

L'opinione 2

Un rapido excursus nelle maglie della legislazione

Affitto d'azienda e concordato preventivo

Quando emerge una grave crisi finanziaria figura difficile mantenere la continuità aziendale (interruzioni di forniture, non fiducia dei clienti, riduzione di finanziamenti bancari, interruzioni e/o revoche di fidi, etc.), con perdita di valore del patrimonio dell'impresa (investimenti in corso, penali, ordini di acquisto e di vendita, forza lavoro, etc.) e, quindi, occorre tempestivamente agire prendendo la decisione che appare quella più ragionevole e conforme, previa dovuta esplorazione delle alternative possibili, per cercare di preservare il valore di avviamento dell'azienda attraverso:

- 1) l'esercizio dell'attività da parte dello stesso debitore (modalità diretta);
- 2) l'affitto dell'azienda (modalità indiretta).

La scelta dello strumento dell'affitto d'azienda è dettata dall'opportunità di assicurare la continuazione in capo ad un nuovo imprenditore

di Giorgio Stefano Alessi



Giorgio Stefano Alessi

che non vuole incorrere nel rischio di trovarsi coinvolto nelle passività pregresse dell'impresa locatrice in crisi ed è finalizzato al risanamento dell'impresa in capo all'affittuario che intende acquistare l'azienda dopo l'omologa del concordato

preventivo, al riparo da spiacevoli sorprese.

Il debitore che propone un piano concordatario con prosecuzione dell'attività chiede ai suoi creditori un "altro giro di giostra" sulla base della buona fede, motivatamente convinto di un futuro più roseo e chiede l'opportunità di poter continuare l'attività per poi eventualmente cedere l'azienda integra e funzionante e, quindi, con l'aspettativa di un maggior valore di realizzo.

Nel concordato preventivo, l'obiettivo dei creditori è invece la loro soddisfazione nel migliore dei modi che può essere raggiunta attraverso il risanamento dell'impresa a cui è stata concessa la continuità, tanto che questa avvenga nell'ambito della stessa impresa, tanto se l'azienda è stata oggetto di affitto a soggetti terzi, anche di nuova costituzione.

Nel primo caso, l'azienda tornerà, in un arco temporale ragionevole, che i creditori avranno condiviso ed ac-

cettato, in equilibrio finanziario tale da riuscire ad eseguire i pagamenti ai creditori come previsto dalla proposta concordataria e con regolarità i successivi pagamenti, nel secondo caso, i crediti dei creditori saranno remunerati dai canoni d'affitto d'azienda e poi con il ricavato del corrispettivo della cessione dell'azienda, che sarà invece trasferita a terzi, mantenendo, in entrambi i casi, l'occupazione ed i rapporti commerciali con i creditori.

L'art. 169 bis LF consente al debitore in concordato tanto lo scioglimento dei contratti pendenti quanto la sospensione dell'esecuzione degli stessi. Il debitore può, infatti, chiedere nel ricorso di concordato (tranne per i rapporti di lavoro subordinato, i preliminari di vendita di immobili trascritti per abitazione e ad uso dell'impresa e per i contratti di locazione in cui chi propone il concordato è il locatore) di sciogliersi dai contratti in corso e/o sospenderli.

Avvalendosi di tali istituti, l'indennizzo riconosciuto ai contraenti per il danno dagli stessi subito sarà soddisfatto come credito anteriore al concordato e, quindi, in moneta concordataria.

Ecco quindi che l'imprenditore in esercizio d'impresa, oppure in penenza di contratto d'affitto d'azienda, potrà rimettere più facilmente "in carreggiata" la sua impresa.

Il valore economico di tali previsioni potrà agevolare la gestione della crisi d'impresa con una meno penalizzante continuità aziendale, in quanto l'imprenditore in crisi potrà accedere con più facilità ad una ri-strutturazione dell'impresa che gli consentirà di rivedere non solo i contratti passivi (contratti di leasing, di fornitura, di somministrazione, etc.), ma anche quelli attivi (contratti con la clientela, appalti, etc.).

La continuità dell'impresa, per salvaguardare l'azienda "bene comune", diviene così più vantaggiosa e

l'imprenditore potrà eliminare precedenti errate decisioni che lo hanno portato al dissesto, ma a fronte di tali facilitazioni il Legislatore ha preteso particolari cautele, non potendosi fidare di ulteriori possibili valutazioni ottimistiche.

