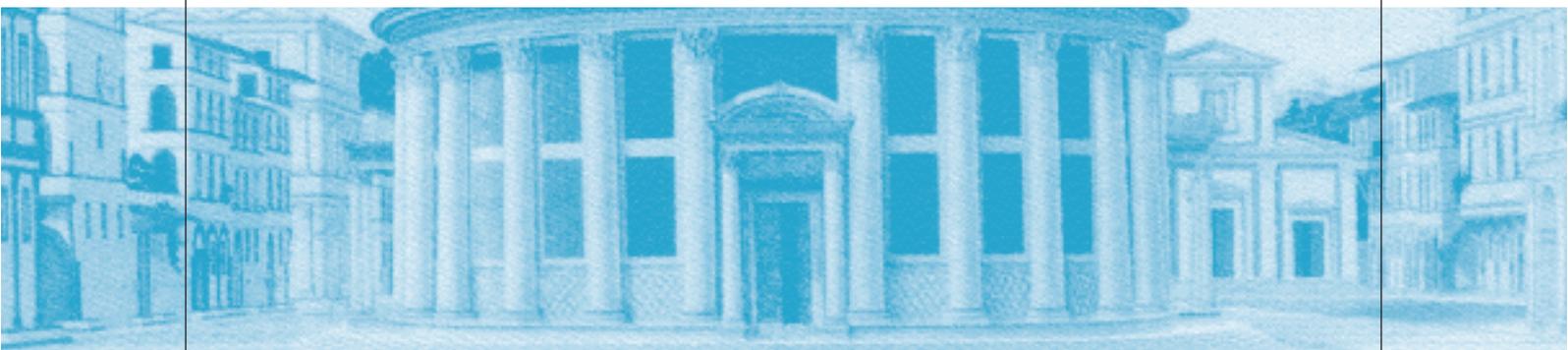


Fondazione Luca Pacioli



**LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE**  
**Il fallimento: esercizio provvisorio ed affitto di azienda**

*Documento n. 2 del 22 gennaio 2007*

**CIRCOLARE**

## INDICE

<i>Premessa</i>	Pag.	1
Introduzione	“	2
1. Esercizio provvisorio	“	3
2. Affitto di azienda	“	6

## LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE

### Il fallimento: esercizio provvisorio ed affitto di azienda

#### *Premessa*

Con il Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in attuazione della legge delega 80 del 2005, è stata varata la nuova legge fallimentare. Il D.Lgs. 5/2006 è stato pubblicato sulla G. U. n. 12 del 16 gennaio 2006. Le sue disposizioni sono entrate in vigore il 16 luglio 2006 (fatti salvi gli artt. 45, 46, 47, 151 e 152 che sono entrati in vigore il giorno della pubblicazione).

La Fondazione Luca Pacioli, è già intervenuta sulla disciplina delle procedure concorsuali con i seguenti documenti:

- Il Fallimento: gli organi della procedura (*Documento n. 19 del 24 ottobre 2006 – Circolare*);
- Il Fallimento: i presupposti ed il procedimento (*Documento n. 15 del 19 luglio 2006 – Circolare*);
- Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali (*Documento n. 1 del 19 gennaio 2006 – Circolare*);
- Il nuovo concordato preventivo (*Documento n. 28 del 28 ottobre 2005 – Circolare*);
- La nuova revocatoria fallimentare (*Documento n. 21 del 30 giugno 2005 – Circolare*);
- Disposizioni in materia fallimentare previste dalla legge 80/2005 (*Documento n. 13 del 18 aprile 2005 - Scheda di lettura*).

Nella esposizione che segue si analizzano le modifiche, riguardanti l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda, introdotte nel Regio Decreto 16 marzo 1942 (c.d. Legge fallimentare) dalla riforma del diritto fallimentare.

Il Presidente  
*Prof. Paolo Moretti*

## Introduzione

Nell'ambito del sistema delineato dalla legge fallimentare del 42, l'impresa veniva presa in considerazione esclusivamente come garanzia patrimoniale dei creditori. In questo contesto la conservazione dell'attività imprenditoriale veniva in rilievo unicamente come mezzo di tutela dei diritti patrimoniali del ceto creditorio<sup>1</sup>.

