



Numero 1 / 2025

Vincenzo DE STASIO

**Il trasferimento di azienda nelle procedure di crisi:
appunti sui profili di diritto commerciale**

Il trasferimento di azienda nelle procedure di crisi: appunti sui profili di diritto commerciale*

Vincenzo DE STASIO

Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Bergamo

1. Queste brevi note affronteranno i tratti salienti della disciplina del trasferimento d'azienda nell'ambito della crisi di impresa, secondo la prospettiva del diritto commerciale, alla luce del diritto italiano; il mio contributo si aggiunge all'esposizione del Prof. Lucio Imberti che, invece, tratta gli aspetti di natura giuslavoristica che riguardano questo fenomeno complesso.
2. Tenuto conto del tempo a disposizione e della finalità introduttiva di questa esposizione, mi limiterò a richiamare la cornice normativa e a richiamare l'attenzione su alcuni punti controversi, dedicando, in apertura, un breve inciso di natura comparativa tra la disciplina italiana e quella argentina, contenuta nella Ley 24.522 del 20 luglio 1995 - "*Ley de concursos y quiebras*"¹.
3. Il diritto argentino prevede la possibilità di alienazione dell'azienda nel contesto delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, realizzando questo obiettivo sia nel quadro di una procedura stragiudiziale, quale l'*acuerdo preventivo extrajudicial* (APE, v. articolo 69 e successivi) che di quelle giudiziali, come il *concurso preventivo* (v. articolo 6 e successivi), da una parte, e la *quiebra*, dall'altra.
4. Il dato esperienziale argentino² si focalizza sulla netta predilezione per il trasferimento d'azienda attuato nel contesto dell'APE e del *concurso preventivo*, pur essendo esso disciplinato anche nel quadro delle norme sulla *quiebra*, così come previsto dagli articoli 203, 205-207, 212 e 218 (là dove il trasferimento può avvenire previa autorizzazione del Tribunale mediante il ricorso alla c.d. *subasta* ovvero a valle di una trattativa privata, tutelando il *going concern*, l'interesse dei creditori e, anche in questo caso, l'impatto sugli stakeholders coinvolti, lavoratori *in primis*, per i quali va richiamata la disciplina per la *cooperativa de trabajo* di cui all'art. 213).

* Il testo è la rielaborazione, tolti i saluti e ringraziamenti iniziali e con l'aggiunta delle note, di una relazione tenuta l'8 novembre 2024 al Simposio "La crisis de la empresa de cara a l'insolvencia", organizzato in forma virtuale dalla prof.ssa Norma Beatriz Alvarez (Universidad de Córdoba, Argentina); a detta relazione ha fatto seguito quella del Prof. Lucio Imberti, sui profili lavoristici del trasferimento di azienda nelle procedure di crisi. Ringrazio il Dott. Filippo d'Amore per l'aiuto nella predisposizione delle note.

¹ La legge argentina è reperibile all'indirizzo <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24522-25379/actualizacion>.

² Per queste informazioni sul diritto argentino ringrazio la Prof.ssa Norma Beatriz Alvarez.

5. Nella disciplina italiana, l'azienda, complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, trova una specifica considerazione nel diritto comune – come trasferimento di azienda *in bonis*, a titolo di cessione, affitto e usufrutto (disciplina dettata dal Codice civile), e una speciale considerazione prima nella legge fallimentare e poi nel codice della crisi³.

Allorché l'imprenditore si trovi in stato di crisi diventa importante analizzare le ragioni della crisi stessa, per verificare la possibilità di un *turnaround*. Spesso, la ristrutturazione può implicare una circolazione dell'azienda o di rami d'azienda, nel contesto di operazioni societarie straordinarie⁴ (conferimento, scissione) o di contratti di trasferimento dell'azienda, a titolo definitivo (cessione) o temporaneo (affitto).

6. Va considerata la pluralità di prospettive e di approcci al nostro tema, per la molteplice tipologia della combinazione dei trasferimenti:

- A) Frequenza dell'affitto di azienda (di diritto comune) precedente all'apertura della procedura di crisi;
- B) Trasferimento o affitto dell'azienda nel contesto di una procedura di composizione negoziata della crisi⁵;
- C) Trasferimento dell'azienda (magari preceduto dall'affitto di diritto comune) nel contesto di un concordato preventivo, o di un piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (cd. "PRO")⁶;
- D) Trasferimento dell'azienda nella liquidazione giudiziale (ed eventuali problemi connessi a un precedente affitto, con scelta del curatore tra subentro e scioglimento, e sue conseguenze in punto di diritto).

