

IL CONTRATTO DI AFFITTO D'AZIENDA
PENDENTE ALLA DATA DELLA
DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO IN CASO DI
FALLIMENTO DELLA PARTE AFFITTANTE

Approfondimento predisposto a seguito dello svolgimento dell'esperienza di tirocinio presso il Tribunale di Modena dal Dott. Riccardo Bonetti

Indice:

1 - IL CONTRATTO DI AFFITTO D'AZIENDA E IL CONCETTO DI AZIENDA	2
2 - LA DISPOSIZIONE DI CUI ALL'ART. 79 L. FALL.	3
2.1 - L'esclusione dello scioglimento automatico del contratto	5
2.2 - L'opponibilità del contratto di affitto d'azienda alla Procedura fallimentare	6
2.3 - Il termine di 60 giorni per la decisione sulle sorti del contratto	6
3 - LE SOLUZIONI IN CAPO AL CURATORE	8
3.1 - La prosecuzione del contratto di affitto d'azienda	8
3.2 - La valutazione del recesso da parte del Curatore ovvero della prosecuzione del contratto	10
3.3 - Le autorizzazioni necessarie al Curatore	14
3.4 - L'equo indennizzo in caso di recesso	15
3.5 - La retrocessione del complesso aziendale	19
3.5.1 - La retrocessione del complesso aziendale ed i rapporti di lavoro subordinato	22
4 - CONTRATTO DI AFFITTO D'AZIENDA ED AZIONE REVOCATORIA AZIENDALE	25

1 - Il contratto di affitto d'azienda e il concetto di azienda

Secondo il disposto di cui all'art. 2555 c.c. l'azienda è il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'attività di impresa; rientrano quindi nel concetto di azienda tutti quei beni, mobili o immobili, materiali o immateriali che sono organizzati e coordinati dall'imprenditore, in funzione dell'esercizio dell'attività d'impresa e del conseguente raggiungimento dell'oggetto sociale.

Al fine di ravvisare l'esistenza di un'azienda è quindi necessario valutare la rilevanza dell'oggettiva organizzazione dei beni e la funzionalità di tale organizzazione al raggiungimento dell'oggetto sociale.

Il contratto di affitto d'azienda è, pertanto, un contratto mediante il quale il concedente trasferisce alla controparte affittuaria il godimento di un complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività d'impresa; gli elementi costituenti l'azienda sono desumibili dal contenuto delle norme dettate dal codice civile – artt. 2555 e successivi – tenendo conto che si tratta di disposizioni applicabili in tutte le ipotesi in cui si verifica la sostituzione di un soggetto nell'esercizio di impresa, indipendentemente dal fatto che il trasferimento avvenga a titolo definitivo ovvero temporaneo, come avviene nel caso che ci interessa.

In relazione alla forma necessaria per definire l'affitto d'azienda, l'art. 2556 c.c. dispone che *«per le imprese soggette a registrazione i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda devono essere provati per iscritto, salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto»*.

I contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese, nel termine di trenta giorni, a cura del notaio rogante o autenticante».

2 - La disposizione di cui all'art. 79 l. fall.

Il tema dell'affitto d'azienda c.d. eso-concorsuale – ovvero sottoscritto in data antecedente alla dichiarazione di fallimento – è trattato dall'art. 79 l. fall. che dispone che *«Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'articolo 111, n. 1 l. fall.»*

Dal disposto di cui all'art. 79 l. fall. si desume, pertanto, che il Curatore subentra automaticamente nel contratto di affitto d'azienda in ogni caso, sia quando il fallito abbia prima assunto la veste della parte affittante, sia quando abbia assunto quella della parte affittuaria.

Prevedendo l'automatica continuazione del contratto pendente, il legislatore ha voluto assicurare la continuità dell'impresa, coerentemente con la generale tendenza a favorire il risanamento o, quanto meno, la conservazione del valore aziendale; la norma, infatti, tutela ora l'interesse dell'affittante a conservare il complesso aziendale in esercizio, ora quello dell'affittuario che in questo modo non interrompe la conduzione dell'attività imprenditoriale gestita in forza di apposito contratto.

Il subentro automatico, però, complica non poco la posizione della Curatela, atteso che tale previsione implica la soggezione alle regole ordinarie in tema di affitto d'azienda, operanti peraltro relativamente ad un contratto non predisposto direttamente dall'Organo gestorio della Procedura. Tuttavia, per evitare che l'automatica prosecuzione vada a danneggiare in modo rilevante gli interessi della Procedura – si pensi ad esempio all'interesse del curatore-affittante a liquidare i beni entro un tempo ragionevole – la norma non esclude la possibilità – prevista in capo ad entrambe le parti – di sciogliere il rapporto (entro il termine di sessanta giorni) quando una delle parti preferisca tale soluzione, consentendole di recedere.

Gli effetti del contratto esistente alla data della sentenza dichiarativa di fallimento potranno pertanto venire meno solamente nel caso in cui una delle parti, con le modalità previste dall'art. 79 l. fall., manifesti espressamente la volontà di recedere.

La possibilità di recedere unilateralmente dal contratto è controbilanciata dal ristoro economico previsto dall'art. 79 l. fall. che dispone il riconoscimento di un equo indennizzo in prededuzione, non solo a favore del fallito, ma anche della controparte *in bonis*, assicurando a quest'ultima il soddisfacimento come credito della massa.

La misura dell'indennizzo, in prima battuta, può essere liberamente negoziata tra le parti; qualora non sia possibile addivenire ad un accordo, sarà necessario l'intervento del Giudice delegato, sentiti gli interessati¹.

La norma presuppone dunque sì la continuazione del contratto, ma solo nel caso in cui entrambe le parti siano ancora d'accordo, atteso che è di fatto sufficiente il dissenso di una sola parte per determinare la possibilità di scioglimento.

Si è evidenziato in dottrina che l'obbligo di corrispondere un equo indennizzo potrebbe determinare una maggiore stabilità dei contratti stipulati prima della dichiarazione di fallimento, stante la maggiore difficoltà per il Curatore di trovare i fondi per sciogliersi dal rapporto².

Risulta, infine, di difficile interpretazione il motivo per cui la facoltà di recesso sia stata attribuita anche all'affittuario *in bonis*, tenendo conto del fatto che il Fallimento dell'affittante non comporta alcun danno tale da giustificare la possibilità di sottrarsi agli adempimenti previsti contrattualmente, assunti prima della dichiarazione di fallimento della controparte affittante.