Il sistema così delineato ben si adattava ad un'economia legata ad un sistema capitalistico meno evoluto ma si rileva, ormai da diversi anni, assolutamente inadeguato al mutato contesto socio-economico. Secondo un orientamento largamente condiviso l'impresa non può più essere valutata, in ottica liquidatoria, esclusivamente come sommatoria del valore dei singoli beni che compongono l'azienda. L'impresa è, e deve essere considerata, ormai, "un valore di per sé".

L'operato dei tribunali più attenti ai mutamenti culturali si è spesso orientato in questa direzione e, in tutti i progetti di riforma che si sono susseguiti in questi anni, sono stati previsti tra gli obiettivi primari la conservazione e la tutela dei valori aziendali e degli interessi di coloro che si muovono nell'ambito d'impresa.

Il legislatore moderno è stato chiamato ad operare, dunque, un'opera di riconciliazione tra autonomia privata e tutela del ceto creditorio, e autonomia pubblica e salvaguardia delle componenti attive di impresa.

Il D.Lgs. 5 del 2006, in attuazione della legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali, rivisita la disciplina della liquidazione dell'attivo cercando appunto di ridurre al minimo i rischi di dispersione dei valori aziendali, col chiaro fine di tutelare i creditori ma anche i portatori di ulteriori interessi che gravitano nell'orbita dell'impresa dichiarata decotta.

\* \* \*

Il capo VI, del titolo II, della nuova legge fallimentare (artt. 104-109), cambia rubrica che passa da "della liquidazione dell'attivo" a "dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo". L'esercizio provvisorio viene ora inserito nel contesto della liquidazione dell'attivo e non più, come in precedenza, all'interno del capo dedicato alla custodia e all'amministrazione delle attività fallimentari.

La modifica operata dal legislatore delegato è tesa ad offrire una nuova interpretazione dell'esecuzione forzata collettiva. L'intera materia viene riformulata, come chiarito dalla relazione al decreto legislativo *"tenendo conto delle prassi virtuose poste in essere dai tribunali più attenti che da tempo adottano soluzioni liquidatorie che privilegiano la duttilità e la rapidità delle operazioni di cessione, cercando di superare le farraginose e poco efficienti norme sulle vendite, modellate sul sistema delle esecuzioni coattive individuali."*

---

<sup>1</sup> Cfr. Umberto Apice, Atti del convegno giuridico di Latina sul tema "Impresa in crisi: conservazione affetto e prelazione" (pubblicati su "Il diritto fallimentare" anno 1993, pagg. 197 e ss.).

Inoltre, viene previsto, al nuovo art. 104-ter la previsione che entro 60 giorni dalla redazione dell'inventario il curatore predisponga un programma di liquidazione che, previo parere vincolante del comitato dei creditori, dovrà essere sottoposto al giudice delegato per l'approvazione. Il programma di liquidazione assolve alla funzione di prevedere una strategia unitaria per le vicende liquidatorie così da "evitare, per quanto possibile, i rischi irrazionali di disgregazione."<sup>2</sup>.

Il programma di liquidazione rappresenta pertanto la proposta di realizzazione dell'attivo riconducibile ad un quadro unitario, ed in quest'ottica, la prima indicazione che deve fornire riguarda (art. 104-ter, comma 2, lett. a)) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda (art. 104), o l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda o di suoi rami (art. 104-bis).

E' proprio su questi due istituti, già noti alle curatele ed ai giudici delegati ma modificati dalla novella, che si vuole soffermare la nostra analisi.

Entrambi gli istituti sono previsti per evitare la dispersione dei valori aziendali (come per esempio l'avviamento), evitare lo smembramento brutto dei beni componenti l'azienda e garantire la forza lavoro.

