in relazione ai requisiti previsti dalla norma per la scelta del conduttore.

Questo al fine di evitare che un'"offerta preconfezionata" possa sottrarsi alla gara competitiva (si cfr. F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, 43-44).

Le norme, come abbiamo illustrato, attribuiscono al curatore ampia autonomia e discrezionalità nelle valutazioni relative al contratto di affitto di azienda.

Paradigmatico appare a tal fine il provvedimento del Trib. Milano 23 luglio 2014 che ha dichiarato "inammissibile il reclamo ex art. 26 l.fall. proposto avverso il provvedimento autorizzatorio del Giudice Delegato circa l'affitto d'azienda ex art. 104 bis l.fall., poiché il predetto atto è un atto del curatore e rimane tale anche se sia stato trasfuso nel provvedimento di autorizzazione del Giudice Delegato, il quale, sotto tale profilo, ha mero valore di presa d'atto del curatore. Di conseguenza, l'offerente che voglia impugnare la decisione del curatore di stipulare l'affitto con altro offerente ha l'onere di reclamare l'atto del curatore ex art. 36 l.fall. e non il decreto del Giudice Delegato ex art. 26 l.fall."

La stipula di contratti di locazione di azienda caratterizzati da canoni di locazione non congrui, sia in fase prefallimentare che in quella endofallimentare, espone quindi il curatore a significative responsabilità di carattere civile e penale.

Tali premesse hanno spinto il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili a elaborare l'informativa n. 65/2016, pubblicata il 20 maggio 2016 che si pone l'obiettivo di fornire delle linee guida per la determinazione del canone congruo di locazione d'azienda nelle procedure concorsuali.

L'affitto di azienda nell'ambito delle procedure concorsuali è stato oggetto di numerosi studi e trattazioni.

In linea teorica il problema dovrebbe essere affrontato valutando la convenienza tra l'affitto e la gestione diretta dell'azienda.

Per alcuni Autori (Cfr. M. Rutigliano - L. Faccincani, "La stima del canone congruo nell'affitto di azienda. Una diversa prospettiva di analisi", in *Rivista di Ragioneria ed Economia Aziendale*, 2011, settembre - ottobre) si tratterebbe di quantificare un canone minimo di *break even* che eguagli i risultati economici prodotti dalla gestione diretta rispetto alla locazione. Il canone di *break even* eguaglierebbe il valore attuale dei canoni di affitto, netti di imposta, per il locatore, al valore attuale dei flussi, netti di imposta, derivanti dalla gestione diretta dell'azienda.

Volendo tradurre in una formula quanto sopra affermato, il canone di break-even risulterebbe pari a:

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

sostituendo i due membri, avremo:

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

considerando che:

$VA_{AF(L)}$  = valore attuale dei canoni di affitto, netti d'imposta, per il locatore

$Ft_{AF(L)}$  = canoni agli anni 1, 2...n

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

$VA_{GD(L)}$  = valore attuale dei flussi, netti d'imposta, derivanti dalla gestione diretta

$Ft_{GD(L)}$  = flussi derivanti dalla gestione diretta agli anni 1, 2...n

$K_{GD(L)}$  = tasso di attualizzazione dei flussi derivanti dalla gestione diretta

se  $VA_{AF(L)} > VA_{GD(L)}$  conviene affitto d'azienda

se  $VA_{AF(L)} < VA_{GD(L)}$  conviene esercizio provvisorio o gestione diretta

Nella grande maggioranza dei casi però, l'affitto di azienda rappresenta una scelta obbligata a causa delle difficoltà che potrebbe incontrare il proprietario dell'azienda (nella fase preconcorsuale) oppure il curatore (nella fase endofallimentare) nella conduzione gestionale dell'azienda; molto spesso il curatore non dispone delle competenze necessarie per una gestione diretta, senza contare il fatto che l'affitto di azienda, a differenza della gestione diretta, trasferisce il rischio d'impresa in capo all'affittuario e non comporta l'incremento dei crediti prededucibili.

