

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

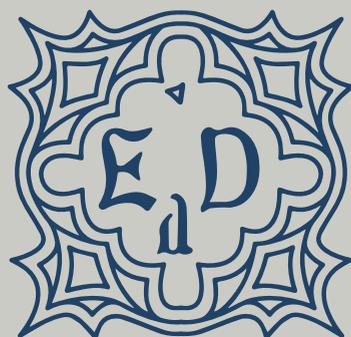
Estratto da I TEMATICI, VIII-2024

CRISI D'IMPRESA

diretto da Fabrizio Di Marzio

Carlo Felice Giampaolino

AZIENDA (DIRITTO DELL'INSOLVENZA)



zione dell'art. 2560 c.c., le regole antitrust e l'esenzione dall'obbligo di offerta pubblica. — 6. Valore giuspolitico della continuità ai fini della "conservazione" dell'azienda. La continuazione come "mezzo" e non come fine. La conservazione dell'azienda in crisi e la libertà di disporre in assenza. — Sez. II. *Profili ricostruttivi*: 7. Il raffronto con la fattispecie dell'art. 2555 c.c. e con le teorie sull'azienda. — 8. I debiti e l'avviamento quali elementi dell'azienda nel concordato, nella liquidazione giudiziale e nell'amministrazione straordinaria. — 9. Il diritto oggetto del trasferimento. — 10. Conclusioni. Parziale diversità della fattispecie dell'azienda nel contesto concorsuale. — Sez. III. *Profili applicativi. Il piano di risanamento ed il concordato preventivo*: 11. Piano di risanamento ex art. 56 c. crisi impr. e cessione di azienda. — 12. L'azienda nel concordato preventivo. La continuità "indiretta" tramite cessione a terzi. L'art. 84 c. crisi impr. — 13. L'affitto di azienda. L'affitto successivo alla domanda (art. 94). L'affitto previsto nel piano (art. 91). — 14. L'affitto. Gli effetti della retrocessione dell'azienda. Debiti dell'affittuario. Crediti dell'affittuario verso il debitore in concordato. — 15. La cessione dell'azienda nell'ambito del piano. Le offerte concorrenti. L'aumento di capitale. — Sez. IV. *Profili applicativi. La liquidazione giudiziale*: 16. L'affitto da parte della curatela. I «livelli occupazionali». — 17. La scelta dell'affittuario e le condizioni del contratto. L'art. 212 comma 2 c. crisi impr. — 18. Gli effetti dell'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale. — 19. La cosiddetta circolazione di ritorno. La "restituzione". Debiti e contratti. Altri effetti. — 20. La prelazione dell'affittuario nella liquidazione giudiziale. — 21. La liquidazione e la cessione di azienda. Questioni generali. — 22. La "vendita" di azienda ex art. 214 c. crisi impr. — 23. Gli effetti del trasferimento. L'obbligo di non concorrenza. — 24. La successione nei contratti ex art. 2558 (art. 172 e 175 c. crisi impr.). — 25. Il divieto di trasferimento pattuito nel contratto oggetto di successione ex art. 2558 c.c. — 26. Il trasferimento dei crediti relativi all'azienda ceduta. — 27. La sorte dei debiti relativi all'azienda ceduta. — Sez. V. *Profili applicativi. L'amministrazione straordinaria*: 28. La determinazione del prezzo e i livelli occupazionali.

Sez. I. — AZIENDA NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA
E NEI PRECEDENTI LEGISLATIVI.
LA "CONTINUITÀ", LA "CONTINUAZIONE".

1. *Crisi dell'impresa e insolvenza del soggetto. "Azienda" e "aziendale". Il significato nel contesto concorsuale.* — Nella legge fallimentare del 1942, il termine "azienda" era presente solo all'art. 1, ancorché nei lavori preparatori fosse evidente il riferimento al concetto economico (1). È stato poi già evidenziato che, anche nel codice civile, lo stesso termine sia utilizzato non sempre con lo stesso significato negli art. 2555, 2598 n. 3, 2565 e 2574 (2).

(1) L'art. 1 l. fall. considerava piccoli gli imprenditori esercenti un'attività commerciale nella cui azienda risulta essere stato investito un capitale non superiore a lire trentamila. Nella Relazione illustrativa alla legge fallimentare si specificava che il criterio dell'investimento nell'azienda era applicabile « qualunque sia la natura dell'investimento, fisso o circolante », con ciò riferendosi, oltre che a beni, anche a crediti.

(2) M.S. SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda (considerazioni su fattispecie e disciplina applicabile)*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 694; già sull'art. 2598 c.c. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, Giuffrè, 1960, 188. Sul metodo, e per le informazioni e conclusioni M. CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti d'impresa. Prolegomena*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, 644.

AZIENDA (DIRITTO DELL'INSOLVENZA)

SOMMARIO: Sez. I. Azienda nel codice della crisi d'impresa e nei precedenti legislativi. La "continuità", la "continuazione": 1. Crisi dell'impresa e insolvenza del soggetto. "Azienda" e "aziendale". Il significato nel contesto concorsuale. — 2. Azienda e continuità aziendale. La separazione dall'impresa. — 3. La separazione dal soggetto. I precedenti legislativi. — 4. L'azienda nelle leggi speciali sulla crisi di banche e assicurazioni. — 5. La disapplica-

Azienda (diritto dell'insolvenza)

Nel contesto concorsuale, l'“azienda” è considerata sia in quanto complesso unitario destinato all'attività di impresa (cioè composto da fattori di produzione che non sono esclusivamente beni), destinatario di istanze di risanamento o conservazione, sia in quanto elemento attivo (beni) del patrimonio del debitore, da liquidare.

Le successive considerazioni mostreranno che, nel contesto concorsuale: 1) l'azienda non è sempre considerata nel riferimento a “complesso di beni”; 2) quando è complesso di beni, essa non è un complesso di quegli stessi beni che possono far parte del complesso di beni di un'impresa *in bonis*; 3) la fattispecie del trasferimento non determina sempre l'applicazione della disciplina degli art. 2556 ss. c.c. Peraltro, un tema di qualificazione (quello che intrattiene largamente la giurisprudenza in caso di trasferimento *in bonis*) neppure si dovrebbe porre, quando affitto e vendita sono autorizzati da provvedimenti giudiziari (omologazione del concordato e art. 212 e 214 c. crisi impr.).

Nel senso di complesso di beni di un'attività da risanare, nei diversi ordinamenti europei, sia il fenomeno della cosiddetta “ristrutturazione” sia quello della liquidazione da insolvenza corrispondono a impostazioni diverse, quanto a obiettivi e compiti del debitore e degli organi (3). Poiché i diversi sistemi e termini non sono perfettamente sovrapponibili tali obiettivi sono perseguiti a prescindere dalla costanza del riferimento ad un istituto giuridico autonomo (4), come l'azienda.

Tuttavia, si rileva costantemente che sia auspicabile lasciare libertà di preservare il valore degli “affari” quale fonte di reddito o di maggior provento in caso di liquidazione. È in questo quadro nel quale sono considerati gli “affari”, più che i “beni”, che il tema dell'“azienda” diviene centrale.

Anche nella direttiva 2019/1023/UE si chiarisce che si dovrebbe consentire ai debitori in difficoltà finanziarie di continuare a operare, in tutto o in parte, modificando la composizione, le condizioni o la struttura delle loro attività e delle loro passività o di una qualunque altra parte della loro struttura del capitale, anche mediante la vendita di attività o parti dell'impresa o, se previsto dal diritto nazionale, dell'impresa nel suo complesso, come anche apportando cambiamenti operativi

(3) La ristrutturazione può avvenire in continuità gestionale degli amministratori e con gli stessi soci, oppure con diversa compagine sociale, o ancora può essere guidata da un organo nominato dal tribunale o dal debitore stesso.

(4) M. SANTARONI, *Azienda in diritto comparato*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, II, 1987, 97 ss.

all'impresa. Si fissa cioè una sorta di preferenza per la scelta del debitore per la continuazione dell'impresa, anche quando sia il debitore stesso a poterla orientare (5).

Nell'ordinamento interno, il riferimento non è direttamente all'impresa ma piuttosto all'azienda, o ad aggettivi derivanti da quel nome. Il riferimento a questo istituto nella legislazione sull'insolvenza e da ultimo nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è plurimo e funzionale a determinare una scelta sistematica e interpretativa. In effetti, nella progressione dei riferimenti normativi dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa, l'azienda evolve.

Da “oggetto” della liquidazione di un debitore che accede al concordato o cessa l'attività (con l'eccezione dell'esercizio provvisorio, di rado autorizzato nel vigore della legge fallimentare), l'azienda diviene complesso di beni organizzati anche in funzionamento, dal quale generare risorse per pagare i creditori (il concordato in “continuità aziendale”). L'enfasi è sul complesso e sul vincolo organizzativo, cioè su caratteristiche meta-individuali dei beni e sulla pluralità di componenti funzionale all'attività di impresa.

Posto che il sistema concorsuale tende alla ordinata soddisfazione dei creditori, ed ha quindi come sottostante il rapporto debito-credito, il sistema rimane incentrato sul debitore, cioè sulla titolarità di diritti e attività, e sul suo patrimonio. In questo sistema sia la liquidazione (la liquidazione giudiziale) sia il risanamento (gli strumenti negoziali o le procedure di concordato) guardano al soggetto ed al suo patrimonio. Cionondimeno, il sistema concorsuale italiano prende gli “affari” a riferimento (e non il soggetto, società o imprenditore individuale). Che il “business” sia poi l'azienda *ex art. 2555 c.c.* è tema da approfondire in seguito.

Il dato normativo si riferisce all'azienda in diversi frammenti con pluralità di contesti, ma da essi si comprende che l'azienda è il punto di riferimento del legislatore, per la ragione giuspolitica che è un elemento di sintesi dell'impresa, riferimento dei portatori di interessi sociali in senso ampio, e del patrimonio, riferimento dei creditori.

In primo luogo, nel momento della rilevazione della crisi l'evento rilevante è la mancanza di

(5) P. VELLA, *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in *Fallimento*, 2020, 747 ss.; S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1259 ss.

“continuità aziendale”, termini mutuati da discipline non giuridiche (art. 13 c. crisi impr.). Sempre con riferimento alla continuità aziendale, l'art. 13 sugli strumenti di allerta riferisce gli indici (di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario) alla sostenibilità dei debiti per i sei mesi successivi ed alle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso. Inoltre, l'art. 2086 c.c. novellato dal c. crisi impr. prevede che il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato sia in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della “continuità aziendale”, evento di trasformazione dei valori immateriali contabilizzati quando l'attività economica è rivolta alla produzione o scambio di nuova ricchezza, ma che vengono sostituiti con i valori di liquidazione.

In secondo luogo, nella rilevazione dei dati del patrimonio, l'azienda rileva nell'“attivo patrimoniale” (evidentemente composto di beni aziendali) riferimento per la soglia dell'impresa non minore, cioè soggetta a liquidazione giudiziale e a concordato preventivo. La dimensione dell'azienda rileva per la dimensione dell'impresa, e la sua soggezione alla disciplina concorsuale.

In terzo luogo, i “dati aziendali” sono oggetto dell'analisi di veridicità dei terzi (collegio o attestatori di accordi di ristrutturazione o di concordato preventivo), come valori derivanti dal sistema dei conti dell'impresa in aggregato (art. 19, 56, 57, 62, 87, 284 c. crisi impr.). Essi esprimono la situazione del patrimonio del debitore quanto all'attivo ed al passivo derivanti dall'attività di impresa.

In quarto luogo, a seguito della crisi, nel momento dell'accesso ad una procedura e con riferimento alla non interruzione dell'attività di impresa, il codice della crisi d'impresa la descrive come «continuazione dell'attività aziendale» (concordato minore), «continuità aziendale», «continuità indiretta [...] in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio» (concordato preventivo in continuità) (art. 84 ss. c. crisi impr.), e ad esempio nel caso di finanziamenti prededucibili «funzionali all'esercizio dell'attività aziendale», prevedendo che la relazione dell'esperto non sia necessaria quando si debba evitare un «danno all'attività aziendale».

In tutte queste disposizioni, la “continuità” (aziendale), la “continuazione” (dell'attività aziendale) e la “veridicità” (dei dati aziendali) richiamano non caratteristiche di un complesso di beni, che costituisce la fattispecie ex art. 2555 c.c., ma

alcuni elementi della fattispecie e della disciplina dell'impresa ex art. 2082 c.c.

Infatti, ai fini della tempestiva rilevazione della crisi si guarda all'attività (ai flussi finanziari e ai debiti), e non al soggetto, così come i presidi organizzativi sono appunto dell'organizzazione aziendale; il sistema dei conti che genera i dati è proprio dell'organizzazione e dell'impresa; la vendita o l'affitto non riguardano beni ma il complesso come generatore di risorse, cioè quale aggregato. Parimenti, la “continuità” aziendale ha a che fare con l'economicità dell'attività, cioè la possibilità di remunerare i fattori produttivi con i flussi di mercato o di sovvenzione stabili che l'impresa riceva (6), la “continuazione” con l'esercizio dell'impresa e la veridicità con la corretta tenuta delle scritture contabili, anch'essa disciplina dell'impresa.

Questi riferimenti non riguardano il soggetto debitore, l'insolvente incapace di pagare i debiti, ma l'attività, che è “in crisi”, e i beni organizzati con i quali essa viene svolta. Ciò determina alcune conseguenze.

Nella prospettiva della crisi, si intende centrare il sistema sul complesso dei beni organizzati al fine dell'esercizio dell'attività di impresa, per catturare cioè sia il sostrato di valori corrispondente alla pluralità («tutti i beni presenti e futuri» dell'art. 2740 c.c.) sia il plusvalore eventualmente derivante dalla organizzazione funzionale all'esercizio dell'attività di impresa, in atto o cessata che sia (7). Questa conclusione richiede alcune precisazioni.

Si tratta di un riferimento all'“attività”, ma non a quella specifica attività svolta da quel soggetto in crisi, che prende il complesso dei beni con la quale viene svolta a riferimento oggettivo. Nei riferimenti del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, “azienda” e “aziendale” non sono quell'“attività di impresa”. Quella attività di quel soggetto è in crisi, e quindi non dovrebbe presentare vantaggi nella continuazione che ha determinato la

(6) E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Torino, Giappichelli, 1999; sull'azienda Id., *Profili commercialistici della circolazione dell'azienda*, in *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale* a cura di C. IBBA, Torino, Giappichelli, 2007, 241 ss.

(7) G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1973, spec. 26 ss., ove una netta distinzione tra l'affitto di azienda del fallito e l'esercizio provvisorio dell'impresa; Id., *La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 203 ss., ivi alla p. 214, a proposito della “sospensione dell'impresa” e della permanenza dell'organizzazione; P. MASTI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, Jovene, 1985, 104 ss.

Azienda (diritto dell'insolvenza)

perdita per coloro che hanno intrattenuto relazioni commerciali con il soggetto.

Ed invero la continuazione di quell'attività di impresa originaria è eventuale mentre il favore per la "conservazione/continuità" dell'azienda è costante. L'attività di impresa è infatti o oggetto di un piano di ristrutturazione, nel concordato, o di prosecuzione sotto la gestione del curatore, nella liquidazione giudiziale, se dall'interruzione può derivare un grave danno, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori (art. 211 c. crisi impr.).

2. Azienda e continuità aziendale. La separazione dall'impresa. — Dai riferimenti normativi su esposti, si rileva che la cosiddetta continuità aziendale non si riferisce all'attività del soggetto ma all'attività svolta con quel complesso.

In primo luogo, si deve considerare che la continuità è la possibilità che quel complesso di beni organizzati conservi l'unità e la relazione funzionale tra le componenti, ciò che non sarebbe possibile ove la mancanza di mezzi finanziari per acquistare beni e servizi e le esecuzioni individuali compromettesse la prosecuzione dell'impresa (e quindi la permanenza dell'azienda). Ed infatti se il concordato è "in continuità aziendale" e non è "liquidatorio" anche quando l'azienda viene ceduta a terzi (cioè si esegue con un atto di trasformazione di valori tipicamente liquidatorio), la continuità riguarda il profilo oggettivo e non quello del soggetto. "Continuità aziendale" in contrapposizione a "liquidatorio" vuole dire che l'azienda (di chiunque sia e da chiunque sia gestita) non perde l'unità del complesso in quanto legata all'attività che continua separata dal titolare. Il punto di vista nella legislazione concorsuale è quello del complesso di beni organizzati e non quello del titolare.

In secondo luogo, la continuità nell'attività aziendale, alla quale si riferisce l'art. 84 c. crisi impr., non è esattamente quella dell'attività di impresa. L'"attività aziendale" è la sequenza di atti posti in essere (*da chiunque*, cioè anche dal cessionario) attraverso quel complesso di beni, mentre l'attività di impresa è la sequenza di atti posti in essere da quel soggetto attraverso *qualunque* complesso di beni. Se il soggetto cambia stabilimento, non vi è nuova registrazione, nuovo bilancio o scritture contabili, nuovi poteri di commessi e procuratori ecc. (8).

(8) G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 842 ss. Secondo Cass. 5 aprile 2022, n. 10988, il concordato con continuità aziendale è configurabile anche quando l'azienda sia già stata

Pertanto, nel concordato in continuità aziendale, viene in rilievo il complesso dei beni organizzati e il permanente utilizzo dello stesso quale ragione della protezione dalle esecuzioni individuali. In questa tipologia, il legislatore esclude percentuali minime allorché dello stesso complesso venga conservata l'unità attraverso la prosecuzione dell'attività, anche attraverso la "gestione" da parte di soggetto diverso (per contrasto con la necessità di risorse esterne che incrementi del dieci per cento l'alternativa derivante dalla liquidazione giudiziale e della percentuale minima del venti per cento, *ex art. 84 comma 4 c. crisi impr.*).

3. La separazione dal soggetto. I precedenti legislativi. — Sin dalla legge delega del codice della crisi d'impresa (l. 19 ottobre 2017, n. 155), si è posto il tema della "conservazione" dell'azienda, senza precisazioni concettuali sull'identificazione del "bene" o "della situazione giuridica soggettiva". Nei lavori preparatori della riforma delle procedure concorsuali si enfatizza l'attenzione verso la conservazione dell'azienda ma si tratta di un'istanza che già si è presentata nella varia legislazione sull'insolvenza (9).

Rispetto alla prospettiva della legge fallimentare, che era antitetica alla legislazione emergenziale degli anni '70 e poi dell'amministrazione straordinaria (10), il codice della crisi d'impresa compie un percorso sistematico incentrato sull'azienda, sulla continuità della stessa, sulla veridicità dei dati.

Già successivamente alla legislazione emergenziale, si notava che l'esercizio provvisorio avrebbe potuto realizzare il perseguimento della finalità di evitare danno grave ed irreparabile a categorie di

affittata o sia destinata a esserlo « rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo ». Se si tiene in considerazione che secondo la stessa S.C. l'affitto fa cessare l'attività di impresa in capo al titolare (v. Cass. 16 marzo 2020, n. 7311; Trib. Torre Annunziata, 22 dicembre 2020).

(9) L'art. 2 comma 1 lett. g) dello schema di disegno di legge delega: « g) dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'adeguata soluzione alternativa » (in Atti parl. Cam., XVII legislatura, doc. n. 3671).

(10) A. GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 569 ss.

interessi diverse da quelli dei creditori (dipendenti, fornitori, clienti) (11).

La "conservazione", cioè prosecuzione della gestione dell'impresa con mantenimento in vita delle aziende risanabili (12), serviva diversi scopi. Tra i più evidenti: la conservazione del valore patrimoniale dell'azienda in vista della successiva alienazione (segnatamente per l'esercizio provvisorio; ma anche per l'amministrazione straordinaria) (13) o della permuta/swap del debito fallimentare con azioni di un nuovo soggetto cessionario dell'azienda al netto dei debiti (v. per esempio Parmalat); la salvaguardia dei livelli occupazionali, sin dalla legge sull'amministrazione straordinaria (14); la protezione del sistema e dei risparmiatori

o sottoscrittori di polizze, per le insolvenze speciali. Ciò in presenza di previsione di risanabilità (ed anche a prescindere dalla risanabilità, per la prima procedura di amministrazione straordinaria) (15).

4. *L'azienda nelle leggi speciali sulla crisi di banche e assicurazioni.* — L'evoluzione dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non è pienamente sovrapponibile alle legislazioni speciali dell'insolvenza in materia di banche e assicurazioni (16).

Infatti, le legislazioni speciali in materia di assicurazioni e di banche avevano da tempo separato il soggetto dal complesso di beni organizzati (o da rapporti in blocco, anche per conservare la specialità nell'applicazione della disciplina). In entrambe le discipline non si dà impresa senza azienda ma la disciplina della crisi, orientata alla conservazione, è funzionale alla tutela della stabilità del sistema e di tutti i creditori e non alla tutela dei creditori delle rispettive imprese.

In primo luogo, nei sistemi di banca e assicurazione, i "creditori" di banche e assicurazioni non sono prevalentemente i fornitori o altri creditori commerciali ma sono invece correntisti e assicurati (e quindi la tutela dei "creditori" vuole dire altro nei due contesti), per le note caratteristiche di inversione del ciclo produttivo e di tutela del risparmio *ex art.* 47 cost. (17).

In secondo luogo, i "creditori"/clienti rilevanti non sono solo quelli dell'impresa in crisi ma quelli di tutte le imprese bancarie e assicurative, per la necessità che la stabilità del singolo intermediario protegga la stabilità del sistema.

(11) F. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber Amicorum Pietro Abbadessa, III, Torino, Utet, 2014, 2867 nt. 8; in tema, specialmente C. FIENGO, *Esercizio provvisorio dell'impresa e rapporti pendenti*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 81 ss., per una dimostrazione in termini di "opportunità" (secondo lo stesso criterio del successivo comma 3). Su questa distinzione tra i due "momenti" dell'esercizio provvisorio, M. SANDULLI, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 199 ss. Per una conferma che solo nella prima fase sarebbe possibile prendere in considerazione anche eventuali interessi "extra-imprenditoriali", F. FIMMANÒ, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 761; Ph. FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2011, 20 ss. È questa l'impostazione di G.C.M. RIVOLTA, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1969, 135 ss.; R. CAVALLO BORGIA, *Continuazione dell'esercizio dell'impresa nell'amministrazione straordinaria e nelle procedure concorsuali: profili funzionali*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 744 ss., spec. 747, e I. ANDOLINA, *La liquidazione dell'attivo e esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 205.

(12) Si è diffusa l'idea che la conservazione delle aziende sia stato uno dei principi del nuovo diritto della crisi con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134 (cosiddetto "decreto Sviluppo"). Sul rapporto tra tutela dei creditori e tutela del valore aziendale, v. L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007, 94 ss., 337 ss.; D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2006, 345 ss.; A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese²*, Bologna, Il Mulino, 2012, 32 ss.; G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, in *Società, banche e crisi di impresa*. Liber Amicorum Pietro Abbadessa, cit., 2772, nt. 3. V. anche A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, Giuffrè, 2012 (ove i due istituti vengono esaminati con gli strumenti dell'analisi economica del diritto) e N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. 286 ss.