¹ Così "Il Fallimento" Trattato delle Procedure Concorsuali di Alberto Jorio e Bruno Sassani.

² v. L. Mandrioli "Il contratto di affitto di azienda" in S. Bonfatti-L. Panzani (a cura di), La riforma organica delle Procedure concorsuali, Milano Ipsoa 2008.

2.1 - L'esclusione dello scioglimento automatico del contratto

Come già introdotto nel paragrafo precedente, il legislatore nel preferire la prosecuzione del contratto di affitto d'azienda pendente alla dichiarazione di fallimento. rispetto all'automatico scioglimento – ovvero sospensione – ha voluto privilegiare il principio di prosecuzione, sopravvivenza e conservazione dell'impresa³, atteso che, in caso di mancato recesso delle parti, il contratto perdurerebbe sino al termine originariamente previsto dai contraenti *in bonis*, risultando altresì mantenuti in essere anche gli altri aspetti previsti nel contratto.

L'automatica prosecuzione del contratto pendente rischia però di condurre alla stipula di contratti “fraudolenti” o “simulati”, predisposti con il solo obiettivo di sottrarre al Curatore le scelte di gestione dell'impresa e conseguentemente di amministrazione del patrimonio fallimentare, con un canone inadeguato o clausole contrattuali sfavorevoli per il Fallimento⁴; risulta, inoltre, assai più difficile reprimere quegli affitti d'azienda stipulati dall'affittante – poi successivamente dichiarato fallito – al solo fine di esercitare l'impresa per interposta persona, mediante allocazione presso terzi compiacenti delle attività oggetto dell'impresa separando, di fatto, l'attivo dalle passività, queste ultime lasciate quindi ai creditori, sfruttando il fatto che in caso di affitto non si trasferiscono all'affittuario i debiti dell'azienda, ma solo i contratti⁵.

L'automatica prosecuzione del contratto, dall'altro lato, presenta anche aspetti vantaggiosi per il fallimento soddisfacendo, ad esempio, l'esigenza della Procedura di assicurare alla massa dei creditori la custodia dei beni, la conservazione dell'organizzazione aziendale, il suo avviamento ed il suo valore dinamico in funzione della massimizzazione dei ricavi della liquidazione, oltre che della salvaguardia dell'unità produttiva nell'interesse generale⁶.

³ v. L. Mandrioli “Il contratto di affitto di azienda” in S. Bonfatti-L. Panzani (a cura di), La riforma organica delle Procedure concorsuali, Milano Ipsoa 2008.

⁴ v. “L'affitto di azienda preesistente al fallimento” di F. Fimmanò in il caso.it documento 98/2008.

⁵ Così “Il Fallimento” Trattato delle Procedure Concorsuali di Alberto Jorio e Bruno Sassani.

⁶ Così A. Dimundo “Codice Commentato del Fallimento” diretto da Giovanni Lo Cascio, IV Edizione Wolters Kluwer, commento all'art. 79 l. fall.

2.2 - L'opponibilità del contratto di affitto d'azienda alla Procedura fallimentare

Si precisa che la soluzione della prosecuzione automatica del contratto di affitto d'azienda preesistente – con gli obblighi, gli oneri, le facoltà, le azioni e le preclusioni che ne derivano per le parti – deve intendersi funzionalmente legata alla sua legittima opponibilità alla procedura fallimentare. In caso contrario, infatti, il Curatore potrebbe decidere per lo scioglimento in applicazione dell'art. 45 l. fall., che dispone l'inopponibilità al concorso di quegli atti per i quali non sono state rispettate, prima della sentenza dichiarativa di Fallimento, le formalità necessarie per renderli opponibili ai terzi.

Non risultano, pertanto, opponibili al fallimento quei contratti che ai sensi dell'art. 2556 c.c., avendo ad oggetto il godimento dell'azienda, non sono provati per iscritto e non sono depositati in forma di scrittura privata autenticata ovvero di atto pubblico, presso il registro delle imprese.

2.3 - Il termine di 60 giorni per la decisione sulle sorti del contratto

Il termine di 60 giorni esplicitamente previsto dall'art. 79 l. fall. è perentorio, anche se non espressamente indicato dalla norma, in ragione della natura sostanziale e non processuale di esso; il legislatore ha infatti inteso correlare alla sua decadenza, effetti precisi che si sostanziano, da un lato, nella impossibilità di recedere dal contratto, circostanza a cui corrisponde specularmente, la prosecuzione dello stesso sino alla naturale scadenza; si precisa inoltre che laddove non venga esercitato tempestivamente da parte del Curatore il relativo diritto potestativo di recesso – a differenza della regolamentazione operante per il contratto di locazione di immobili – sarà del tutto indifferente la durata di esso, essendo stata prevista la facoltà di recedere per il Curatore solo nel termine di 60 giorni e, non già, in quello più ampio, di un anno, così come per la locazione⁷. La perentorietà del termine consegue alle indiscutibili finalità di migliore conservazione del patrimonio

⁷ Così A. Caiafa "l'affitto di azienda, rapporto giuridico preesistente" in il Fallimentarista Focus del 10 aprile 2013.

aziendale e di tutela del contraente soggetto all'insindacabile diritto potestativo di scioglimento riconosciuto all'altro⁸.

La fissazione di questo termine in n. 60 giorni sta a significare che il legislatore ha ritenuto congruo questo arco di tempo per svolgere le valutazioni sulla convenienza alla prosecuzione ovvero all'esercizio del diritto di recesso, e ripercuotendosi la decisione di ciascuna parte sulla posizione dell'altra, non consentendo ad una di esse di aumentare il tempo a propria disposizione.

Secondo indirizzo del Tribunale di Modena il termine perentorio di n. 60 giorni può essere prorogato solamente in caso di accordo consensuale intercorso tra le parti, essendo un termine posto a tutela delle stesse.

In riferimento alla necessità o meno dell'autorizzazione, in capo al Curatore, per l'accordo di proroga si ritiene che, trattandosi di atto in materia di scioglimento dei contratti, sia necessaria, ai sensi dell'art. 35 l. fall., l'autorizzazione del comitato dei creditori.

⁸ v. Sentenza Tribunale di Roma del 7 luglio 2011.