Si pone a questo punto il problema della determinazione del canone di locazione economicamente adeguato per la procedura. La dottrina a tal fine ha proposto varie soluzioni:

1) il canone congruo potrebbe essere determinato come prodotto tra il valore del capitale economico e un tasso di remunerazione del capitale investito nell'azienda locata. Il valore del capitale economico andrebbe determinato facendo ricorso a grandezze stock e non a grandezze flusso in quanto i flussi attesi rappresenterebbero l'incognita da determinare producendo problemi di circolarità. Per tali motivi, sarebbe preferibile stimare il valore economico con metodi patrimoniali complessi ossia incrementando il patrimonio netto rettificato con il valore dei beni immateriali non contabilizzati. In relazione al tasso di remunerazione, esso andrebbe calcolato utilizzando il C.A.P.M. (Si cfr. L. Guatri - M. Bini, *"Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende"*, il Capital Asset Pricing Model, 312 ss., Università Bocconi Editore, 2005.) oppure la regola empirica di Stoccarda. Nel caso di fallimento sarebbe necessario sottrarre dal valore, l'ammontare di una correzione reddituale, quantificata attualizzando i differenziali tra redditi congrui e redditi normalizzati realizzabili nei successivi 3-5 esercizi (si cfr. M. Lacchini - R. Trequatrini, *"Sulla individuazione del canone "congruo" in ipotesi di affitto di azienda (con particolare riferimento alle imprese in fallimento)"*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, 1998, luglio - agosto).

2) il canone congruo, nel caso di un affitto di azienda definito nell'ambito di una procedura fallimentare, potrebbe essere quantificato calcolando il prodotto tra il valore dell'azienda determinato secondo il metodo patrimoniale e una percentuale che dovrebbe essere inversamente proporzionale alla deperibilità delle componenti immateriali d'azienda e andrebbe determinata in un intervallo compreso tra zero e la redditività normale di settore (A. Danovi, *"Fallimento, valutazione e affitto d'azienda"*, in *Riv. dott. comm.*, 2000, n. 4);

3) il canone congruo dovrebbe essere determinato come prodotto tra il valore d'uso del patrimonio locato e un tasso di congrua remunerazione dell'investimento effettuato. Il valore d'uso dovrebbe essere quantificato attualizzando i flussi attesi dal capitale dell'azienda oggetto del contratto di affitto mentre il tasso di congrua remunerazione dovrebbe essere determinato considerando innanzitutto il rischio di insolvenza del conduttore ossia l'alea collegata alla possibilità che non sia in grado di fronteggiare gli impegni assunti con l'accordo (che a sua volta dipende dalla situazione economico - patrimoniale - finanziaria dello stesso e dalle eventuali garanzie concesse alla procedura). Inoltre, qualora le differenze inventariali che si manifestano dall'inizio alla fine del contratto non vengano determinate con riferimento alla variazione del capitale economico, ma solo in relazione alle modifiche delle consistenze patrimoniali, il locatore sopporta anche il rischio derivante dalla possibile riduzione del valore dell'avviamento; anch'esso pertanto dovrebbe essere considerato nella scelta del tasso impiegato per determinare il canone di

locazione (A. Mechelli, "La stima del valore congruo del canone di locazione nell'ipotesi di affitto di azienda", in *Riv. dott. comm.*, 2007, n. 7).

Le varie soluzioni proposte, pur evidenziando impostazioni leggermente diverse, sono accomunate dal principio secondo il quale il canone per l'affitto dell'azienda, deve essere elaborato quale prodotto tra il valore dell'azienda stessa e un opportuno tasso di rendimento.

Il tasso di rendimento è influenzato dal rischio sopportato dal locatore che, a sua volta, dipende da una pluralità di fattori quali il rischio operativo, il livello di solidità finanziaria del conduttore, le garanzie rilasciate dal conduttore (per approfondimenti in merito alla misurazione del rischio operativo, si confronti, tra gli altri, A. Renzi - G. Sancetta - B. Orlando, "A bottom up approach to unlevered risk in a financial and managerial perspective", in *D. Strangio, G. Sancetta, Italy in a European context: research in business economics and environment*, Palgrave, 2015, London).