(13) G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori*, Milano, Giuffrè, 2013, 125.

(14) Con pregiudizio dei creditori, cfr. A. MAFFEI

ALBERTI, *La liquidazione nell'amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 1727; E. RICCI, *La tutela dei creditori dell'imprenditore nell'amministrazione straordinaria: problemi di legittimità costituzionale*, in *Fallimento*, 1984, 100; F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, IV, 420.

(15) Criticamente C. CONSOLO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria e tutela di urgenza in funzione "preventiva" di pregiudizi ai diritti dei creditori*, in *Giur. comm.*, 1987, II, 307 ss.; F. LANFRANCHI, *Alice nel paese dell'amministrazione straordinaria ovvero il sistema scomodo e l'ordinamento dimenticato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 232 ss.

(16) L'"azienda di credito" non era l'azienda banca ma la banca in sé stessa e quindi gli interventi di salvataggio dell'"azienda" nel vigore della legge bancaria passavano per il soggetto titolare dell'impresa e non per il complesso.

(17) C.F. GIAMPAOLINO, *L'organizzazione societaria nella disciplina dell'attività assicurativa*, Milano, Giuffrè, 1998, 112 ss.; Id., *Le assicurazioni. L'impresa - I contratti*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da V. BUONOCORE e diretto da R. COSTI, Torino, Giappichelli, 2013, 7.

Con riferimento alle banche (definizione che non a caso sostituiva quella di "aziende di credito" della legge bancaria), dapprima interventi speciali (cosiddetto decreto "Sindona", d.m. 27 settembre 1974) provvedevano ad aiuti di Stato (18). A legislazione bancaria vigente, il complesso dei beni ex art. 2555 c.c. segue il trasferimento di attività e passività in quanto è strumentale alla conservazione dell'avviamento a tutela della stabilità sistemica (19). In giurisprudenza si è infatti ritenuto che il contratto di trasferimento di attività e passività costituisca un trasferimento d'azienda (20).

Con riferimento all'impresa assicurativa, si segue lo schema della cessione del portafoglio, il quale tuttavia, pur costituito da contratti (21), è

(18) G. BOCCUZZI, *Disciplina della crisi*, in *La nuova legge bancaria* a cura di P. FERRO LUZZI e G. CASTALDI, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1420 ss.; v. M. PERRINO, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, Giappichelli, 2005, *passim*.

(19) U. MINNECI, *Il regime dei debiti nell'ambito delle cessioni aggregate di cui alla liquidazione coatta bancaria*, in *Banca borsa*, 2010, 520; Cass. 23 novembre 2009, n. 24635; A. GUACCERO, *Conferimento d'azienda bancaria e successione processuale: le vicende dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1999, 1021 ss., nt. 32, che ricorda che un autorevole sostenitore dell'estraneità dei rapporti giuridici alla nozione di azienda ne ammette l'inclusione nell'azienda bancaria (G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, Padova, Cedam, 1972, 73 ss.; Id., *Crediti e debiti nella cessione di aziende bancarie*, in *Riv. soc.*, 1970, 1141 ss. e 1149 ss.); M. PORZIO, *L'ambito di affari della filiale di azienda di credito e la sua rilevanza giuridica*, in *Banca borsa*, 1968, I, 311 ss. e 323; Id., *Interessi pubblici ed interessi privati nella disciplina del credito. Il trasferimento di filiale di azienda di credito*, ivi, 1972, I, 161 ss., spec. 163; F. MAIMERI, *Sub art. 53-54*, in F. CAPRIGLIONE e V. MEZZACAPO, *Codice commentato della banca*, I, Milano, Giuffrè, 1990, 649 ss. « Effetti successori » per G. VIGNOCCHI, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè, 1968, 163, per il fatto che « i rapporti con i creditori (depositanti) costituiscono beni aziendali » (R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012, 613); *contra* D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, Morano, 1970, 139 ss. Al riguardo L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, Società editrice libraria, 1942, 361, parla di « imprese [...] fatte essenzialmente di contratti e di rapporti giuridici », mentre G. VALERI, *La dottrina dell'azienda commerciale nelle opere dei Post-Glossatori*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, II, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1931, 314 ss., ricorda la specifica considerazione, già con la Glossa, dell'azienda bancaria tra le altre figure di azienda in termini di « *universitas debitorum et creditorum in eadem statione* ».

(20) Cass. 14 maggio 2014, n. 10456; Cass. 7 dicembre 2012, n. 22253.

(21) Con riferimento alla cessione del portafoglio dell'impresa assicurativa in liquidazione, Cass., sez. un., 17 ottobre 1984, n. 5233, in *Giust. civ.*, 1985, I, 769, con nota di A. VALLEBONA, *Trasferimento di aziende in crisi e rapporti di lavoro: problemi in caso di cessione del portafoglio di imprese assicurative in liquidazione coatta amministrativa*;

funzionalmente un'"azienda" (sebbene non sia costituito da beni). Nella liquidazione coatta amministrativa si può trasferire l'azienda e *a fortiori* è da tempo ammesso l'affitto dell'azienda.

5. *La disapplicazione dell'art. 2560 c.c., le regole antitrust e l'esenzione dall'obbligo di offerta pubblica.* — Non vi sarebbe acquirente del complesso dei beni, o rami, ex art. 2555 c.c. se quell'azienda non venisse cambiata, diversamente articolata, liberata di alcuni contratti e soprattutto di tutti i debiti. Per tale ragione, gli artt. 22, 118, 212 e 214 c. crisi impr. esonerano dall'applicazione dell'art. 2560 c.c. per il caso di trasferimento, nel contesto delle procedure.

A corollario, la preferenza per la "continuazione" determina la disapplicazione di due discipline sistematiche. La prima è un'esenzione che riguarda il controllo sulla concentrazione del mercato, mentre la concorrenza si giova di una pluralità di operatori (22). Ma l'impresa in crisi cesserebbe comunque di essere riconducibile ad un operatore indipendente dall'acquirente, perché semplicemente uscirebbe dal mercato.

La seconda, disposta dall'art. 106 comma 5 lett. a) t.u. fin., favorisce il cambiamento della titolarità dell'impresa, nel presupposto che tale cambiamento del titolare sia "meritevole" di disapplicare la disciplina di protezione della minoranza.

6. *Valore giuridico della continuità ai fini della "conservazione" dell'azienda. La continuazione come "mezzo" e non come fine. La conservazione dell'azienda in crisi e la libertà di disporre in assenza.* — Può essere discusso sul piano della politica legislativa se la "continuità" sia strumentale alla conservazione dell'azienda per una migliore soddisfazione dei creditori. Si pone

Cass. 6 marzo 1987, n. 2400, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 349; Cass. 8 luglio 1992, n. 8320. Per la dottrina, G. SCALFI, *Il trasferimento del portafoglio di un'impresa di assicurazione*, in *Contr. impr.*, 1991, 977 ss.; V. MASCOLO, *Il trasferimento del portafoglio r.c. auto dell'impresa di assicurazione in liquidazione coatta amministrativa*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 392; M. PIZZIGATI, *Assicurazione contro i danni e liquidazione coatta amministrativa dell'impresa*, in *Dir. prat. assic.*, 1980, n. spec., 94 ss.; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, FrancoAngeli, 1980, 154 ss.

(22) Ad esempio per Alitalia il d.l. 28 agosto 2008, n. 134, convertito con modificazioni nella l. 27 ottobre 2008, n. 166, autorizza in pratica l'operazione che sarebbe stato possibile autorizzare in base all'art. 25 l. 10 ottobre 1990, n. 287, peraltro mai applicato. Sulla *failing firm* M. MAGGIOLINO e F. GHEZZI, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, in *Riv. soc.*, 2011, 334; G. OLIVIERI e A. PEZZOLI, *L'antitrust e le tentazioni della crisi*, in *An. giur. econ.*, 2009, 11 ss.

l'alternativa del mezzo (continuità/liquidazione) rispetto allo scopo (che non è enunciato: migliore soddisfazione dei creditori? Tutela dei livelli occupazionali? Tutela del servizio pubblico, per certe imprese? Ma anche, in ipotesi, manutenzione di servizi essenziali o di impianti ecologicamente pericolosi e così via). La continuità aziendale non sembra essere un fine assoluto ma un mezzo e altri sono i valori coinvolti nel determinare la scelta tra l'una e l'altra via.

Nel c. crisi impr., l'attestazione *ex art.* 87 ha ad oggetto il migliore soddisfacimento rispetto all'alternativa liquidatoria (da intendersi liquidazione giudiziale o amministrazione straordinaria). Pertanto, sul piano giuridico, l'azienda non è conservabile se la liquidazione giudiziale o l'amministrazione straordinaria consentono migliori recuperi ai creditori. In conclusione, la tutela dei valori economici dei creditori prevale sull'azienda.

Anche nella liquidazione giudiziale, la gerarchia dell'art. 214 c. crisi impr. consente di vendere l'«intero complesso aziendale» e non i singoli beni, quando è prevedibile che dalla cessione dell'azienda si ottenga una «maggiore soddisfazione» dei creditori (23). La norma condiziona l'opzione della vendita atomistica ad un giudizio di non maggiori ricavi della vendita dell'azienda rispetto a quanto ricavabile dalla vendita dei beni. La vendita dell'azienda è praticabile se è prevedibile che consenta una maggiore soddisfazione dei creditori e la conservazione non è uno scopo ma un mezzo.

Inoltre, può fondatamente dubitarsi che la conservazione dell'azienda (o la continuità dell'im-

presa) sia un valore in sé, per le altre ragioni che si espongono di seguito.

In primo luogo, il titolare *in bonis* può porsi liberamente in liquidazione e disgregare l'azienda, senza valutazione da parte di terzi dell'opportunità sociale o degli effetti economici sui terzi (24). Ne consegue che la disponibilità da parte del titolare della continuazione dell'impresa non consente di considerare che la continuità aziendale sia un valore assoluto.

Invece, quando l'attività è in crisi la vigilanza sulla «continuazione» di quella organizzazione è affidata ad altri, titolari di funzioni pubblicistiche. Ciò è spiegabile solo se si considera che i valori economici derivanti da quell'organizzazione siano destinati a soddisfare altri centri di interessi, diversi dal titolare, ovvero, guardando il tema sotto il profilo economico, se si considera che quella organizzazione di beni sia divenuta, a causa della crisi, anche in qualche misura «altrui» (25).

Se si osservano i fenomeni della cosiddetta *fenice*, o quello regolato dalla cosiddetta *pre-pack administration* dell'ordinamento del Regno Unito, si osserva anche che l'ordinamento rifiuta che quella organizzazione possa continuare se non a patto di essere diventata sostanzialmente «altrui» (in quanto si considera negativamente il tema della cosiddetta *fenice* o le necessità di trasparenza della *pre-pack insolvency*) (26). In altri termini, l'impresa che si trova in crisi tanto grave da essere insolvente non può continuare con quella «proprietà».

(24) Sulla liquidazione a maggioranza v. Cass. 17 luglio 2007, n. 15942; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387.

(25) V. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., 94 ss.; GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., 345 ss.

(26) Nella cosiddetta «*pre-pack administration*», si consente la vendita degli *asset* negoziata prima della nomina dell'*administrator*. I proventi sono utilizzati per ripagare i creditori, evitando escussione di garanzie e liquidazione della società. Circa il 25 per cento delle *administrations* sono orientate verso la *pre-pack*, l'80 per cento delle vendite sono con cosiddette «*connected parties*», tipicamente precedenti gestori, con conseguenze sul grado di soddisfazione dei creditori che perdono più dei responsabili della gestione. Nella *pre-pack* la cessione è preparata prima della *administration* da un *insolvency practitioner*, ma ciò crea problemi di trasparenza sia perché l'operazione è negoziata in anticipo ed all'insaputa dei creditori, sia perché la controparte può essere il *management* esistente, e quindi in possesso di maggiori informazioni sul reale valore degli *asset* oggetto della vendita. Il tema della *fenice* è sullo sfondo, come pericolo di abuso dell'acquirente-non terzo. Il *Graham Report* individua sei raccomandazioni (opinione indipendente su base volontaria; richiesta di una valutazione di fattibilità del progetto in capo all'acquirente per i successivi dodici mesi; riformulare la SIP 16; assicurare che l'azienda sia offerta a più persone, attraverso mezzi di comunicazione adottati sulla base di una strategia indipendente, per un tempo adeguato, con mezzi innovativi).

(23) La gerarchia dell'art. 3 dell'*Insolvency Act 1986* è diversa: a) *rescuing the company as a going concern (i.e. with as much of its business as possible)*; o b) *achieving a better result for the company's creditors than would be likely if the company were wound up without first being in administration*; o c) *realising company assets in order to make a distribution to one or more secured or preferential creditors*. Nel *Research Briefing* del Parlamento inglese del dicembre 2019 (L. CONWAY) si legge, analogamente al codice della crisi sulla continuazione «*The administration procedure is designed to hold a business together while plans are formed to put in place a financial restructuring to rescue the company (as opposed to the business that the company carries on) so that it can continue trading as a going concern. If the rescue of the company is impossible, the administrator must aim to achieve a better result for the company's creditors as a whole than would be likely if the company were put into liquidation. For example, a better return may result from trading on for a period whilst seeking to sell off the business and or assets. If this objective is also impossible, the purpose of the administration is to realise (i.e. sell) the company's assets to make a distribution to the company's secured or preferential creditors*».

Azienda (diritto dell'insolvenza)

In secondo luogo, se la “conservazione dell'azienda” (o la “continuità”) fosse un valore assoluto del sistema delle procedure concorsuali, si finirebbe per negare la ragione della procedura concorsuale. In effetti, la procedura concorsuale, cioè collettiva, comprime la tutela del diritto di credito del singolo creditore in un modo che deve essere compatibile con l'art. 24 cost. Essa tende anche ad assicurare un corretto funzionamento del mercato nel quale opera l'imprenditore insolvente o il creditore non soddisfatto (27), o ancora un ordinato svolgimento dell'amministrazione della giustizia.

Il divieto dell'esecuzione individuale si giustifica solo se la procedura sia volta al soddisfacimento (parziale) dei creditori (28). Infatti, il trattamento collettivo del credito si giustifica sul piano della ragionevolezza solo in quanto, pur compresa l'esecuzione individuale, rimane lo scopo originario della soddisfazione del credito (29). Anche nelle ipotesi di conservazione dell'azienda, la *ratio* della “esecuzione collettiva”/concorsualità non può cambiare ed anche questa deve essere orientata all'adempimento.

Ove poi si consideri che i creditori chirografari sono prevalentemente i creditori commerciali (fornitori, clienti che hanno versato anticipi ecc.), la loro situazione soggettiva non è comprimibile indiscriminatamente perché si danneggerebbero le aziende di questi.

Per tali motivi (l'impresa *in bonis* può disgre-

gare l'azienda; l'esecuzione collettiva si spiega solo come sostitutivo ordinato di quella individuale), la “conservazione” del complesso come unità è uno scopo intermedio rispetto agli altri coinvolti (il diritto al lavoro dei dipendenti e i diritti dei creditori a ricevere l'adempimento delle obbligazioni che hanno per parte loro eseguito).

Manca una chiara collocazione apicale degli interessi di terzi, che possono essere ricondotti ancora una volta al lavoro, per i diritti dei creditori lavoratori e degli istituti previdenziali, al principio costituzionale della contribuzione fiscale (per i crediti dell'erario), alla libertà di iniziativa economica, per quei creditori che sono imprenditori a loro volta, o alla proprietà privata, per quei creditori che hanno disposto dei loro beni o servizi in corrispettivo dell'obbligazione pecuniaria.

Per i creditori cosiddetti involontari, saranno vari e diversi i valori coinvolti, come la salute o l'ambiente. Questi crediti sono generalmente compresi nel riconoscimento concorsuale, considerato che il procedimento di ammissione al passivo non è pensato per la cognizione di situazioni soggettive da accertare nel *quantum* e nell'*an* e che non risultino da scritture contabili o da documentazione formata prima dell'apertura della procedura.

Infine, dalla varietà degli interessi coinvolti nella crisi dell'impresa e dall'assenza di un valore sovraordinante costituito dalla continuità dell'impresa, deriva l'impossibilità di considerare uno “status” del creditore commerciale che dal principio abbia fittiziamente accettato che la propria situazione soggettiva possa essere ridotta dalle procedure concorsuali in quanto creditore che ha a che fare con un'attività che richieda un trattamento speciale (30). Ciò non è fondato in quanto, in primo luogo, i creditori chirografari non sono omogenei quanto a fonte della propria situazione soggettiva (responsabilità extracontrattuale, contratti); inoltre, i creditori non sono “omogenei” quanto a trattamento legale della stessa, in quanto i privilegi legali esprimono una scelta di “valori” sul titolo del credito; infine, le situazioni soggettive corrispondono a diversi valori costituzionalmente rilevanti (lavoro, capacità contributiva, iniziativa economica, proprietà, salute ecc.).

(27) G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, in *Riv. dir. impr.*, 2013, 173 ss. In generale, è stato sollevato (A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 261 ss., 273; G. TERRANOVA, *Il concordato “con continuità aziendale” e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 1 ss., 49 ss.) il dubbio della lesione della concorrenza, come effetto di un regime di favore per l'imprenditore in crisi, quale quello dell'art. 169-bis l. fall. G. SCOGNAMIGLIO replica (con M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del “decreto Alitalia”*, in *Giur. cost.*, 2010, 3296 ss., 3298) che la tutela della concorrenza non è valore di carattere superiore, destinato a prevalere in caso di contrasto con altri valori protetti, anche nell'ordinamento europeo.

(28) TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, cit., 2779, sulla concorsualità, non per il rispetto della *par condicio creditorum*, ma come prevalenza dell'interesse della massa sull'interesse del creditore singolo.

(29) G. OPPO, *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 237, nota che sottrarre il patrimonio alla garanzia dei creditori significa espropriare i creditori della garanzia medesima, il che è illegittimo quanto espropriarli senza indennizzo dello stesso diritto di credito.

(30) G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 39, « il c.d. “credito commerciale” (inteso come credito nei confronti di un imprenditore commerciale assoggettabile a procedura concorsuale) è soggetto ad una disciplina giuridica differente rispetto al c.d. “credito civile” ».

Sez. II. – PROFILI RICOSTRUTTIVI.

7. *Il raffronto con la fattispecie dell'art. 2555 c.c. e con le teorie sull'azienda.* — Nel codice civile, è azienda anche quella agricola, mentre nel codice della crisi d'impresa, l'azienda agricola non è soggetta alla disciplina comune dell'azienda dell'impresa commerciale (non essendo assoggettata a concordato preventivo ed a liquidazione giudiziale ma all'applicazione del sovraindebitamento e del concordato minore). Al riguardo, l'art. 75 c. crisi impr. in materia di concordato minore prevede la "continuità aziendale" ma la liquidazione giudiziale ex art. 268 c. crisi impr. del sovraindebitato (categoria nella quale rientra l'imprenditore agricolo) non fa riferimento all'azienda bensì a beni, oggetto del programma di liquidazione.

È poi noto che in relazione all'art. 2555 c.c. giurisprudenza e dottrina divergono significativamente, e che gli orientamenti dottrinari sono a loro volta estremamente articolati (31).

(31) Sugli elementi costitutivi dell'azienda, alcuni autori, in aderenza al testo dell'art. 2555 c.c., ritengono elementi i soli beni che possono costituire oggetto di diritti ex art. 810 c.c. Tale è comunemente definita teoria dell'azienda quale "complesso di soli beni". Tra molti, A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1 ss.; G. FERRARI, *Azienda (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, IV, 1959, 686; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, III, Padova, Cedam, 1979, 19 ss.; G. RACUGNO, *Trasferimento di canale televisivo mediante cessione di azienda o di un ramo particolare*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 933 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, Torino, Utet, 2013, 143; F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da BUONOCORE e diretto da COSTI, cit., 2010, 13 ss.

Altri autori, secondo un diffuso orientamento della Suprema corte, ampliano la nozione di "bene" costitutivo del complesso aziendale sino a ricomprendere nell'azienda tutti i rapporti giuridici e contrattuali di cui l'imprenditore si avvale nell'esercizio dell'attività di impresa. M. CASANOVA, *Azienda*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, II, 1987; SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda*, cit., 712; G. AULETTA, *Azienda: I Diritto commerciale*, in *Enc. giur.*, IV, 1988, 5 ss.; U. MORELLO, *Trasferimenti di azienda e sicurezza delle contrattazioni*, in *Contr. impr.*, 1998, 95 ss.; G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, Zanichelli, 2004, 51; per l'orientamento secondo cui l'azienda comprende cose materiali, beni mobili e immobili, beni immateriali, rapporti di lavoro, debiti e crediti con la clientela e in genere tutti gli elementi organizzati in senso funzionale per l'esercizio di un'impresa, v. in giurisprudenza Cass. 11 agosto 1990, n. 8219; Cass. 23 luglio 2002, n. 10761; Cass. 17 ottobre 2019, n. 26293; tuttavia G. AULETTA, *Note in tema di circolazione dell'azienda*, in *Riv. soc.*, 1963, 479, e M. STOLFI, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'azienda commerciale*, in *Foro it.*, 1947, I, 229, che escludono che nell'istituto dell'azienda siano ricompresi i debiti, e in senso conforme anche G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, XVIII, Torino, Utet, 1983, 42, secondo il quale i debiti non costi-

Nel contesto concorsuale, questa ampissima e risalente disputa dovrebbe essere riconsiderata (32), e se si assumesse la preferenza per la coerenza terminologica in entrambi i contesti normativi, dall'utilizzo del termine nelle disposizioni concorsuali si potrebbero trarre elementi ricostruttivi della fattispecie unitaria in sede di trasferimento (33).

Al di là di istanze classificatorie, per l'azienda del debitore in procedura, in sede di trasferimento, rimane rilevante stabilire: 1) quali siano gli elementi costitutivi (nel contesto concorsuale,

tuirebbero l'azienda in quanto meri valori negativi. Per una ricognizione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali in argomento, anche con riferimento al noto contrasto di opinioni in ordine alla natura giuridica dell'azienda A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda (Parte I)*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I-II, 32 ss.; CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti d'impresa*, cit., 627 ss.

(32) CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione*, cit., 629 ss.