3 - Le soluzioni in capo al Curatore

3.1 - La prosecuzione del contratto di affitto d'azienda

In caso di prosecuzione del rapporto – e pertanto di mancato esercizio della facoltà di recesso in capo alle parti del contratto – ognuna delle parti è tenuta ad adempiere gli obblighi contrattuali; in particolare il Curatore assume a carico o a vantaggio della massa tutti i diritti e gli obblighi scaturenti dal contratto originario che sorgono dopo la dichiarazione di fallimento e fino all'eventuale esercizio del recesso ovvero sino alla naturale scadenza del contratto, salva la presenza di particolari clausole, interne al contratto, che prevedano la possibilità di risolvere l'affitto d'azienda; il contratto originario può, infatti, prevedere, a titolo esemplificativo, la facoltà di recesso unilaterale per una delle parti, ovvero clausole risolutive espresse.

Si precisa che la prosecuzione, se prolungata fino al termine contrattuale di durata del rapporto, può influire negativamente sullo svolgimento della procedura fallimentare sotto diversi profili; fino a quando dura l'affitto, il Curatore non può procedere alla liquidazione dei beni inseriti nell'azienda, comprese le scorte di materie prime e prodotti finiti, spettando all'affittuario il diritto di disporne. In quest'ultimo caso l'unica soluzione percorribile per il Curatore è quella di procedere ad effettuare la cessione d'azienda nella sua interezza, non potendo pregiudicare il diritto di godimento garantito all'affittuario per tutta la durata del rapporto⁹.

La regola della continuazione automatica dell'affitto di azienda pone, inoltre, il rilevante problema di comprendere la sorte delle clausole contrattuali che potrebbero risultare difficilmente compatibili con la procedura fallimentare; è il caso delle clausole che prevedono l'inalienabilità dell'azienda per un determinato periodo di tempo o per tutta la durata del contratto di affitto d'azienda o che attribuiscono all'affittuario un diritto di opzione o di prelazione in caso di vendita dell'azienda, atteso che la cessione dell'*asset* aziendale deve necessariamente essere effettuata tramite apposita procedura competitiva secondo le regole disciplinate dall'art. 107 l. fall. Le clausole del primo tipo sono

⁹ Così A. Dimundo "Codice Commentato del Fallimento" diretto da Giovanni Lo Cascio, IV Edizione Wolters Kluwer, commento all'art. 79 l. fall.

reputate contrastanti con le norme che impongono una sollecita liquidazione dell'attivo fallimentare, mentre quelle del secondo tipo sono state ritenute incompatibili con la disciplina del fallimento, ove le modalità di vendita sono fissate dal legislatore¹⁰.

A parere dello scrivente, anche le clausole contrattuali incompatibili o non convenienti per la Procedura rimangono comunque efficaci in ipotesi di prosecuzione del contratto, legittimando eventualmente l'esercizio del diritto di recesso da parte del Curatore, atteso che altrimenti si lascerebbe agli Organi della Procedura la possibilità di "selezionare" solamente quegli aspetti del contratto favorevoli alla gestione del Fallimento, con indubbio svantaggio per la controparte *in bonis*. Tutto al più la presenza di clausole incompatibili può essere un elemento per propendere, in caso di recesso, ad un indennizzo di valore minore.

In dottrina c'è anche chi ritiene, invece, inefficaci e inopponibili alla Curatela le clausole contrattuali incompatibili con le finalità della Procedura fallimentare o con gli interessi della Massa.

Interessante è il tema del diritto di prelazione convenzionale stabilito nel contratto eso-fallimentare, atteso che, di fatto, tale clausola favorisce un particolare soggetto nella Procedura competitiva per la cessione dell'azienda; in relazione a tale clausola lo scrivente ritiene che, analogamente a quanto statuito dall'art. 104-*bis* l. fall. la stessa sia compatibile con la prosecuzione del contratto di affitto pendente, qualora sia in esso contemplata, dal momento che il Curatore è obbligato a rispettare il contratto nel quale è subentrato e dal quale può sciogliersi mediante l'esercizio del recesso. In tal caso è però consigliato, quantomeno, al momento della decisione di non esercitare il diritto di recesso di cui all'art. 79 l. fall., informare gli Organi superiori della Procedura.

Per altri invece il diritto di prelazione spetterebbe solamente ai soggetti che abbiano stipulato un contratto di affitto d'azienda con l'autorizzazione degli Organi superiori della Procedura e non a chi

¹⁰ Così P. Morandi in "Commentario Breve alla Legge Fallimentare" Maffei Alberti, edizione Cedam 2013, commento all'art. 79 l. fall.

l'abbia stipulato con l'imprenditore fallito, salva la possibilità per gli Organi fallimentari di concedere all'affittuario in via convenzionale il diritto di prelazione, previo parere del Comitato dei creditori.

3.2 - La valutazione del recesso da parte del Curatore ovvero della prosecuzione del contratto

Il compito del Curatore relativamente alla scelta di esercitare o meno il diritto di recesso appare estremamente complesso nel caso in cui il contratto di affitto – sottoscritto tra le parti in data antecedente alla dichiarazione di fallimento – presenti, da una parte, una serie di clausole sfavorevoli per la Procedura, mentre, dall'altra, presenti, viceversa, aspetti vantaggiosi, non potendo gli Organi della procedura – se non nel caso di accordo con la controparte – procedere ad una modifica unilaterale del contratto, mantenendo solamente alcune clausole rispetto ad altre.

Nella valutazione della convenienza all'esercizio del diritto di recesso il Curatore – e gli Organi superiori della Procedura che sono chiamati ad autorizzare il compimento dell'atto *de quo* – dovrà valutare i seguenti aspetti del contratto originario:

- i)* compatibilità delle clausole contrattuali con le finalità della liquidazione; qualora ad esempio il contratto preveda la possibilità da parte dell'affittuario di esercitare un diritto di opzione all'acquisto, ad avviso dello scrivente – salvo accordo con la controparte – sarà obbligatoriamente necessario recedere dal contratto ovvero modificare la clausola, facendo subordinare l'acquisto ad una procedura competitiva così come obbligatoriamente disposto dall'art. 107 l. fall. Qualora, infatti, la cessione dell'*asset* aziendale venisse compiuta senza la necessaria procedura competitiva – ma con il solo esercizio d'opzione all'acquisto esercitato dallo stesso affittuario – si lascerebbe, di fatto, la possibilità all'imprenditore di scegliere il futuro soggetto acquirente. Tale circostanza risulta, sicuramente, contrastante con il disposto della Legge, atteso, peraltro, che, nella

maggior parte dei casi, l'affitto d'azienda viene effettuato a favore di una società il cui assetto proprietario è spesso riconducibile quello della società affittante;