Va formulata un'ulteriore considerazione sul generale "favor" per il trasferimento dell'azienda in attività come strumento idoneo a meglio preservare il valore⁷, in contrapposizione alla

³ Sulla circolazione dell'azienda come operazione straordinaria, v. in generale D. Vattermoli, *La circolazione dell'azienda*, in *Diritto delle operazioni straordinarie*, a cura di A. Nigro, Bologna, 2022, pag. 339 ss., e, con particolare riferimento al diritto della crisi, C.F. Giampaolino, *Azienda (diritto dell'insolvenza)*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, VIII, *Crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2024, pag. 75 ss.

⁴ Per una rassegna dei problemi posti dalla disciplina delle operazioni straordinarie nelle procedure di crisi d'impresa, v. A. Nigro, *Le operazioni straordinarie nelle procedure di composizione e soluzione delle crisi d'impresa*, in *Diritto delle operazioni straordinarie*, a cura di A. Nigro, *cit.*, pag. 393 ss.

⁵ R. Russo, *Il Gianno bifronte della composizione negoziata: la circolazione dell'azienda tra nuovo dato legislativo e problemi irrisolti*, in *Dir. fall.*, 2022, pag. 1210 ss.

⁶ Sul PRO dopo il d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136 (cd. "Decreto Correttivo"), v. G. D'Attore, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, 3. ed., Torino, 2024, pag. 181 ss.; E. Ricciardiello, *Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter. G.U. 27 settembre 2024, n. 227*, Commentario sistematico diretto da M. Irrera e S.A. Cerrato, Bologna, 2024, pag. 1111 ss.

⁷ Cfr. C. Fiengo e E. Locascio Aliberti, *Commento all'art. 214*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di P. Valensise, G. Di Cecco e D. Spagnuolo, Torino, 2024, pag. 1191.

liquidazione separata degli *asset*, che distrugge ogni residuo avviamento e disperde o distrugge il *know-how* del sito produttivo in attività⁸.

Si può così distinguere una disciplina del trasferimento di azienda (o di ramo d'azienda) da imprenditore *in bonis* (che potremmo chiamare “di diritto comune”) e la disciplina del trasferimento di azienda da imprenditore in crisi e da procedura concorsuale liquidatoria.

Come è noto, l'art. 2560, 2° comma, c.c., che comporta la responsabilità dell'acquirente dell'azienda verso i terzi per i debiti dell'alienante che risultino dalle scritture contabili obbligatorie, è un tratto rilevante della disciplina codicistica (“di diritto comune”).

Questo tratto viene escluso nell'alienazione da procedura concorsuale liquidatoria, dove invece resta il tema della *par condicio* da rispettare, rispetto al pagamento delle passività precedenti all'apertura della procedura concorsuale che possano essere trasferite all'acquirente⁹.

7. Non a caso, uno dei tratti rilevanti della composizione negoziata della crisi – ferma la tutela dei diritti pregressi dei lavoratori e l'esigenza del rispetto di un principio di competitività nella selezione dell'acquirente - è la possibilità che l'imprenditore chieda al tribunale, in applicazione dell'art. 22 c.c.i.i., verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, in caso di verifica positiva, di autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami **senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile**, “dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti”¹⁰. Su queste misure è da registrare un dibattito, in ordine all'ammissibilità di forme di canalizzazione dei pagamenti o di deroghe solo parziali all'art. 2560, secondo comma¹¹.

La cessione dell'azienda nel contesto di una procedura concorsuale o anche della composizione negoziata si intreccia con l'esigenza - stabilita dal c.c.i.i. - che in occasione della stessa cessione sia eseguita una procedura competitiva, volta a massimizzare il ricavato della vendita del compendio aziendale a beneficio della massa dei creditori. La giurisprudenza che si è formata in relazione alla vendita dell'azienda *ex art. 22, lettera d), c.c.i.i.*, traccia un quadro

⁸ Problematica resta, nella liquidazione giudiziale, l'ipotesi in cui la vendita atomistica degli attivi possa generare un maggiore ricavo rispetto all'alienazione del complesso aziendale. In merito all'alternativa tra massimo realizzo e vendita unitaria dell'azienda, v. la discussione delle tesi in Giampaolino, *op. cit.*, pag. 102.