Sebbene accomunati nella disposizione relativa al programma di liquidazione, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda differiscono però su punti sostanziali: il primo è caratterizzato dalla prosecuzione dell'attività di impresa sotto la responsabilità del curatore e con oneri gravanti sulla procedura, il secondo, invece, affida l'attività di impresa (e i rischi che le ineriscono) ad un soggetto terzo e senza alcun onere per la procedura. E' evidente che in entrambi i casi l'esercizio dell'impresa debba essere circondato da opportune cautele proprio per limitare al massimo i rischi che potrebbero discenderne per i creditori.

## 1. Esercizio provvisorio di impresa

Il nuovo art. 104 l.fall., che va a sostituire l'art. 90 l.fall., dedicato alla disciplina dell'esercizio provvisorio, prevede al primo comma che "Con la sentenza dichiarativa del fallimento il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami d'azienda, se dall'interruzione può derivare un danno grave, purchè non arrechi pregiudizio ai creditori".

Viene quindi ribadita, in primo luogo, così come in passato, la possibilità che l'esercizio provvisorio sia disposto già dalla sentenza di fallimento.

---

<sup>2</sup> Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante "la riforma organica delle procedure concorsuali" Capo VII

Perchè sia possibile attivare l'esercizio provvisorio è necessario che ricorra il presupposto di un danno "grave" e non più anche "irreparabile" (in funzione di un utilizzo più esteso dell'istituto). Il danno non deve necessariamente incombere sui creditori, ma, anche in linea con la concezione di impresa come luogo in cui convergono molteplici e differenti interessi, può essere riferito genericamente all'attività imprenditoriale considerata in tutte le sue manifestazioni.

In altri termini, mentre il precedente art. 90 l. fall. dedicato all'esercizio provvisorio, era connotato da una finalità di esclusiva tutela degli interessi dei creditori (l'esercizio provvisorio doveva tendere ad evitare un "danno grave ed irreparabile" ai creditori), la riforma, anche sulla scorta della meritoria opera della prassi giurisprudenziale, opera nel senso di consentire la salvaguardia del complesso organizzato di beni e persone evitando dispersioni di ricchezza, ovviamente purché questo operato sia compatibile col miglior soddisfacimento dei creditori<sup>3</sup>. Così, sul punto, la relazione "... l'istituto [dell'esercizio provvisorio n.d.r.], a differenza di quanto previsto dall'art. 90 del regio decreto del 1942, risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un migliore risultato dalla liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte."

E' opportuno evidenziare che in passato un'interpretazione estensiva in questo senso della norma aveva portato ad un utilizzo talvolta eccessivo rispetto alle finalità del legislatore<sup>4</sup>. Opportunamente, dunque, la riforma interviene ad introdurre la previsione che il tribunale possa disporre l'esercizio provvisorio "purchè non arrechi pregiudizio ai creditori".

La valutazione è lasciata al Tribunale e, curiosamente, in un'architettura della disciplina che tende a "ridimensionare" il ruolo dell'organo giudicante, in questo caso viene lasciato un margine di forte discrezionalità all'operato del giudice che è chiamato, tra l'altro, a valutare in via previsionale la mancanza di ogni pregiudizio per i creditori.

Opportunamente, poi, viene istituzionalizzato l'esercizio provvisorio limitato a specifici rami di azienda.

Il secondo comma dell'art. 104, prevede che l'esercizio provvisorio dell'impresa o di suoi specifici rami possa essere autorizzato dal giudice delegato anche in un momento successivo alla sentenza che dichiara il fallimento, previo parere obbligatorio e vincolante del comitato dei creditori, su proposta del curatore.

Da quanto esposto, i momenti della procedura in cui è possibile avviare l'esercizio provvisorio possono essere così sintetizzati:

- inizialmente dal tribunale con la sentenza che dichiara il fallimento, e semprechè l'esercizio provvisorio non arrechi danno ai creditori;

---

<sup>3</sup> Cfr. F. Fimmanò "La conservazione e la riallocazione dei valori aziendali nella riforma delle procedure concorsuali" su [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

<sup>4</sup> Vedi G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1991, p. 235.

