Antonino La Malfa

Le offerte concorrenti[1]

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Rapporti con l'art. 182 ed il perimetro applicativo della norma. – 3. Struttura della procedura competitiva. – 4. I presupposti: le offerte "chiuse". 5. Il procedimento competitivo. - 6. La procedura e il potere conformativo del tribunale. - 7. La procedura competitiva. La posizione dell'offerente originario. Il rimborso dei costi . - 8. L'organizzazione della procedura competitiva – la fissazione dei termini. - 9. La gara. - 10. I doveri informativi del commissario. - 11. Adeguamento della proposta e possibilità di revoca. - 12. Gli effetti sui contratti con finalità di trasferimento. - 13. L'offerta condizionata all'esito del concordato. - 14 . Gli effetti sui contratti già perfezionati. - 15. La procedura competitiva nel concordato in bianco. - 16. Considerazioni conclusive

1. Considerazioni preliminari

Tra le misure del DL n. 83/2015, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015 n. 132 è stata introdotta la norma dell'art. 163 bis l.f. sulle c.d. "offerte concorrenti", norma che costituisce un nuovo e particolare percorso procedimentale da attivare nel caso in cui la proposta di concordato contenga un'offerta di affitto o acquisto di un bene o di un'azienda (o un contratto destinato a tale scopo), volto alla ricerca nel mercato di offerte concorrenziali e alla cessione a migliori condizioni.

La novità introdotta dal decreto reca un decisa svolta verso la competitività nella liquidazione concordataria, condotta con decisione ed addirittura con veemenza, se è vero che ad essa si affianca l'altra nuova figura della concorrenza sulla proposta del debitore e si aggiunge il nuovo quinto comma dell'art. 182 della legge fallimentare, che a sua volta impone, in via generale, che tutti gli atti dismissivi da eseguirsi nell'ambito del concordato devono essere condotti applicando le regole generali degli articoli da 105 a 108 ter l. fall. e dunque applicando regole competitive.

Il meccanismo stabilito nel decreto legge era diverso da quello in vigore dopo la conversione in legge. Il primo aveva carattere bifasico: in una prima fase (necessaria) il commissario giudiziale era tenuto ad una valutazione sulla congruità dell'offerta e una seconda fase (eventuale) il tribunale, anche d'ufficio, poteva disporre l'apertura della procedura competitiva, adottando i provvedimenti opportuni e disponendo la gara tra gli offerenti. Il testo finale invece stabilisce sempre l'obbligatorietà della procedura competitiva ed è sparita la valutazione preventiva del commissario. Non sono chiare le ragioni di tale scelta, ma certamente l'introduzione della necessaria procedura competitiva, senza un previo sondaggio del mercato, rischia di ritardare le attività del concordato.

Lo scopo dichiarato della norma è di aumentare, nell'interesse del ceto creditorio, la contendibilità dei beni dell'impresa in concordato tanto delle procedure a struttura liquidatoria, tanto in quelle miste o in continuità che prevedano la liquidazione di singoli beni o di aziende, in significativa correlazione alle ipotesi

[1] Il presente contributo è destinato al volume "*Le crisi d'impresa dopo la riforma del 2015*", a cura di STEFANO AMBROSINI, di prossima pubblicazione presso l'editrice Zanichelli.

www.osservatorio-oci.org

in cui la proposta contiene già l'individuazione della controparte ed ai creditori non rimane altro che l'alternativa di accogliere o respingerla in blocco.

In tale prospettiva il nuovo istituto si affianca alle previsioni sulle proposte concorrenti di cui all'art. 163, al fine dichiarato di impedire che il proponente possa lucrare rendite di posizione che finirebbero per danneggiare i creditori, offrendo invece la possibilità di verificare sul mercato la congruità del valore di cessione e quindi la vantaggiosità dell'offerta.

Il sistema introduce significativi interventi del giudice sulla composizione dell'offerta che possono spingersi a limitare gli attuali connotati di ampia negozialità del concordato che favoriscono la posizione del proponente rispetto a quella dei creditori, consentendo al primo di indicare immodificabilmente il liquidatore e le modalità di liquidazione, che in precedenza potevano solo essere integrate da parte del tribunale.

Prevalevano nel passato le spinte liberiste, volte anche a spingere l'imprenditore in crisi verso il concordato, consentendogli di mantenere forme più o meno dirette di controllo sulla sua impresa, anziché aspettare lo spossessamento e la disgregazione fallimentare. Si concordava unanimemente sulla atipicità del concordato, "per cui non è più necessariamente assimilabile alla *cessio bonorum* privatistica, di cui agli artt. 1977 ss. c.c.; si possono avere concordati che si limitano alla formulazione di una proposta di messa a disposizione dei creditori dei propri beni e altri che si sostanziano in una proposta c.d. chiusa, che contenga, cioè, la predeterminazione delle modalità della liquidazione, del o degli acquirenti, il prezzo di vendita ecc., preceduta, come spesso avviene, da preliminare o da contratto di affitto di azienda con diritto di prelazione, o addirittura in un trasferimento della proprietà dei beni alla massa dei creditori, con tutte le possibili varianti intermedie tra questi estremi; la cessione può riguardare l'intero patrimonio o solo alcuni beni, l'azienda o rami della stessa, blocchi di beni ecc.; può avere efficacia traslativa immediata o solo differita, con trasferimento dei soli poteri gestionali e dispositivi, finalizzato alla liquidazione e al riparto del ricavato nell'interesse dei creditori".

La piena libertà del proponente si rifletteva ovviamente nella fase esecutiva, nella quale le tipologie di concordato "chiuso" ponevano limiti stringenti alle facoltà per il tribunale di modificare le regole nel decreto di omologazione o nel successivi eventuali interventi del giudice delegato.