⁹ Cfr. Vattermoli, *op. cit.*, pag. 352 s., ove il riferimento alle norme dell'art. 214, co. 3 e co. 8, c.c.i.i.

¹⁰ V. ora, anche per il PRO, dopo il Decreto Correttivo, il nuovo comma 9-*bis* dell'art. 64-*bis* c.c.i.i.: “Quando il piano prevede, anche prima dell'omologazione, il trasferimento a qualunque titolo dell'azienda o di uno più rami su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti; resta fermo l'articolo 2112 del codice civile. Il tribunale verifica altresì il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente”.

che evidenzia la possibilità che il mancato esercizio di una procedura competitiva pregiudichi la disapplicazione dell'art. 2560, comma secondo, c.c.

Vi è da aggiungere che l'autorizzazione *ex art. 22* ha gli effetti dell'art. 24 c.c.i.i., cioè gli effetti del trasferimento di azienda autorizzato si conservano in tutte le successive procedure concorsuali ivi enumerate:

- accordo di ristrutturazione dei debiti omologato;
- concordato preventivo omologato;
- piano di ristrutturazione proposto ai sensi dell'articolo 164-*bis* c.c.i.i. omologato;
- liquidazione giudiziale;
- liquidazione coatta amministrativa;
- amministrazione straordinaria;
- concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-*sexies* c.c.i.i. omologato.

In questa formula molto ampia dell'art. 22 (così come nell'ipotesi del concordato semplificato) potrebbe forse rientrare anche la possibilità di un cd. "pre-pack", cioè di predisporre in maniera dettagliata la regolamentazione di una cessione futura in sede di liquidazione giudiziale, subordinata alla condizione risolutiva, preceduta da un affitto, considerato appunto che il trasferimento autorizzato dal tribunale *ex art. 22* si svolge comunque con il coinvolgimento dell'esperto nominato da una commissione secondo un procedimento disciplinato da una disposizione legislativa.

È un tema ben noto a prassi di altri Paesi dell'Unione europea (Paesi Bassi; Spagna; nonché al di fuori dell'Unione europea), e già esaminato dalla Corte di Giustizia in due sentenze¹², che ha dettato nella più recente delle due sentenze alcune indicazioni relative a quando si sia in presenza di un controllo giurisdizionale, anche al di fuori di una formale procedura di liquidazione giudiziale, e cioè se «il trasferimento di un'impresa, in tutto o in parte, sia predisposto, anteriormente all'apertura della procedura fallimentare diretta alla liquidazione dei beni del cedente e nel corso della quale detto trasferimento viene realizzato, nell'ambito di una procedura di *pre-pack* avente l'obiettivo principale di consentire, nell'ambito della procedura fallimentare, una liquidazione dell'impresa in attività che soddisfi al meglio l'insieme dei creditori e che mantenga, per quanto possibile, l'occupazione, a condizione che una siffatta procedura di *pre-pack* sia disciplinata da disposizioni legislative o regolamentari e il trasferimento di un'impresa, in tutto o in parte, sia predisposto, nell'ambito di una procedura di *pre-pack* preliminare alla dichiarazione di fallimento, da un «curatore designato», sottoposto al controllo di un «giudice delegato designato», e qualora l'accordo relativo a tale trasferimento

¹² CGUE 22 giugno 2017, in causa C-126/6, *Smallsteps*; CGUE 28 aprile 2022, in causa C-237/20, *Heiploeg Seafood*; commentata anche da A. Leandro, *La Proposta della Commissione europea per una nuova fase di armonizzazione del diritto della crisi e dell'insolvenza*, in AGE, 1-2/2023, p. 77 ss.

sia concluso e portato a esecuzione dopo la pronuncia del fallimento diretto alla liquidazione dei beni del cedente».

Il tema è anche oggetto di una Proposta di direttiva (cd. *Insolvency III*) e per il momento ci si deve qui limitare a un cenno¹³.