Possiamo pertanto affermare che il saggio di rendimento può oscillare in un *range* di valori in cui l'estremo inferiore è rappresentato dal tasso privo di rischio (*free risk rate* che può essere posto pari al rendimento dei titoli di Stato a medio - lungo termine, quali i decennali), e l'estremo superiore è pari al costo del capitale che può essere determinato sulla base dei dati medi di settore.

Il *free risk rate* si applicherà in presenza di un modesto rischio operativo e soprattutto allorché l'affittuario possiede una notevole solidità finanziaria ovvero in caso di rilascio di valide e congrue garanzie (quali ad esempio fidejussioni bancarie a prima richiesta, rilasciate da primari Istituti di credito, a garanzia delle somme dovute dal conduttore).

Il costo del capitale si applicherà qualora il rischio operativo sia elevato e il conduttore non sia solido dal punto di vista finanziario e patrimoniale, e al contempo non siano rilasciate idonee e congrue garanzie. In tali casi aumenta l'alea in capo all'affittuario e il tasso tende ad avvicinarsi al costo del capitale.

Secondo il documento elaborato dal gruppo di lavoro del Consiglio Nazionale, il canone di locazione non può essere determinato applicando un tasso maggiore del costo del capitale in quanto, in situazioni normali, supererebbe i redditi attesi dal conduttore e pertanto non vi sarebbe alcuna convenienza a gestire l'azienda.

Possiamo quindi giungere alla conclusione che il canone di locazione è difficilmente determinabile in astratto senza considerare le caratteristiche dell'affittuario (capacità gestionali, solidità finanziaria e patrimoniale) e le garanzie poste a tutela del contratto. Per tali motivi il documento in commento suggerisce, nel caso di gare per l'affitto di aziende appartenenti a procedure concorsuali, di stabilire un canone di locazione minimo riferito a una situazione di basso rischio e valutare le offerte pervenute in base alle considerazioni precedentemente svolte.

Si possono verificare due situazioni:

- a) il locatario si assume esclusivamente il rischio di mancato incasso dei canoni di affitto;
- b) il proprietario dell'azienda si accolla anche il rischio derivante da eventuali variazioni negative del capitale economico dell'azienda attribuibili a una cattiva gestione da parte dell'affittuario.

Nel primo caso il contratto di affitto di azienda è assimilabile a un contratto di finanziamento in cui il capitale prestato è il valore dell'azienda e i canoni rappresentano la remunerazione periodica assegnata al locatore. In altre parole è come se il proprietario prestasse alla controparte una somma di denaro (coincidente con il valore iniziale dell'azienda) e ricevesse una serie di remunerazioni periodiche (canoni) e, a conclusione del periodo di riferimento, la restituzione del capitale (valore finale dell'azienda). Tale situazione si verifica solo se al termine del contratto il capitale restituito (ovvero il valore finale dell'azienda) coincide con il capitale originariamente prestato (valore iniziale dell'azienda). In questo caso la formula applicabile per la determinazione del canone è

$$C = iW$$

In cui C è il canone di affitto,

i è il tasso che riflette il rischio di inadempimento dell'affittuario

W è il valore dell'azienda.

Si segnala che il valore dell'azienda (W) può essere calcolato in base ai criteri e alle metodologie accreditate in dottrina e nella pratica professionale; con particolare riferimento alla determinazione del valore dell'azienda nell'ambito delle procedure concorsuali, si veda il recente documento "Linee guida per la valutazione di aziende in crisi" a cura del Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili e di Sidrea, pubblicato il 27 dicembre 2016, nonché il documento "Informativa di valutazione nelle crisi d'impresa" (Linee guida del CNDCEC, 30 ottobre 2015).

Il tasso  $i$  può essere determinato facendo riferimento al costo medio del debito dell'azienda oggetto del contratto di affitto. Questo saggio può essere desunto dalla documentazione bancaria oppure, in assenza della stessa, tramite i dati di bilancio. Nella formula, il tasso  $i$ , riflette il rischio di inadempimento della controparte e non sempre può essere quantificato stimando il costo medio del debito. Per esempio, se l'affittuario prestasse garanzie che rendessero certo l'incasso del canone, il tasso  $i$  dovrebbe essere posto pari al *free risk rate* in quanto nessun rischio graverebbe sul locatore.