Ma il sistema non ha dato i frutti sperati, se già le norme del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 avevano introdotto alcune incrinature, aumentando i poteri del tribunale su importati snodi, come i finanziamenti e la prededuzione e lo scioglimento dai contratti, pur senza mutare i principi di fondo sulla negozialità del concordato ed i relativi corollari, sui quali era andata convergendo anche la giurisprudenza.

Questa generale impostazione, cui andava riconosciuta coerenza interna, sembra essere definitivamente infranta dalle regole dell'art. 163 bis, che pur senza proclamare formalmente l'abbandono dei principi, introduce un regime sostanziale e procedurale di segno completamente diverso, che consente (sia pur in limitate ipotesi) la perdita della disponibilità del proprio patrimonio da parte del debitore, con ricadute di rilievo tanto sul piano procedurale, quanto sul piano sostanziale.

L'art. 163 bis sembra redatto con una particolare attenzione per l'azienda, come reso evidente dal duplice richiamo a tale bene contenuto nel primo e nell'ultimo comma e dal riferimento della relazione di accompagnamento. In ogni caso, proprio le tematiche relative all'affitto e alla cessione dell'azienda sono le più complesse e rilevanti, per le evidenti ricadute sulla conservazione delle imprese e delle attività produttive.

www.osservatorio-oci.org

2. Rapporti con l'art. 182 ed il perimetro applicativo della norma

Parallelamente all'introduzione della nuova norma, la riforma ha significativamente inciso anche sul regime generale della liquidazione dei beni nel concordato preventivo, modificando il quinto comma dell'art. 182 l. fall., che dispone l'applicazione degli articoli da 105 a 108-*ter*, in quanto compatibili e contiene ormai le regole fondamentali di tutte le attività di liquidazione del concordato preventivo.

Poiché è rimasto in vigore il regime dei primi quattro commi dell'art. 182 prevista per il concordato con cessione dei beni, nelle attività di liquidazione del concordato preventivo ci si deve oggi districare fra tre diverse discipline.

Infatti, i primi quattro commi dell'art. 182 – applicabili solo alla figura tipica del concordato con cessione dei beni – stabiliscono (salvo valutare la portata che assume oggi l'inciso "e non dispone diversamente", che è rimasto in vigore pur dopo la modifica del V comma) la nomina del liquidatore e del comitato dei creditori ed estendono l'applicazione alla fase esecutiva di alcune norme del fallimento, senza precisare specifiche modalità di liquidazione.

Il quinto comma dell'art. 182 impone l'applicazione a tutti i casi di cessione del concordato preventivo (sia nella fase esecutiva, sia a quelli "posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato) la disciplina degli artt. da 105 a 108 *ter*. L'art. 163 *bis* dispone una particolare procedura il cui contenuto è rimesso sostanzialmente alle determinazioni del tribunale, da applicarsi alle cessioni, all'affitto di aziende, ai contratti che prevedono la futura cessione dei beni e agli atti compatibili del pre-concordato da attuarsi nella fase in cui il concordato è ancora in corso, prima dell'omologazione, avente a riferimento la figura del commissario giudiziale.

I presupposti per l'applicazione di questi tre distinti sistemi di regole, tutti relativi alla liquidazione del concordato sono diversi e non coordinati tra loro, e ne deriva una parziale sovrapposizione dei campi d'azione ed una notevole confusione. Ad esempio, alla cessione di un bene immobile in un concordato liquidatorio può riferirsi astrattamente sia il regime dei primi quattro commi dell'art. 182, sia quella del quinto comma, sia ancora quella dell'art. 163 *bis*, sicchè l'interprete è chiamato ad individuare quale realmente è la disciplina applicabile.

Il campo di applicazione dell'art. 182 V comma è molto vasto, poiché riguarda non solo le cessioni di tutti i beni da compiersi nella fase esecutiva, ma anche tutte le vendite, le cessioni ed i trasferimenti da eseguirsi dopo il deposito della domanda di concordato (ovvero, durante lo svolgimento della procedura) o in esecuzione di questo. Il principale problema, forse, è se esso costituisce la norma fondamentale in tema di liquidazione, tale da superare il dettato del primo comma dello stesso articolo che ammette espressamente le forme di concordato "chiuso" (forse corroborato in questo dalla nuova norma dell'art. 163 bis), che sarebbe quindi da ritenere implicitamente abrogata.

I primi quattro commi dell'art. 182 l. fall. riguardano la sola fase esecutiva del concordato con cessione dei beni, cui saranno riferibili la nomina del liquidatore e del comitato dei creditori e le norme dei commi sino al quarto. La disciplina delle vendite è disposta anche in questo caso dal tribunale col decreto d'omologazione (ed anche in questo sembra poter scorgere una discrasia rispetto al quinto comma, che prescrive strettamente le regole del fallimento), ma deve essere effettuata la pubblicità ex art. 490 c.p.c.

www.osservatorio-oci.org

L'art. 163 bis, a sua volta copre un'area individuata in modo diverso, e per alcuni aspetti ancora più ampia di quella dell'art. 182 quinto comma, anche se parzialmente coincidente. Esso infatti si applica, oltre alle cessioni da eseguirsi nel corso della procedura, anche all'affitto di beni, di aziende o rami d'azienda da compiersi nel corso della procedura, agli atti che hanno la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni e agli atti che devono essere autorizzati nel concordato con riserva (a differenza del 182 V comma, che non copre questi casi). Per questi ultimi atti, la contendibilità dei beni viene estesa persino a contratti già perfezionati, per i quali sembra azzardato ipotizzare una competizione sulla scelta del contraente.