Di certo, uno dei problemi è quello del requisito della “competizione” nella scelta dell’acquirente: scelta, questa, che – come è noto – vede in tensione dialettica le esigenze “del mercato” in senso lato, con quelle delle probabilità di successo di un nuovo investimento per il “rilancio” dell’impresa, che molto si giovano della riservatezza, che nelle procedure competitive non può essere assicurata. Del resto, la mancanza di “competizione” tra offerenti concorrenti da un lato potrebbe essere vista come “segnale” di compromissione delle prospettive future dell’azienda, dall’altro potrebbe essere neutralmente vista come un insuccesso e comunque un pericolo che, se potenzialità residue vi sono, queste sono rimaste nascoste per essere trasferite senza essere avvertite, se non dall’unico acquirente precedentemente selezionato. La mancanza di competizione, peraltro, si scontra con la circostanza per cui l’impianto del c.c.i.i. è tessuto dalla necessità, prevista per legge, di rispettare la competizione nella selezione dell’acquirente¹⁴.

8. Tornando ai temi generali del diritto dell’impresa e del “diritto societario della crisi”¹⁵, si deve ricordare che la vigente disciplina del concordato preventivo (art. 84, comma 2, secondo

¹³ Per un’analisi dei contenuti della direttiva, v. P. De Cesari, *La Proposta di direttiva sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell’insolvenza, riflessi sul Codice della crisi, in Fallimento*, 2023, pag. 581 ss.

¹⁴ Cfr. Cass. 8 giugno 2023, n. 16311, secondo la quale la disapplicazione dell’art. 2560, secondo comma, c.c. nel contesto di una procedura fallimentare opera anche là dove si contesti l’insufficiente grado di competitività della procedura di vendita, a prescindere da quale sia lo strumento con cui si realizza la cessione da parte della curatela fallimentare. Il principio trova applicazione anche nella vigenza del c.c.i.i., alla luce della trasposizione dell’art. 105, quarto comma, l.fall. nell’art. 214, terzo comma, c.c.i.i. (“*La cessione d’azienda da parte della curatela fallimentare, anche se a seguito di transazione o mediante procedura di cui si contesti l’insufficiente grado di competitività, ricade nel perimetro applicativo dell’art. 105, comma 4, l.fall., il quale prevede l’effetto purgativo dei debiti pregressi a tutela dell’affidamento dei terzi e al fine di favorire l’appetibilità di aziende indebitate; ne consegue che deve escludersi una responsabilità del cessionario ex art. 2560, comma 2, c.c. per il pagamento dei debiti aziendali, peraltro non potendo il giudice dell’esecuzione svolgere un autonomo sindacato su eventuali vizi della vendita concorsuale che non siano stati tempestivamente fatti valere avanti agli organi della procedura fallimentare.*” (massima ufficiale).

¹⁵ Sul tema dell’esistenza di uno statuto speciale delle imprese societarie in crisi, divenuto di particolare rilievo con il c.c.i.i., v. già in passato, senza pretesa di completezza: U. Tombari, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Riv. soc.*, pag. 1138 ss.; V. Calandra Buonauro, *La gestione societaria dell’impresa in crisi*, in *Società, banche, crisi d’impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, p. 2599 ss.; F. Brizzi, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015; A. Luciano, *La gestione della s.p.a. nella crisi preconcorsuale*, Milano, 2016; O. Cagnasso, *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 33 ss.; A. Nigro, *Il “diritto societario della crisi”: nuovi orizzonti?*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 1207 ss.; R. Sacchi, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria inutile o dannosa?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pag. 1280 ss.; dopo il c.c.i.i.: P. Benazzo, *Il Codice della crisi d’impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 274 ss.; L. Stanghellini, *Verso uno statuto dei diritti dei soci di società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, pag. 295 ss.; G.B. Portale, *Il codice italiano della crisi e dell’insolvenza tra fratture e modernizzazione del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2022, pag. 1149 ss.; M. Campobasso, *La posizione dei soci nel concordato preventivo della società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, I, pag. 166 ss.; F. Guerrera, *L’espansione della regola di competenza esclusiva degli amministratori nel diritto societario della crisi fra dogmatismo del legislatore e criticità operative*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1271 ss.; A. Nigro, *La nuova disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza delle società*, in *www.ristrutturazioniazziendali.ilcaso.it*, 11 ottobre 2022; M.S. Spolidoro, *I soci dopo l’accesso a uno strumento di regolazione della crisi*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1254 ss.; G. Ferri jr., *Poteri e responsabilità degli amministratori nel concordato*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, I, pag. 15 ss.; D. Galletti, *Una postilla sugli interessi tutelati nel moderno diritto societario “in crisi”*, in *Riv. dir. soc.*, 2023, pag. 243 ss.; L. Benedetti, *L’organo gestorio della società in crisi fra interessi dei soci e interessi altri: i principi della direttiva sui preventive restructuring*