(33) V. sull'avviamento, iscrivibile a bilancio e quindi si direbbe bene a sé, tra gli elementi dell'azienda Cass. 8 marzo 2013, n. 5845: « Seppure si volesse adottare la cosiddetta concezione atomistica dell'azienda, l'avviamento non potrebbe, per le ragioni già indicate, essere annoverato tra i singoli beni che concorrono a costituirla. È noto, peraltro, che la S.C. è costante nel ravvisare nell'azienda un'*universitas* (tra le più recenti, Cass. 12 giugno 2007 n. 13765; 13 giugno 2006 n. 13676), ancorché del tutto speciale e non riducibile alla fattispecie dell'art. 816 c.c.: in tale quadro unitario, l'avviamento non può essere concepito se non come una qualità, la quale, sebbene non essenziale (per la ragione pure in precedenza ricordata), ben può essere promessa, come secondo la corte territoriale è avvenuto nel caso di specie, con gli effetti previsti, però, dai soli art. 1453-1458 richiamati dall'art. 1497 c.c., e non anche dall'art. 1492 c.c. ». V. l'*excursus* in Cass. 30 giugno 2015, n. 13319, per la quale « nella cessione di ramo di azienda il bilanciamento di interessi previsto dal legislatore con l'art. 2560 c.c., comma 2, si realizza solo ritenendo che l'acquirente di un ramo di azienda risponderà dei debiti che dalle scritture contabili risulteranno riferirsi alla parte di azienda a lui trasferita. Egli invece non risponderà non solo dei debiti che dalle scritture contabili non risultino relativi alla parte d'azienda da lui acquistata, ma nemmeno pro quota per i debiti relativi alla gestione complessiva dell'impresa dell'alienante »; v. anche Cass., sez. un., 5 marzo 2014, n. 5087, per l'usucapione dell'azienda sulla base di un'impostazione non aprioristica sulla natura dell'istituto (la Suprema corte si chiede se il possesso dell'azienda sia escluso da norme specifiche). Cass. 11 agosto 1990, n. 8219: « La successione nei contratti, a norma dell'art. 2558, invece, ha effetti più ampi, com'è reso palese dalle espressioni adoperate e dal collegamento con le altre disposizioni dello stesso titolo VIII; essa può intervenire in qualsiasi fase del rapporto contrattuale, purché non del tutto esaurito, e quindi anche nella fase contenziosa conseguente ad una domanda di esatto adempimento, di garanzia per vizi o di risoluzione per inadempimento. Ciò è in armonia con la natura giuridica dell'azienda, che si configura come *universitas juris* comprendente cose materiali, mobili e immobili, beni immateriali, rapporti di lavoro, debiti e crediti con la clientela e in genere tutti gli elementi organizzati in senso funzionale per l'esercizio di un'impresa ».

Azienda (diritto dell'insolvenza)

quale sia il perimetro dell'azienda quando viene trasferita o affittata); e 2) quale sia l'oggetto del trasferimento (cioè se sia un diritto su un bene a sé, il complesso, o un diritto a sé).

Il dato da cui partire è che l'art. 214 c. crisi impr. menziona l'azienda nella rubrica ma usa l'espressione « complesso aziendale » quale oggetto della vendita. Dalle disposizioni su debiti (comma 3) e crediti (comma 5) non si traggono specifiche indicazioni ma, a conferma di una tesi "atomistica" sull'azienda, i debiti non ne fanno parte e possono essere accollati dall'acquirente a valere sul prezzo, solo a condizione di non alterare le cause legittime di prelazione. Pertanto, l'oggetto dell'atto di disposizione da parte della procedura è inequivocabilmente, ma non risolutivamente, una pluralità ridotta ad unità. Ciò posto, si rilevi quanto segue relativamente ai cosiddetti elementi costitutivi dell'azienda nel contesto concorsuale, distinguendo concordato da liquidazione giudiziale e da amministrazione straordinaria.

8. I debiti e l'avviamento quali elementi dell'azienda nel concordato, nella liquidazione giudiziale e nell'amministrazione straordinaria. — Con riferimento al concordato, il debitore propone il pagamento dei debiti anteriori alla presentazione del ricorso, con i proventi della liquidazione o della continuità; nel contesto di un concordato preventivo liquidatorio e nella liquidazione giudiziale, i debiti dell'imprenditore devono essere soddisfatti con i proventi derivanti dalla liquidazione.

Non è quindi ammissibile una cosiddetta teoria dell'azienda che include nel perimetro debiti (34), perché alcuni di essi devono rimanere in capo al trasferente, e contratti (e ciò a prescindere dall'accoglimento della tesi atomistica, che pure sembra la più convincente), e sembra invece l'unica possibile una tesi che separi nettamente l'oggetto della cessione da debiti, crediti e rapporti contrattuali (35).

(34) V. Cass., sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5054, che, in relazione a cessione *in bonis*, nel ritenere che il debito da revocatoria è un debito da sopravvenienza e non un debito rilevante *ex art.* 2560, conferma la decisione di merito per il quale il conferimento in società riguardava la totalità dei rapporti attivi e passivi rientranti nell'*universitas iuris* aziendale (« considerata nella complessità dei beni che della stessa fanno parte, materiali ed immateriali, nessuno escluso o eccettuato »): e quindi anche i debiti futuri, derivanti dall'esercizio dell'azione revocatoria di pagamenti risultanti dalla contabilità aziendale.

(35) Nel contesto concorsuale, è valida la originaria affermazione di Asquini: « Il concetto di patrimonio aziendale, costituito di beni, servizi e dal complesso dei rapporti organizzati che contribuiscono a creare una forza in movi-

Nel caso di concordato preventivo, il concorso fa sì che si debbano individuare separatamente i debiti fino alla data di presentazione del ricorso, in quanto questi non possono essere pagati dal debitore. Ne consegue che se si cedesse un'azienda di un debitore in concordato preventivo si dovrebbe applicare l'art. 214 comma 8 c. crisi impr., dettato per la liquidazione giudiziale (che ammette l'accollo ma solo se non altera la graduazione dei crediti). Anche nel caso di liquidazione giudiziale, la cessione di azienda non "comprende" i debiti dell'imprenditore assoggettato a procedura, cioè non determina l'accollo da parte del cessionario (v. il chiaro testo dell'art. 214 comma 4).

Ne consegue che, nel contesto concorsuale, non è divisibile la conclusione raggiunta per l'azienda *ex art.* 2555 c.c. per la quale l'azienda consiste nella « totalità dei rapporti attivi e passivi rientranti nell'*universitas iuris* aziendale ("considerata nella complessità dei beni che della stessa fanno parte, materiali ed immateriali, nessuno escluso o eccettuato")»: e cioè, anche i debiti futuri » (36).

Con riferimento all'avviamento, analogamente, nel contesto concorsuale, perde persuasività la tesi per la quale per aversi trasferimento d'azienda si dovrebbe avere necessariamente il trasferimento

mento, la quale ha capacità di staccarsi dalla persona dell'imprenditore, va perciò distinto rispetto a quello di azienda » (ASQUINI, *Profili dell'impresa*, cit., 13 ss.). Asquini continua affermando che « con il nome di azienda la dottrina dominante ha invece più precisamente indicato non il complesso dei rapporti giuridici che fanno capo all'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, cioè il patrimonio aziendale, ma il complesso di beni (beni materiali ed immateriali e, secondo taluni, anche servizi), che sono gli strumenti di cui si avvale l'imprenditore per l'esercizio dell'attività ». G.B. BARRILLA, *Usucapione di azienda al vaglio delle sezioni unite: un'importante precedente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1551.

(36) V. ad esempio PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, cit., 52, « la nozione di bene includ[e] [...] anche i contratti [...] e le situazioni soggettive che ne derivano (crediti e debiti) ». Anche l'ordinanza di rimessione Cass. 21 aprile 2016, n. 8090, che ha dato luogo alla pronuncia a sezioni unite n. 5054 del 2017, sopra menzionata: « D'altro canto, benché contrastata dalla dottrina più recente, la giurisprudenza sembra tuttora orientata, come la dottrina più risalente, a considerare l'azienda quale *universitas iuris*, inclusiva non solo di beni materiali, ma di tutti i rapporti giuridici attivi e passivi a essa pertinenti (Cass., sez. II, 21 giugno 1972, n. 1998, m. 359125, Cass., sez. I, 19 luglio 2000, n. 9460, m. 538537, Cass., 12 giugno 2007, n. 13765, m. 601318) ». Sicché, se si ritiene che il cessionario assuma la veste di obbligato principale e che il trasferimento riguardi tutte le situazioni giuridiche riconducibili all'azienda, dovrebbe includersi nel trasferimento anche la situazione di soggezione al diritto potestativo ad attuazione giudiziale, proprio della massa dei creditori, di ottenere la revoca del pagamento eseguito prima della cessione e risultante dalla contabilità aziendale.

dell'avviamento (37) (quale elemento essenziale dell'azienda, e non quale effetto del trasferimento). Ciò per la considerazione pratica che l'azienda dell'insolvente ha perso nei fatti il carattere dell'economicità e può non avere alcun avviamento (positivo).

Inoltre, poiché l'alternativa alla cessione di azienda è la cessione di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, ex art. 214, se si considerasse l'avviamento quale elemento costitutivo dell'azienda, il complesso di beni organizzati privo di avviamento non sarebbe un'azienda e ricadrebbe sempre nella categoria della cessione in blocco, penalizzata quanto alla valutazione dalla mancata applicazione delle disposizioni in tema di trasferimento d'azienda poste a tutela dell'acquirente (come il divieto di concorrenza). In pratica, la considerazione dell'avviamento quale elemento imprescindibile finirebbe per retrocedere la tutela dell'acquirente e quindi penalizzerebbe la valutazione del complesso.

Quanto agli elementi costitutivi, è un *topos* dottrinario sottolineare che il "complesso dei beni" oggetto del trasferimento volontario prescinde dalla proprietà dei singoli beni in capo al trasferente. Si vedrà che questo non è vero in assoluto nel contesto concorsuale in quanto nella liquidazione giudiziale i beni non in proprietà non possono formare oggetto di disposizione da parte del curatore, ed essere trasferiti ad un terzo acquirente, anche in caso di esercizio dell'impresa, in quanto assoggettati alla rivendica del terzo proprietario.

9. *Il diritto oggetto del trasferimento.* — Quanto al diritto che viene trasferito, si discute se, qualificando il complesso come un bene a sé, distinto dai beni che lo compongono, si abbia un vero e proprio bene.

Una volta introdotta nell'art. 2555 c.c. una disciplina ai fini della circolazione, ci si è chiesti se l'azienda sia un bene da un punto di vista giuridico, ossia se tale possa qualificarsi in base alla sua disciplina specifica. Si tratta anche di stabilire se per i profili non presi in esame dal legislatore si debba far capo alla disciplina proprio di un bene unitario o di una pluralità dei singoli beni.

L'art. 214 c. crisi impr. relativo alla vendita si

(37) CASANOVA, *Azienda*, cit., 88: « Si può e si deve parlare di alienazione di azienda, soltanto in quanto oggetto di trapasso giuridico sia l'azienda, considerata quale organico complesso di elementi organizzati per l'esercizio dell'impresa, munito di quell'attributo essenziale e necessario che, come già fu posto in luce a suo luogo, è costituito dall'avviamento [...] ».

riferisce anche alla vendita di « rami » e a « beni o rapporti in blocco ». « Beni o rapporti in blocco » sono riferimenti lessicali che confermano che in realtà la "vendita" non è un atto di trasferimento della proprietà di uno specifico diritto sui beni in blocco ma è l'operazione economica di trasferimento di diversi diritti di proprietà.

Non è questa la sede per ripercorrere la tesi risalente della *universitas* (ancora presente nelle recenti sentenze della Suprema corte) (38) e si condivide che si tratti di una esigenza classificatoria quella di qualificare l'azienda come bene unico o come pluralità (39). Tuttavia, rimane pur sempre da comprendere quale diritto il cedente-procedura di concordato o procedura di liquidazione trasferisca all'acquirente.

Secondo una parte della dottrina vi sarebbe un richiamo al bene unitario, in quanto si individua una situazione di proprietà dell'azienda contenuta nell'art. 2556, nel 2557, nel 2561 c.c. (40). A fronte della varietà dei diritti sui singoli beni (proprietà, diritti di godimento derivanti da plurime tipologie contrattuali, contratto estimatorio, concessione di vendita, *leasing*, ecc.) il riferimento unitario sarebbe un potere proprietario — coesistente con le

(38) V. anche Cass. 17 ottobre 2019, n. 26293, per la tesi della *universitas iuris*, sostenuta in dottrina da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*², Napoli, Jovene, 1981, 87 ss., in contrapposizione alla teoria dell'azienda quale *universitas rerum*, su cui v. A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, Giuffrè, 1950, 26 ss., e di recente G. BONFANTE e G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO, I, Padova, Cedam, 2001, 620 ss.; per una critica MARTORANO, *L'azienda*, cit., 21: secondo una certa teoria l'azienda costituiva una *universitas* di cui all'art. 816 c.c. Detta teoria ha un ostacolo testuale in quanto la *universitas* è una *universitas* di beni mobili mentre dell'azienda possono far parte anche beni immobili. L'art. 2556 comma 1 c.c. fa salve le regole proprie del trasferimento dei singoli beni e ribadisce che questi rimangono soggetti alle regole proprie del loro rispettivo regime di circolazione. Inoltre l'art. 816 sembra richiamare un concetto di proprietà per giustificare la specifica disciplina della circolazione della *universitas* mentre è noto che il titolare dell'azienda possa godere dei singoli beni in base a diversi titoli giuridici. Si è ancora sostenuto che in realtà l'*universitas* sia una specie della categoria della universalità ma al di fuori dell'art. 670 c.p.c. non vi sono normative dell'*universitas* diverse e più ampie di quella riservata all'universalità di beni mobili.

(39) P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, Giuffrè, 1985 (nella collana *Quaderni romani di diritto commerciale*, n. 1), 45; SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda*, cit., 693 ss.; U. MINNECI, *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, Torino, Giappichelli, 2007, 12 ss.

(40) R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti: azienda e proprietà*, Milano, Giuffrè, 1986, 192 ss.; la tesi dell'azienda bene unico è in Cass. 20 aprile 1998, n. 4319; Cass. 19 giugno 1996, n. 5636; Cass. 3 aprile 1993, n. 4053.

specifiche situazioni sulle singole componenti aziendali — che riguarda il complesso dei beni. Contro questa tesi, si osserva che in realtà l'art. 2556 c.c. conferma la soggezione del trasferimento dei singoli beni a ciascuna regola specifica applicabile agli stessi e quindi sembra non accogliere una espressione tecnica di trasferimento della proprietà dell'azienda. L'espressione è una formula riassuntiva della posizione giuridica dell'imprenditore rispetto ai beni aziendali (41).

Secondo altri, l'azienda sarebbe un bene immateriale separato e distinto dalle singole componenti del complesso sul quale il titolare vanterebbe un diritto di proprietà separato e distinto dai diritti spettanti ai singoli beni (42). Il riferimento dell'art. 2556 c.c. alla proprietà e dell'art. 2561 c.c. alla facoltà dell'usufruttuario di sostituire i singoli beni aziendali, sottolineano un vincolo unificante e un'identità dell'azienda anche se i singoli beni aziendali possono fisiologicamente variare (43).

Contro la configurazione della proprietà sul bene immateriale si può osservare che il bene immateriale imporrebbe una esclusiva titolarità del "programma" aziendale, ciò che invece contrasta con la libertà di concorrenza, che consente a chiunque di replicare l'organizzazione altrui. In secondo luogo, l'art. 2555 c.c. menziona il complesso di beni organizzati e non l'organizzazione di un complesso dei beni. L'organizzazione non è un bene a sé stante ma è la relazione tra i beni stessi.

Detto che la tesi del diritto di proprietà sull'azienda e quella del diritto sul bene immateriale non sono condivisibili, ed anche accogliendo la tesi cosiddetta atomistica (44), rimane da stabilire

(41) MARTORANO, *L'azienda*, cit., 27; ora P. SPADA, *Diritto commerciale*, II. *Elementi*, Padova, Cedam, 2006, 141, contrario alla individuazione di una situazione proprietaria sull'azienda.

(42) F. FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, Il Castellaccio, 1945, 112 ss.

(43) Con la conseguenza che il concedente avrà il diritto di ottenere in restituzione dall'usufruttuario non "la stessa azienda" ma un complesso aziendale modificato con i beni immessi dall'usufruttuario nel corso dell'esercizio del diritto di godimento (AULETTA, *Azienda: I Diritto commerciale*, cit., 30; COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, cit., 268; MARTORANO, *op. cit.*, 310 ss.).

(44) Detta tesi considera l'azienda una pluralità di mezzi sui quali il titolare vanta diritti di varia natura coordinati per lo scopo unitario dell'impresa ma senza che tale circostanza determini sul piano dell'oggetto del diritto la configurazione di un bene unitario né sul piano soggettivo un diritto sull'azienda separato e distinto dai vari diritti sui singoli beni. Questa tesi è di PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, cit., 148 ss., 207 ss.; COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, cit., 15 ss.; MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, cit., 15; V. MANGINI, *L'azienda*, in *Aa.Vv., Diritto commerciale*, Bologna, Monduzzi, 1995, 46; A.

quale sia la situazione giuridica soggettiva che viene assoggettata alla liquidazione, nella liquidazione giudiziale, o alla cessione a terzi in caso di continuità indiretta.

Al riguardo, in termini generali non è possibile configurare una "proprietà" dell'azienda, in quanto la "proprietà" è una situazione soggettiva specifica che collide con la circostanza che l'imprenditore possa non essere proprietario di alcuno dei beni. Se invece si intende "appartenenza", il termine è considerato generico sul piano civilistico (45). L'espressione "trasferimento della proprietà" dell'azienda utilizzata nell'art. 2556 c.c. allora descriverebbe quella situazione soggettiva consistente nell'interesse all'insieme dei beni coordinato per l'esercizio dell'impresa (46). La diversità di trattamento normativo del trasferimento del complesso non sarebbe riconducibile ad una diversa qualificazione dell'azienda nell'ambito della teoria dei beni ma semplicemente alla diversità degli interessi coinvolti nelle rispettive vicende.

Con riferimento alla "titolarità", questa si esprime in relazione ad una situazione giuridica soggettiva e non direttamente su un oggetto (o su un complesso di beni), e non si è "titolari" di una cosa o di un complesso di beni. È quindi la situazione giuridica soggettiva sull'azienda, cioè il diritto di utilizzare in esclusiva quel complesso di beni organizzati, insieme ad altri poteri e doveri (ad esempio l'art. 2086 c.c.) (47), che viene utilizzata, quando si esercita l'impresa, trasferita o

GAMBINO, *Impresa e società di persone*, Torino, Giappichelli, 2019, 50; MARTORANO, *op. cit.*, 28. Essa non disconosce ogni rilevanza al vincolo funzionale che lega tra loro le singole componenti del complesso organizzato. Questa rilevanza è massima in caso di usufrutto ed affitto in quanto le norme impongono di conservare l'efficienza degli impianti e le dotazioni di scorta con l'obbligo accessorio di integrare in denaro la differenza di inventario. Meno intensa questa relazione sarebbe in caso di trasferimento, per la prevalenza che ai fini del passaggio di singoli beni hanno le rispettive leggi di circolazione, ma comunque presente per la possibilità di disegnare unitariamente l'oggetto con l'indicazione di una certa azienda senza necessariamente doverne specificare dei componenti.

(45) R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 177 ss., e ora anche (da cui i successivi riferimenti) in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, 7, 31. Diversamente, ma con qualche analogia (situazione giuridica soggettiva non dominicale ma suscettibile di protezione per il potere fattuale) T. RAVA, *Diritto industriale*, II, Torino, Utet, 1981, 413.

(46) V. l'esposizione in MARTORANO, *loc. cit.*

(47) Ciò anche senza ricorrere alla teorica del diritto di impresa, che, considerato il testo dell'art. 2082 c.c., potrebbe ingenerare confusione tra l'attività effettiva (fattispecie di applicazione della disciplina dell'impresa) e la situazione giuridica soggettiva. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa*,

concessa in godimento sia nel concordato sia nella liquidazione giudiziale.

10. Conclusioni. Parziale diversità della fattispecie dell'azienda nel contesto concorsuale. — Rilettando un'impostazione aprioristica, occorre verificare se la situazione soggettiva sull'azienda nel contesto concorsuale sia analoga a quella della quale il titolare dispone fuori da tale contesto. Al riguardo, occorre considerare che la procedura di concordato preventivo e quella di liquidazione giudiziale differiscono tra loro in modo rilevante allorché si tratta di indagare il contenuto della situazione soggettiva del soggetto sottoposto alla procedura.

a) Nel concordato preventivo, successivamente alla presentazione del ricorso, il debitore conserva la gestione dell'azienda e non vi è scioglimento nei contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti. Il debitore conserva anche la facoltà di compiere atti non eccedenti l'ordinaria amministrazione dell'impresa, con il limite degli atti tipizzati da autorizzare ex art. 94 c. crisi impr. Nel caso di concordato in continuità, la valutazione funzionale dell'atto eccedente l'ordinaria amministrazione prende a riferimento l'attività di impresa in pieno esercizio, cioè non avviata alla liquidazione. Ne consegue che sostituzioni dei fattori produttivi o della forza lavoro non sono atti di straordinaria amministrazione anche se comportano nuovi contratti e conseguenti debiti (come l'assunzione di personale se coerente con la dimensione dell'azienda o con il piano) (48).

In questo contesto, ai fini del trasferimento, l'azienda del debitore è assimilabile a quella dell'imprenditore *in bonis*. Di essa possono fare parte beni dei quali ha disponibilità senza essere proprietario (magazzino, *leasing*, affitti, locazioni) e il vincolo dell'organizzazione sui beni derivante da contratti afferenti a servizi, che continuano ad essere prestati, non viene a mancare.

Per quanto il patrimonio del debitore sia tutelato anche nella prospettiva di una eventuale liquidazione giudiziale, derivante dall'insuccesso della procedura, la situazione soggettiva sul complesso dei beni organizzati non è modificata dall'accesso alla procedura. L'azienda del debitore in concor-

dato è identica nell'organizzazione a quella dell'imprenditore *in bonis* ed una sua modificazione è rimessa al debitore stesso, ove intenda non rinnovare contratti o risolvere uno o più contratti rilevanti per l'organizzazione dei beni ex art. 97 c. crisi impr.

b) Situazione intermedia si verifica nell'amministrazione straordinaria. L'apertura della procedura non ha effetto sui contratti in corso, con i quali sono procurati i beni ed i servizi per l'attività di impresa, salvo il caso di scioglimento ex art. 50 comma 2 d. lg. 8 luglio 1999, n. 270, e la procedura stessa è funzionale alla predisposizione di un programma di cessione dei complessi aziendali (o alla ristrutturazione dell'impresa). Il commissario deve comunque formare lo stato passivo inclusivo delle rivendicazioni dei diritti reali mobiliari dei terzi.

c) Nella liquidazione giudiziale, la situazione giuridica soggettiva sull'azienda non cambia ma è possibile che cambi la composizione del complesso dei beni, fino a potersi dubitare che in alcuni casi vi sia un complesso dei beni organizzati. In questo ultimo caso, ci si deve chiedere quale sia il significato della disposizione che consente la vendita dell'azienda nel codice della crisi d'impresa.