- dopo la dichiarazione di fallimento (ma prima della predisposizione del programma di liquidazione) dal giudice delegato, su proposta del curatore, previo parere vincolante del comitato dei creditori;
- con la presentazione del programma di liquidazione su iniziativa del curatore ma comunque previo parere favorevole dei creditori.

Come è possibile osservare, il ruolo svolto dal comitato dei creditori in merito all'avvio dell'esercizio provvisorio è sempre determinante e vincolante nei confronti del giudice e del curatore. Ciò in aderenza alla legge delega che, al punto 8, individuava tra i criteri di disciplina dell'esercizio provvisorio un ampliamento dei poteri del comitato dei creditori.

Poiché anche l'art. 90 prevedeva un incisivo condizionamento da parte del comitato dei creditori in merito all'esperimento di tale soluzione conservativa, i punti su cui viene a incidere la riforma riguardano un'ampia possibilità di monitoraggio delle attività del curatore da parte del comitato dei creditori:

- il comitato, durante il periodo di esercizio provvisorio, è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per assumere informazioni sull'andamento della gestione e per pronunciarsi in merito all'opportunità della continuazione dell'esercizio di impresa (atr. 104, comma 3);
- ogni semestre, o alla conclusione dell'esercizio, il curatore presenta un rendiconto dell'attività (art. 104, comma 5);
- il curatore ha l'obbligo di informare immediatamente il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che influiscono sull'esercizio (art. 104, comma 5).

Ma la novità più importante è rappresentata dall'aver previsto il potere di cessazione dell'esercizio provvisorio qualora il comitato dei creditori non ravvisi l'opportunità della prosecuzione. La precedente formulazione, infatti, prevedeva in tale ipotesi, che il giudice potesse ordinare la cessazione dell'esercizio. La nuova norma, invece, al comma 4, è molto più incisiva disponendo che *“Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione”*. Viene così limitato il potere di intervento nel merito da parte del giudice che si troverà a *“ratificare”* la decisione assunta dai creditori.

Rimane ferma la previsione che il tribunale, laddove ne ravvisi l'opportunità, possa, in ogni momento, disporre la cessazione dell'esercizio provvisorio.

I contratti pendenti in costanza di esercizio provvisorio proseguono salvo diversa valutazione del curatore, che potrebbe ritenere opportuno sospenderne l'esecuzione o scioglierli. La responsabilità attribuita al curatore rimane in linea con l'intero impianto costruito dal decreto attuativo della riforma che ne vede sempre più accresciuti i compiti e le funzioni.

Con una disposizione ridondante il legislatore della novella prevede che i crediti sorti durante l'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione effettuando un rinvio all'art. 111 che già da solo avrebbe potuto chiarire la sorte di tali crediti.

Da ultimo l'art. 104 si chiude stabilendo che la cessazione dell'esercizio provvisorio

(per scadenza del termine o per anticipata cessazione) determina gli effetti derivanti dalla dichiarazione di fallimento previsti dagli artt. 72 e ss..

Dall'analisi sin qui svolta, risulta chiaro l'intento del legislatore di incentivare un utilizzo maggiore dello strumento, a beneficio dei creditori e dell'impresa stessa.

E' bene osservare però che, nonostante la novella legislativa proponga un modello di liquidazione dell'attivo che non si risolve in un mero smembramento dei beni aziendali, l'istituto dell'esercizio provvisorio continua a mantenere una finalità strettamente liquidatoria a cui, perciò, rimane estraneo lo scopo del risanamento<sup>5</sup>.

## 2. Affitto d'azienda

Negli ultimi anni si è fatta più diffusa l'opinione che possa esserci tentativo di salvataggio, anche ad insolvenza conclamata e semprechè siano salvaguardati gli interessi dei creditori, attraverso il ricorso all'istituto dell'affitto d'azienda<sup>6</sup>.