Sia l'art. 163 bis, quanto l'art. 182 V comma impongono la competitività, anche se le regole procedurali sono diverse. Il mancato richiamo integrale degli art. da 105 a 108 ter nell'art. 163 bis e il rinvio alla regolamentazione disposta dal tribunale escludono che in quest'ultimo caso possa applicarsi la disciplina residua delle vendite fallimentari (ad es. in tema di sospensione della vendita da parte del GD o del curatore/commissario) ed il relativo regime impugnatorio, mentre non è ancora chiaro quale sia la portata reale delle regole sulla comparabilità, soprattutto con riferimento all'affitto e alla vendita delle aziende.

Ed allora, la delimitazione del campo di applicazione dell'art. 163 bis deve avvenire sia in relazione ai primi quattro commi dell'art. 182, sia in relazione al V comma, evidenziando in prima battuta che per alcune categorie di atti il problema non si pone, poiché essi sono richiamati solo dall'art. 163 bis e non anche dall'art. 182. Si tratta dell'affitto di azienda e dei rami d'azienda, dei contratti che hanno come effetto il futuro trasferimento di beni e degli atti diversi dalle vendite, da autorizzare ai sensi dell'art. 161 Vi comma l. f.

Per gli altri atti previsti dalla norma in commento, sarà bene aver in mente nell'interpretazione della norma per un verso che le regole dell'art. 163 *bis* riguardano la fase di svolgimento del concordato che rischiano d'intralciare, e per altro verso che la nuova norma è destinata ad essere applicata ai soli concordati chiusi, come si dirà meglio appresso.

Certamente nel concordato le norme che regolano le attività della liquidazione sono troppe, ed è piuttosto difficile comprendere quale sia l'esatta portata di ciascuna di esse.

La prima impressione è che il quinto comma dell'art. 182 l. f. possa costituire una norma di chiusura, tale da imporre in via residuale le regole del fallimento in tutti i casi in cui debbano essere compiuti trasferimenti di beni. In tale caso, la sua sfera di operatività risulterebbe dall'eliminazione delle aree già coperte dall'art. 163 bis e dai commi precedenti dell'art. 182.

Un altro punto è quello di verificare se la mancata abrogazione dell'inciso del primo comma dell'art. 182 ("e non dispone diversamente") costituisce un mero refuso, come sembra doversi ritenere, se si vuole applicare l'art. 163 *bis* ai concordati con cessione dei beni "chiusi" che costituiscono l'obiettivo dichiarato della riforma, la cui legittimità formale si sosteneva proprio sulla presenza di tale norma.

Sembra comunque potersi affermare che in tutte le ipotesi in cui è stato attivato il procedimento competitivo di cui all'art. 163 *bis* non dovrebbe più applicarsi nella fase esecutiva la disciplina dell'art. 182 che costituirebbe in sostanza una mera duplicazione di attività già svolte in una fase precedente della medesima procedura.

Se quindi la proposta di concordato contiene una vera e propria offerta di acquisto o affitto, dovrà applicarsi il regime dell'art. 163 *bis*, mentre se l'offerta è assente nella proposta e viene formulata successivamente, la competitività sarà quella disposta dall'art. 182 IV comma. Tale soluzione riguarda

www.osservatorio-oci.org

anche l'offerta presentata nel concordato con cessione dei beni, se si ritiene l'abrogazione implicita dell'inciso di cui sopra.

Ma il tema sembra di difficile soluzione e sembra opportuno non spingersi troppo in avanti prima del vaglio giurisprudenziale.

3. Struttura della procedura competitiva

Il meccanismo predisposto dall'art. 163 *bis* impone lo svolgimento delle attività di ricerca e competizione già durante lo svolgimento del concordato, prima dell'adunanza, come reso evidente dal fatto che il proponente è obbligato a modificare la proposta e dal fatto che il decreto che regge la procedura è emesso dal tribunale.

Il provvedimento che apre la procedura competitiva è necessariamente rimesso al tribunale, mentre nulla osta a che le fasi successive possano essere svolte dal giudice delegato, cui sono normalmente rimesse tutte le attività da compiersi dopo l'ammissione e sino all'omologazione.

Dunque il provvedimento deve essere emesso non appena il tribunale constati l'esistenza delle relative condizioni, immediatamente dopo l'ammissione della proposta per il concordato "pieno", non appena depositata l'offerta nel concordato con riserva. Nel primo caso nulla impedisca che il decreto faccia corpo unico con quello di ammissione. Poiché il comma quarto stabilisce che "Il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara", sembra conseguenziale che tali attività siano ultimate prima delle operazioni di voto.

Beninteso, entro tale momento deve concludersi la fase competitiva, mentre il perfezionamento del contratto potrà anche avvenire dopo l'omologazione. Precisa infatti l'inciso del primo comma che il trasferimento dei beni può avvenire "anche prima dell'omologazione".

Il provvedimento inziale è destinato a contenere tutti gli elementi della procedura competitiva (le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto). Il concreto contenuto di tali disposizioni è rimesso alle determinazioni del tribunale, che deve provvedere in considerazione della consistenza e natura dei beni e dei caratteri specifici della proposta di concordato.

Anche se la norma non lo dice espressamente, per il compimento delle attività materiali ci si potrà avvalere della collaborazione del commissario giudiziale, che tuttavia non riveste i connotati del liquidatore giudiziale e non è titolare delle connesse facoltà. Nel concordato con riserva chiaramente sarà necessaria la nomina di tale organo.

La norma non stabilisce espressamente le modalità per addivenire all'aggiudicazione e il titolare del relativo potere, ma il riferimento all'udienza per l'esame delle offerte lascia intendere chiaramente che le attività competitive devono essere svolte avanti al giudice, cui sarà rimessa anche l'attività volta propriamente all'aggiudicazione e alle attività conseguenziali.

www.osservatorio-oci.org

Il mancato richiamo degli artt. da 105 a 108 ter (a differenza dell'art. 182) lascia dubbiosi sulla possibilità dei pagamenti rateali, ma è evidente che il decreto introduttivo del tribunale ben possa richiamare il relativo regime.