L'"azienda" intesa come complesso di beni organizzati determina nel trasferimento volontario la "successione" nei contratti, l'"accollo" dei debiti e la "cessione" dei crediti. Nel sistema della legge fallimentare, l'esercizio provvisorio o continuazione temporanea era oggetto di un'autorizzazione facoltativa, e, salvo il caso dell'esercizio provvisorio (art. 104 comma 7, novellato nel 2006), i contratti erano sospesi dall'art. 72 l. fall., cosicché era evidente che il complesso dei beni organizzati fosse sciolto dall'esercizio (in corso) dell'impresa allorché venisse trasferito. I debiti costituivano il passivo e le posizioni contrattuali erano sospese ex art. 72. Quanto ai crediti, questi facevano parte dell'attivo da liquidare.

La disposizione dell'art. 211 c. crisi impr. prevede che il tribunale autorizzi il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dall'interruzione può derivare un grave danno, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori. Si tratta di un potere vincolato del tribunale e cioè soggetto a due condizioni, che, anche se fortemente incerte nella definizione, se si verificano, determinano la prosecuzione dell'attività di impresa e la prosecuzione anche nei contratti (che non si sospendono ex art. 211 comma 8 se vi è esercizio dell'impresa,

cit., 33; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni giuridici e le forme di appartenenza*, Milano, Giuffrè, 1982, 494.

(48) Diversamente, Trib. Pinerolo 9 gennaio 2013, in *DeJure*, dichiara inammissibile la domanda, in quanto la società era in liquidazione; anche Trib. Varese 19 aprile 2017, *ivi*.

salvo che il curatore non sospenda l'esecuzione o li sciogla).

Pertanto, nel caso di esercizio dell'impresa, il trasferimento del complesso che viene utilizzato per l'esercizio dell'impresa potrebbe determinare l'effetto di successione in numerosi contratti, tra i quali quelli che consentono al curatore di disporre di beni dei quali non sia proprietario. Al momento del trasferimento dell'azienda, i beni non di proprietà possono essere inclusi nel trasferimento, se detenuti sulla base di contratti non sospesi e non sciolti che si trasferiscono.

Invece, nel caso non vi sia esercizio dell'impresa o per quei rami per i quali non si esercita la relativa impresa, tutti i contratti si sospendono, alcuni contratti si sciolgono (mandato, se associato al mandatario; conto corrente e commissione), le cose non pagate e non consegnate possono essere recuperate, a prescindere da chi sia titolare (cosiddetto *stoppage in transitu*, ex art. 180 c. crisi impr.), i titolari di diritti di restituzione di cose mobili devono essere verificati nel passivo. I beni rinvenuti presso la sede vengono assoggettati ad inventario.

L'art. 214 c. crisi impr. prevede la vendita del complesso aziendale o del ramo, se e nella consistenza nella quale esso, come complesso di beni organizzati, sopravvive alle disposizioni sui rapporti pendenti e alle domande di restituzione. Pertanto, allorché il curatore procede alla cessione dell'azienda, oltre a presupporre che un'azienda sia ancora configurabile, l'azienda da trasferire sarà composta dai beni in proprietà o detenuti sulla base di contratti confermati.

La configurazione oggettiva del complesso dei beni che il curatore può "vendere", cioè trasferire di proprietà, è allora composta da beni di proprietà del debitore, da beni posseduti o detenuti sulla base di contratti nei quali il curatore sia subentrato, e da beni rispetto ai quali il terzo proprietario abbia consentito espressamente la disposizione. Questa conclusione è coerente con la constatazione che l'azienda venga considerata da un lato come una mera pluralità di beni, soggetti al proprio regime di circolazione, e dall'altro comunque in modo unitario.

In conformità all'indirizzo funzionale (49), che mira a verificare se gli interessi coinvolti nella

(49) Questa è l'impostazione casistica con la scelta di un metodo funzionale per la qualificazione dell'azienda e che si fa risalire ad AULETTA, *Azienda: I Diritto commerciale*, cit., § 1.3; SPADA, *Lezione sull'azienda*, cit., 49; P. MASI, *Rami d'impresa e rami d'azienda*, in *Studi per Franco di Sabato*, II, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009, 159.

unitarietà del trasferimento e nel contesto concorsuale trovino adeguata composizione, si procederà quindi non deduttivamente dalla pretesa natura di "bene unico" o dalla sussistenza di un "diritto proprietario" sull'azienda.

Anche nel contesto concorsuale, rimane il vincolo funzionale esistente tra i beni che costituisce un diritto soggettivo rispetto all'azienda ed un potere giuridico unitario insistente sul complesso al quale corrispondono distinte situazioni soggettive che assicurano la disponibilità dei singoli beni. Tuttavia, l'individuazione di questo diritto soggettivo all'utilizzo esclusivo del complesso aziendale, diverso ed ulteriore rispetto a quello garantito dai diritti di varia natura sui singoli beni, si riflette nella possibilità di disporre del diritto e di invocare la tutela contro l'impedimento alla libera utilizzazione dell'azienda, pur nell'assenza di turbativa al godimento di singoli beni.

Sez. III. – PROFILI APPLICATIVI. IL PIANO DI RISANAMENTO ED IL CONCORDATO PREVENTIVO.

11. *Piano di risanamento ex art. 56 c. crisi impr. e cessione di azienda.* — Nel caso di concordato preventivo, il codice della crisi d'impresa consente di non proporre una percentuale minima del venti per cento, ex art. 84, e di non dover incrementare del dieci per cento la percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari, quando l'azienda in esercizio o relativa ad impresa interrotta sia ceduta a terzi « in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso ». Si tratta, come detto, della continuità aziendale indiretta, che favorisce la conservazione dell'azienda, anche quando essa sia separata dal titolare.

La circostanza che il codice adotti un approccio oggettivo e che tuteli la conservazione dell'azienda in funzionamento anche se il complesso passa ad un terzo rivela l'insufficienza della tesi che non ammette la possibilità di un piano di risanamento ex art. 56 c. crisi impr. (in precedenza art. 67 l. fall.) avente finalità liquidatorie (50). La

(50) L. MANDRIOLI, *Presupposti ed effetti dei piani di risanamento: le finalità dell'istituto*, in *La disciplina dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare e nei "fallimenti immobiliari"* a cura di S. BONFATTI, Milano, Ipsoa, 2005, 625; P. MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fallimento*, 2006, 101; G.B. NARDECCHIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa* (Commento alle lettere d, e, g del comma 3 dell'art. 67), in *Commentario alla*

tesi aveva una origine essenzialmente storica, per la derivazione del piano *ex art. 67 l. fall.* dall'amministrazione controllata, orientata alla continuazione dell'attività di impresa e non alla liquidazione.

Tuttavia, la tesi non è più accettabile.

Preliminarmente, non pare decisivo a favore di un piano, *ex art. 56 c. crisi impr.*, liquidatorio l'argomento per il quale la liquidazione sia un'attività di impresa. In effetti, un'attività di liquidazione continuativa nel tempo può essere qualificata come attività di impresa ma la cessione di azienda è un atto singolo che può integrare anche la cessazione dell'attività di impresa.

Altri devono essere quindi gli argomenti per verificare se un piano *ex art. 56* possa essere liquidatorio.

In termini generali, considerato che non c'è una correlazione necessaria tra impresa in esercizio e risoluzione della crisi, non è possibile attribuire alla liquidazione (ed alla programmazione della cessazione dell'attività di impresa) un disvalore che impedisca l'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi.

In secondo luogo, l'art. 56 prescrive il piano attestato quale mezzo per il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e il riequilibrio della situazione finanziaria. Esso non menziona la continuità nell'azienda o nell'attività come mezzo o come fine del piano. Al contrario, nel diverso caso dell'art. 61 comma 2 lett. *b*), si richiede che l'accordo ad efficacia estesa «abbia carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta ai sensi dell'articolo 84».

In terzo luogo, risanamento e riequilibrio si riferiscono al patrimonio del debitore ma la cessione dell'azienda, dalla quale consegue frequentemente la cessazione dell'impresa, può tipicamente consentire al titolare di risanare l'esposizione debitoria e soprattutto di riequilibrare la situazione finanziaria, in quanto il debitore potrebbe nuovamente conseguire l'equilibrio dal corrispettivo per la estinzione delle passività e dal passaggio dei contratti all'acquirente.

In quarto luogo, per quanto riguarda un piano *ex art. 56* con cessione dell'azienda a terzi, se il codice qualifica "in continuità" anche la proposta di concordato con cessione dell'azienda, contrapponendola alla proposta liquidatoria, *a fortiori* lo

strumento negoziale stragiudiziale di regolazione della crisi che passi per la cessione dell'azienda e per il quale la legge non esclude espressamente la finalità liquidatoria non può essere considerato inammissibile.

Ciò detto per l'ammissibilità del piano *ex art. 56* che passi per la cessione di azienda, o di un ramo di essa, argomenti analoghi possono essere utilizzati per l'ammissibilità del piano che passi per la cessione dei singoli beni che costituivano l'azienda. In questo caso, la difficoltà è pratica, più che giuridica, perché va prospettato che più cessioni siano idonee *ex ante* a risanare l'esposizione debitoria e la complessità cresce con più cessioni.

12. *L'azienda nel concordato preventivo. La continuità "indiretta" tramite cessione a terzi.* L'art. 84 *c. crisi impr.* — Nel contesto del concordato, il funzionamento dell'azienda rileva in quanto la "continuità aziendale" è il discrimine *ex art. 84 c. crisi impr.* tra la proposta che possa pagare meno del venti per cento e che non debba essere incrementata del dieci per cento con risorse esterne rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale. In pratica, l'imprenditore può proporre una soddisfazione inferiore se l'azienda viene mantenuta funzionalmente integra.

Lo stesso art. 84 prevede che la continuità avvenga o tramite la gestione diretta o tramite la «ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione». La conservazione del complesso, quindi, è sciolta dalla titolarità dello stesso e dall'esercizio dell'impresa da parte di quel soggetto ed è considerata un obiettivo favorito del legislatore.

La disposizione non menziona "rami di azienda", mentre le norme in tema di liquidazione (art. 212-214) la menzionano. La ragione è che l'azienda individua non un complesso da cedere (rispetto al quale ipotizzare una cessione parziale, quella del ramo) ma una fonte di reddito il cui risultato utile è da destinare ai creditori (comma 3 della disposizione). La menzione della cessione del magazzino, nell'ambito del concordato in continuità, quale fonte di ricavi rende esplicito che la

legge fallimentare diretto da C. CAVALLINI, I. Artt. 1-63, Milano, Egea, 2010, 243. *Contra*, D. GALLETI, I piani di risanamento e di ristrutturazione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1210.

cessione di questo non si considera atto liquidatorio.

L'ultima parte dell'art. 84 comma 3 si riferisce alla necessità di assicurare a ciascun creditore « un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa ». Non è chiaro se, nella determinazione della prevalenza del ricavato continuo anche le utilità « economicamente valutabili » ex art. 84 comma 3.

La tesi affermativa sarebbe preferibile, considerando che l'utilità attribuita deve in teoria essere valutata e quindi può rientrare nella determinazione di un importo. Tuttavia, l'importo proposto in soddisfazione ai creditori è costituito dalle risorse generate dalla continuità proposte a soddisfazione di un debito esistente (il passivo concordatario), al netto dei costi dell'impresa, mentre le utilità derivanti dalla prosecuzione dei rapporti sono pagamenti di prestazioni future che sono utilità per il creditore solo al netto dei costi (ignoti al proponente) di ciascun creditore.

Se si includesse nella valutazione della proposta ai fini della prevalenza anche quanto essi possono ricavare dalla prosecuzione dell'attività di impresa, la valutazione non potrebbe che essere « complessiva » e senza riferimento alle utilità di ciascuno. La specificazione dell'utilità di « ciascuno » in realtà richiede che la proposta specifichi se i creditori continueranno a fornire o a ricevere dal debitore, senza dover analizzare il piano industriale. Si tratta in altri termini di una questione di informazione ai creditori delle utilità che potranno ricavare dalla continuità.

13. *L'affitto di azienda. L'affitto successivo alla domanda (art. 94). L'affitto previsto nel piano (art. 91).* — Nel contesto del concordato si pongono due operazioni che avvengono tipicamente: l'affitto e il trasferimento dell'azienda.

Sul piano economico l'affitto di azienda determina che i ricavi siano percepiti dal conduttore e che i debiti anteriori rimangano in capo al locatore, mentre dei debiti successivi risponde l'affittuario che però può giovare dei ricavi dell'azienda.

Gli interessi coinvolti nell'affitto sono: 1) quelli dei creditori del debitore in crisi, che possono non coincidere con i creditori « commerciali » dell'azienda o del ramo, e che hanno il diritto di soddisfarsi sull'intero patrimonio presente e futuro del debitore ex art. 2740 c.c. (e quindi anche sui

proventi dell'attività che sono percepiti dal conduttore); 2) quelli, non coincidenti, dell'insieme più ristretto dei creditori commerciali, il cui credito concorrente e generalmente chirografario non può essere fatto valere contro l'affittuario ma che sono i creditori che continuano a intrattenere relazioni commerciali con questo; 3) quelli dei lavoratori, creditori privilegiati interessati alla prosecuzione del rapporto; e 4) quelli di altre controparti contrattuali che devono ricevere beni o servizi utili alla loro attività, protetti dalla continuità con l'affittuario. I soggetti *sub* n. 2, 3 e 4 si giovano della « messa in sicurezza » del complesso funzionante mentre i primi sono l'insieme più esteso che guarda al patrimonio del debitore in senso statico.

Come atto di disposizione temporanea di sfruttamento del complesso dei beni, l'operazione di affitto in vista della proposta genera possibili rischi sia di distrazione sia di un trattamento non omogeneo dei creditori e delle controparti contrattuali (nel senso sotto precisato). Per altro verso, l'affitto di azienda è ancor più di ramo di azienda consentente, in contesto di crisi, una razionalizzazione dell'attività con la percezione di un reddito utile per la procedura.

L'affitto è menzionato nell'art. 84 c. crisi impr., quale modo per la continuità indiretta, nell'art. 91, sulle offerte concorrenti da applicare anche all'affitto, e nell'art. 94, relativo all'autorizzazione degli atti straordinari dalla presentazione della domanda di accesso alla procedura fino all'omologa. In questi casi, l'affitto disciplinato è sostanzialmente l'affitto ad un terzo in vista della cessione o ai fini del cambiamento di gestione temporaneo ma, nella prassi, l'affitto si verifica anche in altre ipotesi, allorché il debitore affitti l'azienda, o un suo ramo, ad una sua controllata per isolare i flussi dalla debitoria.

In questa seconda ipotesi, si tratta di una modalità societaria ma la continuità rimane, sul piano dei rischi, sostanzialmente « diretta ». I temi problematici saranno a quel punto la determinazione dei flussi necessari a pagare i prededucibili di procedura (del debitore e non della controllata) e la circostanza che i creditori della continuità che forniscono la controllata non saranno prededucibili in caso di insuccesso della proposta o dell'esecuzione. In questo caso l'affitto di azienda non presenta profili di distrazione (considerato che il patrimonio del debitore sostituisce l'azienda con la partecipazione) ma quelli di trattamento non prededucibile rimangono.

Il codice prevede due diversi periodi per disciplinare l'affitto (domanda/omologazione nell'art.

94; attuazione del piano nell'art. 91), così come l'art. 163-*bis* l. fall. scindeva in due le offerte concorrenti (nel piano e prima del piano). Ma nella realtà, se si considera la usuale presentazione della domanda di concordato con riserva *ex art.* 160 comma 6 l. fall. (ora sostanzialmente nell'art. 44 c. crisi impr.) si tratta di più periodi. Il primo che va dalla domanda di accesso, anche con riserva, fino alla presentazione del piano (*ex art.* 87). Il secondo che va dalla presentazione del piano fino all'omologazione e comprende anche l'apertura della procedura *ex art.* 47 (che si trova in mezzo, a distanza di mesi dalla presentazione e dall'omologazione, che segue l'adunanza dei creditori). Il terzo che parte dall'omologazione e consiste nell'attuazione del piano (51).

I primi due periodi temporali sono disciplinati dall'art. 94, che governa l'affitto che segue la domanda di ammissione fino all'omologazione come atto di straordinaria amministrazione (che deve seguire procedure competitive e può essere disposto senza di esse in caso di urgenza). Il terzo periodo è disciplinato dall'art. 91 che tratta dell'affitto previsto nel piano di concordato, quindi successivamente alla domanda ma anche all'omologazione, in quanto in esecuzione del piano. In questo secondo caso, la norma dichiara applicabile all'affitto le norme sulle offerte concorrenti.

Occorre tuttavia osservare che i riferimenti normativi negli art. 91 e 94 suppongono una concatenazione temporale corretta nella sequenza ma richiedono chiarimenti per non ingenerare fraintendimenti. L'art. 94 (correttamente) comprende il periodo tra la « data di presentazione della domanda [...] fino all'omologazione » (cioè tutto ciò che è fuori dall'attuazione del piano; non è stato quindi omologato e deve essere autorizzato).

L'art. 91 comma 2, nell'estendere la disciplina delle offerte concorrenti al contratto stipulato « prima dell'apertura della procedura di concordato », per quanto non abbia la finalità del trasferimento immediato dell'azienda, sembra legittimare la stipula di contratti di affitto dopo la domanda di accesso *ex art.* 44 ma prima dell'apertura della procedura prevista nell'art. 47 che segue il deposito del piano ed il vaglio del tribunale di ammissibilità. Tali atti non sono legittimi se non autorizzati (*ex art.* 94). L'art. 91 allora si riferisce

(51) L. MANDRIOLI, *L'affitto d'azienda nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 357 ss., ove ampi riferimenti; M. VITIELLO, *L'obbligatorietà della procedura competitiva nelle cessioni d'azienda di carattere urgente*, in *IUS Crisi d'impresa-IlFallimentarista.it*, 4 dicembre 2017, nota a Trib. Roma 3 agosto 2017.

in effetti a quei contratti (non semplici offerte ricevute) già stipulati ma non efficaci in quanto assoggettati alla condizione dell'omologa che fanno parte del concordato in quanto saranno eseguiti in attuazione dello stesso.

In entrambi i casi (affitto successivo alla domanda di accesso; affitto in esecuzione del piano), salva l'urgenza dell'art. 94 comma 5, il legislatore sacrifica la funzionalità (cioè la possibile preferenza verso un'ipotesi predeterminata — cosiddetta *prepacked* — di affitto) con una verifica del mercato (anche *ex post* rispetto ad un preliminare *ex art.* 91 comma 2), ad evitare che il canone pattuito sia troppo basso e per confermare l'assenza o la difficoltà di individuare interessi di altri rispetto all'affitto.

Sempre in termini generali, il fatto che l'individuazione del contraente avvenga all'esito di un procedimento disposto dal tribunale o dal giudice delegato fa sì che il bando o gli altri atti presupposti dalla procedura costituiscano un contenuto necessario del successivo atto di affitto. Ciò detto in termini generali occorre considerare quanto segue.

a) Nella fase pre-omologazione, in base all'art. 94 comma 5, l'affitto è sempre operazione straordinaria da assoggettare ad autorizzazione da parte del giudice delegato e che deve essere effettuata tramite procedure competitive, previa stima e adeguata pubblicità.

b) Nella fase successiva all'apertura e nel contesto dell'esecuzione del piano (alla quale si riferisce l'art. 91, ancorché menzioni la previsione nel piano, sottintendendo la sua esecuzione), quando il piano comprende l'affitto di azienda, la disciplina delle offerte concorrenti *ex art.* 91 si applica anche all'affitto di azienda. Essa prevede che tribunale o giudice delegato diano disposizioni per pubblicizzare l'offerta irrevocabile di affitto per acquisire offerte concorrenti.

Detto sul secondo comma che il periodo « precedente all'apertura » è da intendersi la stipulazione di un contratto di trasferimento inserito nel piano da depositare, assoggettato alla condizione dell'omologa e perciò più forte per supportare il piano della pura offerta *ex art.* 91 comma 1, la sollecitazione dovrebbe accadere anche quando il debitore abbia stipulato un contratto che prevede il trasferimento « non immediato » dell'azienda e lo abbia inserito nel piano di concordato.

Con questa espressione (52), il legislatore ha

(52) MANDRIOLI, *L'affitto d'azienda nel concordato preventivo*, cit., 357 ss.: l'espressione è analoga a quella utiliz-

inteso riferirsi certamente sia al contratto preliminare di vendita sia all'impegno al trasferimento dell'azienda o di un suo ramo contenuto in un contratto di affitto, allorché si proceda alla cessione, ma non è chiaro se il comma 2 si applichi solo ai trasferimenti del complesso, nel senso del trasferimento della proprietà *ex art. 2556 c.c.*, o anche all'affitto dello stesso (che ha ad oggetto il godimento e che è separato dal «trasferimento» nella lettera dell'art. 2556 c.c.).

In altri termini, occorre stabilire se, quando il debitore abbia stipulato un contratto di affitto d'azienda soggetto a condizione dell'omologa, si debba selezionare l'affittuario con una procedura competitiva nonostante un impegno all'affitto sia già stato preso prima e quindi se il comma 2 debba essere utilizzato analogicamente per il caso dell'affitto.

In termini generali, contro l'applicazione analogica, si potrebbe osservare che, se è coerente con la selezione imparziale dell'acquirente che si proceda ad offerta concorrente pur in presenza di un accordo di vendita già stipulato per massimizzare il prezzo di trasferimento, il contratto di affitto ha per sua natura una durata e, se stipulato dal debitore prima dell'accesso alla procedura, l'azienda rimarrebbe comunque nel patrimonio del debitore ed oggetto di una potenziale vendita, tramite il procedimento dell'art. 91. In secondo luogo, sul piano letterale, il precedente art. 163-*bis* l. fall. chiudeva la disposizione delle offerte concorrenti rendendola tutta applicabile «in quanto compatibile» all'affitto di azienda mentre l'art. 91 solo al comma 1 (e non al comma 2, che prevede l'applicazione della gara per la vendita anche se vi è un preliminare già stipulato per il trasferimento) richiama l'affitto.

Tuttavia, sempre sul piano letterale, il comma 1 dell'art. 91, nel fissare il principio del procedimento competitivo, estende la «disciplina» al

zato per gli immobili da costruire. L'autore riferisce l'applicazione della norma anche agli affitti conclusi da imprenditore *in bonis* prima del deposito della domanda "in bianco". Rispetto a questa conclusione si dissente. Se l'imprenditore *in bonis* ha affittato l'azienda prima della domanda, o predispone la proposta tenendo a base questo contratto oppure lo scioglie, tramite il diritto di recesso e pagando l'indennizzo. L'autore condivisibilmente conferma che la norma serve in realtà nella cosiddetta fase del pre-concordato. V. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del d.l. n. 83/2015* (inserto speciale de *Il Civilista*), Milano, Giuffrè, 2015, 48, che nota che il tribunale non dovrebbe autorizzare per l'assenza di piano e di «elementi idonei a giudicare circa la utilità dell'operazione». A. LA MALFA, *Le offerte concorrenti, in Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016* diretto da S. AMBROSINI, Bologna, Zanichelli, 2017, 345.

caso di affitto d'azienda. Poiché la disciplina non è al comma 1 ma nei commi successivi anche sul piano letterale non si tratta di applicazione analogica ma di applicazione diretta, con l'adeguamento derivante dalla diversità della fattispecie dell'attribuzione del diritto di sfruttamento del complesso. Il che si traduce anche in una potenziale doppia procedura (una per l'affitto e una per la successiva o contestuale vendita) se così è previsto dal piano. «Originario offerente» titolare del rimborso delle spese, ove non fosse aggiudicatario, sarà allora il soggetto che ha offerto o stipulato un contratto di affitto che viene poi messo in competizione con gli altri (comma 8).