periodo, seconda parte, c.c.i.i.) esplicitamente prevede la cd. “continuità aziendale indiretta”, cioè ammette che il piano di concordato *ex art. 87 c.c.i.i.* preveda la «gestione dell’azienda in esercizio o la ripresa dell’attività da parte di soggetto diverso dal debitore, in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell’azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo».

Un primo tema controverso da segnalare è quello della nozione di azienda e di ramo di azienda, o del perimetro dell’azienda. L’azienda non coincide con il patrimonio, essa costituisce il frutto dell’attività organizzatrice dell’imprenditore su un complesso di beni di cui il medesimo dispone, non necessariamente a titolo di proprietà, e che vengono avvinti funzionalmente a svolgere l’attività di impresa¹⁶.

La tesi dominante nel diritto commerciale è che l’azienda sia composta di soli beni e che gli altri elementi patrimoniali, crediti, debiti e contratti in corso, sono regolati dal codice civile (art. 2558-2559-2560) in quanto indefettibilmente accompagnano l’azienda in esercizio, ma non ne sono elementi essenziali¹⁷. Parimenti, discusso è se l’avviamento sia un elemento essenziale, o non piuttosto una “qualità” dell’azienda, potendo darsi azienda non (o non ancora) in attività, sinché (o purché) il rapporto funzionale tra i singoli beni permanga (o già sussista), potendosi riprendere (o iniziare) l’attività senza necessità di interventi straordinari.

L’azienda si può scomporre in rami, allorché all’interno di un’azienda più grande sia possibile delimitare un insieme più piccolo di beni, parimenti funzionalmente organizzati dall’imprenditore per svolgere autonomamente una parte dell’attività complessiva di impresa. Un elemento di livello inferiore è invece un complesso di beni o di crediti, o quello dei singoli beni, che di per sé non integrino la nozione di “ramo di azienda” e quindi non comportano l’applicazione al trasferimento di nessuna parte della disciplina dell’azienda. Di qui la domanda se la nozione di “ramo di azienda” sia unitaria o se ne dia una diversa a seconda della disciplina – giuscommerciale o giuslavoristica, in base all’art. 2112 c.c. – di cui si indaga l’applicazione.

frameworks e il loro recepimento negli ordinamenti nazionali, in *Riv. dir. comm.*, 2023, I, pag. 95 ss.; P. Sanfilippo, *L’accesso delle società agli strumenti di regolazione. Note minime a margine dell’art. 120-bis del codice della crisi*, in *Dir. fall.*, 2023, pag. 493 ss.; D.U. Santosuosso, *Società (strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza)*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, VIII, *Crisi d’impresa*, diretto da F. Di Marzio, *cit.*, p. 1055 ss.; N. de Luca, *Sull’art. 120-bis CCII. Ossia sul nuovo rapporto tra soci e amministratori di società in crisi*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter. G.U. 27 settembre 2024, n. 227*, Commentario sistematico diretto da M. Irrera e S.A. Cerrato, *cit.*, pag. 1953 ss.; P. Benazzo, *Il codice della crisi e il nuovo correttivo: il punto (storico e prospettico) sul diritto societario della crisi*, in *Procedure concorsuali e crisi d’impresa*, 2025, pag. 91 ss.

¹⁶ Per una dettagliata analisi del rilievo dell’azienda nel dato normativo del diritto della crisi, v. Giampaolino, *op. cit.*, pag. 76 s.

¹⁷ Nella manualistica, v. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell’impresa*, 8. ed. a cura di M. Campobasso, Milano, 2022, pag. 135 ss.; D. Vattermoli, *op. cit.*, pag. 351 ss.; per una conferma della c.d. teoria “atomistica” dell’azienda nel contesto del diritto della crisi, in seguito all’analisi dell’art. 214 c.c.i.i., v. anche Giampaolino, *op. cit.*, pag. 84 s.