Con il "Decreto Correttivo" (D.Lgs nr. 169 del 23.09.09), il Legislatore ha riconosciuto all'azienda un valore maggiore, anche in termini di preservazione dell'occupazione, rispetto ai singoli beni in essa contenuti (art. 104 bis LF: "*affitto dell'azienda o di ramo d'azienda*"; art. 105 LF: "*vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*"; art. 79 LF: "*contratto di affitto d'azienda*").

L'affitto d'azienda, vista in passato con sospetto, è così considerato un utile strumento per mantenere in vita l'azienda pro-tempore, in attesa del definitivo ricollocamento, soprattutto di fatto l'esercizio provvisorio, sebbene tuttora contemplato dall'art. 104 LF.

Con l'introduzione dell'art. 186 bis LF, il Legislatore è invece intervenuto per regolamentare il cosiddetto "concordato di continuità" e così, unitamente agli artt. 169 bis (contratti in corso di esecuzione) e 182 quinque (disposizioni in tema di finanziamento), il contratto di affitto d'azienda è entrato prepotentemente nella gestione della crisi delle imprese per i valori sociali che l'azienda sottende e per una possibile miglior soddisfazione dei creditori, imponendo però delle cautele rivolte a responsabilizzare il debitore ed il professionista attestatore a tutela degli interessi dei creditori, per il conseguente "rischio d'impresa" che graverebbe sui creditori stessi, in relazione ad eventuali maggiori crediti pre-deducibili.

Il comma 2 dell'art. 186 bis LF prevede:

"a) Il piano di cui all'art. 161, secondo comma, lettera e), deve con-

tenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi per la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura";

"b) la relazione del professionista di cui all'art. 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori".

Per dare luogo all'applicazione delle norme (di cautela e facilitative) connesse alla continuità aziendale occorre che si verifichi la fattispecie "continuazione", anche se in modo parziale e/o minimale, in presenza di un'azienda affittata o destinata ad esserlo, ad esempio:

- 1) con la prosecuzione di un contratto di affitto d'azienda, stipulato anteriormente alla domanda concordataria;
- 2) con l'immediato affitto dell'azienda, contestuale al deposito della domanda;
- 3) con il successivo affitto dell'azienda, dopo un lasso di tempo dal deposito della domanda, osservando in tal caso le particolari regole della procedura.

Alle cautele (pianificazione della continuazione dell'attività e miglior soddisfacimento dei creditori) previste nel comma 2, seguono nello stesso articolo, sempre nell'ottica di salvaguardare l'azienda, agevolazioni specifiche e generali.

Il Legislatore ha imposto al debitore di riportare specifiche e dettagliate analisi degli effetti e dei costi della continuità aziendale da proporre in termini di un più funzionale miglior soddisfacimento dei creditori.

Il debitore, che esercita direttamente l'azienda, dovrà indicare nel piano concordatario i risultati attesi da tale prosecuzione, come essi possano essere in concreto finanziati e ciò sulla

base della struttura assunta, approntando per tutto il lasso di tempo sino alla cessione dell'azienda: i conti economici, i piani di cassa e gli stati patrimoniali prospettici. L'analitica indicazione *"dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa"* riguarda soltanto il debitore, che in proprio ritiene più conveniente proseguire l'attività per poi cederla in esercizio, ritenendo di valorizzare, quattromeno mantenere, l'avviamento dell'impresa, sperando così di realizzare quel "quid" in più per i creditori, sia per avvenuto risanamento dell'impresa sia per l'eventuale successiva cessione a terzi della stessa. Il percorso prospettico, tramite un'analisi preventiva, nota come "business plan", porterà all'individuazione dei ricavi e poi dei costi, secondo le nuove potenzialità che si renderanno più adeguate per salvaguardare l'azienda o quel poco di utile che è rimasto nell'azienda in crisi.

Il risanamento diretto non potrà prescindere dalla rimozione totale o parziale delle cause della crisi individuate nella fase della diagnosi.

Il debitore dovrà individuare un arco temporale nel quale l'azienda potrà darsi risanata, di durata accettabile ai creditori, anche se con durata pluriennale, creditori che al termine o durante la procedura, riusciranno ad avere soddisfazione dei loro crediti maturati alle condizioni concordatarie, sfruttando altresì le opportunità di poter immediatamente interagire con la stessa azienda, non pregiudicando così i loro fatturati e, a loro volta, salvaguardan-

do le loro imprese e mantenendo l'occupazione.