- ii) compatibilità della durata contrattuale con le tempistiche disposte per la liquidazione dell'attivo fallimentare. A seguito delle modifiche apportate dall'art. 6, primo comma, lettera c) del d.l. n. 83 del 27 giugno 2015, convertito con modificazioni dalla l. n. 132 del 6 agosto 2015, l'art. 104-ter, terzo comma l. fall. dispone che *«il termine di cui alla lettera f) - che a sua volta dispone che il Curatore nel programma di liquidazione deve necessariamente indicare il termine entro il quale sarà completata la liquidazione dell'attivo – del precedente comma non può eccedere i due anni dal deposito della sentenza dichiarativa di fallimento»*; ciò comporta, inevitabilmente, che il Curatore sia costretto ad esercitare il recesso qualora la durata contrattuale sia incompatibile con il disposto della sopra richiamata norma, salvo il caso in cui – a fronte di un canone di affitto d'azienda estremamente appetibile – si decida di procedere alla cessione dell'azienda affittata. Tale situazione è plausibile nel momento in cui la stessa affittuaria decida, pur di poter proseguire l'attività d'impresa, di presentare una offerta irrevocabile per l'acquisto della stessa. In questo caso pur diventando l'*asset* aziendale, salvo rari casi, poco appetibile per soggetti terzi, la Curatela potrà procedere alla cessione del complesso aziendale disponendo una procedura competitiva così come obbligatoriamente previsto dall'art. 107 l. fall. Altra soluzione, in caso di affitto d'azienda pendente, con durata contrattuale maggiore rispetto al termine di due anni disposto dall'art. 104-ter, terzo comma l. fall., è quella di prevedere nel Programma di liquidazione una durata di liquidazione più elevata, giustificando tale maggior termine con la convenienza per il fallimento a mantenere in essere il contratto, attendendo la naturale scadenza dello stesso;
- iii) eventuali oneri in prededuzione da sostenere in caso di recesso. Tale circostanza può accadere – ad esempio nel caso in cui l'impresa fallita svolga attività di commercio

gestendo diversi punti vendita situati in immobili di proprietà di terzi – quando a seguito del recesso dal contratto di affitto d’azienda pendente sia necessario, conseguentemente, recedere anche da altri contratti quali ad esempio quelli di locazione immobiliare; nella valutazione della convenienza all’esercizio del diritto di recesso il Curatore dovrà tenere conto che se vorrà risolvere anche i contratti di locazione relativi agli immobili in cui veniva svolta l’attività l’art. 80 l. fall. dispone che *«in caso di fallimento del conduttore, il Curatore può in qualunque tempo recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un equo indennizzo per l’anticipato recesso, che nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato sentiti gli interessati»*;

- iii)* presenza di particolari clausole svantaggiose per il Fallimento, quali, a titolo esemplificativo, oneri di manutenzione delle strutture o degli impianti facenti parte dell’azienda condotta in affitto;
- v)* congruità tra il valore del complesso aziendale concesso in affitto ed il canone previsto nel contratto;
- vi)* incidenza della presenza del contratto nel limitare o rendere più complessa la liquidazione. E’ evidente, infatti, che il Curatore dovrà necessariamente recedere dal contratto di affitto di azienda quando lo stesso si traduca in una sostanziale indisponibilità dei beni facenti parte dell’azienda¹¹;
- vii)* la rapida obsolescenza della struttura aziendale o del prodotto industriale, al fine di evitare che in caso di successiva retrocessione dell’azienda, il Curatore si trovi a dover liquidare un bene di fatto privo di valore commerciale o dove addirittura sia necessario sostenere costi di smaltimento;

¹¹ Così L. A. Bottai in “La Legge fallimentare” Commentario teorico pratico a cura di Massimo Ferro, terza Edizione Cedam 2014, commento all’art. 79 l. fall.

- viii) l'affidabilità dell'affittuario, sia con riferimento all'obbligazione di pagamento dei canoni, sia in relazione alla certezza che il compendio aziendale sia correttamente conservato, con particolare riferimento all'avviamento e al valore rappresentato dall'organizzazione.

Effettuando, infine, un'analisi parallela con il contratto di affitto d'azienda c.d. endo-concorsuale – ovvero sottoscritto tra la Curatela ed un soggetto *in bonis* a seguito di apposita procedura competitiva – si precisa che l'art. 104-bis, terzo comma, l. fall. prevede che *«il contratto di affitto stipulato dal Curatore nelle forme previste dall'art. 2556 c.c. deve prevedere il diritto del Curatore di procedere alla ispezione dell'azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del Curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il Comitato dei Creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'art. 111, primo comma, l. fall.»*.

Trasponendo quanto disposto dal sopra richiamato articolo 104-bis l. fall. alla disciplina del contratto di affitto d'azienda eso-concorsuale, si ritiene che non per forza il Curatore debba proseguire il contratto solo in caso di presenza delle predette clausole, atteso che altrimenti la quasi totalità dei contratti dovrebbe essere risolta dall'Organo giudiziale; trattandosi di clausole che comunque faciliterebbero la gestione dell'azienda affittata da parte della Curatela, il curatore potrà, comunque, chiedere una integrazione dei patti originari o “condizionare” la continuità ad una riformulazione parziale degli stessi.

È inoltre da escludere un inserimento automatico *ex lege* delle predette clausole atteso che, di fatto, si andrebbe a modificare sostanzialmente ed unilateralmente il contenuto dell'originario contratto di affitto d'azienda.

3.3 - Le autorizzazioni necessarie al Curatore

Risulta particolarmente dibattuto in dottrina il tema sulla necessaria autorizzazione o meno degli Organi superiori della Procedura relativamente alla scelta sulla prosecuzione, ovvero scioglimento, del contratto di affitto d'azienda pendente.

Autorevole dottrina¹² ritiene che la scelta sulle sorti del contratto sia a discrezione del Curatore, atteso che la stessa richiede un notevole, e non comune, grado di conoscenze di carattere aziendalistico oltre ad una tempestività, esperienza e conoscenza tecnica della gestione dell'impresa, sottolineando che la discrezionalità tecnica della scelta non può che essere affidata al Curatore stesso. La totale autonomia dal Comitato dei creditori, sempre in tema di contratto di affitto d'azienda, può essere rinvenuta anche nella totale autonomia disposta dall'art. 104 *bis*-l. fall. – operante in tema di contratto di affitto d'azienda endo-fallimentare – atteso che il predetto organo non interviene sulla scelta della controparte con cui sottoscrivere il contratto di affitto d'azienda.