14. *L'affitto. Gli effetti della retrocessione dell'azienda. Debiti dell'affittuario. Crediti dell'affittuario verso il debitore in concordato.* — L'affitto rilevante per l'art. 91 o per l'art. 94 c. crisi impr. può terminare per diverse ragioni (per propria durata, per individuazione di un diverso offerente *ex art. 91*, comma 8, oppure perché condizionato risolutivamente al successivo trasferimento). A queste ipotesi, si aggiunge quella dell'art. 97 (cioè di un affitto d'azienda risolto dal debitore in concordato). Gli effetti della fine dell'affitto sono quelli della retrocessione al debitore concordatario ed eventuale ritrasferimento all'aggiudicatario (53).

(53) Sulla retrocessione d'azienda, fattispecie di «circolazione inversa» o «circolazione di ritorno» (G. BOZZA, *I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali. L'affitto di azienda*, in *Fallimento*, 2018, 1145) l'esercizio (AULETTA, *Azienda: I Diritto commerciale*, cit., 30) del «potere di variazione» della composizione del patrimonio aziendale comporta che finito il godimento l'azienda da retrocedere risulterà composta da beni diversi da quelli originari, che diventano di proprietà del concedente in sede di successiva retrocessione. V. COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, cit., 268. La dottrina maggioritaria ritiene che l'art. 2558 c.c. trovi applicazione in sede di retrocessione dell'azienda con riferimento ai contratti in cui è subentrato l'affittuario, ancora in essere al momento della cessazione del rapporto, ed ai contratti stipulati *ex novo* dall'affittuario, purché siano «pendenti». V. G. FERRI JR., *Le forme di esercizio dell'impresa fallita*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 183 ss.; M. CIAN, *La circolazione dell'azienda e la continuità dei rapporti d'impresa: complessità del patrimonio e articolazione delle risposte normative dell'azienda*, in *N. leggi civ.*, 2017, 985 ss.; COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, cit., 268-269; RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda*, cit., 122-125; M. CASANOVA, *Rivendicazione di azienda nel sistema del codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, 321 ss.; *contra*, F. CHIOMENTI, *Se l'art. 2558, comma 1 sia applicabile nella ipotesi di risoluzione del contratto di affitto di azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 145, in commento a Cass. 29 gennaio 1979, n. 632.

La tesi esposta deve essere bilanciata con l'esigenza di evitare che il subentro della procedura nel contratto di affitto d'azienda comporti che i debiti e le obbligazioni

Per i debiti commerciali, comunque, nessuna responsabilità solidale riguarda il debitore concordatario in relazione ai debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento e risultanti dai libri contabili obbligatori in quanto l'art. 2560 c.c. è norma che non trova applicazione in caso di semplice trasferimento in godimento dell'azienda ed è espressiva di un principio per il quale le passività pecuniarie afferenti al compendio aziendale siano destinate a rimanere a carico del soggetto al cui periodo di gestione afferiscono (54). Anche in tema di liquidazione giudiziale, l'art. 212 c. crisi impr. prevede che la retrocessione non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati fino alla retrocessione e consente lo scioglimento dei rapporti pendenti.

Infatti, le singole disposizioni dettate per la cessione d'azienda individuano esse stesse il proprio campo applicativo ed, in particolare, la loro estensione o meno all'affitto d'azienda, come si evince dall'art. 2557 comma 4 c.c., in tema di divieto di concorrenza, dall'art. 2558 comma 3 c.c., con riguardo alla successione nei contratti (che si applica all'affitto), dall'art. 2559 comma 2 c.c., in relazione al trasferimento dei crediti (che non si applica all'affitto), nonché dall'art. 2562 c.c., che prevede l'applicazione all'affitto d'azienda delle disposizioni dettate per l'usufrutto all'art. 2561 c.c.

Con riferimento ai rapporti di lavoro, invece, la deroga dell'art. 212 c. crisi impr. che esonera il proprietario anche dai debiti relativi ai dipendenti non sembra applicabile.

Al termine dell'affitto potrebbero darsi crediti dell'affittuario derivanti o dal pagamento di debiti del debitore in *bonis* verso terzi, resi necessari dall'esigenza di evitare l'interruzione delle forniture, o da spese a carico del proprietario. Ciascuno seguirà la regola del concorso o della prededuzione secondo la natura del singolo adempimento. Pertanto, il credito concorrente pagato dall'affittuario per evitare un rifiuto di fornire determinerà una surrogazione dell'affittuario in una posizione

concorrente mentre il pagamento di credito prededucibile, o una riparazione straordinaria a carico del proprietario, attribuirà una corrispondente pretesa all'affittuario.

Pertanto, nel caso di affitto di azienda, alcuni eventuali crediti dell'affittuario possono essere prededucibili. Nel caso delle riparazioni straordinarie, considerato che la norma dell'art. 1621 c.c. — che prevede l'obbligo del locatore di provvedere alle riparazioni straordinarie — è derogabile, il contratto dovrebbe prevedere che il rischio delle manutenzioni straordinarie sia sul conduttore, salva la facoltà di risolvere il contratto.

Per decidere sull'allocazione delle spese di manutenzione, nel silenzio del contratto, è da tenere presente il corrispettivo, la durata del contratto e l'obsolescenza delle attrezzature (nel senso che non si può considerare straordinaria una manutenzione di un bene che sia goduto per la vita utile del bene solo dal conduttore e che ecceda il canone). Le opere di manutenzione ordinaria saranno quelle programmate per mantenere efficiente l'azienda e gli impianti e le attrezzature inerenti allo stesso, nei limiti della ordinaria vita di ciascuno cespite nel corretto uso degli stessi per l'attività.

15. La cessione dell'azienda nell'ambito del piano. Le offerte concorrenti. L'aumento di capitale. — L'affitto di azienda è peraltro tipicamente strumentale al trasferimento dell'azienda, nel contesto delle offerte concorrenti *ex art. 91 c. crisi impr.*, che disciplina la materia prima regolata dall'art. 163-*bis* l. fall. Questa disposizione era a sua volta introdotta per recepire la prassi di alcuni piani volti a conservare anche nella procedura di concordato il principio della pubblicità e della competizione per individuare l'acquirente (55) (e dopo il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza anche certamente l'affittuario) (56).

Il procedimento di individuazione del cessionario supera l'individuazione nella proposta o nel ricorso per concordato in bianco di un cessionario, seppure questo fosse già vincolato da una

contrattuali assunte dall'affittuario gravino eccessivamente sulla massa dei creditori, motivo per cui è stato sostenuto che in caso di contratto di affitto stipulato prima dell'apertura della procedura troverebbe applicazione l'art. 104-*bis* l. fall., con la facoltà attribuita al curatore di valutare se subentrare o meno nei contratti pendenti, ai sensi dell'art. 72 l. fall. V. F. FIMMANÒ, *Retrocessione dell'azienda affittata e responsabilità del concedente per i debiti dell'affittuario*, in *Fallimento*, 2018, 27, e anche BOZZA, *I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali*, cit., 1146.

(54) MINNECI, *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, cit., 97.

(55) Sulle offerte concorrenti, v. G. MEO, *Ristrutturazione mediante circolazione dell'azienda e modelli competitivi*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 430; G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1423 ss.; LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, cit., 345.

(56) Trib. Bolzano 17 maggio 2016, in *ilCaso.it*: « L'accordo fra debitore e acquirente veniva, quindi, trasfuso nel piano concordatario, cosicché i creditori si trovavano a dover approvare un "pacchetto preconfezionato" dal debitore, con conseguente aggiramento delle procedure competitive previste in via generale per le vendite fallimentari e applicabili anche al concordato preventivo, con potenziale effetto lesivo della concorrenza ».

proposta o da un'opzione. La individuazione di un diverso offerente tramite procedimento è eventuale ma il procedimento è necessario. Esso è scandito in due fasi (la prima, obbligatoria, per raccogliere interessi; la seconda, eventuale, per individuare il cessionario). Il procedimento si applica anche al caso che il debitore abbia stipulato contratti che non abbiano ancora trasferito la proprietà (o il godimento) dell'azienda, di rami o di « specifici beni aziendali ».

a) L'individuazione del trasferimento (già promesso o da effettuare) di « specifici beni aziendali », pure da assoggettare a procedimento, può essere problematica, in quanto « beni aziendali » o « specifici beni » è la definizione opposta rispetto a quella di « complesso di beni » e la stessa relazione tra gli uni e l'altro è messa a base dell'art. 2555 e 2556 c.c. In queste disposizioni si prevede che il trasferimento del diritto sul complesso non elimina le formalità necessarie per trasferire la proprietà dei singoli, a significare che si tratta di due fattispecie distinte e che si cumulano. La prospettiva dell'art. 91 c. crisi impr. è opposta (la disciplina dell'offerta relativa all'azienda si applica anche quando si intende vendere un bene).

In primo luogo, è da escludere che con « beni aziendali » si sia inteso solo « beni strumentali » (cioè in senso limitativo, in quanto non consta tale sinonimia, mentre « i beni che compongono » l'azienda ex art. 2556 c.c. possono essere anche un magazzino di beni mobili registrati, un parco auto ad esempio, cioè beni destinati alla vendita).

In secondo luogo, è da escludere che ogni trasferimento di « specifici beni » (aziendali) possa integrare la fattispecie di accesso alla disciplina dell'offerta concorrente, in quanto essa certamente non riguarda la vendita di beni quando questa costituisce l'attività di impresa con il pubblico.

Considerata la natura della norma, antielusiva di trasferimenti non trasparenti, si deve trattare di trasferimento di « beni aziendali » che siano specificamente rilevanti — come singolo bene o a maggior ragione se venduti quale lotto che pure non costituisce un'azienda — nel complesso d'azienda per ragioni economiche o produttive (ad esempio la testata giornalistica, un marchio, un brevetto, una partecipazione, un immobile che costituisca un valore rilevante, in senso assoluto o relativo nel patrimonio del debitore). Sempre per la ragione antielusiva, la disciplina si dovrebbe applicare al trasferimento — non attuato ma promesso — della partecipazione nella controllata che abbia come « finalità » il trasferimento dell'a-

zienda. In questo caso, è la rilevanza della partecipazione come « bene aziendale » a determinare l'accesso alla disciplina delle offerte concorrenti. L'ipotesi di applicazione diretta (cioè trattare la vendita di partecipazione di società titolare d'azienda come vendita d'azienda) sarebbe problematica perché l'operazione di conferimento potrebbe essere avvenuta in precedenza e si simulebbe che l'azienda della controllata sia del debitore con estensione impropria della disciplina ad una fattispecie non prevista.

b) L'art. 91 si applica anche all'individuazione del nuovo socio di maggioranza che sottoscriva l'aumento di capitale e assicuri nuova finanza. L'effetto di trasferimento giuridico non si realizza ma la giurisprudenza è stata comprensibilmente incline a dichiarare inammissibile la proposta che « preconfezioni » il passaggio della maggioranza della società debitrice (57).

c) Il comma 6 dell'art. 91 c. crisi impr. prevede che, se l'offerta è condizionata, essa non è « efficace » come offerta (cioè non vale ad impegnare l'offerente e pertanto non vale per competere). Tuttavia, è da ritenere che sia possibile sospensivamente condizionare al rilascio di autorizzazioni di autorità (tipicamente antitrust) in quanto si tratta di condizione legale dedotta quale condizione sospensiva.

d) Rispetto alla fattispecie contrattuale, la procedura concordataria determina alcune alterazioni. In primo luogo, l'aggiudicazione determina la perdita di efficacia del precedente « contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni aziendali ». Si tratta di uno scioglimento dal vincolo reciproco, con restituzione (in prededuzione) delle somme ricevute dal debitore.

In secondo luogo, il fatto che l'individuazione del contraente avvenga all'esito di un procedimento disposto dal tribunale o dal giudice delegato fa sì che il bando o gli altri atti presupposti dalla procedura costituiscano un contenuto necessario del successivo atto di trasferimento o di affitto. Tanto vale sia per il prezzo sia per le garanzie, con prevalenza di quanto disposto nel bando su eventuali disposizioni suppletive del codice ed assenza di previsione contrattuale nell'atto di trasferimento o di concessione del diritto di sfruttamento del bene.

e) Con riferimento al prezzo, o al canone di affitto, offerto alla società in concordato, lo stesso

(57) Trib. Brescia 21 giugno 2018, in *ilCaseo.it*.

non può essere ridotto per effetto delle compensazioni eventualmente derivanti dalla posizione di creditore, qualunque sia il rango o le aspettative di soddisfazione. Infatti, pur se la compensazione si esercita anche in caso di concordato preventivo, il credito della società in concordato per il prezzo (così come quello per il canone, in caso di affitto) non è compensabile con eventuali debiti anteriori alla procedura soggetti al concordato (58). La conclusione dipende dal fatto che il prezzo è un credito sorto successivamente alla data di presentazione del ricorso (alla cui data retroagisce l'ammissione). Con riferimento a crediti prededucibili, la compensazione non opera se non quando si tratta di crediti liquidi ed è ad esempio da escludere dalla « facile e pronta liquidazione » ex art. 1243 c.c. il credito dell'affittuario derivante da spese di manutenzione straordinaria, se non autorizzate e convenute dal debitore in concordato.

Sez. IV. – PROFILI APPLICATIVI.
LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE.

16. *L'affitto da parte della curatela. I « livelli occupazionali ».* — La legittimità dell'affitto di azienda nel contesto della procedura concorsuale era riconosciuta sia in dottrina che nella prassi (59). In realtà era messo in luce che l'affitto rientrasse nell'ottica della gestione ottimale del patrimonio fallimentare in quanto conservava il valore dell'azienda mantenuto in esercizio e al contempo consentiva il reperimento di risorse derivanti dal pagamento del canone (60).

L'art. 212 c. crisi impr. prevede la possibilità che, anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'art. 213, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizzi l'affitto dell'azienda del debitore a terzi, anche limitatamente a specifici rami, quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa.

Pertanto, l'affitto dell'azienda, di qualunque

durata, deve considerarsi tra gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e quindi sottratti ai poteri di gestione corrente del curatore (61). Tale autorizzazione è necessaria anche quando l'affitto dell'azienda sia inserito nel programma di liquidazione.

La ragione per la quale tale atto è consentito prima della predisposizione del programma di liquidazione risiede nel fatto che il programma presuppone la redazione dell'inventario per il quale la legge stabilisce un termine che può essere incompatibile con le esigenze della continuità aziendale. L'affitto è configurabile anche se non vi è esercizio provvisorio dell'impresa, potendolo sostituire quanto ad effetti economici conservativi sul valore dell'azienda, senza peraltro il pericolo di generare debiti in prededuzione (che sono debiti dell'affittuario).

Nell'affitto di azienda la curatela non assume la responsabilità della gestione, con il rischio di un incremento del debito in prededuzione. In questa fase, il curatore deve valutare l'affitto dell'azienda non necessariamente ai fini della vendita in blocco del complesso, ma per salvaguardare il valore dei beni (cioè evitare la perdita dei valori dei singoli beni in funzionamento).

La destinazione del complesso ad una vendita dell'azienda o a vendita in blocco non è comunque requisito dell'affitto di azienda in quanto il trasferimento del complesso è una delle possibili ipotesi. È sufficiente che vi sia la prospettiva di una proficua alienazione dei singoli componenti del complesso per i quali la cessazione dell'attività possa comportare una perdita di valore. Per questa ragione la norma si riferisce alla utilità rispetto « al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa » e non di rami, ipotizzando quindi che l'affitto dell'azienda possa essere funzionale anche rispetto ad una vendita parcellizzata.

Oltre al valore dell'azienda e dei singoli beni (scopo dell'affitto), nella scelta dell'affittuario il comma 2 menziona « la prosecuzione delle attività imprenditoriali » tra i fattori da tenere in considerazione per l'aggiudicazione. Strettamente, si potrebbe non individuare una « prosecuzione » rispetto ad un'attività già cessata o interrotta per effetto della liquidazione giudiziale e quindi ritenere che l'affitto sia possibile solo quando vi sia esercizio dell'impresa. Poiché in termini generali si ha azienda anche senza un esercizio corrente dell'impresa (perché interrotto dalla crisi) e, in secondo luogo, l'affitto è funzionale ad una migliore

(58) La Suprema corte usa fondare la compensabilità sull'antiorità del « titolo » (Cass. 25 novembre 2015, n. 24046).

(59) Vi erano perplessità per una incompatibilità tra la finalità conservativa dell'affitto e quella liquidatoria che caratterizza la procedura concorsuale: v. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda*, cit., 13 ss.; F. FERRARA e A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 1995, 358; P.F. CENSONI, *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 333.

(60) V. F. FIMMANÒ, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da Coronavirus mediante affitto d'azienda alla new-co-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"*, in *Riv. not.*, 2020, I, 163.

(61) RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda*, cit., 37.

liquidazione anche dei singoli beni, cioè ha la funzione di proteggere il valore dei beni assoggettati a liquidazione e non è strettamente legato all'esercizio dell'impresa, si deve ritenere che la « prosecuzione » non sia un requisito per procedere all'affitto, ma una circostanza da valutare, se vi è esercizio dell'impresa, nell'individuazione dell'affittuario.

L'art. 212 menziona, sempre al comma 2, anche la conservazione dei livelli occupazionali. La norma consente una valutazione da parte del giudice delegato di più fattori. Oltre all'ammontare del canone offerto, si valutano le garanzie prestate e l'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

Al riguardo, potrebbe osservarsi che la menzione della conservazione dei livelli occupazionali inserisca nella valutazione una componente « sociale » potenzialmente in contrasto con lo scopo di tutela dei creditori con la conservazione dell'azienda e dei beni che la compongono, a fronte del pagamento di un corrispettivo (62).

Tuttavia, da una lettura oggettiva della disposizione, è chiaro che la menzione della conservazione dei livelli occupazionali è tra i fattori da considerare per quanto incide sul « piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali » e non tra i fattori che incidono direttamente sulla scelta dell'affittuario. Il piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali deve essere valutato nella sua « attendibilità » e risente della conservazione dei livelli occupazionali. L'azienda che mantiene un numero più elevato di lavoratori è meglio « conservata » di un'azienda che ne licenzia molti. Pertanto, il mantenimento dei livelli occupazionali è rilevante nella valutazione dell'attendibilità del piano, cioè si riferisce all'espressione immediatamente precedente, e non è il parametro di cui si deve tenere conto.

In secondo luogo, in presenza di parametri economici (prezzo e garanzie), la conservazione dei livelli occupazionali (cioè un parametro che se inteso in senso economico comporta maggiori co-

sti e quindi abbassa il prezzo) non può che essere riferita alla « prosecuzione » della quale si tiene conto per individuare l'affittuario, cioè ad un parametro qualitativo ma comunque funzionale alla conservazione del complesso, da alienare quale complesso o atomisticamente, ma con beni mantenuti in esercizio.

È quindi certo che la norma introduce un criterio eterogeneo, che è quello della conservazione dei livelli occupazionali, ma questo è indicato come un parametro di valutazione del piano di continuazione dell'attività e quindi come un ulteriore elemento da tenere presente ai fini della valutazione comparativa delle offerte. Tuttavia, non sembra si possa concludere che l'espressione letterale spinga a preferire il programma di continuazione che consente la conservazione dei livelli occupazionali, mantenendo quindi inalterato il numero dei lavoratori, anche a scapito del margine di redditività dell'azienda e quindi della misura del canone che l'affittuario è in grado di offrire (63).

In altri termini, si torna alla prevedibilità della maggiore soddisfazione prevista nell'art. 214 c. crisi impr. quale abilitante alla vendita d'azienda. In assenza di una chiara indicazione per la conservazione del complesso a fini di conservazione di alcun livello occupazionale, la finalità dell'affitto rimane essenzialmente la conservazione del valore di scambio dell'azienda, o di parti della stessa, e quindi di suoi singoli beni. Si tratta quindi comunque di tutela dei creditori concorsuali, che è allineata, nella conservazione del complesso, alla conservazione del livello occupazionale coerente con il piano di prosecuzione dell'attività.

17. *La scelta dell'affittuario e le condizioni del contratto. L'art. 212 comma 2 c. crisi impr.* — L'affitto dell'azienda nel contesto del fallimento era, come detto, diffuso nella pratica. Tuttavia l'affitto dell'azienda genera alcuni rischi.

L'affitto si può prestare a consentire all'affittuario di godere della redditività dell'azienda senza un adeguato compenso, in quanto il concedente fallito ha una posizione debole. Inoltre, vi è il rischio che l'affittuario si assicuri l'attribuzione

(62) Sulle finalità sociali v. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 356, per il quale la conservazione dei livelli occupazionali prevarrebbe sulla redditività e sul canone; più articolato F. FIMMANÒ, *Sub art. 104-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di A. JORIO, II, Bologna, Zanichelli, 2006, 1629; A. SCARANO, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto di azienda*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Torino, Utet, 2009, 1199 ss.; condivisibilmente ritiene prevalente il canone A. PACIELLO, *Sub art. 104-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare* diretto da CAVALLINI, cit., II, *Artt. 64-123*, 939.

(63) MARTORANO, *loc. cit.* Invece, se vi sono due offerte con due piani di prosecuzione, il primo con maggiore numero di dipendenti ed il secondo con un minore numero, se si intende la disposizione nel senso qui contrastato, dovrà essere accettata la prima offerta, mentre se si ritiene la disposizione richieda che il numero di dipendenti sia fattore dell'attendibilità, la prima offerta sarà accettata se vi è un numero sufficiente di dipendenti a mantenere quell'azienda quale complesso organizzato per la prosecuzione di una certa attività.

del complesso in via definitiva senza che la scelta dell'acquirente abbia avuto luogo in maniera trasparente, attraverso una procedura competitiva. La legittimità della decisione della curatela di procedere all'affitto di azienda è per queste ragioni subordinata ad una serie di presupposti che riguardano sia la scelta del contraente che le condizioni generali.

In primo luogo, la scelta di procedere all'affitto di azienda pone un onere di motivazione a carico del curatore proponente. In secondo luogo, l'affitto dell'azienda nell'ambito della procedura si pone come strumentale alla vendita del complesso o dei singoli beni e quindi si stabilisce che esso deve avvenire con un procedimento identico a quello fissato per la vendita dell'azienda. Per questa ragione devono essere assicurate la pubblicità, la massima informazione, la partecipazione degli interessati e la scelta sulla base di una stima, da affidarsi ad operatori esperti.