Per l'affitto di azienda era già prevista un'embrionale disciplina dettata dalla l. 23 luglio 1991, n. 223. Il D.lgs. 5/2006, con l'introduzione dell'art. 104-bis, interviene a dettarne una regolamentazione completa e ad integrare le scarse disposizioni previste all'art. 3 della l. n. 223/1991. *“Nel quadro delle nuove esigenze conservatorie assume una particolare importanza l'istituto dell'affitto d'azienda, strumento ormai diffuso nella prassi e pienamente in linea con un sistema concorsuale caratterizzato da un fine non esclusivamente liquidatorio, ma indirizzato al recupero delle componenti attive di impresa.”* (cfr. Relazione al decreto)

La finalità assoluta dall'istituto, dunque, ricalca quella perseguita con lo strumento dell'esercizio provvisorio. Anche in questo caso, prevedendo l'affitto dell'azienda appartenente all'imprenditore dichiarato decotto, si assicura la conservazione del patrimonio in vista di una futura cessione unitaria dell'azienda, senza perciò ricorrere allo smembramento dei suoi singoli elementi. Vengono recuperate quelle componenti di impresa, che vanno dall'avviamento alla forza lavoro, che non troverebbero alcuna forma di tutela nella liquidazione *tout court*.

---

5 Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti “osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali” su [www.dottoricommercialisti.net](http://www.dottoricommercialisti.net); F. Fimmanò op. cit.. L'incompatibilità tra esercizio provvisorio e risanamento è, nella disciplina non novellata, evidenziata da Cass., 9 gennaio 1987, n. 71. Diverso orientamento viene espresso da Trib. Messina, 8 luglio 1981.

6 “In quest'ottica, anche l'insolvenza conclamata può essere prodromica ad un tentativo di salvataggio: solo che questo non dovrà essere disgiunto dall'interesse dei creditori. A tal fine, un efficace strumento – ben conosciuto dai curatori fallimentari e dai giudici delegati – per evitare lo smembramento dell'azienda e la perdita dell'avviamento, è l'affitto dell'azienda”. U. Apice “Soggetti e rapporti giuridici nelle procedure concorsuali.” Cedam, pag. 262.

L'art. 3 della legge n. 223/1991, recependo la prassi dell'affitto dell'azienda fallita e della conseguente vendita fallimentare in blocco, aveva introdotto un nuovo diritto soggettivo: il diritto di prelazione che spetta all'affittuario di un'azienda fallita. La riforma completa questa disciplina.

Innanzitutto viene identificato il presupposto dell'azione quando *"appaia utile al fine di una più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa"*, viene poi previsto che l'iniziativa sia del curatore che, previo parere favorevole del comitato dei creditori, dovrà essere autorizzato dal giudice delegato.

Il curatore può presentare la proposta di autorizzazione all'affitto d'azienda con il programma di liquidazione *ex art. 104-ter* o anche prima; in quest'ultimo caso, costituendo la proposta di autorizzazione un'anticipazione del programma di liquidazione, dovrà essere successivamente confermata al momento dell'approvazione dello stesso.

Per quanto riguarda la scelta dell'affittuario il curatore deve seguire i criteri dettati dall'articolo 107, l. fall., a proposito delle modalità di vendite di beni immobili, sulla base di stima e assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. Prosegue la norma *"La scelta dell'affittuario deve tener conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo ai livelli occupazionali."*(art. 104-bis, secondo comma). Sul punto sembra che si sia lasciata eccessiva discrezionalità al curatore, laddove la sua valutazione dovrà essere effettuata non solo in base al canone offerto, ma anche alle garanzie patrimoniali, ai programmi imprenditoriali presentati, ed alla tutela dei livelli occupazionali. E' stato osservato come tale discrezionalità potrebbe lasciare spazio a reclami con la conseguente apertura di sub-procedimenti, rallentando così, di fatto, i tempi della chiusura della procedura e danneggiando l'integrità del patrimonio<sup>7</sup>.