Altra dottrina ritiene che, qualsiasi sia la scelta del curatore sulle sorti del contratto, ed a prescindere dallo specifico contenuto precettivo dell'art. 72 l. fall., tale scelta configuri un atto di straordinaria amministrazione rimesso alla previa autorizzazione del Comitato dei creditori e, se di valore superiore ad Euro 50.000, qualora non già approvato dal giudice delegato nel piano di liquidazione di cui all'art. 104-*ter* l.fall., soggetto anche ad una preventiva informazione al giudice delegato a norma dell'art. 35 l. fall. Quest'ultimo evidentemente deve in sostanza approvare, anche implicitamente, la decisione assunta dal curatore, in quanto altrimenti, a prescindere dalla necessità o meno di specifica autorizzazione, dispone di poteri giurisdizionali tali da inibire l'esecuzione della scelta¹³.

A parere dello scrivente, seppur la norma non preveda espressamente che il Curatore debba, prima del compimento dell'atto, chiedere l'autorizzazione del Comitato dei Creditori, prima di intimare il

¹² v. Riccardo Rossi "L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di Fallimento" in il Diritto Fallimentare e delle società commerciali, Cedam maggio-agosto 2010.

¹³ Così F. Fimmanò "L'affitto d'azienda preesistente al fallimento" in ilCaso.it, documento n. 98/2008 del 14 marzo 2008.

recesso alla controparte, sia prudente che il Curatore comunichi la volontà di avvalersi della facoltà riconosciuta dall'art. 79 l. fall. agli Organi superiori, atteso che all'esercizio del recesso consegue il sorgere di un diritto, in capo alla controparte, all'indennizzo, da corrisponderci in prededuzione.

3.4 - L'equo indennizzo in caso di recesso

Come più volte anticipato nel presente documento, il disposto di cui all'art. 79 l. fall. prevede che la parte, assoggettata all'esercizio del recesso di controparte, debba ricevere una somma a titolo di equo indennizzo, che nel dissenso delle parti è determinato dal Giudice delegato alla Procedura, sentiti gli interessati.

In primo luogo il *quantum* dell'equo indennizzo può essere direttamente determinato dalle parti del contratto, secondo comune accordo; in questo caso il Curatore – sia nel caso in cui eserciti il diritto di recesso ovvero subisca il diritto di controparte – dovrà, di fatto, “contrattare” la somma da riconoscere alla controparte ovvero da incassare.

La decisione in merito alla definizione dell'equo indennizzo, dovendo lo stesso essere pagato in prededuzione, è – ad avviso dello scrivente – subordinata alla preventiva autorizzazione del Comitato dei Creditori ai sensi dell'art. 35 l. fall. – ed eventualmente previa informativa al Giudice delegato alla Procedura nel caso in cui l'indennizzo superi la soglia di Euro 50.000 – trattandosi di atto di straordinaria amministrazione che può incidere negativamente sugli interessi degli altri creditori; di controverso anche la definizione dell'equo indennizzo a favore del fallimento rappresenta un atto di straordinaria amministrazione in quanto, anche in questa situazione, l'indennizzo, questa volta a favore della massa, può incidere più o meno rilevantemente sul grado di soddisfazione dei creditori.

Nel caso in cui, invece, le parti non riescano ad addivenire ad un accordo è discusso se per l'accertamento dell'*an* e dell'*quantum* si debba procedere con il rito speciale dell'accertamento del passivo, *ex art. 92 l. fall.*, oppure se debba essere determinato dal Giudice Delegato, sentiti gli

interessati, con decreto motivato, da impugnarsi, con reclamo motivato davanti al Tribunale, ai sensi dell'art. 26 l. fall.

Sul tema, la dottrina risulta divisa nettamente; sembra, tuttavia, prevalere la tesi che riconosce al Giudice delegato la determinazione dell'equo indennizzo attraverso il procedimento camerale del contraddittorio fra gli interessati. Ciò perché – si è detto – «*non avrebbe alcun senso adire in seconda istanza, con lo speciale procedimento di accertamento del passivo, lo stesso giudice delegato autore in prima istanza del provvedimento impugnato, adottato in esito ad un procedimento camerale svoltosi nel contraddittorio degli interessati*¹⁴».

Aderisce a tale tesi la Corte di Cassazione, con la Sentenza n. 6237 del 3 giugno 1991, relativa, peraltro, alla fattispecie prevista dall'art. 80 l. fall.

Nella sopra richiamata sentenza, la Suprema Corte argomenta che «*l'art. 80, c. 2 L. Fall., nel disporre che in caso di recesso dal contratto di locazione il locatore ha diritto ad un giusto compenso; e che questo, in caso di dissenso fra le parti è determinato dal giudice delegato, introduce in procedimento di natura giurisdizionale, estremamente sommario (si struttura nella semplice audizione degli interessati), attribuito alla competenza funzionale del giudice delegato, il quale decide in via di equità a seguito, di una valutazione che tenga conto di tutte le circostanze del caso: per questa ragione la dottrina ha affermato che il compenso costituisce più un indennizzo che un risarcimento del danno*».

In riferimento alla tesi contraria, ovvero quella che ritiene che la definizione di “equo indennizzo” debba essere effettuata con il rito speciale dell'accertamento al passivo, in giurisprudenza si rinviene un decreto del Tribunale di Udine di data 3 maggio 2013. Ad avviso dello scrivente il rito speciale dell'insinuazione al passivo risulta essere una possibile soluzione in quanto, in tema di disciplina dei crediti prededucibili l'art. 111-bis l. fall. prevede che «*i crediti prededucibili devono essere accertati con le modalità di cui al capo V, con esclusione di quelli non contestati per collocazione ed ammontare*»; qualora le parti raggiungano un accordo sul *quantum* dell'indennizzo il credito della controparte che ha subito

¹⁴ Così G. Fiori, in, “Codice Commentato del Fallimento”, diretto da G. Lo Cascio, Ipsoa Edizione 2013, commento all'art. 79 l. fall.

L'esercizio del recesso non è contestato dal Curatore; qualora invece le parti non trovino un accordo sul *quantum* dell'indennizzo, senza dubbio, il credito di controparte risulta contestato dal Curatore e pertanto, occorrerà "passare" dallo Stato Passivo.

In tema della natura dell'indennizzo vi erano due possibili soluzioni:

- a) natura indennitaria;
- b) natura risarcitoria.

In dottrina si ritiene che l'equo indennizzo abbia natura indennitaria e non risarcitoria atteso che consiste in una prestazione di denaro dovuta da un soggetto ad un altro, quale corrispettivo patrimoniale spettante a quest'ultimo avendo subito l'esercizio di un, comunque legittimo, diritto della controparte.