La disposizione pone alcune questioni in tema di selezione della parte e di elementi del contratto di affitto.

Nell'individuazione dell'affittuario, il criterio non è solo la misura del corrispettivo ma, come detto, anche l'«attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali» e quindi la possibilità che l'affittuario conservi, ove esistente, l'avviamento del complesso preso in gestione. Il riferimento al mantenimento della continuità dell'attività implica anche che, in assenza di questo, perché l'impresa è cessata o non è stato autorizzato l'esercizio *ex art. 211 c. crisi impr.*, l'unico criterio da seguire sia quello del corrispettivo e delle garanzie, con le precisazioni che seguono.

Infatti, in caso di impresa cessata, si danno diversi scenari.

Secondo un primo scenario, l'affittuario offre il ripristino della continuità dell'attività di quell'impresa cessata, con il mantenimento dei livelli occupazionali. La fattispecie non è espressamente disciplinata dall'art. 212 ma, in via analogica, si deve ritenere che questa offerta che non prosegue ma ripristina l'esercizio prevalga su quella fondata sul solo corrispettivo.

In un secondo scenario, l'offerente affitta il complesso dei beni, o un ramo, per esercitare un'attività d'impresa distinta da quella originariamente esercitata dal debitore, con mantenimento dei livelli occupazionali. In pratica, l'azienda (o il ramo) diventa ramo o aggregato di beni utilizzato da un altro imprenditore. In questo secondo caso, l'art. 212 riferisce il piano di continuazione dell'attività all'impresa del debitore, ai fini di conser-

vazione del valore del complesso rispetto al valore dei singoli beni, per procedere alla vendita del complesso o dei singoli beni. Sembra allora che, nel secondo scenario, nonostante il mantenimento dei livelli occupazionali, non si abbia «conservazione» del complesso per la successiva alienazione che può riguardare il tutto o il singolo bene, ma un affitto nel quale l'azienda o il ramo perdono la propria identità di complesso organizzato e quindi verosimilmente possono più difficilmente essere alienati come complesso.

In questo secondo scenario, prevarrà l'offerente che offre la migliore conservazione dei livelli occupazionali, solo se l'affitto riguarda un'azienda o un ramo dell'impresa concedente che l'affittuario utilizzerà, e si impegni a mantenere distinto, come ramo nella propria azienda. In assenza di questa condizione (e cioè ove l'offerente non dia garanzie sulla conservazione dell'identità dell'azienda o del ramo trasferito ai fini della successiva alienazione), l'offerente del corrispettivo maggiore prevarrà, in quanto assicura la conservazione del complesso per la successiva alienazione e la migliore soddisfazione dei creditori (64).

In secondo luogo, con riferimento ad altri elementi del rapporto di affitto, la disposizione richiede l'inserimento nel contratto di alcune clausole (da includere nel contratto posto a base della procedura di selezione). Il contratto deve prevedere: *a*) il diritto del curatore di procedere ad un controllo dell'azienda per verificarne lo stato di conservazione e di efficienza; *b*) la prestazione da parte dell'affittuario (o del socio se si tratta di società creata *ad hoc*) di idonee garanzie per l'adempimento delle obbligazioni a suo carico e pertanto non solo il pagamento del canone ma anche la conservazione dei valori aziendali; *c*) il diritto di recesso del curatore, da esercitarsi previo parere del comitato dei creditori con il pagamento di un giusto indennizzo in prededuzione.

Tale diritto di recesso serve a conservare in capo alla curatela la possibilità di un'alienazione vantaggiosa dell'azienda che sarebbe preclusa da un vincolo contrattuale derivato dal contratto di affitto. Tale clausola è presente come obbligo di legge e bilancia l'autonomia del curatore nel fissare la durata dell'affitto, con l'unico generico

(64) Si considera talvolta una ridotta valenza del corrispettivo dell'affitto rispetto alla gestione ottimale dell'azienda. È peraltro difficile stabilire una gerarchia per gli stessi criteri. A riguardo v. M. SANDULLI, *Sub art. 104-bis*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, II, Torino, Giappichelli, 2006, 615. Ritiene invece debba darsi prevalenza alla entità del canone PACIELLO, *Sub art. 104-bis*, cit., 939.

limite della compatibilità con la liquidazione dei beni. Pertanto l'esercizio del diritto di recesso, che comporta un indennizzo a carico della massa, deve restare un'ipotesi eccezionale legata ad un'altra eccezionale occasione per anticipare i tempi della cessione.

Il codice della crisi d'impresa non prevede che l'indennizzo debba essere determinato nel contratto, tra gli elementi necessari dello stesso, ma ciò sembra opportuno per valutare compiutamente l'economicità della separata alienazione dell'azienda che fa scattare lo scioglimento e determinare il corrispettivo dell'alienazione, al netto cioè di oneri. Il riferimento alla "giustizia" dell'indennizzo intende determinare il parametro nel margine annuale per la durata residua.

In assenza delle clausole previste dalla legge, secondo alcuni il contratto sarebbe nullo *ex art.* 1418 c.c. (65). Tuttavia, la questione pare porsi essenzialmente per l'assenza di garanzie, rispetto alle quali manca un riferimento da utilizzare per integrare il contratto ma il contratto dovrebbe essere integrato *ex art.* 1374 c.c., risultando naturalmente non agevole l'individuazione del contenuto di equità.

18. *Gli effetti dell'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale.* — L'affittuario, salva deroga convenzionale, subentrerà nei contratti in corso di esecuzione con esclusione di quei contratti per i quali si sia già verificato il loro scioglimento automatico per effetto della liquidazione giudiziale ovvero per scelta della curatela.

Il subentro riguarda i contratti per i quali il codice della crisi d'impresa prevede la continuazione ed anche quei contratti per i quali l'art. 172 del codice medesimo riserva al curatore la facoltà di subentrarvi (66) e tale facoltà sia stata esercitata.

(65) MARTORANO, *L'azienda*, cit., 359; secondo altri si tratterebbe di nullità parziale: S. AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da COTTINO, cit., XI, t. 2, 2008, 542; inoltre, tra le clausole possono essere inserite la previsione del diritto di opzione o di prelazione di vendita a favore dell'affittuario, nonché la previsione di scioglimento del contratto di affitto in caso di revoca del fallimento o di vendita. FIMMANÒ, *Sub art. 104-bis*, cit., 1629; F. DIMUNDO e E. CRISTIANI, *Affitto di azienda e fallimento*, in *Fallimento*, 2003, 5; A. PENTA, *Le principali questioni analizzate dalla giurisprudenza in tema di esercizio provvisorio e di vendita e affitto d'azienda*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 923.

(66) G. FAUCEGLIA, *La successione nei rapporti contrattuali nella cessione dell'azienda nel fallimento tra diritto dell'impresa e disciplina del concorso*, in *Riv. not.*, 2018, 1157. L'art. 105 l. fall. non si riferiva alla successione dei contratti rinveniente nell'art. 2558 c.c.; tuttavia, D. VATTERMOLI, *Sub art. 105*, in *La legge fallimentare dopo la riforma* a cura di A.

In sostanza, considerato che l'affitto può avvenire prima del programma di liquidazione, saranno modificati soggettivamente quei rapporti che erano funzionali all'azienda affittata come strumentale all'impresa assoggettata a liquidazione quando era *in bonis* (67). È da ritenere che, in caso di affitto, tutti i contratti non confermati dal curatore *ex art.* 172 rimangano non confermati, e quindi sospesi con riferimento al fallimento, cosicché rispetto ad essi non vi potrà essere trasferimento all'affittuario (68).

Per quanto riguarda i contratti di lavoro, rinviando alla voce relativa, l'art. 2112 c.c. ricomprende nel trasferimento di azienda esplicitamente usufrutto ed affitto. Se non si attiva il licenziamento, l'affittuario subentrerà necessariamente negli stessi, a meno che non si faccia ricorso alla consultazione sindacale di cui all'art. 47 comma 5 l. 29 dicembre 1990, n. 428, per la limitazione del subentro ad una sola parte degli addetti al servizio, che costituisce la possibilità di deroga.

In relazione ai crediti, il mancato richiamo dell'art. 2559 c.c. con riferimento all'affitto (69) vale anche per l'affitto nel caso della liquidazione giudiziale (cosiddetto endofallimentare nel vigore della legge fallimentare). La cessione volontaria dei crediti aziendali è ritenuta possibile da un primo orientamento dottrinale, ma viene esclusa nel contesto dell'affitto da un secondo orientamento (70). In ogni caso, la cessione volontaria sarà soggetta ai fini dell'opponibilità ai terzi alla notifica individuale *ex art.* 1264 c.c., pur considerato che vi è la pubblicità derivante dalla registrazione presso il registro delle imprese. Ciò

NIGRO, M. SANDULLI e V. SANTORO, II, Torino, Giappichelli, 2010, 1461; F. FIMMANÒ, *Sub art. 105*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di JORIO, cit., 1742, nel senso che il contestuale trasferimento dei rapporti è solo un effetto naturale della fattispecie, salve le ipotesi eccezionali in cui taluni contratti sono funzionalmente inscindibili dal complesso produttivo, anche F. DIMUNDO, *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2018, 1086.

(67) FIMMANÒ, *Sub art. 104-bis*, cit., 1637, ritiene che per i rapporti affidati alla scelta del curatore, se funzionali all'esercizio dell'attività, normalmente è prevista la continuazione in capo all'affittuario.

(68) MARTORANO, *op. cit.*, 360; condivisibilmente secondo AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio*, cit., 544, se la curatela non indica nel contratto di voler subentrare nel rapporto, il rapporto rimarrebbe sospeso e quindi in realtà non si avrebbe nessun subentro da parte dell'affittuario.

(69) FERRARI, *Azienda*, cit., 739.

(70) RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda*, cit., 131; A. BASSI, *Affitto di azienda insolvente e circolazione di res damnosae*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, Cacucci, 2011, 1038.

essenzialmente per mancanza di alternative, non potendo considerare l'iscrizione nel registro delle imprese come una notifica ai singoli debitori né potendo onerare gli stessi della verifica periodica presso il registro delle imprese dell'avvenuto trasferimento dell'azienda.

Per quanto riguarda i debiti aziendali, salvo quelli derivanti dai rapporti di lavoro, l'affittuario non subentra nella responsabilità del concedente verso i creditori in quanto non vi è menzione nell'art. 2560 comma 2 c.c. dell'usufrutto e dell'affitto. Inoltre, la posizione dei creditori, e corrispondentemente dei debiti dell'azienda, è nel caso di liquidazione giudiziale resa particolare dal principio della *par condicio creditorum* e soprattutto dal procedimento di formazione del passivo.

Al riguardo, in caso di pagamento da parte dell'affittuario di un debito del concedente (ad esempio per ragioni di continuità nella fornitura) l'affittuario si sostituisce al creditore del concedente (è sempre possibile pagare il creditore del debitore in procedura) e non paga un debito proprio con regresso interno in prededuzione.

19. *La cosiddetta circolazione di ritorno. La "restituzione". Debiti e contratti. Altri effetti.* — Al termine dell'affitto, l'art. 212 comma 6 c. crisi impr. prevede che la retrocessione alla liquidazione giudiziale 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 c.c. ». Quest'ultima specificazione pare introdotta per evitare affidamenti dei terzi o per loro opportuna informazione, in quanto neppure alla retrocessione fuori dal contesto concorsuale si applica la disposizione dell'art. 2560 c.c. È comunque specificato che ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni sui rapporti pendenti di cui all'art. 172 c. crisi impr. (e cioè il curatore che riceve l'azienda può scegliere di subentrare nei contratti).

La disciplina concorsuale adotta una posizione diversa rispetto a quella del legislatore del c.c., che non disciplina la sorte dei rapporti instaurati dall'affittuario al momento della retrocessione dell'azienda alla curatela.

a) Riguardo ai debiti dell'affittuario maturati durante la gestione, l'esclusione esplicita della responsabilità della procedura è ritenuta superflua (71) oppure dettata da esigenze di massima

chiarezza. La norma è ispirata all'esigenza di tutelare i creditori concorsuali da una eventuale gestione non proficua da parte dell'affittuario.

Ove la liquidazione giudiziale dovesse rispondere dei debiti dell'affittuario, questi debiti sarebbero in prededuzione sull'attivo fallimentare in quanto debiti sorti dopo la dichiarazione di insolvenza e sulla base di un atto stipulato dalla curatela (72).

Per queste ragioni, il codice della crisi d'impresa esclude la responsabilità della curatela e sancisce la non applicabilità degli art. 2560 comma 2 e 2112 comma 1 c.c.

b) Per quanto riguarda i rapporti contrattuali instaurati dall'affittuario ed ancora in essere alla data della retrocessione dell'azienda alla curatela, l'art. 212 comma 6 richiama la retrocessione prevista dagli art. 172 ss. c. crisi impr. per i rapporti contrattuali pendenti alla data dell'apertura della procedura.

Con riferimento ai contratti, per un verso, l'art. 212 attribuisce al curatore il potere di scioglimento *ex art. 172* rispetto ai rapporti instaurati dall'affittuario dei quali non ha potuto valutare preventivamente la convenienza per la massa dei creditori. Per gli altri contratti si seguono le altre norme della sezione V del capo I del titolo V del codice. Di conseguenza, rispetto ai rapporti instaurati dall'affittuario viene attribuito al curatore lo stesso diritto di recesso che aveva al momento della dichiarazione di apertura della procedura rispetto ai rapporti pendenti instaurati dal fallito. Non si applica quindi l'art. 2558 c.c. ai contratti conclusi dall'affittuario, perché questa disposizione determinerebbe il subentro della curatela nei contratti stipulati dall'affittuario. Prevale cioè l'interesse a mantenere il complesso operativo (ed a riceverlo operativo al termine dell'affitto),

rità del complesso e non del diritto di godimento. Pertanto anche in ipotesi non concorsuale non vi sarebbe subentro del titolare nei debiti contratti dall'affittuario. Quanto alla responsabilità solidale *ex art. 2112 c.c.*, per le aziende con impiegati superiori a quindici unità, l'esclusione della responsabilità per i debiti maturati dall'affittuario prima dello scioglimento del rapporto di affitto e della retrocessione al titolare deroga al disposto dell'art. 47 comma 5 l. n. 428 del 1990, che riferisce il trasferimento di azienda come comprensivo di ogni sostituzione di un soggetto ad un altro senza soluzione di continuità nella gestione del complesso.

(72) Neppure una rivalsa nei confronti dell'affittuario sarebbe utile a mitigare il rischio per i creditori del fallito. Peraltro, se la consistenza patrimoniale dell'affittuario viene considerata parte del procedimento di selezione con riferimento al pagamento del prezzo, pare fortemente inverosimile anticipare al momento dell'affitto la stima dei debiti che potranno essere contratti e che in seguito divengano oggetto di retrocessione.

(71) MARTORANO, *L'azienda*, cit., 362. In ogni caso la solidarietà del subentrante nella gestione dell'azienda si riferisce unicamente all'ipotesi di trasferimento della titola-

tenendo conto dell'interesse dei creditori del debitore assoggettato a liquidazione giudiziale, rispetto a quello dei terzi, controparti e talvolta creditori dell'affittuario (73).

Con riferimento agli effetti dello scioglimento da parte del curatore, l'art. 172 viene richiamato per disciplinare la retrocessione ma è discusso che gli effetti siano gli stessi dell'esercizio della facoltà di scioglimento al momento della dichiarazione di fallimento (74) *ex art. 172*.

Si è sostenuto che il recesso della curatela determinerebbe a favore del terzo un'azione di risarcimento danni nei confronti dell'originario contraente-affittuario. In sostanza, sarebbe un caso nel quale il terzo che subisce il recesso (e non recede) ha azione risarcitoria verso l'affittuario. Ciò non contrasterebbe con la disciplina concorsuale in quanto il risarcimento sarebbe dovuto dall'affittuario (75).

Tuttavia, contro questa opinione, è da rilevare che non sembra possibile individuare una responsabilità dell'affittuario al riguardo (né un titolo di indennizzo) per l'esercizio del diritto *ex art. 172* da parte del curatore e che la disciplina fallimentare dell'affitto con disapplicazione del rimedio risarcitorio verso il conduttore che restituisce è coerente con la promozione della conservazione del complesso operativo a fini liquidatori (il conduttore potrebbe temere la pretesa risarcitoria del terzo derivante da un futuro recesso del curatore *ex art. 172* del tutto sottratto al conduttore). È comunque possibile che il contratto tra affittuario e terzo preveda una disciplina *ad hoc* per lo scioglimento (ad esempio in termini di obblighi di ripristino quantificati in valore monetario) di quel contratto, che si possa applicare per il caso dello

(73) MARTORANO, *op. cit.*, 364; FIMMANÒ, *Sub art. 104-bis*, cit., 1642; A. PATTI, *L'affitto di azienda*, in *Fallimento*, 2007, 1096; AMBROSINI *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio*, cit., 548.

(74) Si osserva al riguardo che la scelta del curatore di non subentrare che riceve l'azienda al termine dell'affitto non determini lo scioglimento del contratto, ma la sua continuazione in capo all'affittuario che continuerà a rispondere della sua esecuzione. Questa soluzione sembra discutibile. In primo luogo, essa si fonda sulla opinione che il recesso del terzo *ex art. 2558 c.c.* non escluda la possibilità che il vincolo contrattuale permanga in capo al cedente (conclusione ci pare esclusa in radice dal riferimento al recesso). Nell'affitto non concorsuale, l'applicazione dell'art. 2558 c.c. si inserisce in un contesto nel quale sono note al terzo le potenziali parti (affittuario e titolare). Il terzo ha in realtà una situazione chiara *ab initio* e può scegliere di contrarre con l'affittuario, tenuto conto del titolare (può cioè valutare *ex ante* la convenienza di un recesso). Nell'affitto concorsuale, vi è anche la variabile del subentro del curatore.

(75) MARTORANO, *op. cit.*, 365.

scioglimento da parte del curatore. Nel caso, posto che il curatore non diviene parte di quel contratto, l'esercizio del diritto *ex art. 172 c.* crisi impr. è una sorta di fatto esterno rispetto al regolamento contrattuale che è assoggettato alla disciplina del contratto tra affittuario e terzo.

Nel caso il curatore opti per il subentro nel rapporto contrattuale pendente posto in essere dall'affittuario, al terzo contraente spetta il diritto di recesso sancito dall'art. 2558 c.c. (76).

Nel caso della retrocessione dell'azienda affittata, il terzo ha contratto con un affittuario *in bonis* e la disapplicazione della disciplina di diritto comune renderebbe necessario per il contraente valutare la capacità dell'azienda fallita di generare redditi, anche in presenza di "giuste cause" di recesso. Se il terzo non avesse a disposizione la disciplina di diritto comune dell'art. 2558 c.c., ci troveremmo di fronte ad un rapporto contrattuale sorto nei confronti di un imprenditore non insolvente che transiterebbe nei confronti della curatela senza il concorso della controparte originaria. La curatela potrebbe dare meno affidamento al terzo contraente rispetto all'affittuario e l'esclusione dell'opzione di uscita per il terzo potrebbe impedire la conclusione del contratto funzionale all'azienda (cioè il terzo non contrarrebbe affatto).

Pertanto, con riferimento al recesso del terzo *ex art. 2558 c.c.*, è da ritenere che la retrocessione dell'azienda alla curatela sia assoggettata alla disciplina del diritto comune in quanto non si verificano quelle circostanze che legittimano la curatela a sciogliersi senza indennità dai rapporti contrattuali dell'imprenditore insolvente. Nel caso di retrocessione dell'azienda data in affitto, è la concessione funzionale tra aziende e rapporti contrattuali non ancora eseguiti a richiamare l'applicazione del recesso per giusta causa *ex art. 2558 c.c.*, che a sua volta è una deroga alla disciplina del consenso del terzo contraente.

Con riferimento ai lavoratori dipendenti, nella facoltà di scelta attribuita al curatore devono ritenersi esclusi i rapporti di lavoro dipendente conclusi dall'affittuario. Infatti anche in caso di retrocessione dell'azienda, non diversamente da quanto avviene all'atto dell'apertura della procedura concorsuale, si applica il disposto dell'art. 2112 c.c. con riguardo sia alla continuazione del rapporto che al trattamento economico e normativo. Una diversa soluzione creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra i rapporti di lavoro instaurati dal debitore e continuati in capo

(76) MARTORANO, *op. cit.*, 366.

all'affittuario, rispetto ai quali non è pensabile che la curatela acquisisca una facoltà di scelta che non aveva all'atto dell'apertura della procedura concorsuale. Infatti, se il curatore intende sciogliersi, lo stesso non può attivare il procedimento *ex art.* 172 e deve quindi ricorrere alla procedura di licenziamento sia per i propri dipendenti sia per quelli instaurati dell'affittuario. Dopo il recesso della curatela, si discute se l'affittuario continui nel precedente rapporto, in quanto risulterebbe non disciplinato dall'art. 212.

20. *La prelazione dell'affittuario nella liquidazione giudiziale.* — Il comma 5 dell'art. 212 c. crisi impr. prevede inoltre una prelazione convenzionale sull'acquisto che è possibile concedere all'affittuario. Per pattuire la prelazione convenzionale occorre una specifica autorizzazione del giudice delegato su parere favorevole del comitato dei creditori. Il concreto esercizio della prelazione è condizionato all'invio da parte del curatore entro dieci giorni dalla conclusione del procedimento per la determinazione del prezzo di vendita di una comunicazione riguardante il prezzo di vendita. Non si tratta del prezzo di partenza fissato dalla stima ma di quello finale risultante dalla procedura competitiva. L'affittuario dovrà esprimere la propria volontà di perfezionare la vendita, preferibilmente collegata al versamento di una cauzione fissata convenzionalmente. Considerato che si tratta di prelazione convenzionale, l'eventuale violazione di tale pattuizione da parte della curatela comporta unicamente una responsabilità della procedura, da far valere in prededuzione, e resta escluso un potere di riscatto da parte dell'affittuario pretermesso nei confronti del terzo acquirente (77).

Alla prelazione convenzionale si aggiungono altri casi di prelazione legale sanciti da leggi speciali per le aziende socialmente rilevanti (art. 14 l. 27 febbraio 1985, n. 49), che riconoscono il diritto di prelazione sulla successiva vendita in caso di affitto di aziende socialmente rilevanti concesso a favore di cooperative e poi esteso a favore di qualsiasi affittuario (78).

(77) MARTORANO, *op. cit.*, 368. Sempre sulla mancanza del potere di riscatto v. F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 697; Cass. 15 febbraio 2008, n. 3787; FIMMANO, *op. ult. cit.*, 1657; M. FERRO, *Problemi e casi nelle vendite mobiliari immobiliari*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 466; PATTI, *L'affitto di azienda*, cit., 1092.