Il budget economico (conti economici preventivi) ed il budget patrimoniale e finanziario (stati patrimoniali preventivi), saranno gli strumenti cognitivi principali degli operatori, che saranno poi riportati nel piano di concordato per il vuglio prima dell'attestatore poi degli organi del concordato ed infine dei creditori, che potranno accettare la proposta con il loro voto.

Il risultato finale della prospettazione, compreso il prezzo dell'eventuale cessione dell'azienda, se prevista, dovrà rendere, di massima, un saldo più elevato rispetto alla liquidazione fallimentare.

Se la prosecuzione dell'attività dell'impresa avverrà da parte di terze società, tramite l'affitto dell'azienda e/o di suoi rami, gli obblighi informativi, ferma l'attestazione di una migliore soddisfazione dei creditori in termini complessivi (non solo soddisfazione concordataria dei loro crediti), riguarderanno solo i ricavi ed i costi derivanti dal contratto di affitto, quindi, da un lato, i canoni d'affitto d'azienda e, dall'altro, i relativi conseguenti costi, quali gli oneri tributari

e di gestione amministrativa e contabile dell'impresa, e poi, da un lato, il prezzo di cessione dell'azienda e, dall'altro lato, i relativi eventuali oneri, quali ad esempio le spese per stime e di pubblicità, comunque, includendo in ogni ipotesi gli ulteriori oneri dati dalla gestione della procedura concordataria.

Se l'affitto d'azienda è previsto dopo alcuni mesi dal deposito della domanda concordataria, il debitore dovrà presentare i ricavi ed i costi attesi per tale breve continuazione.

Il piano potrà essere corroborato da informazioni utili a considerare affidabile e solvibile l'affittuario (sarà cura del Commissario Giudiziale appurare) ed il debitore non dovrà redarre piani economici, patrimoniali e finanziari dell'affittuario.

Se l'affittuario si renderà disponibile, il debitore potrà allegare alla domanda pure tali "budgets" realizzati dall'affittuario, che non potranno comunque essere vincolanti per il debitore, perché non riguardano più la sua impresa, ma l'azienda che ormai è "passata di mano", anche se provvisoriamente, "budgets" che serviranno ai creditori per valutare l'affittuario.

Di certo il debitore non sarebbe in grado di predisporre "budgets" su attività svolte da terzi, né tantomeno il professionista sarebbe in grado di accertarne l'attendibilità, e ciò perché le previsioni sono al primo del tutto estranee ed al secondo non

verificabili nella loro pienezza.

Per quali ragioni la società affittuario dovrebbe svelare e divulgare tutte



le sue strategie commerciali e di investimento?

I contratti di affitto d'azienda in genere non prevedono tale obbligo e l'affittuario se ne guarda bene dal far conoscere, anche al solo locatore, le sue strategie aziendali.

La legge nulla dispone in materia e, quindi, le previsioni di cui alla lettera a), comma 2, dell'art. 186 bis LF, non possono che riguardare i dati aziendali del solo imprenditore debitore e non di terzi che potrebbero non rendersi disponibili al riguardo. L'obbligo informativo non può comunque incombere in capo a terzi che interagiscono con il debitore ricorrente, quali i cessionari, gli affittuari od i conferitari dell'azienda. Indeterminati sono i caratteri del giudizio del *"miglior soddisfacimento dei creditori"* che potrebbe essere interpretato *"rispetto alla liquidazione fallimentare"* e, quindi, il professionista dovrà attestare sulla base delle informazioni disponibili, a seguito delle sue indagini, che il mantenimento della continuità aziendale consentirà, ragionevolmente, di soddisfare i creditori (proprio tutti?) in misura migliore rispetto alla liquidazione fallimentare.

Al professionista viene chiesto di fornire giudizi di probabilità e non di certezza, valutando la realizzabilità di eventi futuri che non può non scontare margini di incertezza o ipoteticità, quindi con dovuti margini di dubbio, esprimendo, così, una valutazione in termini probabilistici sulla realizzabilità della continuazione e, di riflesso, del beneficio che ne può trarre il ceto creditorio.