4. I presupposti: le offerte "chiuse"

Il presupposto di applicazione della norma, secondo il testo della nuova disposizione, è incentrato non sulla struttura liquidatoria o meno della proposta o sulle modalità di liquidazione esplicitate, ma sulla presenza nel piano di concordato dell'offerta di un terzo di acquistare o assumere in affitto un bene o un'azienda verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso ovvero sulla presenza di un contratto "che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni", cui è parificato l'affitto dell'azienda o di un ramo di essa.

Il requisito in questione si scompone di due elementi compresenti: da un lato la presenza di un'offerta di un soggetto già individuato, dall'altro lato che tale offerta sia inserita nel piano di concordato.

Già nei primissimi commenti è stato posto in luce lo scopo di impedire la possibilità di proposte che contengono offerte blindate, ma in realtà il dato positivo sembrerebbe a prima vista smentire che la norma si applichi solo alle proposte di concordato "chiuse" ed aprire a tutti i casi in cui è presente un'offerta, sia o meno blindata.

Tuttavia, non mancano alcuni spunti logici e sistematici che vadano incontro alla conclusione più restrittiva, considerato che la stessa relazione di accompagnamento al decreto legge chiarisce esplicitamente che l'obiettivo della norma è di incidere sulle proposte in cui il debitore ha già individuato la controparte, evitando la competizione sul mercato.

Il primo e più rilevante consiste nell'introduzione nell'ambito dell'art. 182 l.f. del quinto comma, che contiene la generale previsione che a tutte le attività di cessione di beni del concordato devono applicarsi le norme da 105 a 108 ter l.f. Tale disposizione recepisce le regole del fallimento e si estende non solo alle cessioni da svolgere nella fase esecutiva, ma anche in quelle precedenti, e ciò indica che in generale queste sono le norme da applicare alle vendite nella fase esecutiva (la norma s'inserisce appunto nell'art. 182 che riguarda l'esecuzione del concordato), mentre l'ambito dell'art. 163 bis rimane circoscritto ai casi in cui il proponente, o mediante offerte bloccate, o mediante contratti stipulati al fine di consentire il futuro trasferimento a terzi dei beni, impedisca al concordato di accedere alla concorrenza e ai creditori di beneficiare dei relativi vantaggi.

Il secondo si basa sul rilievo che la disciplina dell'art. 163 bis, disposta in prima battuta per le sole offerte, viene poi estesa anche ai contratti stipulati al fine di consentire il futuro trasferimento a terzi dei beni o aziende, e cioè ad ipotesi del tutto affini, in cui il contratto ha l'effetto di blindare il trasferimento dei beni a determinati soggetti a condizioni prefissate e immodificabili. La stessa considerazione può essere svolta anche a proposito degli atti che devono essere autorizzati nel concordato con riserva.

In terzo luogo, anche le modalità competitive previste dalla norma sembrano predisposte proprio ed esclusivamente allo scopo di impedire la formazione di proposte bloccate. In tal senso sembra doversi leggere la facoltà del tribunale di prevedere le modalità di comparazione delle proposte in relazione ad ipotesi nelle quali sono presenti clausole e condizioni che necessitano di un preciso intervento esterno per acquisire offerte confrontabili, così come il successivo obbligo di conformazione della proposta all'esito

www.osservatorio-oci.org

della gara e la previsione che l'irrevocabilità della proposta originaria derivi dalla conformazione alle disposizioni del tribunale e quella secondo cui sono inefficaci le offerte non conformate.

In quarto luogo, si deve considerare che la procedura competitiva dell'art. 163 bis avviene nel corso del concordato ed interferisce pesantemente con il suo svolgimento, determinando un serio rallentamento delle operazioni e rischi dell'insorgere di contestazioni sulle vendite. Sarebbe illogico prevederla per i casi in cui si tratti di mere offerte non bloccate, poiché le stesse attività concorrenziali sono fisiologicamente disposte dall'art. 182 quinto comma fase esecutiva. Si finirebbe altrimenti per mettere il carro davanti ai buoi, anticipando regolarmente la liquidazione rispetto all'omologazione del concordato.

Alla luce di tali considerazioni sembra quindi doversi ritenere che laddove la norma raccorda la procedura competitiva alla presenza di un piano genericamente contenente un'offerta, intende in realtà definire il presupposto di applicazione con riferimento ad una proposta "chiusa", vincolata alla cessione ad un soggetto ben definito a condizioni predeterminate. In ogni altro caso il regime dell'art. 163 bis rimane estraneo, e si deve applicare la comune disciplina dettata dall'art. 182 l.f.

Non sono quindi sufficienti mere manifestazioni d'interesse, come talora accade in alcuni concordati in cui la proposta intende confermare il valore dei cespiti attraverso l'interessamento di un possibile acquirente, peraltro non impegnato sul piano negoziale. Occorre invece che si tratti di una vera e propria offerta vincolante (e cioè tale che, dopo l'omologazione e salvo la revoca, la semplice accettazione dell'impresa proponente o del liquidatore è sufficiente a perfezionare il contratto), anche se non irrevocabile (ed infatti il terzo comma prevede le modalità con cui la stessa diviene irrevocabile dopo il decreto del tribunale) nè che sia cauzionata o sostenuta da garanzie, poiché anche in questo caso è previsto l'intervento suppletivo del tribunale.

Le offerte devono provenire da un soggetto individuato ed avere ad oggetto il trasferimento o l'affitto di aziende o singoli beni. Secondo la lettera della norma, dovrebbero rimanere esenti le offerte che riguardino beni in blocco, il che forse costituisce un semplice errore di stesura, poiché non è agevole comprendere la ragione di una tale esclusione.

