L'AFFITTO D'AZIENDA E IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITA' AZIENDALE

di Giovanni Sandrini

1. PREMESSE

Con la legge 7 agosto 2012 n. 134[1] il Legislatore ha introdotto rilevanti novità nell'intento di consentire all'imprenditore in crisi di accedere celermente alle tutele previste in suo favore, mantenendo un'elevata attenzione per la finalità conservativa dell'impresa.

L'art. 186 *bis* L.F. dispone ora che quando il piano "*.. prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione..*" si è in presenza di un concordato preventivo con continuità aziendale.

Posto che lo strumento del concordato preventivo basato sull'affitto e successiva cessione d'azienda è stato fino ad oggi assai utilizzato, scopo del presente lavoro è di esaminare se la disciplina prevista dall'art. 186 bis L.F. in tema di concordato preventivo con continuità aziendale sia applicabile anche nel caso di affitto di azienda.

In altre parole, al contrario di altri[2], chi scrive ritiene che il piano di concordato in presenza di affitto e successiva cessione a terzi dell'azienda deve prevedere *"un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie e delle relative modalità di reperimento"* nonché l'*"attestazione che la prosecuzione dell'attività d'impresa (..) è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori"*.

[1] Di conversione del decreto legge "Sviluppo" 83/2012.

[2] Vedasi Galletti D. in "*La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*", 3 ottobre 2012, http://www.ilfallimentarista.it/print/462.

2. *L'AFFITTO D'AZIENDA NEL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE*

2.1 Il concordato preventivo con continuità aziendale; cenni

Il concordato preventivo con continuità aziendale ha lo scopo di conseguire il *"miglior soddisfacimento dei creditori"* attraverso la continuazione dell'attività d'impresa[3].

La valorizzazione della continuità aziendale disciplinata dall'art. 186 *bis* L.F. può essere attuata:

- con modalità "diretta" che si basa sul mantenimento dell'impresa in capo all'imprenditore che provvede al risanamento;
- con modalità "indiretta" che prevede il trasferimento dell'azienda a terzi che provvederanno al risanamento dell'impresa.

Tali fattispecie prevedono in un caso la permanenza dell'impresa in capo alla "proprietà", in quanto il risanamento è effettuato dallo stesso imprenditore mentre, nell'altra ipotesi, un distacco dell'impresa dalla "proprietà", dato che la prosecuzione dell'attività consente la vendita dell'impresa a terzi e il risanamento da parte dell'acquirente.

2.2.L'affitto d'azienda nell'ambito del concordato preventivo

La scelta dello strumento dell'affitto di azienda nel concordato preventivo è dettata dall'esigenza di attuare un intervento immediato, volto ad assicurare la continuazione dell'attività d'impresa in capo ad un nuovo imprenditore che "non può e non vuole" incorrere nel rischio di ritrovarsi coinvolto nelle passività pregresse dell'impresa in crisi.

---

[3] I casi di concordati di risanamento o in continuità e cioè quelli in cui l'attività prosegue previa ristrutturazione in capo alla ricorrente, sono stati nel passato assai limitati. Più precisamente, venendo da una schematizzazione del concordato preventivo ante riforma, solo negli ultimi tempi il mondo professionale ha iniziato ad avere una piena coscienza della molteplicità di strumenti che il Legislatore ha voluto consentire al debitore in crisi per risollevare le sorti della propria azienda.

Il nuovo imprenditore si rende disponibile ad acquistare l'azienda solo dopo il decreto di omologa del concordato, assicurandosi nel frattempo la continuità dell'attività sotto la sua gestione (proprio) attraverso lo strumento dell'affitto di azienda.

A titolo indicativo, lo schema "tipo" del concordato preventivo con affitto d'azienda si può riassumere nelle seguenti fasi:

A. <u>prima della presentazione della domanda di concordato preventivo</u>

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

B. <u>dopo il decreto di ammissione al concordato preventivo</u>

- acquisto dilazionato delle scorte del magazzino dell'impresa in crisi da parte della NewCo;
- pagamento dei canoni di affitto pattuiti da parte della NewCo;

C. <u>dopo il passaggio in giudicato del decreto di omologa</u>

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

Una variante allo schema sopra illustrato può consistere nell'ipotesi in cui l'impresa in crisi costituisca una NewCo[4] alla quale concede in affitto un ramo d'azienda (quello "buono") e dopo l'omologa:

- cede a terzi le quote della Newco e, successivamente, cede il ramo d'azienda alla Newco stessa;

- ovvero conferisce il ramo d'azienda oggetto dell'affitto nella Newco e poi cede le quote della Newco a terzi.

2.3 L'affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186 bis L.F.

L'opportunità di adottare lo strumento "affitto d'azienda" nell'ambito del concordato preventivo permane anche ora post riforma, anche se necessita capire in che ambito tale operazione vada a collocarsi.

L'art. 186 *bis* L.F. dispone che quando il piano prevede "*..la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società..*" si è in presenza di un concordato preventivo con continuità aziendale.