L'informativa n. 65/2016 del CNDEC presenta il seguente esempio: società, dichiarata fallita, proprietaria di una sola azienda, evidenzia nelle due ultime annualità antecedenti il fallimento i seguenti dati di bilancio:

- debiti finanziari (Intendendo per tali quelli produttivi di interessi passivi) (anno - 1) pari a euro 1.000.000;
- debiti finanziari (anno - 0) pari a euro 1.200.000;
- oneri finanziari pari a euro 50.000

Assumendo che il debito medio sia pari alla media aritmetica del debito iniziale e di quello finale, si determina il costo medio del debito quale quoziente tra gli oneri finanziari dell'esercizio (al numeratore) e il debito medio dello stesso anno (al denominatore):  $50.000 / ((1.000.000 + 1.200.000)/2) = 4,55\%$

Molto spesso nelle procedure concorsuali ci si imbatte in contratti di affitto di azienda in cui l'affittuario corrisponde una pluralità di canoni in conto prezzo e, successivamente, è obbligato ad acquistare il complesso aziendale. In caso di concordato preventivo l'offerta irrevocabile di acquisto è spesso condizionata all'omologa della procedura.

Anche in questo caso, il contratto è in larga parte assimilabile a un finanziamento in quanto si tratta sostanzialmente di un'operazione di vendita a rate con cui il proprietario concede all'affittuario la possibilità di un pagamento dilazionato del prezzo. Per tale motivo, il concordato preventivo caratterizzato dallo schema descritto affitto di azienda e successiva cessione dell'azienda, non può essere qualificato da un punto di vista tecnico - aziendale, in continuità ma viceversa liquidatorio, in quanto la posizione dell'affittuario è molto simile a quella di un creditore in quanto il rischio dell'operazione dipende nella sostanza dall'inadempimento del conduttore. Viceversa nel concordato in continuità, i rischi connessi alla gestione aziendale dovrebbero gravare sul ricorrente (sul punto si veda, tra gli altri, G. Sancetta - A. Baratta, "L'affitto d'azienda nelle procedure di concordato preventivo: aspetti problematici e criticità applicative", in *www.ilfallimentarista.it*, 2016, 9 marzo).

L'informativa n. 65/2016 del CNDEC fornisce un esempio per l'elaborazione del rendimento finanziario relativo a un'operazione di affitto di azienda a cui segue la cessione della stessa. Assumendo che la durata dell'affitto sia di 2 anni, i due canoni annuali di affitto siano pari a euro 90.000 ciascuno, il saldo prezzo da pagare al termine del contratto per acquisire l'azienda sia pari a euro 950.000, e infine che il valore dell'azienda sia pari a euro 1.000.000, il rendimento dell'operazione può essere calcolato tramite il tasso interno di rendimento (T.I.R) ovvero quel tasso che azzeri il valore attuale dell'investimento (V.A.N.).

Per determinare il T.I.R. è necessario risolvere la seguente equazione polinomiale inversa di grado  $n$ :

$$\sum_{t=0}^n = F_0 + \frac{F_1}{(1+x)} + \frac{F_2}{(1+x)^2} + \frac{F_3}{(1+x)^3} + \dots + \frac{F_n}{(1+x)^n} = 0$$

Dove:  $F_0, F_1, F_2, F_3 \dots F_n$  sono i flussi di cassa associati all'investimento

$t = 0, 1, 2, 3 \dots n$  sono i periodi di manifestazione dei flussi

$x$  è il TIR, che nell'esempio risulta essere pari a circa il 6,58%

Il TIR si ottiene parificando al valore dell'azienda al momento della stipula del contratto di affitto (1.000.000), il valore attuale, calcolato con riferimento allo stesso momento, dei canoni periodici di affitto di azienda (90.000 per due anni) e del prezzo da pagare al termine del contratto per acquisire l'azienda (950.000).

Per verificare la congruità del rendimento, è possibile partire da tassi *free risk* e applicare ad essi uno spread che tenga conto del rischio dell'operazione dipendente dalla capacità di rimborso dell'affittuario e da eventuali garanzie rilasciate.