L'offerta riguardare l'acquisto o l'affitto dei beni o delle aziende verso un corrispettivo in danaro o comunque a titolo oneroso. Questo riferimento comprende ogni ipotesi in cui l'offerta di acquisto o affitto è accompagnata dall'impegno della controparte ad assumere un qualche sacrificio patrimoniale ed è da intendere in senso ampio, se poi l'ultimo periodo del primo comma estende la disciplina a tutti i contratti con finalità di trasferimento, in assonanza con lo scopo di impedire di lucrare con le proposte di concordato "chiuse".

5. Il procedimento competitivo

In assenza di diverse indicazioni temporali, l'indicazione del primo comma "il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo" indica l'inizio della procedura competitiva subito dopo il deposito della proposta e del piano contenenti l'offerta e dunque sin dall'inizio del concordato preventivo "pieno". Nel concordato con riserva, nel quale manca la proposta, l'apertura deve essere disposta dal tribunale subito dopo che l'offerta con la richiesta d'autorizzazione alla stipula è depositata in cancelleria. Le attività di ricerca e competizione si svolgono quindi sin dall'inizio del concordato, momento nel quale nel quale è assente la figura del liquidatore.

La norma contiene il riferimento al commissario giudiziale che già è stato nominato nel concordato pieno e deve esserlo in quello con riserva, ed anche se tale organo non è titolare di per sé di funzioni liquidatorie

www.osservatorio-oci.org

comunque già nella fase di preconcordato svolge funzioni diverse da quelle proprie, di consulenza del tribunale e di attivazione della procedura ex art. 173 l. f.

Deve escludersi invece che la ricerca del competitore e l'eventuale procedura conseguente possa essere compiuta dallo stesso proponente, considerando la sua posizione in evidente conflitto d'interesse.

La norma prevede che il tribunale dia luogo a due distinti adempimenti, la ricerca e la procedura competitiva ma sembra da escludersi che essi debbano essere compiuti distintamente (prima la ricerca degli interessati e successivamente, in caso di esito positivo, la procedura competitiva). Invero, la modifica dell'originaria disposizione bifasica del decreto legge ha dato luogo al testo finale "dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo", espressione residuale che indica solo che si deve in ogni caso dar luogo ad entrambi gli adempimenti, la ricerca e il procedimento competitivo, considerando comunque che il procedimento competitivo non può non contenere anche l'effettuazione di forme adeguate di pubblicità e ricerca dei potenziali concorrenti.

Il secondo comma della norma in commento indica le attività che devono essere disposte dal tribunale: a) stabilire le modalità di presentazione di offerte irrevocabili; b) prevedere che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità; c) stabilire i requisiti di partecipazione degli offerenti; d) stabilire le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta; e) stabilire la data dell'udienza per l'esame delle offerte; f) stabilire le modalità di svolgimento della procedura competitiva; g) precisare le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti; h) stabilire le forme di pubblicità del decreto; i) stabilire l'aumento minimo del corrispettivo di cui al primo comma del presente articolo che le offerte devono prevedere.

Il tribunale è quindi chiamato ad emettere un decreto molto articolato e complesso, che è volto a definire sostanzialmente tutti gli elementi della competizione. Il grado di dettaglio e complessità è destinato ad aumentare quanto più complesse sono le offerte su cui si deve pronunciare e le situazioni di fatto su cui incidono. Se ad esempio è prevista la rateizzazione del pagamento, il tribunale dovrà precisare se tale possibilità vale anche per le offerte competitive.

La norma precisa che deve essere fissata l'udienza per l'esame delle offerte, il che consente tendenzialmente di escludere forme competitive deformalizzate (così come invece è consentito in base all'art. 107 l.f.) che non prevedono una udienza avanti al giudice.

6. La procedura e il potere conformativo del tribunale

La disciplina delle modalità con cui si perviene all'aggiudicazione è dettagliata e specifica ed attribuisce al tribunale un ruolo attivo al fine di modulare i termini dell'offerta e delle garanzie in relazione alle situazioni concrete ed alle caratteristiche dei cespiti da alienare o affittare.

L'esperienza pratica dimostra che diverse sono le esigenze legate alla vendita di un immobile di valore rilevante rispetto a quelle di un bene di modesto valore o a quelle dell'affitto o della cessione dell'azienda, esigenze non riconducibili a schemi predeterminati che rischierebbero di dar luogo ad inconvenienti.

A fronte di un'offerta di affitto o di acquisto, articolata secondo le modalità indicate dalle parti, si pone l'esigenza avvertita dal legislatore di aprire ad altre potenziali offerte concorrenti, il che determina la necessità di specificare i termini delle offerte concorrenziali, in base alle previsioni del secondo comma,

www.osservatorio-oci.org

secondo cui il tribunale deve stabilire “le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità” ed “i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto”.

Si attua così una sub-procedura interna al concordato le cui modalità di svolgimento sono rimesse all’intervento del tribunale, che riguarda tanto le scansioni temporali e le modalità procedurali delle attività da svolgere, quanto il contenuto stesso delle offerte e quindi del negozio che ne costituisce l’oggetto.

Sembrerebbe dalla lettura del testo che l’intervento normativo si sia spinto ad attribuire al giudice il potere di modifica del contenuto delle previsioni negoziali, con effetti che sembrano destinati ad una tendenziale definitività. Se l’offerta contiene clausole specificamente “tagliate” nei riguardi dell’offerente (si pensi ad un preliminare che preveda una caparra particolarmente elevata, ovvero ad una proposta di affitto in cui il magazzino debba essere liquidato dall’affittuario a determinate condizioni, ovvero in cui l’affittuario assuma specifici obblighi contrattuali verso l’affittante o altre società del gruppo), il giudice potrà trovare delle difficoltà a dettare le regole della comparazione rispetto ad altri offerenti, considerato che tali clausole ben possono assumere un’importanza notevole nell’economia del piano.