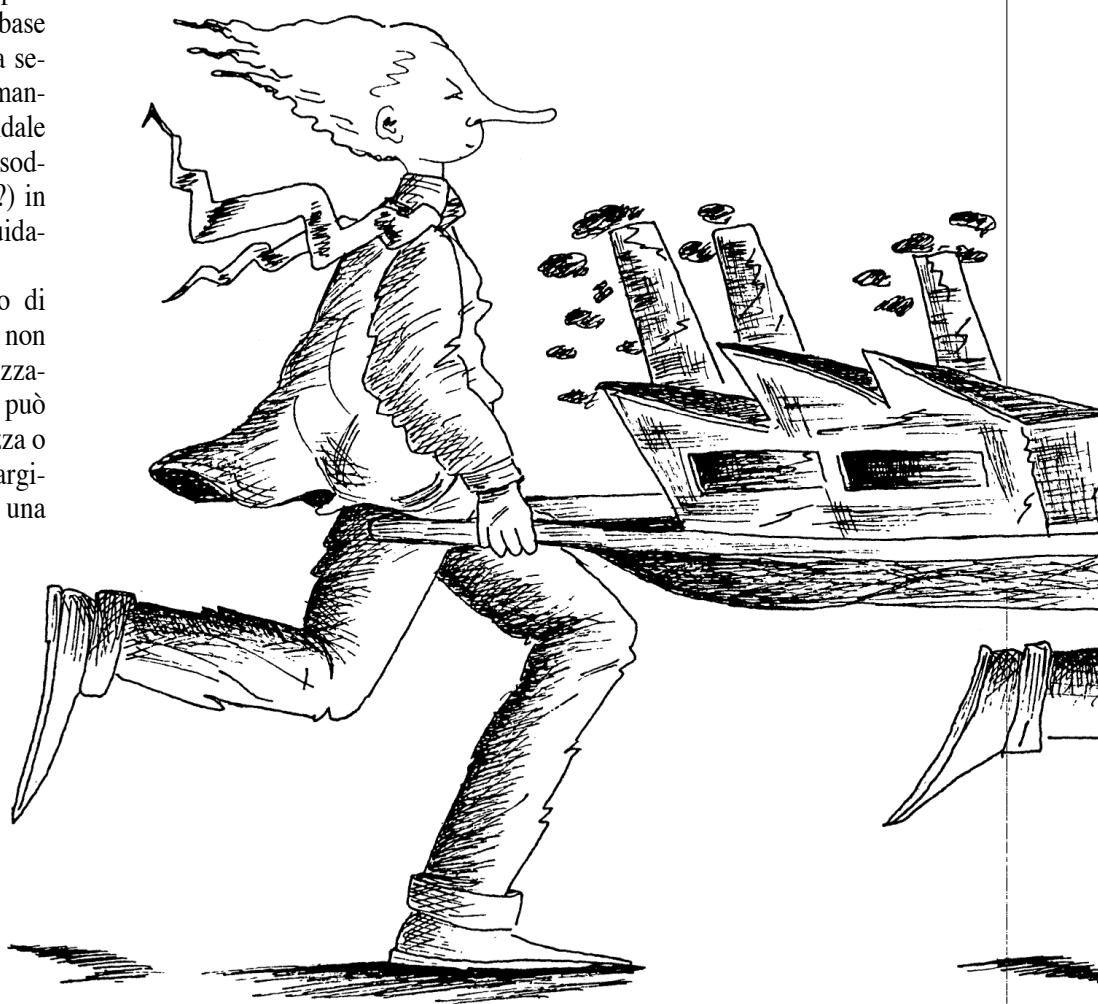
Per contro, il compito del professionista diverrebbe quasi impossibile e l'assenza nel piano e/o nell'attestazione di margini di incertezza o ipoteticità, non può che apparire del tutto sospetta.

Al professionista si chiede un giudizio di verosimiglianza in ordine al fatto che la continuazione dell'attività possa generare maggiore valore rispetto all'immediata cessazione con la liquidazione fallimentare, pertanto maggiori benefici ai creditori, che ragionevolmente possono realizzarsi anche in termini non prettamente di maggiori risorse monetarie per il soddisfatto dei loro crediti (mantenimento dell'occupazione e di contratti).