Il terzo comma dello stesso art. 104-bis prende atto della prassi, da tempo adottata dagli organi della procedura, di prevedere una serie di obblighi e garanzie nella predisposizione dei contratti sottoposti all'affittuario. In particolare, a garanzia di una conservazione effettiva dei valori di funzionamento dell'azienda, il contratto di affitto stipulato per iscritto dal curatore deve prevedere:

- il diritto del curatore di procedere all'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 che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo pagabile in prededuzione *ex art. 111*, primo comma, n. 1.

Ovviamente, la durata dell'affitto deve essere stabilita in base alle esigenze di liquidazione dei beni.

---

<sup>7</sup> Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti, op. cit.

Fin qui il legislatore si limita a colmare le lacune normative, recependo quanto di fatto già posto in essere dall'operato degli organi della procedura.

Una novità importante, e per qualche verso attesa, è invece, l'aver ampliato la sfera applicativa della norma in materia di prelazione dell'affittuario prevista dalla legge n. 223 citata. L'affittuario, infatti, così come previsto dalla precedente normativa, continua ad avere un diritto di prelazione sull'acquisto dell'azienda. Rispetto al passato, però, la "prelazione" può ora essere concessa anche "convenzionalmente", su autorizzazione del giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori. La legge del 1991, si limitava a disporre che l'affittuario può esercitare il diritto di prelazione nell'acquisto dell'azienda. Poiché la legge citata contiene "Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato dei lavoro" una parte della giurisprudenza aveva ricollegato il diritto di prelazione dell'affittuario al mantenimento dei lavoratori in forza all'epoca del fallimento<sup>8</sup>. La previsione chiarisce i dubbi interpretativi incentivando, così, l'affittuario ad effettuare investimenti sull'azienda per rafforzarne il suo successivo interesse all'acquisizione.

Riproponendo quasi pedissequamente l'art. 3, legge 223/91, viene stabilito che, nel caso in cui sia convenuto il diritto di prelazione, il curatore, al termine del procedimento per la determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del suo singolo ramo, lo comunica all'affittuario entro 10 giorni. L'affittuario può esercitare il diritto entro cinque giorni dal recepimento della comunicazione.

L'ultimo comma dell'art. 104-bis regola gli effetti della "retrocessione al fallimento" dell'azienda affittata, ossia il caso in cui l'azienda non venga ceduta e rientri, pertanto, al fallimento. La riforma stabilisce per questa ipotesi che "*La retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione*".

In deroga alle previsioni del codice civile (art. 2112 "Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda" e art. 2560 "Debiti relativi all'azienda ceduta") i debiti sorti in costanza dell'affitto, non sono imputabili alla procedura bensì, ed unicamente, all'affittuario che li ha maturati. Chiara la finalità legislativa, così sintetizzata nella relazione "La deroga trova giustificazione nel bisogno di assicurare che i creditori anteriori, in funzione della cui tutela l'affitto è stato disposto, non vengano ad essere penalizzati dalla condotta dissennata dell'affittuario."

La "non responsabilità del patrimonio acquisito all'attivo per i debiti maturati sino alla retrocessione" rende senza dubbio l'affitto di azienda molto appetibile alla massa dei creditori.

Essi saranno orientati, presumibilmente, verso questo tipo di strumento molto più che non verso l'azione dell'esercizio provvisorio che, come già visto, al contrario,

---

<sup>8</sup> Trib. Bergamo, 10 giugno 1997, in *Il fallimento*, 1998; Trb. Udine, 27 novembre 1995, in *Diritto fallimentare* 1996, pag. 772; Trib. Napoli, 3 marzo 1994, in *Diritto fallimentare* 1995, pag. 968; Trb. Napoli, 7 maggio 1993, in *Diritto fallimentare* 1993 pag. 1181.

comporta il rischio che maturino, a carico della massa, debiti che dovranno essere soddisfatti in prededuzione.

L'art. 104-*bis* si chiude, analogamente a quanto previsto in materia di esercizio provvisorio, prevedendo che ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano gli effetti derivanti dalla dichiarazione di fallimento previsti dagli artt. 72 e ss..

---

<sup>4</sup> Per approfondimenti vedi di seguito par. 11.