Sul tema della natura dell'indennizzo il Tribunale di Udine¹⁵ riporta che l'indennizzo *«dev'essere commisurato al danno emergente, relativo al pregiudizio derivante dall'interruzione delle lavorazioni in corso, dalle eventuali penalità da pagare a terzi e dall'entità degli investimenti effettuati, e al lucro cessante, derivante dal mancato incasso degli utili netti che possono maturare nel periodo rimanente di vigenza del contratto (ma non dell'avviamento, che è una qualità intrinseca dell'azienda non indennizzabile, non rientrando fra le consistenze d'inventario dei beni materiali e immateriali ex artt. 2561 e 256 c.c. e non essendovi una previsione analoga a quella in materia di locazioni a favore del conduttore), essendo rimessa in primis all'accordo delle parti la determinazione del quantum, previa autorizzazione del comitato dei creditori e, in caso di superamento della soglia di valore, previa informazione al giudice delegato»*.

Sempre sul tema del riconoscimento dell'indennizzo si sottolinea anche una decisione del Tribunale di Roma¹⁶ che riporta che *«qualora un contratto di affitto di azienda concluso dal fallito perseguo lo scopo non di attribuire all'affittuario il diritto di utilizzare la capacità produttiva dell'azienda ma per trarne un utile imprenditoriale, ma quello di conservare la continuità aziendale in vista di una dichiarazione di fallimento, la causa*

¹⁵ v. Sentenza del Tribunale di Udine del 3 maggio 2013, in ilCaso.it, Sezione Giurisprudenza.

¹⁶ v. Sentenza del Tribunale di Roma del 15 febbraio 2012, in il Fallimento novembre 2012, pag. 1349.

non è più quella tipica della fattispecie negoziale del rapporto di affittanza così che all'affittuario non spetta, in caso di recesso del Curatore, l'equo indennizzo ex art.79 l. fall.».

È ora intenzione dello scrivente cercare di delineare i parametri da utilizzare per la determinazione del *quantum* dell'indennizzo spettante all'affittuario che subisce il recesso *ex art. 79 l. fall.* da parte del Curatore. La determinazione dell'indennizzo risulta quantomeno difficilmente individuabile, attese le particolari caratteristiche che contraddistinguono ciascun soggetto; nel caso che ci interesse, ovvero quello in cui il Curatore del fallimento dell'affittante receda, nella determinazione dell'indennizzo dovuto alla controparte affittuaria, *in bonis*, bisogna tenere conto sia dell'interesse dei creditori partecipanti al concorso – che da un lato acquisiscono anticipatamente la disponibilità dell'azienda, che potrà così essere liquidata senza vincoli contrattuali, ma dall'altro *i*) perdono il flusso di cassa derivante dal pagamento del canone di affitto e *ii*) si accollano l'onere della conservazione del valore dell'*asset* aziendale, soprattutto in termini di costi di custodia e di conservazione dei beni – sia dell'interesse dell'affittuario, che per un verso cessa anticipatamente, e senza preavviso, l'attività imprenditoriale, con la conseguente perdita del valore di avviamento – peraltro spesso generato dalla gestione dello stesso affittuario – nonché degli eventuali utili che avrebbe potuto ottenere fino alla naturale scadenza del contratto.

Un volta delineati i reciproci rapporti di profitto/perdita di ciascuna delle parti del contratto risolto, l'indennizzo spettante alla parte che subisce la decisione di recesso non è commisurabile all'intero ammontare delle sue perdite, bensì un minore importo equamente definibile in considerazione, da una parte, della riduzione dei suoi costi e dall'altra dell'incremento dei costi del recedente non interamente compensati dai vantaggi derivati dal suo recesso¹⁷.

¹⁷ Così A. Dimundo in “Codice Commentato del Fallimento” diretto da G. Lo Cascio, IV Edizione 2017, Wolters Kluwer.

3.5 - La retrocessione del complesso aziendale

L'art. 79 l. fall., dettato in tema di affitto d'azienda stipulato in data antecedente alla dichiarazione di fallimento, tace in relazione agli effetti della retrocessione dell'azienda a seguito dell'esercizio del diritto di recesso stabilito dalla norma, ovvero alla data della scadenza convenzionale del contratto.

In primo luogo è necessario comprendere l'esatto momento in cui decorre, per il fallimento, l'effetto della retrocessione dell'*asset* aziendale. Sul tema vi potrebbero essere due possibili soluzioni:

- i) la retrocessione aziendale potrebbe operare dal momento della comunicazione del diritto di recesso da una delle due parti – e pertanto *ex nunc* – mentre per il periodo intercorrente tra la dichiarazione di fallimento e l'esercizio del diritto, vi sarebbe la prosecuzione del contratto;
- ii) la retrocessione aziendale potrebbe operare *ex tunc* (retroattivamente) ovvero dal momento della dichiarazione di fallimento.

La soluzione a tale quesito si rinviene in una pronuncia del Tribunale di Milano¹⁸ che ha precisato che lo scioglimento dal contratto di affitto risulta essere *ex nunc* atteso che il contratto di affitto di azienda non rientra tra i rapporti negoziali che si considerano sospesi all'atto della dichiarazione di fallimento, ma tra quelli che proseguono in costanza di Fallimento, e dai quali il Curatore può recedere, a differenza dei contratti che, a termini dell'art. 72 l. fall. sono sospesi all'atto della dichiarazione di fallimento. Tale conclusione è resa palese dalla differente formulazione del disposto di cui agli articoli 72 l. fall. e 79 l. fall.

L'art. 72 l. fall. prevede una facoltà di scioglimento, attribuita al Curatore, per “neutralizzare” *ex tunc* – e pertanto sino dalla data della dichiarazione di fallimento – gli effetti della sussistenza all'atto della dichiarazione di fallimento di un contratto a prestazioni corrispettive parzialmente inseguito del quale il curatore non intende avvalersi, contratto che deve ritenersi *medio tempore* sospeso¹⁹.

¹⁸ v. Sentenza Tribunale di Milano, n. 5571 del 5 maggio 2015.

¹⁹ v. Sentenza Corte di Cassazione Sez. I, 24 luglio 2009, n. 17405.