9. Il tema che sta al centro del diritto commerciale della circolazione dell'azienda in crisi è la sorte dei contratti pendenti. Non ci si addentra qui sull'argomento dei contratti di lavoro instaurati dall'imprenditore che cede l'azienda, oggetto di una specifica disciplina, sia nel codice civile (art. 2112 c.c.), sia nelle leggi speciali (art. 47 l. n. 428/1990; art. 11 d.l. n. 145/2013, conv. in l. n. 9/2014), sia nel codice della crisi (artt. 189 e 191 c.c.i.i.)¹⁸.

È bene qui invece ricordare, perché di specifico interesse per il giuscommercialista, l'art. 184 c.c.i.i. (corrispondente all'art. 79 l. fallim.¹⁹), che regola espressamente la sorte del contratto di affitto di azienda, pendente al momento della dichiarazione della liquidazione giudiziale, concedendo al curatore la possibilità di recedere, entro il termine decadenziale di sessanta giorni, dal contratto in essere, a fronte della corresponsione alla controparte di un "equo indennizzo", la cui determinazione, in caso di dissenso, è rimessa al giudice delegato.

L'art. 184 c.c.i.i. richiede l'autorizzazione del comitato dei creditori solo nel caso in cui il curatore voglia esercitare il recesso.

Qui si pone, dal punto di vista pratico, uno dei temi più rilevanti per il giudizio del curatore e, in generale, per gli operatori del settore, allorché il contratto precedentemente stipulato dal debitore *in bonis* contenga clausole non compatibili con gli interessi della procedura: se, in mancanza di recesso, le clausole dovessero ritenersi opponibili, il recesso sarebbe una scelta obbligata, e non affidata a un discrezionale giudizio di convenienza.

Si pensi al fallimento del concedente e a una clausola che consenta all'affittuario la prelazione nell'acquisto dell'azienda e di portare in compensazione i canoni pagati col prezzo di acquisto (*rent to buy*); a un regime di prelazione più gravoso di quello ammesso in caso di stipula dell'affitto da parte del curatore; e così via, tenuto conto, d'altro canto, che il dato esperienziale italiano porta a registrare un'alta frequenza al c.d. "affitto *ponte*" stipulato prima della procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, come già ricordato al fine di conseguire un maggior soddisfacimento dei creditori, tutelando nel contempo gli interessi dei vari stakeholders coinvolti.

Sarebbe, da questo punto di vista, utile l'esame e una rassegna analitica delle clausole di più frequente adozione nei contratti di affitto (ad es., clausole di prelazione e di opzione,

¹⁸ Per un aggiornamento al decreto correttivo, v. A. Patti, *Le novità relative ai rapporti di lavoro*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, 2025, pag. 104 ss.

¹⁹ Sull'art. 79, v. F. Murino, *Le vicende dell'affitto d'azienda nel fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, 2, Torino, 2009 pag. 827 ss.; v. anche A. Patti, *L'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale*, in *Fallimento*, 2023, pag. 1211 ss.

variamente configurate e configurabili) e di trasferimento di azienda in situazione di crisi: rassegna che non può essere qui svolta per ragioni di spazio²⁰.

Sul punto dell'inopponibilità di singole clausole alla procedura non vi sono orientamenti giurisprudenziali recenti e ben delineati²¹, fermo restando che le clausole che, normalmente, risultano più delicate da affrontare, sono quelle attinenti al diritto di prelazione a favore dell'affittuario²² e, soprattutto, al diritto attribuito allo stesso di esercitare il diritto di opzione per l'acquisto dell'azienda già affittata²³. Problemi che non sono di poco conto, se si considera il guado che deve attraversare il curatore, posto davanti all'esigenza di tutelare l'interesse dei creditori nell'ottica del miglior realizzo, rispetto a un quadro negoziale già esistente e definito con un contratto di affitto d'azienda, che potrebbe però contrastare con questo interesse.

Sotto altro diverso profilo, se in linea generale sono vietate, dall'art. 172, co. 5, c.c.i.i., le clausole contrattuali di risoluzione automatica di un contratto in caso di liquidazione giudiziale, «si ritiene la validità delle clausole contrattuali che, nell'immediatezza dell'apertura della procedura concorsuale, subordinano i contratti pendenti alla condizione risolutiva della accettazione del curatore o estendono l'ambito della facoltà di recesso di quest'ultimo»²⁴.