Né va sottovalutato che sovente tali offerte provengono da società del medesimo gruppo della proponente e che quindi il piano viene stato predisposto in considerazione delle specificità dell’offerente. La necessità di aprire l’offerta al mercato può spezzare l’equilibrio del piano e la stessa convenienza dell’offerta e d’altra parte incombe sul giudice il potere-dovere di rendere possibili e confrontabili le possibili offerte esterne.

Se è fisiologico che al giudice sia attribuito un ambito d’intervento volto a regolare la gara sul piano procedurale, poiché le caratteristiche di ogni concordato esigono dinamiche individuate in relazione ai casi concreti, molto più delicato è il problema di stabilire i limiti dell’intervento del giudice sul contenuto del (futuro) contratto. Altrettanto sensibile è il tema delle garanzie, considerato il peso economico che esse possono assumere sino a modificare il delicato equilibrio della proposta.

La norma non specifica quali sono i parametri della comparabilità delle offerte. Una possibilità è che, al fine di preservare la struttura della proposta e del piano così come articolati dal debitore, il tribunale debba limitarsi ad indicare gli elementi cui sarà data prevalenza nella valutazione (ad es. il mantenimento dei posti di lavoro, ovvero la ristrutturazione industriale), evitando di individuare elementi e clausole dell’offerta competitiva, restando fissate quelle indicate nel piano e nella proposta (conformi all’offerta in essi recepita), mentre sarebbero i successivi partecipanti a dover formulare delle offerte comparabili con la prima. Questa linea interpretativa recherebbe il vantaggio di evitare la modifica della proposta e del piano e lo sconfinamento del tribunale in attività che gli sono del tutto estranee (per le quali peraltro potrebbe anche non avere adeguati elementi informativi, salvo l’apporto del commissario giudiziale), mutando così il suo stesso ruolo sino ad assumere funzioni di amministrazione attiva del patrimonio del debitore.

Essa sembra però scontrarsi col dato testuale del comma terzo, secondo cui l'offerta originaria diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata in conformità a quanto previsto dal decreto, mentre anche le altre offerte “non sono efficaci se non conformi a quanto previsto dal decreto”. Il tenore di queste disposizioni lascia chiaramente intendere che il tribunale, lungi dal mantenere un ruolo esterno alla vicenda negoziale sottesa, possa e debba direttamente indicare le clausole ed i contenuti cui le offerte devono conformarsi per essere tra loro comparabili, al fine di precisare gli elementi utili per dar luogo alla

www.osservatorio-oci.org

comparabilità delle offerte. In questa prospettiva il parametro di riferimento è costituito dall'offerta originaria che anch'essa, per divenire irrevocabile ed efficace, deve conformarsi al decreto.

Il dato testuale non sembra quindi lasciare spazi ed impone al tribunale non semplicemente di indicare quale possano essere i parametri di comparazione delle offerte sul piano del prezzo, ma addirittura di indicare in concreto gli elementi (le clausole) rispetto alle quali sorge per gli offerenti l'obbligo di conformazione, a pena d'inefficacia.

Ma al fine di circoscrivere l'ambito dell'intervento giudiziale, è bene tener conto di quanto si legge nella relazione di accompagnamento al decreto legge a questo proposito: "La comparabilità delle offerte garantisce che siano confrontabili tra loro e non richiedano una variazione sostanziale del piano (con il rischio che esso divenga, altrimenti, non più fattibile). In questo modo, si è ritenuto di assicurare che la presentazione di offerte concorrenti sull'azienda, su uno o più rami d'azienda o su specifici beni non costituisca ostacolo al complessivo progetto di superamento in via concordata della crisi predisposto dall'imprenditore in difficoltà. Al contrario, l'offerta migliorativa avrebbe soltanto l'effetto, nel quadro del medesimo piano, di aumentare il valore di realizzazione del bene (o dei beni) per cui il piano già in origine prevedeva la cessione. Ciò, chiaramente, non significa che, in caso di offerta migliorativa, non sia necessario apportare modifiche al piano e alla proposta. A tale scopo, si è previsto che l'impresa in crisi debba modificare la propria proposta ai creditori al fine di riflettere il carattere migliorativo dell'offerta in termini di recovery e apportare al piano gli adattamenti conseguenti all'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente prevista".

Il testo evidenzia con nettezza che il potere del giudice è legato e delimitato dal divieto di modificare l'impianto fondamentale del piano, e deve essere indirizzato, "nel quadro del medesimo piano", a massimizzare il valore del bene.

Questa precisazione è coerente con lo scopo della nuova figura, di ampliare la contendibilità dei beni del concordato e di consentire di massimizzare il ricavato della liquidazione.

La delicatezza della questione è particolarmente evidente se si considera che i profili di comparazione tra varie offerte non sono limitati al prezzo di cessione possono essere i più disparati in relazione alle concrete previsioni dell'offerta su cui incidono. Ad esempio, una offerta di affitto può essere finalizzata specificamente al mantenimento dell'intera forza lavoro, un'altra fondata sulla ristrutturazione del sistema produttivo che possa consentire un più sicuro rientro nel mercato, un'altra ancora valorizzare le migliori garanzie per i pagamenti dei canoni o del prezzo, e così via.

Spetta al tribunale, alla luce delle limitate finalità dell'istituto, trovare il giusto equilibrio tra la necessità di armonizzare le nuove offerte rispetto a quella iniziale evitando di snaturare il piano concordatario e consentendo allo stesso di poter essere proseguito pur in caso di sostituzione della controparte contrattuale. In caso diverso si affaccia il rischio che dall'intervento dei giudice possa discendere la definitiva irrealizzabilità della proposta e del piano.

