

# Real Estate Issues for retail businesses: transfers of retail businesses and key money



Barbara Calza  
Partner De Berti  
Jacchia Franchini  
Forlani

## Le modalità di subentro e il key money

The two principal types of contracts contemplated by our legal system and used in business practice are the commercial lease and the lease of business sector agreement. Commercial leases are subject to quite rigid codified rules, designed to protect the so-called "weaker party" (the tenant), such as a fixed annual rent to be paid in instalments in advance, the adjustment of the rent by a percentage equal to 75% of the annual increase in the cost-of-living index published by ISTAT (Italian Institute of Statistics), a fixed term of 6+6 years and an entitlement on the part of the tenant to receive from the landlord upon the termination of the lease an indemnity for loss of commercial goodwill.

The lease of business sector agreement, on the other hand, covers both the lease of the real property and the authorisation to conduct a retail business issued by the competent local authority. In recent times, this type of agreement has been used increasingly in commercial practice in the search for new contractual structures to regulate the relations

Il nostro sistema giuridico e la prassi prevedono due principali forme contrattuali volte a regolare i rapporti tra locatore e conduttore: il contratto di locazione commerciale e l'affitto di ramo di azienda.

La prima è soggetta a regole codificate piuttosto rigide, a difesa della cosiddetta "parte debole" (il conduttore), come un corrispettivo annuo fisso da riconoscersi in rate anticipate e l'adeguamento del canone in ragione del 75% dell'incremento Istat, una durata fissa (6+6), il riconoscimento a favore del conduttore, al termine del periodo di locazione, di un'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale.

Il contratto di affitto di ramo di azienda, invece, comprende in sé sia l'aspetto immobiliare che l'autorizzazione commerciale all'esercizio dell'attività. L'utilizzo di questo strumento si è affermato in epoca più recente nella prassi commerciale di settore per individuare nuovi schemi contrattuali tra proprietà e conduttore tali da rendere più flessibili le rigidità delle prescrizioni contrattuali tipiche della locazione.

Il suo utilizzo vale inoltre a soddisfare le esigenze degli operatori del settore "multinazionali" presenti sul mercato nazionale, permettendo loro di avvalersi, nei differenti paesi, di strumenti contrattuali uniformi.

E' inoltre particolarmente flessibile in merito alla durata del contratto (che può anche essere inferiore a 6) e può prevedere un canone con una componente variabile.

Il contratto di locazione di stampo tradizionale, come tale, rimane comunque lo strumento tipico più utilizzato soprattutto per i negozi situati nei centri delle città, e in particolare per i negozi del brand del lusso situati nei centri storici, mentre i contratti di affitto di ramo di azienda sono utilizzati (anche) per l'attivazione (o il subentro) di attività retail all'interno di centri commerciali ed in generale per le attività di retail esercitate su grandi superfici.

### Il subentro nelle attività di retail

Un altro aspetto chiave del settore lo riveste la caratterizzazione del trasferimento ovvero del subentro in un'attività già esistente. Lo strumento tipico utilizzato per



regolare tale rapporto è di norma rappresentato dalla cessione del ramo di azienda di cui fa parte il punto vendita.

Questa tipologia è utilizzata laddove lo strumento contrattuale alla base del rapporto è il contratto di locazione cosa che, come detto, accade più frequentemente per gli immobili siti nei centri storici delle città.

Il motivo dell'utilizzo di questa forma contrattuale risiede principalmente nella legge, che in caso di cessione di ramo di azienda prevede, di norma, l'automatico trasferimento del contratto di locazione in capo al cessionario del ramo di azienda. Per quanto riguarda, invece, il caso del subentro di un punto vendita situato all'interno di un centro commerciale, la prassi ha elaborato una configurazione di ramo di azienda più ampia, tale da comprendere al suo interno il ramo di azienda in affitto, ovvero due rami d'azienda: il primo rappresentato dagli arredi, gli impianti, le merci e i dipendenti, riferibili direttamente all'affittuario e il secondo, rappresentato dalla licenza commerciale, dal diritto di godimento degli spazi comuni e dagli

between landlord and tenant providing more flexibility than can be found in the rigid format laid down for commercial lease agreements.

This kind of contract also satisfies the needs of multinational retailers operating on the domestic market, making it possible for them to use the same kind of contracts in different countries.

It is also particularly flexible as to the term (which may be less than 6 years) and can provide for a variable component in the rent. The classic commercial lease agreement is still the type of contract most frequently used particularly for shops located in towns and, in particular, for luxury brand shops in historic city centres, while lease of business sector agreements tend to be used for the launching (or transfer) of retail businesses in shopping centres and in general for retail activities occupying large surface areas.

### Transfers of retail businesses

Another key feature of this area of activity is the transfer or taking over of an existing retail business. Typically, the type of agreement used to regulate this kind of deal is an agreement for the sale of the business sector which includes the shop concerned.

This kind of agreement is certain to be used where the underlying relationship is a commercial lease agreement which, as mentioned above, is more likely to be the case for shops in town centres.

The reason for this is mainly a legal one, due to the fact that in the event of a business transfer, as a general rule, the law itself provides for the automatic assignment of the lease agreement to the purchaser of the business or business sector.