(78) Per quanto riguarda l'efficacia della prelazione convenzionale inserita in un contratto di affitto d'azienda stipulato anteriormente alla dichiarazione di fallimento, si

21. *La liquidazione e la cessione di azienda.* *Questioni generali.* — L'art. 214 c. crisi impr. è rubricato, come il precedente art. 105 l. fall., «Vendita dell'azienda o dei suoi rami o di beni o rapporti in blocco», e prevede la possibilità di procedere alla vendita dei singoli beni solo se la vendita dell'intero complesso aziendale non consente una maggiore soddisfazione dei creditori.

Dal 2005, risultava superata la difficoltà processuale (79) e l'impostazione per la quale a seguito del fallimento non è più configurabile un'azienda in senso tecnico ma subentrerebbe la figura intermedia dell'opificio. Non rileva nel caso che il codice reintroduca la liquidazione giudiziale quale causa di scioglimento della società, in quanto la liquidazione riguarda l'attività e non produce di per sé effetto disgregante sull'azienda. Detto che l'azienda di un'impresa cessata rimane azienda, con riferimento alla composizione del complesso, la vendita dell'azienda e la vendita di beni aziendali differiscono da un punto di vista qualitativo nel senso che, anche a fronte di una cessione parziale dei beni aziendali è possibile che si abbia una cessione di ramo di azienda, se il complesso trasferito presenta beni essenziali per l'attuazione del programma imprenditoriale. Con riferimento ai rami, è da ritenere che il curatore possa formare rami ai fini della cessione, in considerazione del fatto che una parte del complesso

riteneva che il curatore avesse la possibilità di sciogliersi dal vincolo per la sua incompatibilità con la vendita coattiva se la prelazione non era già stata esercitata. Tuttavia, la previsione dell'indennizzo rispetto al contratto pendente al momento della dichiarazione di insolvenza sembra semplificare la questione. MARTORANO, *op. cit.*, 367, nt. 42. Secondo altri vi era compatibilità tra prelazione e vendita forzata svolta secondo meccanismi di gare: E. NORELLI, *La prelazione dell'affittuario della legge 223 del 1991: aspetti processuali*, in *Dir. fall.*, 1996, I, 237.

(79) Con l'art. 105 l. fall. si superava anche il tema processuale che precludeva all'azienda di formare oggetto dell'esecuzione forzata individuale. Ciò in quanto i singoli beni sarebbero stati oggetto di diverse esecuzioni con competenze territoriali diverse. La gestione unitaria del complesso da parte della curatela consente di superare tali questioni tecniche. Per effetto della dichiarazione di liquidazione giudiziale, attraverso il cosiddetto spossessamento, si garantisce infatti la possibilità di assicurare la gestione interinale dell'azienda mediante il ricorso all'esercizio provvisorio dell'impresa o all'affitto del complesso. Allo stesso tempo, ciò consente di attrarre al foro fallimentare la possibilità della esecuzione strumentale alla liquidazione dei valori. Nella prassi la vendita dell'azienda trovava già pacifica collocazione tra le modalità di liquidazione dell'attivo (v. MARTORANO, *op. cit.*, 256) non essendovi alcuna ragione logica e sistematica che imponesse il ricorso alla alienazione separata dei beni strumentali cioè praticamente la disgregazione del complesso produttivo rinunciando alla liquidazione del plusvalore rispetto alla somma dei valori singoli.

aziendale possa essere strumentale ad una fase dell'impresa che non è autonoma (cioè che non è un ramo di impresa), così come possa alienare come singolo bene nel contesto concorsuale un "bene" che fuori da tale contesto potrebbe assumere le caratteristiche del "ramo" (ad esempio una testata giornalistica, o uno specifico *know-how* o diritto immateriale) (80).

Il primo punto da affrontare è quello della scelta tra liquidazione dell'azienda e liquidazione atomistica.

Secondo una tesi proposta per l'art. 105 l. fall., ed estensibile all'art. 214 c. crisi impr., la disposizione non sembrerebbe lasciare dubbi sul carattere preferenziale che riveste la vendita dell'intero complesso o di suoi rami e l'opposta opzione di vendere i singoli beni parrebbe dipendere dalla maggiore soddisfazione dei creditori, cioè da un maggior ricavo (81). Secondo questa tesi il curatore avrebbe quindi un onere di vendere l'intera azienda e, anche in caso di indifferenza del ricavo tra liquidazione atomistica e liquidazione dell'azienda, la opzione unitaria deve essere preferita. Sempre secondo la tesi richiamata, la finalità che ispirerebbe tutto il sistema del nuovo diritto fallimentare sarebbe quella di evitare una disgregazione dei complessi produttivi. Da ciò si dedurrebbe che, a parità di prospettive di ricavo, la posizione prescelta dal legislatore è per l'alienazione dell'intera azienda ed anche in caso di indifferenza economica non vi sarebbe discrezionalità degli organi fallimentari (82).

La posizione preferenziale andrebbe perciò riconosciuta alla vendita dell'intera azienda non solo rispetto alla vendita atomistica dei suoi componenti, ma anche rispetto a scelte intermedie, e cioè anche alla vendita di rami d'azienda ovvero di beni e rapporti giuridici in blocco, che si pongono come deroga rispetto all'opzione principale.

Pure questa tesi di preferenza per il carattere unitario della vendita, tuttavia, non si spinge fino a ritenere preferibile l'offerta che conservi i livelli occupazionali, in presenza di un prezzo inferiore. L'espressione « maggiore soddisfazione dei creditori » non sembrerebbe comprenderli, in quanto titolari di un interesse rispetto alla continuazione del rapporto di lavoro e contemporaneamente della esistenza di un credito del quale sono titolari.

Il criterio della maggiore soddisfazione per i

creditori è da intendersi quale criterio di ottimizzazione della cifra di riparto. Altro aspetto economico che può integrare la maggiore soddisfazione dei creditori è, ad esempio, una migliore e più rapida realizzazione dell'operazione.

Secondo altra tesi vi sarebbe la necessità per il curatore di valutare i presumibili vantaggi derivanti dalla vendita dell'azienda e tale forma di liquidazione dovrebbe essere preferita rispetto alla forma atomistica, soltanto se e nella misura in cui si prevede una maggiore soddisfazione per i creditori a seguito della vendita dell'azienda (83).

Le due tesi si confrontano con la lettera dell'art. 214 c. crisi impr. che è in realtà ambigua e quindi neutra (« la liquidazione dei singoli beni ai sensi delle disposizioni del presente capo è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori »). Si prevede che la condizione per vendere i singoli beni sia la non prevedibilità di una maggiore soddisfazione dei creditori qualora si vendesse l'azienda o rami di essa.

In primo luogo, sul piano letterale sembra chiaro che, a parità di ricavato prevedibile, la liquidazione dei beni atomistica sia l'opzione prescelta dal legislatore, visto che l'azienda è prescelta se consente una maggiore soddisfazione dei creditori. Peraltro, posto che la disposizione non prevede l'obbligo del curatore di una stima comparativa del complesso e dei singoli beni né lo obbliga a tentare *prima* la vendita del complesso (come dovrebbe se la vendita dell'azienda fosse l'opzione di *default*) (84), il contenuto dell'onere di valutazione di prevedibilità può essere assolto agevolmente dal curatore prima di svolgere la procedura.

In secondo luogo, nel contesto della liquidazione giudiziale, il riferimento alla « maggiore soddisfazione dei creditori » è espressione puramente quantitativa e ciò deriva dalla presenza di creditori privilegiati speciali che, per effetto dell'apertura del concorso e del divieto di azioni esecutive, hanno diritto a soddisfarsi con i ricavi della vendita del bene.

(83) Così F. FIMMANÒ, *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr. impr.*, 2007, 537, che sembra porre la vendita unitaria in rapporto d'eccezione rispetto alla regola della liquidazione dei beni.

(84) Per il carattere preferenziale del criterio del massimo realizzo v. S. BONFATTI e P. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2007, 636. Anche secondo questa teoria comunque sarebbe non direttamente rilevante il criterio del mantenimento dei livelli occupazionali nel contesto della codice della crisi di impresa.

(80) MASI, *Rami d'impresa e rami d'azienda*, cit., 169.

(81) MARTORANO, *op. cit.*, 262; v. anche M. FABIANI, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, 461 ss.

(82) MARTORANO, *op. cit.*, 263.

Si noti al riguardo che essa è sensibilmente diversa rispetto a quella utilizzata nel contesto dell'attestazione dell'art. 87 c. crisi impr. («miglior soddisfacimento dei creditori»). La ragione del riferimento quantitativo alla «maggior soddisfazione» nella liquidazione giudiziale risiede nel fatto che nel concordato non si apre un concorso necessario ma il divieto di azioni esecutive è strumentale, oltre che possibile ma non necessario ex art. 54, alla predisposizione del piano e fino alla omologazione, e che nel concordato preventivo i creditori ai quali si fa riferimento sono essenzialmente i chirografari, in quanto i privilegiati sono di norma pagati integralmente, salvo che non si proponga loro una soddisfazione parziale. Nella liquidazione giudiziale invece i creditori privilegiati speciali hanno diritto all'adempimento del debito con il ricavato della vendita, dedotta una quota per il pagamento della parte di spese generali.

Da quanto detto consegue che, poiché l'art. 217 comma 2 c. crisi impr. (e analogamente l'art. 64 per l'amministrazione straordinaria) prevede la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, la «maggior soddisfazione dei creditori» da prevedere è condizionata alla indifferenza dei privilegiati rispetto alla vendita atomistica dei beni gravati da pegni e privilegi (cioè questi creditori devono ricevere almeno quanto riceverebbero dalla vendita del bene, detratte le spese) (85).

22. La «vendita» di azienda ex art. 214 c. crisi impr. — Ci si chiede se la vendita fallimentare dell'azienda sia una fattispecie soggetta alla stessa disciplina della vicenda traslativa disciplinata nell'art. 2556 c.c. ovvero se ne discosti per costituire una vicenda circolatoria distinta, avente in comune solo il peculiare oggetto, il complesso dei beni organizzati. Ciò serve anche per identificare quelle disposizioni che, in assenza di specifica previsione nel contratto e nei provvedimenti autorizzatori del tribunale, trova applicazione nel contesto.

In via preliminare, si conviene con la tesi che il trasferimento degli art. 2555-2556 c.c. è neutro,

(85) Invece, nell'art. 63 d. lg. n. 270 del 1999, sulla vendita di aziende «in esercizio», la «maggior soddisfazione dei creditori» non compare. Tuttavia, la formazione del prezzo del complesso (senza debiti) non può pregiudicare un sacrificio dei creditori privilegiati e quindi che l'art. 62, che prevede l'alienazione dei beni singoli, concorra con l'art. 63 nella selezione dei beni da includere nel perimetro del complesso da alienare.

nel senso che non deriva dalla autonomia e si presta anche ad includere i trasferimenti coattivi (86).

La vendita dell'azienda realizzerà il suo effetto cosiddetto «purgativo» rispetto alle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, dovendo anche in questo caso il giudice delegato disporre la cancellazione delle formalità. La curatela non assumerà la garanzia per i vizi della cosa venduta salva l'ipotesi che il complesso venduto non fosse un'azienda (cioè si tratti di un *aliud pro alio*). Per altro verso, con riferimento alla forma scritta, l'art. 2556 c.c. è richiamato (comma 2 dell'art. 214 c. crisi impr.) (87).

23. *Gli effetti del trasferimento. L'obbligo di non concorrenza.* — La disciplina dell'art. 2557 c.c. prevede l'obbligo legale di non concorrenza a carico dell'alienante.

Per quanto concerne la vendita dell'azienda nella liquidazione giudiziale, è da determinare l'obligato a non concorrere (cioè se il curatore o il debitore spossessato) (88).

La rilevanza pratica della questione è fortemente ridimensionata dalla circostanza che, nel caso in cui assoggettata alla liquidazione giudiziale sia una società e cioè un soggetto diverso dalla persona fisica, la liquidazione giudiziale costituisce causa di scioglimento della società (art. 380 c. crisi impr.). Non si ha pertanto, se non marginalmente, una prosecuzione dell'attività d'impresa. Nel caso di persona fisica si avrebbero conseguenze analoghe poiché lo spossessamento riguarda sia i beni presenti nel patrimonio sia quelli pervenuti durante la procedura (ex art. 142 comma 2 c. crisi impr.).

In realtà, l'obbligo di non concorrenza si applica sia all'*ex* titolare sia alla curatela (ovviamente nei limiti in cui vi sia un esercizio dell'impresa). Rispetto a tali questioni, sembra che la «maggior soddisfazione dei creditori» richiesta dall'art. 214 c. crisi impr. venga realizzata attraverso la espressione nel prezzo di trasferimento di ogni utilità economica coerente con la prospettiva liquidatoria

(86) F. FIMMANÒ e A. PICCHIONE, *Sub art. 2556*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza* a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario del codice civile* diretto da E. GABRIELLI, Torino, Utet, 2014, 809; G. CIAN, *Sub art. 2556*, in *Commentario breve al codice civile* a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Padova, Cedam, 2020, 3261.

(87) L'applicabilità alla vendita fallimentare delle norme sulla circolazione dell'azienda è stata riconosciuta dalla dottrina prima della riforma della legge fallimentare: v. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, cit., 110; RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda*, cit., 105.

(88) MARTORANO, *L'azienda*, cit., 268.

Azienda (diritto dell'insolvenza)

e cioè che né il curatore né il fallito possano svolgere attività in concorrenza con l'azienda ceduta, per non trattenere alcuna utilità rispetto alla massimizzazione del prezzo di trasferimento. Se l'ex titolare fosse libero di concorrere, il prezzo si abbasserebbe. Lo stesso obbligo di non concorrenza può riguardare anche la curatela nella misura in cui proceda alla vendita di rami d'azienda che possano svolgere attività in concorrenza con rami di azienda rimasti nella amministrazione della curatela.

Si ritiene altresì che la deroga convenzionale sia possibile qualora, per le condizioni di mercato, non fosse possibile riflettere il valore del ramo d'azienda nel prezzo di trasferimento. Inoltre, nell'ambito della liquidazione dell'azienda, si ritiene che il curatore possa riservarsi espressamente di svolgere alcune attività o tutte le attività in concorrenza (ad esempio due punti vendita, non venduti unitariamente).

Sull'argomento v. anche CRISI D'IMPRESA (ASPETTI CONCORRENZIALI).

24. *La successione nei contratti ex art. 2558 (art. 172 e 175 c. crisi impr.).* — Nella liquidazione giudiziale, vi è una disciplina dei cosiddetti contratti di carattere personale (art. 175 c. crisi impr.) ed una dei contratti pendenti (art. 172). La prima prevede che i contratti di carattere personale si sciolgono per effetto dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di uno dei contraenti, salvo che il curatore (con il consenso dell'altro contraente) subentri. I contratti sono di carattere personale quando la considerazione della qualità soggettiva della parte sottoposta a liquidazione giudiziale è stata motivo determinante del consenso. Non è previsto un termine per "ripristinare" il contratto sciolto. La seconda, che riguarda tutti gli altri contratti eccetto quelli specificamente regolati (mandato, appalto, ecc.), prevede la sospensione del contratto, con il diritto di subentrarvi.

L'art. 2558 c.c., con qualche analogia, dispone che i contratti di carattere personale non circolano con l'azienda al nuovo titolare. Come noto, il nuovo titolare può recedere per giusta causa nei contratti in cui sia subentrato, fatto salvo il risarcimento dei danni verso l'alienante. L'art. 2558 c.c. prevede anche il subentro dell'acquirente nei contratti pendenti stipulati per il suo esercizio che non rivestono carattere personale.

Vi sono naturalmente profonde diversità. La liquidazione giudiziale scioglie il contratto di carattere personale mentre nel caso *in bonis* il tra-

sferimento non si attua e quindi il contratto di carattere personale rimane in vigore tra i precedenti contraenti (89). La norma pone un principio generale di subentro complessivo con due deroghe, i contratti personali e i contratti rispetto a quali "non sia pattuito diversamente".

Nel fenomeno concreto, evidentemente, le disposizioni si sovrappongono e si danno quindi scenari che presuppongono l'applicazione delle stesse e la necessità di comporre le possibili antinomie sia con riguardo all'ambito dei contratti nei quali vi è subentro sia con riguardo alle conseguenze.

Preliminarmente, va considerato che i contratti di carattere personale (90) sono già sciolti per

(89) Nel contesto concorsuale, non c'è spazio per la distinzione tra "contratti di azienda" e "contratti di impresa". MINNECI, *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, cit., 23 nt. 41, ove ampi richiami. Se per "aziendali" si intendono i contratti conclusi dall'imprenditore per assicurarsi i fattori produttivi necessari all'organizzazione (come la locazione dell'immobile o l'affitto e il *leasing* per i macchinari), mentre "d'impresa" quelli inerenti più propriamente allo svolgimento del ciclo produttivo (contratti di somministrazione di materie prime) oppure al collocamento dei prodotti sul mercato (contratti di agenzia o di concessione di vendita, oltre che di somministrazione con la clientela), la giurisprudenza assoggetta ambedue le categorie all'art. 2558 c.c. Cass. 29 gennaio 2003, n. 1278, che ha precisato che l'art. 2558 c.c. si applica non solo ai contratti aziendali, ma anche ai cosiddetti "contratti di impresa" (contratti di assicurazione contro gli infortuni e il rischio morte dei dipendenti); anche Cass. 2 marzo 2002, n. 3045.

In merito al patto contrario relativo al singolo contratto, Cass. 5 gennaio 2022, n. 192, ha confermato la sentenza che ha ritenuto dirimente la circostanza che il complesso aziendale fosse stato individuato nel c.d. disciplinare della procedura di cessione dell'aprile 2010, che precedeva sia il contratto di licenza (agosto 2010) sia il contratto di cessione di azienda (marzo 2011). Dell'oggetto dell'accordo, pertanto, non faceva parte il contratto di licenza, concluso solo il 4 agosto 2010, successivamente ai detti atti prodromici ed al disciplinare.

(90) Nota MINNECI, *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, cit., 23 nt. 43, che è discusso se l'esclusione dei contratti personali dalla successione sia dettata in funzione dell'interesse del terzo contraente oppure del cessionario dell'azienda, oppure ancora, a seconda dei casi, dell'uno o dell'altro. Per la tesi dell'interesse del terzo contraente (A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, 539 ss.; COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, cit., 82 ss.; PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, cit., 54), rilevano le qualità personali dell'imprenditore alienante e la infungibilità (oggettiva e soggettiva) connotante la prestazione del primo. Secondo altri (F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, Zanichelli, 2013, 69 ss.), l'eccezione atterrebbe a quei contratti la cui conclusione ha implicato l'assunzione di valutazioni e/o scelte soggettive da parte dell'imprenditore alienante, che non avrebbe senso proiettarne i riflessi sul nuovo titolare dell'azienda. Cass. 12 aprile 2001, n. 5495. Vi sono anche posizioni intermedie che escludono dalla successione « tanto i rapporti a prestazione infungibile

effetto dell'apertura della procedura *ex art. 175 c. crisi impr.* ed essi non seguono l'azienda *ex art. 2558 c.c.* Inoltre, nel contesto della liquidazione giudiziale, vi sono alcuni contratti che si sciolgono automaticamente per effetto della liquidazione giudiziale (contratti di borsa a termine e quelli previsti negli art. 182, 183, 186 c. crisi impr., per l'appalto "non personale") oppure per effetto di una scelta della curatela o di un evento. Per essi quindi non vi è subentro.

Per tutti questi contratti, "personali" *ex art. 175 c. crisi impr.* (cioè dove rileva l'identità del debitore in liquidazione giudiziale) o "personali" *ex art. 2558 c.c.*, il problema è l'individuazione e se il catalogo sviluppato per l'art. 2558 c.c. sia utile per determinare quali siano i contratti di carattere personale *ex art. 175 c. crisi impr.*

Per i contratti "non personali" la regola generale è che i contratti si sospendano *ex art. 172 c. crisi impr.* in attesa della decisione da parte della curatela di subentrare nel rapporto stesso ovvero di scioglierlo definitivamente. Rispetto a tale stato di incertezza il terzo contraente può porre termine mettendo in mora il curatore.

Se il contratto è menzionato nell'atto di trasferimento, il curatore ha dichiarato implicitamente di subentrare. Per effetto di tale dichiarazione, vi sono anche effetti sul passivo *ex art. 179* per i contratti ad esecuzione continuata o periodica (91).

Si prenda ora il caso in cui l'atto traslativo dell'azienda non menzioni il contratto soggetto alla facoltà di scelta del curatore. Nelle ipotesi in cui il curatore non ha optato per lo scioglimento ed il subentro, ovvero qualora il contratto nulla preveda, si pone il tema dell'effetto di successione *ex art. 2558 c.c.* e del diritto di recesso del terzo contraente. Un riferimento testuale è nel comma 7 dell'art. 214 c. crisi impr., allorché si prevede che l'azienda possa essere conferita in una società di

(da parte dell'alienante), quanto quelli estranei a una logica impersonale di esercizio dell'impresa » (così, M. CIAN, *Rapporto fideiussorio e trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 558 ss., sulle orme di TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., 45).

(91) Si ritiene infatti (MARTORANO, *L'azienda*, cit., 271) che non si può pensare ad un trasferimento del rapporto nello stato in cui si trova per effetto della sospensione derivante dall'applicazione del codice della crisi e quindi inclusivo della facoltà di scelta contemplata. Così COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, cit., 58; RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda*, cit., 115; ciò sulla base della condivisibile considerazione che lo stato di soggezione del terzo contraente *in bonis* per effetto dell'apertura della procedura concorsuale si fonda sulla soggezione del suo personale interesse a quello della massa dei creditori.

nuova costituzione « con i relativi rapporti contrattuali in corso », ciò che sembra in favore dell'applicazione dell'art. 2558 c.c. Inoltre, nel caso di esercizio dell'impresa *ex art. 211 c. crisi impr.*, se si considera che i contratti continuano ad avere esecuzione, non si ravvisano elementi per derogare all'art. 2558 c.c.

Tuttavia, vi sono tesi contrarie all'applicazione dell'art. 2558 c.c., seppure diversamente articolate tra loro.

Secondo una prima tesi (92), non sarebbe applicabile l'art. 2558 c.c. e quindi non spetterebbe il recesso al terzo contraente in quanto sarebbe in contrasto con la preferenza per la circolazione unitaria del complesso dei beni. Con riferimento a questa tesi, occorre però considerare che l'effetto di successione (con recesso per giusta causa ma senza risarcimento del danno prededucibile) è implicito nella possibilità prioritaria di vendere l'azienda, come riconosce l'art. 212 comma 7 c. crisi impr. Se il contratto è continuato o non è stato sciolto, non si vede la ragione per la quale sottrarre al contraente *in bonis* una forma di autotutela che l'ordinamento prevede sempre in caso di trasferimento del complesso aziendale, e ciò in caso di sostituzione del soggetto contraente.