Di certo, con riferimento alle clausole “problematiche” per le finalità della procedura, non si può che suggerire ai professionisti che redigono contratti di affitto di azienda relativi ad aziende in crisi, sia che questo avvenga “in bonis” sia che avvenga nel contesto (e con il suggello) di percorsi o procedure del Codice della crisi, di ispirarsi all'art. 212 c.c.i.i. e prevedere specificamente le clausole di ispezione, e di conformazione della prelazione e le idonee garanzie per il pagamento del canone che la legge reputa compatibili con le finalità della procedura di liquidazione giudiziale (che potrebbe comunque essere in futuro dichiarata, in

²⁰ Per uno specifico approfondimento, v. A. Volanti, *Clausole legali nel contratto di affitto di azienda stipulato dal curatore della liquidazione giudiziale*, in M. Confortini, *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, III, Milano, 2024 pag. 603 ss.

²¹ V. ad es., Cass. 13241/2014; Cass. 17523/2003, *citt.* in *Comm. Maffei Alberti*, 7. ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2023, *sub* art. 184, II.

²² Cfr. Trib. Bolzano, 9 maggio 2018, in *www.dirittodellacrisi.it* e Trib. Ancona, 8 giugno 2023, in *www.ilcaso.it*, ove si osserva che, affinché possa operare il diritto di prelazione, di per sé non incompatibile con il sistema delle liquidazioni coattive, si richiede l'identità e la piena coincidenza tra il bene alienato dalla curatela fallimentare con quello su cui sussiste il diritto medesimo.

²³ Cfr. Trib. Ivrea, 19 ottobre 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*, massima a cura di A. Cecchella, il quale si è soffermato sul tema dell'opzione di acquisto contenuta in un contratto di affitto di azienda: il Tribunale ha ritenuto la stessa quale accordo contrattuale che, ancorché correlato al contratto di affitto, costituisce patto autonomo, ulteriore, da vagliare non in forza dell'applicazione della regola speciale dell'art. 79 l.fall. (ora trasposto nell'art. 184 c.c.i.i.) bensì in ragione della norma, generale, prevista dall'art. 72 l.fall. (ora trasposto nell'art. 172 c.c.i.i.), con possibilità per il curatore di sciogliersi dallo stesso in qualunque momento (il principio enunciato muove da un'interpretazione restrittiva dell'art. 79 l.fall., norma speciale e come tale non destinata ad avere applicazione all'infuori del contratto di affitto d'azienda, tenuto conto che l'opzione con possibilità di dedurre i canoni già versati dal prezzo, in quanto tale, si pone in contrasto con la necessità di garantire la competizione tra acquirenti nelle procedure di vendita del compendio aziendale già affittato). Tale rilievo potrebbe comunque prestare il fianco ad una critica, nel senso che si scomporrebbe un contratto unitario e che, in applicazione del principio generale desumibile dagli artt. 1419 e 1424 c.c. dovrebbe comunque indagarsi se le parti avrebbero comunque concluso il contratto di affitto di azienda in mancanza di tale opzione.

²⁴ V. Giorgi, *Il diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza dalla legge fallimentare al codice*, Padova, 2024, p. 380; diversamente se il recesso fosse rimesso al contraente *in bonis*.

pendenza del contratto di affitto)²⁵. Parimenti, ai curatori non si può che suggerire uno scrutinio attento delle clausole del contratto di affitto di azienda in essere, per negoziarne eventualmente l'eliminazione ed evitare duraturi contenziosi sulla parziale opponibilità di singole clausole di dubbia compatibilità con le finalità della procedura concorsuale liquidatoria, ove si escluda la convenienza per la procedura del recesso.