7. La procedura competitiva. La posizione dell'offerente originario. Il rimborso dei costi

L' offerta originaria non è considerata dalla legge di per sé irrevocabile, ma diviene tale solo quando si sia adeguata ai criteri di comparabilità stabiliti dal tribunale.

www.osservatorio-oci.org

Le offerte alternative sono invece sempre irrevocabili e per essere efficaci devono conformarsi ai criteri imposti dal tribunale (garanzie, requisiti di partecipazione e comparabilità).

La posizione del primo offerente subisce comunque le statuizioni contenute nel decreto del tribunale ed è tenuto a conformarvisi se intende partecipare alla gara. In alternativa ha diritto al rimborso (disposto dal commissario giudiziale) delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato. Non sono rimborsabili altre voci, come ad esempio gli investimenti eseguiti per l'esecuzione del futuro contratto.

Per il caso del contratto destinato a produrre la futura cessione, ancor di più il rimborso rischia di essere irrisorio, poiché riguarda voci di modesta portata e non le prestazioni eseguite, per le quali non è stata offerta una regolazione.

In mancanza di indicazioni normative, deve ritenersi che l'onere rimanga a carico della proponente e dunque sulle risorse da destinare ai creditori.

A proposito dei costi, il secondo comma dell'art. 163 *bis* non precisa chi debba compiere le attività disposte dal tribunale, ma se sembra naturale, al fine di non aggravare la procedura con oneri ulteriori, che possa farsi riferimento al commissario giudiziale, anche se tradizionalmente tale figura non è chiamata a svolgere attività liquidatoria. Il commissario è chiamato in causa dalla norma in effetti al fine di fornire le informazioni ai terzi potenziali offerenti e di effettuare il rimborso delle spese, ma tanto basta per ritenere che tutta l'attività esecutiva della procedura competitiva faccia riferimento a tale figura. Per il resto, invece, l'attività risulta incentrata sul ruolo attivo dell'organo giudiziario, che oltre a dare le prescrizioni, tiene l'udienza per il vaglio delle offerte e si può presumere sia chiamato alla relativa decisione.

L'attuazione della procedura competitiva comporta inoltre i costi aggiuntivi costituiti dagli oneri della pubblicità, dal maggior compenso del commissario per le attività ulteriori svolte e dagli oneri necessari per le formalità da compiersi in favore dell'aggiudicatario (per la quota parte).

Tali oneri non potranno che gravare sulla società proponente e dovranno essere quantificati dal tribunale nel decreto che dispone la procedura o in un autonomo provvedimento.

Almeno alcuni di essi saranno immediatamente necessari, come quelli per la pubblicità, e dovranno essere dalla proponente posti a disposizione del commissario. Mentre altri si renderanno necessari in un secondo momento e potranno essere versati successivamente.

Il mancato adempimento di tali obblighi accessori può determinare probabilmente una causa di revoca dell'ammissione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 173 l.f.

Chiaramente, rimangono a carico del terzo i costi necessari per l'assunzione delle informazioni sui beni e al quota parte dei costi delle eventuali necessarie formalità.

L'impresa proponente sarà tenuta ad adeguare il piano e la proposta all'esito della gara, eventualmente previa sollecitazione del tribunale. La norma nulla stabilisce quanto agli effetti sulla posizione negoziale del proponente, probabilmente perché la modifica della proposta contiene in sé l'accettazione delle condizioni stabilite dal tribunale.

www.osservatorio-oci.org

Se l'offerente dopo le prescrizioni disposte dal tribunale non si conforma e non vengono presentate altre offerte, rimane vincolato sulla sua offerta che non è divenuta inefficace: il secondo comma sanziona il mancato adeguamento con la non irrevocabilità, non con l'inefficacia, mentre il terzo comma stabilisce infatti che la liberazione del primo offerente avviene "con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al primo comma". Altrettanto avviene se un terzo si aggiudica la gara, ma successivamente la sua offerta viene ritirata o rimane per altre cause iefficace, poiché, si ripete, l'offerente non ha modificato la sua offerta.

Se invece egli si era adeguato alle prescrizioni del tribunale, verosimilmente non potrà tornare indietro, poiché la sua offerta è divenuta irrevocabile. Questa soluzione è certa per il caso in cui vi sia stata la gara con altri offerenti ed egli sia rimasto aggiudicatario, poiché evidentemente è stata spesa pienamente la volontà negoziale dell'offerente.

Ma la soluzione ad avviso di chi scrive è valida anche nell'ipotesi in cui non vi siano stati altri offerenti, poiché l'offerente originario ha modificato definitivamente le sue condizioni, anche se regole sulla competizione hanno lo scopo di favorire la concorrenza e non quello di consentire di intervenire sulla proposta comprimendo senza motivo l'autonomia negoziale dell'offerente e del proponente e la mancanza di altre offerte lascia ritenere che le condizioni migliorative indicate non fossero in linea col mercato lascia delle perplessità.

Il richiamo generico al procedimento competitivo sembra ipotizzare il ricorso a procedure deformalizzate, ma il successivo riferimento all'udienza per l'esame delle offerte prefigura uno scenario in cui il tribunale (o un giudice delegato) è chiamato a pronunciare sulle offerte stesse (non sembra plausibile che un siffatto potere possa essere delegato ad altri soggetti) e a dirigere le attività connesse. La norma, a differenza che l'art. 182 V comma, non richiama l'art. 107 l.f. e il riferimento a tale norma non sembra appropriato.