With regard to the transfer of a sales point in a shopping mall, commercial practice has developed a broader concept of business sector so as to include the leased business sector, or, rather, two business sectors: the first being

DEJALEX

Data: 01 Novembre 2013

Testata: Monitor Immobiliare

Professionisti coinvolti: Barbara Calza

comprised of furniture and fittings, equipment, goods and employees, which are inherent to the business conducted by the lessee, and the second consisting of the trading licence, the right to enjoy common areas and fixtures, which are owned by the lessor.

Using the contractual vehicle of a business sector transfer, however, brings with it certain consequences in law which make this type of contract quite burdensome for the parties, such as the joint and several liability of the transferor and the transferee for deferred tax liabilities and obligations as towards employees.

#### Key money

This is why, in the context of urban commercial lease agreements and, in particular, those involving retail premises, a certain practice has emerged aimed at facilitating the market for the transfer of such leases.

This involves the execution by the parties of a side agreement whose object is to compensate the vacating of the premises in question by the former lessee so as to allow occupation by the new one.

This is carried out by means of a private agreement between the parties providing for the early termination of the lease agreement and for the payment by the potential new lessee of "key money" to the previous lessee by way of compensation/indemnity for the loss of enjoyment of the rights conferred by the agreement (whether it be a commercial lease or business sector lease) for the remainder of its term.

In view of the greater flexibility of lease of business sector agreements, in commercial practice key-money is less frequent in the presence of this type of agreement, whereas it is widespread in the event of assignments of commercial lease agreements, particularly those for shops in streets where there is a high concentration of retailers of



compenso/indennizzo per il mancato godimento dei diritti derivanti dagli anni rimanenti del contratto (affitto di ramo di azienda o locazione).

In realtà, peraltro, proprio per le caratteristiche di maggior flessibilità dell'affitto di ramo di azienda, la prassi commerciale "key-money" risulta meno frequente in questa forma contrattuale, è molto diffusa per i subentri nei contratti di locazione, soprattutto dei negozi nelle vie del lusso.

Di solito il negoziante che intende aprire un'attività in una determinata zona, una volta individuata la posizione adatta, individua il conduttore che in quel momento ha in locazione lo spazio commerciale cui è interessato per verificare la possibilità di subentrare nello spazio commerciale, in tempi relativamente brevi.

Una volta verificata la disponibilità del conduttore a lasciare lo spazio commerciale nei tempi graditi al soggetto interessato, le parti stipulano un accordo sospensivamente condizionato al consenso del proprietario, a stipulare un nuovo contratto di locazione con il potenziale nuovo conduttore interessato.

In base a questo, a fronte del recesso anticipato dal contratto di locazione da parte dell'attuale conduttore, il potenziale nuovo conduttore

corrisponde a quest'ultimo un corrispettivo in danaro, impropriamente definito "buona uscita".

A questo punto il conduttore verifica con il proprietario il gradimento del nuovo potenziale conduttore e conseguentemente la disponibilità del medesimo ad accettare un recesso anticipato con contestuale subentro/stipula di un nuovo contratto con il nuovo.

L'ammontare della buona uscita è determinato da elementi come la durata residua del contratto, la superficie del negozio, la posizione e i prezzi al metro quadrato di locazioni analoghe.

Una volta ricevuta la disponibilità del proprietario al subentro del nuovo conduttore nello spazio commerciale, iniziano le trattative dirette per definire nel dettaglio le condizioni che regoleranno l'accordo di subentro nella locazione/il nuovo accordo di locazione.

In tempi di crisi economica, come quella che stiamo vivendo, nonostante il mercato del real estate nelle vie del lusso sia comunque attivo e tenga ancora bene la posizione, assistiamo ad un inenotamento di parziale flessione dei canoni, ma soprattutto a occasioni di risparmio rappresentata dalla sensibile riduzione delle cifre richieste come key-money.

#### luxury goods.

Usually, a retail business intending to open a shop in a particular area, after identifying the most suitable location, contacts the lessee that occupies at the time the shop premises in which it is interested, to find out whether it would be possible to take over the space in a relatively short time.

If the current lessee is willing to vacate the shop premises within a period of time acceptable to the interested party, the parties sign an agreement, conditional on obtaining the landlord's consent to executing a new lease agreement with the potential new lessee, pursuant to which, in consideration for the early withdrawal from the lease agreement by the current lessee, the potential new lessee pays it a sum of money; this is commonly but inappropriately called a "golden payoff".

The current lessee will then check whether the landlord approves the potential new lessee and is thus willing to accept the premature withdrawal by the lessee from the lease agreement and simultaneous execution of a new lease agreement with the new one.

The amount of the golden payoff is determined by various factors such as the residual term of the lease agreement, the surface area of the shop premises, position, prices per square metre for the lease of similar premises.

Once the landlord has given its approval to the new lessee taking over the shop premises, they will commence direct negotiations with a view to agreeing in detail the terms and conditions of the agreement to transfer the lease/new lease agreement.

In times of economic crisis, like these, while the real estate market in the luxury shopping streets is still lively, there is nevertheless a certain fall in rents but, above all, there are opportunities for savings by new lessees, since figures quoted for key money have decreased considerably.