Ma se in tali fattispecie il legislatore ha previsto che ci troviamo di fronte ad un concordato con continuità aziendale, dobbiamo domandarci se nell'ambito di un concordato che prevede l'affitto e successiva vendita dell'azienda, si rientri nell'ambito di un concordato con continuità aziendale[5].

Dalla lettura dell'art. 186 *bis* L.F.:

⇒ non si evince in quale momento debba avvenire la cessione o il conferimento dell'azienda in esercizio, e cioè se prima o dopo l'omologa del concordato;

⇒ non risulta preclusa la possibilità che tali operazioni siano precedute dall'affitto dell'azienda.

Non solo, sia con "*la cessione dell'azienda in esercizio"* ovvero con "*il conferimento dell'azienda in esercizio"* vi è la prosecuzione dell'attività con gestione dell'azienda non più in capo al debitore bensì a terzi.

Se il trasferimento dell'azienda a terzi è visto come il risultato della prosecuzione dell'attività d'impresa volta al *"miglior"* soddisfacimento delle ragioni dei creditori, tale obiettivo può essere

[4] Di fatto la debitrice costituisce un "veicolo societario", di cui detiene l'intero capitale sociale, pronto ad essere utilizzato nel caso si presenti un potenziale acquirente.

conseguito anche con un affitto d'azienda e cioè con un'operazione "ponte", finalizzata al trasferimento a terzi dell'azienda.

2.4 Analogie tra conferimento e affitto d'azienda

Preso atto che l'affitto d'azienda può essere essenzialmente visto nell'ottica della cessione dell'azienda a terzi, analizzando lo strumento del conferimento notiamo che la (debitrice) conferente acquisisce una partecipazione nel capitale sociale della società conferitaria e quest'ultima prosegue l'attività d'impresa potendo beneficiare degli utili e subire le eventuali perdite.

La conferente non avrà un rischio diretto derivante dall'attività d'impresa, ma non potrà beneficiare degli eventuali utili prodotti dalla conferitaria se non in modo indiretto attraverso la distribuzione degli utili.

Con l'operazione di conferimento dell'azienda in una o più società, la conferente, a fronte della partecipazione ottenuta, può recuperare le risorse finanziarie per far fronte al soddisfacimento dei creditori concorsuali:

(i) attraverso il flusso dei dividendi distribuiti dalla conferitaria;

(ii) dall'incasso dei crediti verso clienti e/o dalla vendita delle scorte non oggetto del conferimento;

(iii) ovvero cedendo a terzi la partecipazione posseduta nella conferitaria.

Bene, ma le stesse "utilità" le possiamo reperire anche con l'affitto dell'azienda, ove il soddisfacimento dei creditori concorsuali può avvenire:

(i) attraverso i canoni d'affitto d'azienda (con possibilità che i canoni siano parametrati all'andamento della gestione)

(ii) dall'incasso dei crediti verso clienti;

[5] Mentre il conferimento d'azienda è espressamente previsto dall'art. 186 bis L.F., l'operazione di affitto d'azienda

(iii) dalla vendita delle scorte di magazzino;

(iv) dalla successiva cessione dell'azienda all'affittuario.

Non si vedono, quindi, differenze sostanziali e tali da variare la natura del rapporto.

3. CONCLUSIONI

La scelta dello strumento dell'affitto d'azienda è dettata il più delle volte dall'esigenza di attuare un intervento tempestivo volto ad assicurare la continuazione dell'attività d'impresa in capo ad un nuovo imprenditore che non vuole rispondere delle passività pregresse ma nemmeno perdere l'avviamento dell'impresa in crisi, impresa che intende acquistare solo dopo l'omologa del concordato preventivo, al riparo da spiacevoli sorprese.

L'affitto finalizzato alla successiva vendita dell'azienda consente il risanamento dell'impresa in via indiretta e cioè in capo ad un nuovo imprenditore, così come avviene anche con l'operazione di conferimento d'azienda.

In definitiva, a chi scrive sembra riduttivo ritenere che, per il solo fatto che manca una specifica previsione normativa, non si possa parlare di concordato preventivo con continuità aziendale in presenza di "affitto di azienda" [6].

Di conseguenza, il piano di concordato basato sull'affitto e successivo trasferimento a terzi dell'azienda dovrà essere configurato con lo schema di un concordato in continuità e non meramente liquidatorio, rispettando le prescrizioni di cui al comma 2, lett. a) e b) dell'art. 186 bis L.F.[7].

---

non viene richiamata.

[6] Di diverso parere Galletti D., *op. cit.*.

[7] Quindi, il piano dovrà prevedere *"un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie e delle relative modalità di reperimento"* nonché l'"*attestazione che la prosecuzione dell'attività d'impresa (..) è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori"*, adempimenti che in presenza di affitto propedeutico al trasferimento a terzi dell'azienda saranno facilitati non avendo la ricorrente la gestione diretta dell'attività d'impresa e limitandosi, come detto, a recuperare le risorse finanziarie per far fronte al soddisfacimento dei creditori concorsuali: attraverso i canoni d'affitto d'azienda, l'incasso dei crediti verso clienti, la vendita delle scorte di magazzino e la successiva cessione dell'azienda all'affittuario.