Se il locatore si accolla anche il rischio derivante da eventuali variazioni negative del valore dell'azienda attribuibili a cattiva gestione della stessa da parte dell'affittuario, l'operazione di affitto non può essere assimilata a un'operazione di finanziamento in quanto il proprietario dell'azienda si assume due tipologie di rischi: la prima derivante dall'inadem-

pimento dell'affittuario (espresso dal tasso  $i$ ), la seconda collegata alla cattiva gestione dell'azienda da parte del conduttore (rappresentato dal tasso  $s$ ).

In questo caso il canone congruo di locazione può essere determinato secondo la seguente formula:

$$C = (i+s) * W$$

Dove  $C$  è il canone di affitto,  $i$  è un tasso che riflette il rischio di inadempimento della controparte,  $s$  è una maggiorazione del saggio associata al rischio derivante dalla cattiva gestione del conduttore,  $W$  è il valore dell'azienda.

Nel caso in cui l'affittuario possieda capacità gestionali in grado di produrre un incremento del valore aziendale, la componente  $s$ , anziché essere positiva, può assumere (in linea teorica) valore negativo; in altre parole il canone di affitto potrebbe addirittura essere inferiore rispetto a quello determinabile in una situazione di equivalenza a un'operazione di finanziamento ovvero caratterizzata da assenza di rischio. Quest'ultima formula rappresenta una generalizzazione della precedente ed è stata riportata per completezza espositiva, in quanto, nelle procedure concorsuali, il prezzo di cessione dell'azienda è quasi sempre definito in sede di redazione del contratto di affitto; in tal caso il locatore non assume alcun rischio di variazione negativa del valore dell'azienda per effetto di cattiva gestione dell'affittuario e pertanto, la variabile  $s$  assume valore nullo.

## ON-LINE

### Il Quotidiano Giuridico

Servizio on line di informazione in materia di diritto civile, penale e amministrativo



Seguici su Twitter @QGiuuridico



Il Quotidiano Giuridico è un quotidiano di informazione giuridica on line – fruibile da PC, tablet e smartphone (oltre che stampabile in formato PDF) – pensato per supportare l'attività quotidiana di avvocati, notai, magistrati e legali d'azienda con l'aggiornamento quotidiano e autorevole sulle novità normative e con l'analisi e l'approfondimento di casi giurisprudenziali per orientare nella scelta delle soluzioni.

#### I CONTENUTI:

I contenuti sono organizzati nelle tre grandi aree tematiche del diritto: **Civile, Penale ed Amministrativo.**

In questi ambiti, il Quotidiano Giuridico **garantisce un'informazione completa, approfondita, autorevole e tempestiva** curata dalla Redazione interna e da un "pool" di oltre 80 Autori scelti tra i migliori del panorama giuridico professionale e accademico. L'informazione del nuovo Quotidiano Giuridico ha un taglio fortemente operativo finalizzato ad offrire soluzioni applicabili nella pratica quotidiana.

**I Commenti:** analisi ragionate e spunti di riflessione sulle tematiche più rilevanti o di attualità nel panorama giuridico

**Il punto su ...:** contributi degli esperti sulle questioni più controverse

**Gli Osservatori:** le decisioni della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia UE

e della Corte europea dei diritti umani spiegate dagli esperti.

**La Gazzetta Ufficiale**

#### LA NEWSLETTER

La newsletter permette di avere subito il quadro delle novità leggendo la sintesi dell'articolo pubblicato per esteso sul Quotidiano.

#### IL QUOTIDIANO STAMPABILE

L'edizione quotidiana in formato PDF, così come tutti i numeri arretrati, sono velocemente stampabili per una lettura off-line o per essere archiviati.

#### L'APP

Scarica l'App de "Il Quotidiano Giuridico" per ricevere su tablet e smartphone le news in materia di diritto civile, penale e amministrativo commentate dalle firme più autorevoli e prestigiose del mondo accademico e professionale.

Abbonamento annuale: € 199,00 + IVA

Puoi provarlo **gratuitamente** ([www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it)) per un mese per consultare tutti gli approfondimenti e scaricare le sentenze di tuo interesse!

**Per informazioni e acquisti**  
<http://shop.wki.it>