Secondo una seconda tesi si dovrebbe escludere l'applicazione dell'art. 2558 c.c. e l'effetto di successione con diritto di recesso, in quanto si esporrebbe la massa ad una richiesta risarcitoria prededucibile, in caso di recesso per giusta causa del terzo contraente *ex art. 2558 c.c.* (93).

Con riferimento a questa tesi, essa considera ostativo il credito prededucibile del terzo contraente per il risarcimento del danno subito. Tuttavia, successivamente alla liquidazione giudiziale l'affidamento del soggetto rispetto alla corretta esecuzione del contratto in capo all'originario contraente può dirsi ridotta per la circostanza che quel contraente è stato assoggettato ad una procedura che prevede la liquidazione nel patrimonio per l'impossibilità di adempiere tempestivamente alle obbligazioni (pecuniarie). Il terzo contraente ha quindi ridotto affidamento sulla regolare esecuzione del contratto in futuro (sia delle obbligazioni pecuniarie sia di quelle di fare o consegnare, potendo mancare i mezzi finanziari per produrre). Pertanto, posto che il recesso *ex post* per giusta causa da parte del terzo contraente consente di tutelarsi rispetto alla corretta esecuzione dello stesso da parte dell'acquirente, la ricorrenza della

(92) MARTORANO, *op. cit.*, 270.

(93) RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda*, cit., 117.

Azienda (diritto dell'insolvenza)

giusta causa e dell'affidamento rispetto alla corretta esecuzione è verosimilmente basso e conseguentemente il rischio di un credito prevedibile.

Inoltre, sempre a favore dell'applicazione dell'art. 2558 c.c., l'art. 172 c. crisi impr. assoggetta il contraente *in bonis* alla facoltà di risoluzione discrezionale da parte del curatore, senza risarcimento del danno (94). Una volta individuati i contratti nei quali il contraente *in bonis* subentrerebbe (quelli che continuano e quelli che non sono stati sciolti dal curatore e sono stati trasferiti), si dovrebbe essere consumata la situazione di soggezione del contraente *in bonis* e sarebbe pertanto irragionevole una ulteriore compressione del suo diritto.

Pertanto, con riferimento alla giusta causa, essa non può dipendere dalla insolvenza del cedente (95), e può invece dipendere sia dalle caratteristiche del contratto sia dalle caratteristiche dell'organizzazione dell'acquirente. Infatti, può essere che il contratto "non personale" abbia istituito tra contraente *in bonis* ed originario contraente poi assoggettato a procedura un assetto di interessi (ad esempio di servizi o trattamento di informazioni) che non è compatibile con il subentro di un terzo, acquirente dell'azienda, che sia concorrente del contraente *in bonis* (ad esempio perché svolga nella propria attività quell'attività cui è strumentale l'azienda ceduta).

Con riferimento al risarcimento del danno, è da escludere che vi sia una responsabilità per le utilità che il contraente *in bonis* avrebbe conseguito per effetto dell'esecuzione da parte del debitore assoggettato a procedura (in quanto questo poteva essere sciolto senza risarcimento del danno da parte del curatore *ex art.* 172 c. crisi impr.). Peraltro, il credito risarcitorio non rientra nelle categorie di prevedibili menzionate dal codice. Non in quelli dell'art. 6, né in quelli dell'art. 172, né in quelli dell'art. 211, per il caso di esercizio dell'impresa. Risulta quindi fortemente ridotta sia la possibilità di individuare un credito derivante dal recesso sia quella di considerarlo prevedibile. Si potrà trattare al più di un credito

(94) Per MARTORANO, *op. cit.*, 273, l'applicazione dell'art. 2558 c.c. sarebbe limitata al solo caso in cui l'esecuzione del rapporto sia continuata per l'esercizio dell'impresa, ora previsto come regola all'art. 211 c. crisi impr.

(95) Per la valutazione della giusta causa, si ritiene sia irrilevante che il trasferente fosse insolvente e quindi verosimilmente non in grado di offrire la migliore prestazione. Ciò che rileva è il grado promesso ed eseguito al momento della conclusione del contratto. Per l'applicazione v. SANDULLI, *Sub art.* 104-bis, cit., 631, e G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *Fallimenti e Società*, 2015, 89 ss.

risarcitorio concorrente per quel contratto sopravvissuto all'art. 172.

25. Il divieto di trasferimento pattuito nel contratto oggetto di successione ex art. 2558 c.c. — Una considerazione a parte merita la clausola di incedibilità dell'originario contratto. Fuori dal contesto concorsuale, si registra in giurisprudenza la esclusione della rilevanza del divieto pattizio di cessione (96) mentre la dottrina ha espresso opinioni contrastanti (97). Si ritiene di condividere l'orientamento per il quale un generico divieto di cessione del contratto non sia sufficiente ad escludere l'effetto dell'art. 2558 c.c. La successione non

(96) Cass. 5 dicembre 2018, n. 31466: « la successione del nuovo imprenditore nei rapporti contrattuali inerenti all'azienda e non aventi carattere personale [...] risponde all'esigenza di assecondare la circolazione dei valori economici rappresentati dai contratti stipulati dall'imprenditore e di attuare nel maggior grado possibile il trasferimento della potenzialità produttiva e dell'avviamento dell'azienda, rendendo possibile all'imprenditore l'acquisto di elementi fondamentali dell'avviamento, quali sono i rapporti contrattuali costituiti per l'esercizio dell'impresa ». Si trattava di un affitto da società in concordato ad un costruttore poi fallito, e il contratto recava la clausola di intransferibilità. Cass. 19 gennaio 2010, n. 685, che conferma l'efficacia di una cessione di azienda ricomprendente una locazione commerciale, nonostante il divieto di cessione nel contratto di locazione. Cass. 11 giugno 2007, n. 13675: « Nessuna rilevanza può, quindi, essere attribuita alla previsione contrattuale del divieto di cessione dei contratti [...] "salvo accordo scritto tra le parti", trattandosi di clausola destinata ad operare nel caso di trasferimento dei singoli contratti, mentre nella diversa ipotesi di successione nei contratti per trasferimento di azienda la tutela del terzo contraente è assicurata dalla facoltà di recesso per giusta causa prevista dall'art. 2558 c.c., comma 2 ».

(97) A favore dell'efficacia della clausola contrattuale, MARTORANO, *L'azienda*, cit., 165; COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, cit., 87 ss.; FERRARI, *Azienda*, cit., 739; secondo altri, la clausola è efficace solo se le parti hanno pattuito specificamente l'esclusione del subentro in caso di trasferimento dell'azienda: M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, X, t. 1, fasc. 1, Torino, Utet, 1974, 803; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, Giuffrè, 1962, 165 nt. 132. L'opinione è espressa in dottrina già nei primi anni di vigenza del codice del 1942 da A. DE MARTINI, *Azienda, cessione di azienda e successione nei contratti inerenti al suo esercizio con particolare riguardo al contratto di locazione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, 616. In senso contrario Cass. 27 giugno 1950, n. 1633, in *Mass. Giur. it.*, 1950, 405, secondo cui « l'acquirente di un'azienda non subentra nel contratto di locazione dei locali dell'azienda di cui esiste il divieto di cessione dell'affitto, giacché tale divieto imprime al contratto un carattere personale, che impedisce la successione *ope legis* »; App. Milano 19 aprile 1955, in *Rep. Giur. it.*, 1955, voce *Azienda*, n. 30-31, « Tale divieto, pur se genericamente espresso, vale ad imprimere al contratto di locazione un carattere personale, onde all'applicazione dell'art. 2558 c.c. è di ostacolo l'art. 1594 dello stesso codice, che richiede, per l'efficacia della cessione, il consenso del locatore ».

avverrà soltanto qualora le parti abbiano esplicitamente escluso la facoltà di cessione del contratto in caso di trasferimento di azienda.

Nel caso di liquidazione giudiziale, pur tenendo presente che l'art. 172 comma 6 c. crisi impr. sottrae alla disciplina convenzionale l'efficacia del contratto, l'esclusione contrattuale della successione *ex art. 2558 c.c.* in caso di trasferimento d'azienda non confligge con la disciplina concorsuale, perché questa riguarda la cessazione del contratto per effetto del fallimento. Fino alla eventuale inopponibilità al curatore del testo contrattuale contenente la clausola di esclusione della successione nel contratto, il contratto rimane in vigore con le clausole non dichiarate inefficaci dalla normativa concorsuale, con interpretazione dell'art. 172 c. crisi impr. non estensiva.

26. Il trasferimento dei crediti relativi all'azienda ceduta. — L'art. 214 comma 5 c. crisi impr. prevede che « La cessione dei crediti relativi alle aziende cedute, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto, nei confronti dei terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese. Tuttavia il debitore ceduto è liberato se paga in buona fede al cedente ». La disposizione è pressoché identica a quella dell'art. 2559 c.c. con la variante della sostituzione della parola « cedente » a quella di « alienante ».

Tuttavia, nel contesto fallimentare la circostanza del pagamento in buona fede al cedente solleva la questione della identificazione del cedente stesso, se esso cioè sia il fallito, ex-titolare dell'azienda, oppure il curatore. Per effetto dello spossessamento, il pagamento al debitore è privo di effetto liberatorio, anche per la presunzione assoluta di conoscenza della sentenza dichiarativa della liquidazione giudiziale. Pertanto, l'espressione « cedente » usata nell'art. 214 si riferisce alla curatela.

27. La sorte dei debiti relativi all'azienda ceduta. — L'art. 214 comma 3 c. crisi impr. prevede che « Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute sorti prima del trasferimento » (98).

(98) Anche in precedenza la dottrina che si era occupata del tema si era espressa per la inapplicabilità alla vendita fallimentare dell'azienda dell'art. 2560 comma 2 c.c., e anche per la inammissibilità di una pattuizione diversa. V. ad esempio RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda*, cit., 133; COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, cit., 59; A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e il riassetto*

La norma esclude la responsabilità esterna sancita per i debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie dall'art. 2560 comma 2 c.c. L'art. 2560 c.c. tutela l'interesse dei creditori a non vedere compromessa dall'operazione di trasferimento la realizzazione del proprio credito per il venir meno in capo all'originario debitore dell'incremento reddituale derivante dall'esercizio dell'impresa.

Questa esigenza di protezione dell'interesse dei creditori non ricorre nella procedura di liquidazione giudiziale (99), in quanto la prospettiva reddituale è stata già compromessa dall'apertura della procedura concorsuale.

In secondo luogo, la non operatività dell'accollo dipende dalla circostanza che le scritture contabili prese a riferimento dall'art. 2560 comma 2 c.c. non sono utilizzabili nel contesto concorsuale (per la nota e discutibile terzietà del curatore cedente rispetto a queste, che rimangono imputabili al debitore oltre che per la loro possibile non affidabilità). Il sistema concorsuale di accertamento del passivo sembra radicalmente eterogeneo rispetto all'accollo *per relationem* dei debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, potendo anche sussistere debiti risultanti dalle scritture per i quali non viene proposta insinuazione al passivo.

Inoltre, in caso di vendita di rami, si determinerebbe un differente trattamento dei creditori afferenti al ramo rispetto agli altri.

Il comma 8 dell'art. 214 prevede che « il pagamento del prezzo può essere effettuato mediante accollo di debiti da parte dell'acquirente solo se non viene alterata la graduazione dei crediti ». La disposizione fa quindi salva la possibilità che vi sia l'assunzione convenzionale da parte del cessionario delle obbligazioni nei confronti dei creditori inerenti all'azienda ceduta, con il limite della non alterazione della graduazione dei crediti.

Secondo una tesi, la ragione per la quale si esclude la responsabilità del cessionario rispetto ai debiti dell'azienda ceduta è la difficoltà di

dell'impresa. Evoluzione e prospettive di riforma del diritto fallimentare, Milano, Giuffrè, 1989, 60; M. MIOLA, *Dei conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, I, t. 3, Torino, Utet, 2004, 186.

(99) M. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 680, che condivisibilmente vede la *ratio* dell'esonero dall'accollo nel disincentivo rispetto ai potenziali acquirenti e nel rispetto della *par condicio*, per la disparità di trattamento e l'alterazione della graduazione di posizione che potrebbe conseguirne fra i creditori.

individuare l'ammontare dei debiti (100). Tuttavia, la ragione sembra essere che se il cessionario si accollasse e provvedesse a pagare parte dei debiti si realizzerebbe una alterazione della *par condicio creditorum*, salvo che le risorse derivanti dalla cessione dell'azienda consentano di pagare integralmente i crediti (ad esempio alcuni creditori privilegiati speciali).

Con riferimento alla non alterazione della graduazione dei crediti, tale condizione significa in effetti che è possibile procedere all'accollo interno dei debiti dell'azienda ceduta con riduzione del prezzo solo se sia possibile calcolare la percentuale di riparto e se quindi i creditori ricevano dall'acquirente la stessa soddisfazione che avrebbero ricevuto dalla curatela (101).

Inoltre, la diversa convenzione è praticabile concretamente solo per i debiti aziendali sorti durante l'esercizio provvisorio, che, in quanto preveducibili, non soffrirebbero disparità rispetto ai creditori concorrenti (102).

Resta peraltro da chiarire quali passività possano formare oggetto di accollo. Sembra che le passività, considerato che devono essere specificamente determinate ma anche tenuto conto che la vendita dell'azienda può precedere la definitività dello stesso passivo, possano anche essere quelle non ancora ammesse, purché quantomeno presentate per l'insinuazione. È escluso che possano essere passività non ancora fatte valere nei confronti della procedura nelle forme proprie, in quanto si ridurrebbe il prezzo di cessione a fronte di debiti incerti. Per queste situazioni, se la passività non sarà ammessa vi sarà una pretesa del fallimento per la parte di prezzo dedotta.

(100) MARTORANO, *L'azienda*, cit., 278, che evidenzia la difficoltà di calcolare esattamente l'entità della debitoria aziendale pre-fallimentare e di fissare di conseguenza il prezzo di trasferimento, in quanto questo sarebbe determinato sottraendo dal valore del complesso dei beni organizzati i debiti che il cessionario si accollasse. Il procedimento di formazione dello stato passivo in effetti non consente di determinare con sufficiente certezza l'ammontare dei debiti, in quanto la presenza di opposizioni oppure di insinuazione al passivo tardiva di crediti concorsuali rende lo stato passivo non corrispondente alla situazione debitoria, incerta per un lungo periodo.

(101) Sulla difficoltà di applicazione della norma v. FIMMANÒ, *La vendita fallimentare dell'azienda*, cit., 552; SANDULLI, *Sub art. 104-bis*, cit., 630, il quale ipotizza che tale modalità possa riguardare la debitoria nei confronti dei lavoratori subordinati collocati al primo grado dei privilegi quando vi sia la sicurezza che i debiti di massa e che le spese di giustizia possano essere pagate con il residuo attivo disponibile.

(102) Secondo MARTORANO, *op. cit.*, 281, la convenzione potrebbe applicarsi all'ipotesi in cui la massa passiva sia composta tutta da debiti aziendali.

28. *La determinazione del prezzo e i livelli occupazionali.* — L'art. 62 d. lg. n. 270 del 1999 è stata la disposizione che ha per prima previsto la vendita dell'azienda. Il successivo art. 63 prevede che la valutazione effettuata a norma dell'art. 62 comma 3 tiene conto della redditività, anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo. Il legislatore, nel proposito di contemperare gli interessi dei lavoratori e dei creditori, salvaguardando l'operatività dell'azienda e la conservazione del patrimonio produttivo, ha previsto una deroga al principio del migliore realizzo, valorizzando il parametro della redditività anche se negativa (103). La considerazione del biennio ha invece valore inderogabile (104). Si conferma che

(103) App. Milano 22 aprile 2004, in *Fallimento*, 2005, 449, con nota di MARELLI: l'interesse pubblicistico alla prosecuzione dell'impresa e al mantenimento dei livelli occupazionali, ed il criterio della "redditività negativa" dell'azienda di cui all'art. 63 comma 1 d. lg. n. 270 del 1999, consentono al commissario straordinario la cessione ad un prezzo inferiore a quello ricavabile dalla vendita frazionata dei singoli cespiti.

(104) Cass., sez. un., 24 novembre 2015, n. 23894, secondo cui, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, la valutazione dei complessi aziendali si effettua ai sensi degli art. 62 e 63 d. lg. n. 270 del 1999, aventi carattere imperativo, tanto più che l'art. 11 comma 3-*quinquies* d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni nella l. 21 febbraio 2014, n. 9, di interpretazione autentica del menzionato art. 63, ha inteso chiarire che il prezzo di cessione dell'azienda non deriva dalla stima bensì da quello attribuito al bene dal mercato, determinato in ragione dell'interesse manifestato dalle offerte di prezzo. anche Cass., sez. un., 29 maggio 2017, n. 13451, secondo cui i contratti che conducono alla liquidazione dei beni sono, a tutti gli effetti, negozi di diritto privato stipulati dai commissari per conto dell'impresa, ancorché a seguito di una fase procedimentalizzata in cui la P.A. interviene a dare il suo consenso all'atto liquidatorio, sicché non sono assimilabili ai contratti ad evidenza pubblica, ma sono assoggettati alla disciplina privatistica. Pertanto, la controversia sul provvedimento con il quale il Ministero autorizza la procedura a sospendere il procedimento di liquidazione di un ramo di azienda al fine di sollecitare offerte migliorative appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario. Per App. Ancona 28 aprile 2014, in *DeJure*, nell'ambito di una amministrazione straordinaria gli art. 62 e 63 d. lg. n. 270 del 1999 prevedono prescrizioni per la salvaguardia della pluralità di interessi coinvolti. L'inservanza delle norme comporta la nullità dell'attività negoziale, ex art. 1418 c.c. Ne consegue che se l'esperto incaricato dai commissari giudiziali, nel proprio elaborato, ha preso in considerazione la redditività negativa per un quadriennio anziché per il biennio previsto dalla norma, la procedura di vendita deve essere dichiarata nulla. Con riferimento alla vendita dei beni di un'azienda in amministrazione straordinaria, gli organi preposti alla procedura possono procedere alla vendita ad un prezzo inferiore a quello determinato in sede peritale, ma l'esame deve avvenire sulla

l'obiettivo della procedura di amministrazione straordinaria è diverso dalla tutela degli interessi dei creditori riconoscendo la possibilità di valutazione dell'avviamento negativo nella determinazione della stima delle aziende da cedere. Si nota anche che l'art. 63 comma 1 si combina perfettamente con l'obbligo del comma 2, a carico del cessionario, di mantenere e preservare un'organizzazione imprenditoriale che, con ogni probabilità, si è già dimostrata inefficiente. Tale scelta legislativa, tuttavia, pone i creditori in una situazione addirittura peggiore di quanto risultava dall'art. 6 bis d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modificazioni nella l. 3 aprile 1979, n. 95, dove si richiedeva soltanto la valutazione della redditività « all'atto della stima e nel biennio successivo ». In pratica, tenendo in considerazione la probabile redditività negativa dell'azienda, si può predisporre una stima addirittura inferiore al suo patrimonio netto e consentire la vendita di complessi aziendali ad un prezzo simbolico (105).

Carlo Felice Giampaolino

FONTI. — Art. 2082, 2086, 2555-2562, 2565, 2574, 2598

base del valore determinato ai sensi dell'art. 63 comma 1 d. l. g. n. 270 del 1999, anche Trib. Ancona 20 settembre 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1097. Anche per Cass., sez. un., 27 maggio 2009, n. 12247, dalla violazione degli art. 62 e 63 conseguente la nullità, e non la mera inefficacia, dell'attività negoziale conclusiva della procedura di vendita (nella specie, il contratto di compravendita di azienda) e la illegittimità degli atti prodromici.

(105) « Chiara dimostrazione di come l'unico vero obiettivo della procedura disegnata dal d.l.g. n. 270/1999 sia la conservazione dell'impresa », per A. ROSSI, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 356 ss.; in sede di primo commento già A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2000, 1080, afferma che « il fatto che il prezzo di cessione dei complessi aziendali debba tenere conto anche delle perdite relative al biennio successivo alla cessione non sembra lasciare dubbi sul fatto che l'interesse tutelato in via primaria è quello relativo alla conservazione in attività dei complessi produttivi »; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Introduzione allo studio dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Roma, Kappa, 2000, 12; G. SANSONE, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina*, in *Fallimento*, 2000, 281. *Contra*, L. PANZANI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, cit., 1080, per cui « il rispetto dell'interesse dei creditori diviene un presupposto stabile del programma ».

c.c.; art. 67, 72, 104-bis, 104-ter, 105, 160, 163-bis, 182 l. fall.; art. 6-bis d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modificazioni nella l. 3 aprile 1979, n. 95; art. 14 l. 27 febbraio 1985, n. 49; art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428; art. 106 comma 5 lett. a t.u. fin.; art. 50, 62, 63, 64 d. l. g. 8 luglio 1999, n. 270; d.l. 28 agosto 2008, n. 134, convertito con modificazioni nella l. 27 ottobre 2008, n. 166; art. 11 comma 3-quinquies d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni nella l. 21 febbraio 2014, n. 9; art. 13, 44, 47, 56, 75, 84, 87, 90, 91, 94, 97, 142, 172, 175, 179, 180, 210, 211, 212, 213, 214, 268, 380 c. crisi impr.

LETTERATURA. — Con riferimento agli studi monografici, trattazioni enciclopediche, o parti di trattato, oltre ai contributi su riviste e commentari citati nel testo, occorre segnalare: G. AULETTA, *Azienda: I Diritto commerciale*, in *Enc. giur.*, IV, 1988; A. BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *D. disc. priv.*, sez. comm., IX, 1993, 111 ss.; V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, Morano, 1969; A. CALAFA e R. COSIO, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Padova, Cedam, 2005; G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, Padova, Cedam, 1972; ID., *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, III, Padova, Cedam, 1979; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, Giuffrè, 1950; F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, Giuffrè Francis LeFebvre, 2023; Ph. FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2011; M. FABIANI, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, 461 ss.; G. FERRARI, *Azienda (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, IV, 1959, 680 ss.; F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, Giuffrè, 2000; D. GALLETI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2006, 345 ss.; A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi. Evoluzione e prospettive di riforma del diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1989; F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da V. BUONOCORE e diretto da R. COSTI, Torino, Giappichelli, 2010; P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, Jovene, 1985; G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Milano, Giuffrè, 2013; U. MINNECI, *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, Torino, Giappichelli, 2007; A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, Giuffrè, 2012; A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese²*, Bologna, Il Mulino, 2012; M. PERRINO, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, Giappichelli, 2005; G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1973; N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, Giuffrè, 2012; R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento. Caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria*, Milano, Giuffrè, 2003; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007, 94 ss.

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANIA BARIATTI - MARTA CARTABIA - CLAUDIO CONSOLO

GIOVANNI D'AMICO - RICCARDO DEL PUNTA - FABRIZIO DI MARZIO

MASSIMO DONINI - BERNARDO GIORGIO MATTARELLA - LAURA MOSCATI

FRANCESCO RICCOBONO - ROBERTO ROMEI

pubblicazione fuori commercio

Isbn 9788828815563