La formulazione dell'art. 79 l. fall. è invece opposta. Il fallimento «*non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda*», il che comporta necessariamente che lo stesso prosegua. La prosecuzione è resa evidente dal fatto che lo strumento attribuito al Curatore per non sottostare alla protrazione degli effetti della prosecuzione del contratto è il diritto di recesso, atto unilaterale recettizio che produce effetto dalla sua comunicazione e non dalla precedente dichiarazione di fallimento. Irretroattività è in parte confermata dal fatto che l'indennizzo dovuto alla controparte per effetto della comunicazione del diritto di recesso trova collocazione in prededuzione *ex lege*, a comprova che il credito, in quanto prededucibile, sorge in costanza di fallimento e, quindi, consegue al verificarsi degli effetti del recesso in costanza di fallimento e non retroattivamente. Pertanto è dai momento della comunicazione del diritto di recesso che il curatore torna in possesso dell'azienda affittata.

Altro tema relativo alla retrocessione aziendale riguarda l'estendibilità all'art. 79 l. fall. delle disposizioni dettate in tema di affitto d'azienda endo-concorsuale, ovvero stipulato, ai sensi dell'art. 104-*bis* l. fall. in data successiva alla dichiarazione di fallimento. Il predetto articolo dispone infatti che la retrocessione al fallimento dell'azienda non comporta responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 c.c. Il predetto articolo disciplina inoltre il trattamento dei rapporti pendenti al momento della retrocessione, disponendo che si applicano le norme di cui alla Sezione IV, relativa alla disciplina dei rapporti giuridici preesistenti.

Le soluzioni proposte in dottrina risultano del tutto contrastanti.

I contrari all'estensione, ritengono non corretta, per la natura eccezionale della deroga, l'applicazione in via analogica del regime esonerativo, sostenendo che tutte le disposizioni dell'art. 104-*bis* l. fall. si applicano solamente ai contratti di affitto endo-concorsuali, auspicando che il Curatore, al fine di proteggere gli interessi della massa, usi lo strumento del recesso per una conveniente rinegoziazione delle clausole contrattuali.

Chi è, invece, favorevole osserva che le ragioni che hanno ispirato la disposizione e la natura della procedura fanno propendere per una applicazione della norma anche ai contratti di affitto preesistenti oltre che a quelli endo-fallimentari in quanto gli effetti dell'applicazione delle regole dell'accollo cumulativo *ex lege* per i debiti da rapporto di lavoro dipendente anche non risultanti dalle scritture contabili, renderebbero di fatto impraticabile ogni prosecuzione del contratto preesistente²⁰.

Concorde al principio sopra riportato risulta essere anche il Tribunale di Milano.

L'articolo 104-*bis*, quinto comma, l. fall., nella parte in cui prevede che «*ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del capo III del titolo II*» rende applicabile al contratto di affitto di azienda stipulato dal curatore gli effetti della disciplina dei rapporti pendenti all'atto della retrocessione dell'azienda (o dello scioglimento del contratto), consentendo al curatore di sciogliersi dai rapporti pendenti come se non fossero mai sorti a carico del fallimento, saldando l'effetto dell'irresponsabilità in capo al fallimento della maturazione dei debiti avvenuta dopo la dichiarazione di fallimento e sino all'avvenuto scioglimento. Tale norma alla quale non si accompagna analogo norma nell'art. 79 l. fall., per i contratti stipulati prima della dichiarazione di fallimento costituisce espressione di un principio generale che, ove applicabile al disposto dell'art. 79 l. fall., comporta per il contratto di affitto di azienda pre stipulato dalla società fallita, una irresponsabilità del curatore per i debiti sorti in prededuzione dalla dichiarazione di fallimento sino all'avvenuto diritto di recesso o, comunque, dei debiti nei confronti di questi vantati per effetto di contratti a prestazioni corrispettive reciprocamente inseguiti²¹.

²⁰ F. Fimmanò, "L'affitto d'azienda pendente in caso di dichiarazione di fallimento", in Vassalli-Luiso-Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, *Gli effetti del fallimento*, Torino 2014, 121.

²¹ v. Sentenza Tribunale di Milano, n. 5571 del 5 maggio 2015.

3.5.1 - La retrocessione del complesso aziendale ed i rapporti di lavoro subordinato

In riferimento alla casistica di retrocessione aziendale, il Curatore dovrà necessariamente accertare se i rapporti di lavoro debbano essere ritrasferiti in capo alla concedente ovvero rimanere in capo all'affittuaria.

Secondo autorevole dottrina²², laddove il cessionario abbia acquisito la clientela, l'avviamento e le relazioni contrattuali²³, si ritiene che i rapporti di lavoro rimangano in capo al cessionario medesimo ed anche nel caso in cui il precedente affittuario retrocedesse solamente i macchinari questi risulterebbero essere una mera "scatola vuota" e di conseguenza i rapporti di lavoro rimarrebbero in capo all'affittuario.

Tema di particolare rilievo è inoltre quello attinente alla solidarietà *ex* art. 2112 c.c. del Fallimento per i debiti maturati nei confronti dei dipendenti nel periodo in cui l'azienda era condotta dalla società affittuaria.

Al fine di tutelare gli interessi dei creditori del Fallimento l'art. 104-*bis* l. fall. – si ricorda operante in tema di contratto di affitto d'azienda endo-concorsuale – dispone, esplicitamente, la non applicazione del disposto di cui all'art. 2112 c.c., con l'evidente obiettivo di non pregiudicare gli interessi degli stessi creditori, da obbligazioni contratte da un soggetto terzo.

Dubbia risulta l'applicabilità del disposto di cui al sopra richiamato art. 104-*bis* l. fall. per quanto riguarda la retrocessione aziendale derivante dal recesso o scioglimento di un contratto di affitto d'azienda sottoscritto antecedentemente alla dichiarazione di fallimento.

Sul tema risultano individuabili due differenti orientamenti; il primo che esclude l'applicazione del disposto di cui all'art. 104-*bis* l. fall. ai contratti sui quali si applica la disciplina dell'art. 79 l. fall.²⁴, attesa la collocazione del disposto nella Legge fallimentare sia il differente contesto iniziale in cui è

²² v. Paolo Bonetti e Fabio Scaini in "I rapporti di lavoro nel Fallimento" Edizio Ipsoa pag. 55

²³ *Cfr.* Tribunale di Milano, sentenza 13 luglio 2004.

²⁴ v. A. Corrado – D. Corrado "I rapporti di lavoro nel Fallimento, verifica crediti, trasferimento di azienda, esercizio provvisorio, cassa integrazione e licenziamenti collettivi" Giappichelli Torino 2007.

stato sottoscritto il contratto di affitto d'azienda essendo – al momento della sottoscrizione del contratto – le imprese *in bonis* e, quindi, non trovando applicazione l'art. 2112 c.c.