La valutazione dell'impatto della continuità aziendale sarà sicuramente più limitata se l'azienda è già stata affittata prima della presentazione della domanda concordataria, rispetto all'evenienza che sarà destinata ad esserlo in un breve arco temporale, per poi essere definitivamente ceduta.

In tali casi, il piano del debitore e la relazione del professionista dovranno valutare, previa sostenibilità della continuazione dell'attività, nel breve – medio periodo (sino alla vendita), la capacità quantomeno a mantenere l'avviamento aziendale e, in generale, a non creare maggiore indebitamento netto.

E' di tutta evidenza che in caso di continuità aziendale destinata a spiegarsi per anni, il compito del debitore e del professionista risulterà più arduo, con margini di incertezza e di ipoteticità più rilevanti, che potrebbero anche portare ad impossibilità oggettive di prevedere il futuro, condizionato da molteplici ed ingovernabili dinamiche aziendali, variabili interne e/o esterne all'azienda, specie se l'attività sarà



svolta non solo nel mercato domestico e specie per il maggior grado di rischio di continuazione che sussiste in simili particolari contesti di procedure concorsuali, anche se l'azienda è stata affittata.

Il professionista, con idonei mezzi a sua disposizione, dovrà evidenziare ogni perplessità e dubbio.

L'attestazione deve avvenire in un lasso di tempo strettissimo e nessun serio professionista si renderebbe disponibile ad attestare la veridicità di proiezioni, specie se plurennali; per contro, il professionista è in grado di fornire un giudizio di probabilità, non di certezza, quindi di specificare che le ipotesi e le regole, che presiedono la redazione del piano concordatario prospettico,

possono ritenersi corrette sulla base di determinazioni metodologiche generalmente accettate e delle sue esperienze professionali.

Quindi il professionista è chiamato eventualmente solo a fornire un giudizio di massima sulla ragionevolezza del piano previsionale, con tutte le dovute cautele.

I "budgets" si fondano innanzitutto su previsioni di fatturato che si riferiscono ad ipotesi di lavoro, con analisi prospettiche di mercato, che non possono sicuramente avere alcuna certa attendibilità, anche perché tali proiezioni si fondano spesso su particolari sensazioni imprenditoriali che potrebbero essere riformulate in ogni momento, messe facilmente in discussione o smentite da chiunque. Tutto dipende dal budget dei ricavi che la debitrice e/o l'affittuaria si prefissano di raggiungere, anche sulla base di investimenti futuri, anche con utilizzo di particolari mezzi di penetrazione del mercato e di promozione a clienti ed alla rete commerciale, obiettivi che potrebbero anche non verificarsi, se non, forse, in presenza di monopoli o oligopoli.

Al professionista non viene richiesto di attestare la veridicità di tali proiezioni e la fattibilità di tali budgets, ma solo che la prosecuzione dell'"attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori".

L'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo richiesta al professionista attestatore riguardano solo i dati della società proponente e non quelli della società affittuaria.

Ed infatti, il Legislatore allorché ha imposto un'attestazione da parte del professionista lo ha espressamente previsto:

- art. 161 LF "un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67,

III comma, lett. d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo";

- art. 186 bis, lett. b) "la relazione del professionista di cui all'art. 161, III comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori";
- art. 186, comma 3 "l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 ha attestato la conformità e la ragionevole capacità di adempimento".

Appare evidente che il Legislatore solo in caso di "continuazione di contratti pubblici" ha espressamente indicato e preteso l'attestazione di "conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento", per contro l'avrebbe espressamente indicato anche nella lettera a) dello stesso articolo 186 bis LF.

Nel caso di una procedura iniziata ai sensi dell'art. 186 bis LF, se "l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il Tribunale provvede ai sensi dell'art. 173 LF".

Con sentenza di Cassazione, la nr. 24970 del 6.11.13, i Giudici hanno stabilito che, nel concordato preventivo con continuità, la palese manifesta irrealizzabilità del piano non è idonea a giustificare l'intervento del Tribunale, su osservazioni del commissario che riguardano, ad esempio, la mancanza di apporto di nuova finanza, il deficit patrimoniale registrato dal debitore, la mancanza di garanzie di vendita degli immobili e la mancanza di copertura del fabbisogno concordatario.

Trattasi infatti di rilievi valutativi e pronostici sui quali devono esprimersi i soli creditori, con il loro voto.

Giorgio Stefano Alessi
Dottore Commercialista