10. Come accennato, una specifica disciplina è dettata per la circolazione dell'azienda dopo l'apertura della liquidazione giudiziale (artt. 212 e 214 c.c.i.i., corrispondenti agli artt. 104-*bis* e 105 l.fallim.), contenente regole ormai sperimentate da anni, incentrate sulla deroga a profili del diritto comune che contrastano con il diritto concorsuale: di qui

- l'esclusione della responsabilità dell'acquirente per i debiti aziendali risultanti dalle scritture contabili, in quanto l'applicazione dell'art. 2560 c.c. derogherebbe al principio fondamentale della *par condicio creditorum*, applicandosi altrimenti un trattamento privilegiato ai creditori anteriori con riferimento al (ramo di) azienda o all'azienda trasferita, rispetto agli altri creditori insinuati ma non pertinenti al ramo, o all'azienda²⁶;
- la necessità di procedure competitive da parte del curatore, che nel caso dell'affitto tengano conto non solo dell'ammontare del canone offerto, ma anche delle garanzie presentate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriale, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali;
- la disciplina dell'affitto dell'azienda da parte del curatore deve includere le specifiche norme a tutela della procedura contro l'affittuario, di cui all'art. 212, comma 3 (diritto di ispezione del curatore; idonee garanzie dell'affittuario; diritto di recesso del curatore).

11. In definitiva, nella disciplina del trasferimento di azienda si riflettono i più vasti problemi del diritto dell'impresa in crisi: la difficile composizione degli interessi delle varie categorie di creditori, variamente toccate da un esercizio provvisorio o dalla prosecuzione dell'esercizio di un'attività che può (forse) generare valore, ma sicuramente costi in prededuzione.

Il problema della tutela dei livelli occupazionali è, dai tempi dell'introduzione dell'amministrazione straordinaria, visto nel conflitto con l'interesse dei creditori concorsuali. Le scelte dell'imprenditore in crisi possono trasferire valore, insieme con la circolazione dell'azienda, di suoi rami e sue componenti, secondo modalità di cui non è facile apprezzare

²⁵ Cfr. F. Fimmanò, *Commento all'art. 212*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di P. Valensise, G. Di Cecco e D. Spagnuolo, *cit.*, p. 1177 ss.

²⁶ Ricorda Vattermoli, *op. cit.*, pag. 352, che, se operasse l'art. 2560, secondo comma, l'interessato all'acquisto sarebbe disposto a pagare per l'azienda un prezzo corrispondentemente decurtato della somma dei debiti aziendali, che verrebbero pagati per intero a discapito dei creditori concorrenti extraziendali. Al fine di evitare distorsioni della *par condicio creditorum*, l'art. 214, co. 8, stabilisce che, se il pagamento del prezzo è effettuato in parte mediante accollo di debiti, ciò può avvenire soltanto se non viene alterata la graduazione dei crediti. Ne consegue che non si dovrebbe fare riferimento ai debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, ma all'ammontare e alla composizione della massa passiva e procedere, ad es., mediante accollo totale di tutti i privilegiati e in pari percentuale di tutti i chirografari. Per una discussione di questo punto v. anche Giampaolino, *op. cit.*, pag. 107 s.

la portata dall'esterno. Questo è forse il punto più rilevante, in termini pratici e scientifici, per il quale occorre un approccio interdisciplinare con gli economisti aziendali.

Dalla prassi del foro, emerge una forte attenzione del Giudice delegato al tema della competizione tra potenziali acquirenti dell'azienda. Come ben sa ogni uomo di impresa, gli acquisti di azienda richiedono la programmazione di un *business plan* che indichi dimensioni e tempi degli investimenti, e tale *business plan* nelle aziende *in bonis* resta riservato, per non favorire la concorrenza: beninteso, la concorrenza in generale, non quella degli offerenti interessati all'azienda, platea molto più ristretta.

Ecco, dunque, un profilo che merita attenzione particolare nel trasferimento di azienda in crisi (o insolvente): la trasparenza è una salvaguardia strettamente inerente ai procedimenti giurisdizionali, ma non è la misura più adeguata al rilancio dell'impresa. Di qui il rilievo che la Commissione Pagni aveva dedicato alla composizione negoziata, e la speranza che la nuova disciplina europea della *Insolvency 3* possa in futuro aiutare ad affrontare in maniera più efficace il problema del trasferimento dell'azienda in crisi. Nella proposta di direttiva si evidenzia la possibilità di un "pre-pack" con asta privata, dove la gara per individuare l'offerente si tiene prima dell'apertura della procedura vera e propria, con cessione autorizzata dal giudice solo successivamente nella successiva fase "liquidatoria". Ciò in alternativa alla vera e propria "asta pubblica" sotto la sorveglianza del giudice, con offerte concorrenti²⁷.

²⁷ V. K. Silvestri, *La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 17 gennaio 2023.