Per altra dottrina²⁵ l'applicazione della norma troverebbe fondamento anche nel caso di retrocessione d'azienda per affitti c. d. eso-concorsuali sulla base della *ratio* della norma di sottendere la salvaguardia del ceto creditorio, che non può essere certamente disattesa per il solo fatto che il contratto sia stato sottoscritto dall'impresa quando ancora *in bonis* rispetto a quella fallita.

Altra questione di rilievo riguarda le sorti del contratto di lavoro dipendente una volta rientrato in capo alla concedente fallita. Si osserva che l'art. 104-*bis*, sesto comma, l. fall. rinvia all'art. 72 l. fall. norma in base alla quale i rapporti pendenti – fra i quali rientrano certamente anche quelli di lavoro dipendente²⁶ – rimangono sospesi ed ineseguiti fintanto che il Curatore non comunichi di subentrare nel rapporto ovvero di risolverli; fino alla decisione sul licenziamento, pertanto, non maturano retribuzioni né altri diritti in capo al lavoratore in quanto il rapporto di lavoro entra in uno stato di quiescenza.

Tale conclusione è stata di recente confermata da un Sentenza del Tribunale di Milano che riporta che *«la responsabilità del curatore per i rapporti di lavoro proseguiti in capo all'affittuario sino al recesso dal contratto di affitto di azienda appare, peraltro, contraria allo spirito e alla lettera dell'art. 72 l. fall., che predica la irresponsabilità del fallimento per i contratti a prestazioni corrispettive parzialmente ineseguiti da entrambe le parti e di cui il fallimento può avere responsabilità solo a decorrere dalla retrocessione dell'azienda. “Tale norma rende applicabile al contratto di affitto di azienda stipulato dal curatore gli effetti della disciplina dei rapporti pendenti all'atto della retrocessione dell'azienda (o dello scioglimento del contratto): consentendo al curatore di sciogliersi dai rapporti pendenti come se non fossero mai sorti a carico del fallimento, saldando l'effetto dell'irresponsabilità in capo al fallimento della maturazione dei debiti avvenuta dopo la dichiarazione di fallimento e sino all'avvenuto scioglimento. Tale norma (alla quale non si accompagna analoga norma nell'art. 79 l. fall. per i contratti stipulati prima della*

²⁵ v. F. Fimmanò “l'affitto d'azienda preesistente al Fallimento” in S. Ambrosini “Le nuove procedure concorsuali”, Bologna 2008.

²⁶ v. Sentenza Corte di Cassazione n. 7473 del 14 maggio 2002.

dichiarazione di fallimento) costituisce espressione di un principio generale che ove applicabile al disposto dell'art. 79 l. fall. comporta per il contratto di affitto di azienda prestipulato dalla società fallita una irresponsabilità del curatore per i debiti sorti in prededuzione dalla dichiarazione di Fallimento all'avvenuto diritto di recesso o, comunque, dei debiti nei confronti di questi vantati per effetto di contratti a prestazioni corrispettive reciprocamente ineseguiti. L'applicazione della disciplina dei rapporti pendenti, secondo questa interpretazione, avverrebbe in caso di recesso dal contratto di affitto di azienda per i contratti aziendali ove il curatore receda da tali contratti, rendendo inopponibili quanto meno gli effetti di tali contratti per il periodo successivo alla dichiarazione di fallimento».

4 - Contratto di affitto d'azienda ed azione revocatoria aziendale

L'opzione per il recesso di cui all'art. 79 l. fall. non è l'unica modalità con la quale il Curatore può inficiare le conseguenze derivanti da un contratto di affitto d'azienda contenente clausole che incidono negativamente sul valore dell'*asset* aziendale, in quanto il contratto *de quo* rientra, senza dubbio, negli atti idonei, di per sé, ad alterare *in peius* la garanzia patrimoniale del debitore, ed è, pertanto, soggetto a revocatoria, in caso di successivo fallimento del concedente, qualora sussistano le altre condizioni richieste dall'art. 67, l. fall.

L'azione revocatoria di contratto di affitto d'azienda ha la funzione e l'obiettivo di far cessare il rapporto contrattuale evitando che il contratto preesistente comprometta il valore di realizzo della vendita unitaria e comunque dei singoli beni aziendali.

Nonostante alla procedura sia consentito l'esercizio del diritto di recesso, il Curatore dispone anche degli altri ordinari rimedi, quali le azioni revocatorie, di simulazione, di nullità dei contratti di affitto stipulati dal fallito, al fine di rendere inefficace il contratto di affitto d'azienda stipulato dalla società ancora *in bonis*, sottolineando però che tali soluzioni risultano di estrema complessità inducendo comunque la curatela alla ricerca di accordi transattivi, nella prospettiva di una cessione comunque preferibile per la massa rispetto ad un incerto contenzioso.

Pertanto, in dottrina, si è osservato che l'affitto d'azienda può essere attaccato anche con il rimedio speciale di cui all'art. 2923, terzo comma, c.c., per effetto del quale la parte «*non è tenuta a rispettare la locazione qualora il prezzo convenuto sia inferiore di un terzo al giusto prezzo o a quello risultante da precedenti locazioni*». L'istituto non rientra fra le azioni revocatorie anche se svolge una funzione molto affine e complementare; la disposizione del sopra richiamato art. 2923, terzo comma, c.c. fissa uno dei criteri di opponibilità della locazione e mira a far dichiarare l'inopponibilità dell'atto per mancanza di un requisito, come potrebbe essere la data certa. In questo contesto l'azione spetta al curatore fallimentare fissando, la norma, un criterio di opponibilità del contratto, atteso che a seguito della dichiarazione di fallimento, l'opponibilità della locazione va accertata subito e nei confronti

dell'ufficio fallimentare²⁷.

L'azione revocatoria in riferimento al contratto di affitto d'azienda non può essere promossa nel caso in cui la pregressa stipula del contratto da parte del fallito-affittante non risulti finalizzata a sottrarre attivo ai creditori concorsuali e a maggior ragione nei casi che potrebbero definirsi addirittura "virtuosi" in cui l'affitto venga posto in essere a titolo provvisorio come strumento-ponte al fine di cedere poi definitivamente a terzi l'impresa in funzionamento²⁸.

²⁷ V. F. Fimmanò "l'affitto d'azienda preesistente al Fallimento" in S. Ambrosini "Le nuove procedure concorsuali", Bologna 2008.

²⁸ v. "Il Fallimento", trattato delle Procedure Concorsuali di Alberto Jorio e Bruno Sassani, Giuffrè Editore.