Esplicitamente, comunque, la norma non esclude la possibilità che la gara sia tenuta dal commissario o da un professionista esterno (ad esempio un notaio), che proceda all'aggiudicazione. Le concrete indicazioni del tribunale nel decreto di apertura potranno determinare le formalità della cessione o dell'affitto, tanto da effettuarsi immediatamente, tanto se da differire all'esito dell'omologazione. In via analogica per le cancellazioni può provvedere il giudice delegato applicando analogicamente l'art. 182 V comma l. fall.

All'esito del procedimento, il giudice dovrà anche emanare un provvedimento ordinatorio che consenta ed imponga al proponente di modificare il piano e la proposta e al commissario giudiziale di depositare o aggiornare la relazione, con il rispetto del termine di 45 giorni prima indicato dall'art. 172.

www.osservatorio-oci.org

8. L'organizzazione della procedura competitiva – la fissazione dei termini

La norma non offre regole di coordinamento tra le ordinarie cadenze del concordato preventivo e le attività dirette a dar luogo alla ricerca e alla competizione delle offerte.

L'art. 163 n. 2 l. f. stabilisce che il tribunale, quando ritiene la proposta ammissibile, "ordina la convocazione dei creditori non oltre centoventi giorni dalla data del provvedimento e stabilisce il termine per la comunicazione di questo ai creditori". La prescrizione non è stata modificata per il fatto che si debba dar luogo alle attività indicate dal secondo comma dell'art. 163 *bis*, che tuttavia potrebbero richiedere tempi non prevedibili e comunque non facilmente compatibili con quelli propri del concordato, che pur sono stati ampliati. Il nuovo testo dell'art. 172 l. fall. prevede che la relazione del commissario deve essere

depositata almeno 45 giorni prima dell'adunanza, dal che si desume che la procedura di ricerca e competizione dovrebbe essere chiusa al massimo entro 75 giorni dall'ammissione. In caso di gara a condizioni diverse da quelle previste nella proposta, poi, il proponente dovrà avere un tempo adeguato per modificare la proposta, il che riduce ulteriormente il tempo disponibile per compiere le attività connesse alla competizione.

Così, in caso di procedura competitiva il rispetto dei termini previsti potrebbe risultare problematico, poiché normalmente il tempo necessario per dar luogo alla pubblicità e alla proposizione delle richieste alternative è certamente superiore. Il tribunale deve disporre "la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo", il tutto preceduto e regolato dal decreto che "stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità".

Ma è noto che il termine per la conclusione del concordato pacificamente non ha carattere perentorio, così come non è perentorio il termine massimo di durata del procedimento di concordato, portato dalla riforma a nove mesi.

Si tratta di attività e provvedimenti che comunque non attengono alla sostanza del concordato, né a quella della ricerca della concorrenza, ma che riguardano sostanzialmente aspetti organizzatori di una certa importanza, poiché comunque è utile che la procedura di concordato non avvenga in tempi eccessivamente lunghi, nell'interesse della conservazione dell'impresa e dei suoi rapporti economici e giuridici. Il tribunale, proprio al fine di programmare tutta l'attività fino all'ipotetica aggiudicazione, probabilmente dovrà utilizzare tutto il tempo concesso dalle norme, che tuttavia nei casi in cui non pervengono offerte alternative, risulterà eccessivo, con un vuoto procedimentale prima dell'adunanza dei creditori.

9. La gara

Il decreto che dispone la procedura competitiva deve fissare anche l'udienza, antecedente l'adunanza dei creditori, nella quale vengono rese pubbliche ed esaminate le offerte concorrenti.

Queste ultime devono essere presentate in forma segreta e saranno inefficaci se non conformi alle prescrizioni del decreto. L'offerente originario è tenuto a conformarsi al decreto se vuole partecipare alla gara, anche se la norma non è chiarissima, poiché in caso di mancata conformazione non è prevista la sanzione dell'inefficacia, ma che l'offerta non diviene irrevocabile. D'altra parte, a fronte di un decreto che ai fini della comparazione modifichi i termini dell'offerta, se un nuovo offerente si è adeguato al decreto, ma il primo offerente non vi si è adeguato, non par dubbio che l'aggiudicazione debba avvenire direttamente in favore dell'offerta conformata.

Le prescrizioni del tribunale sulle modalità della gara sosterranno anche sul piano formale sia l'eventuale legittimazione del soggetto tenuto a disporre l'aggiudicazione (il commissario giudiziale, ovvero un professionista nominato, o un commissionario etc.), sia il trasferimento della proprietà o la stipula dell'affitto.

www.osservatorio-oci.org

Recita ancora la norma: “Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti”. L’espressione “offerte migliorative” deve probabilmente intendersi nel rispetto delle prescrizioni comparative del tribunale e con riferimento alle meno lucrative previsioni dell’offerta originaria.

La gara può avere luogo alla stessa udienza o ad un'udienza immediatamente successiva e deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione.

D’altra parte, la procedura sembra riscontrare un’ulteriore anomalia rispetto alle modalità conosciute con cui venivano svolte le gare, nel senso che normalmente procedure di vendita prevedono che, in caso di esito negativo, si debba procedere con un ribasso, ma nel caso in esame se la gara ha esito negativo per mancanza di offerte, il tribunale non sembra poter far altro che prenderne atto e consentire la prosecuzione del normale svolgimento del concordato sulla base dell’offerta originaria.

In linea di massima, poiché la norma è volta a tutelare i creditori aumentando la concorrenza, si dovrebbe ritenere che la gara debba avvenire essenzialmente sulla base dell’offerta col prezzo più alto.

Tuttavia non è da escludere che soprattutto per le vendite delle aziende in cui le condizioni concrete possono essere molto diverse tra loro e strutturate in modo complesso, siano possibili anche forme di concorrenza basate su altri elementi.

10. I doveri informativi del commissario

Il commissario giudiziale è tenuto a fornire agli interessati che intendono formulare offerte concorrenti tutte le informazioni utili a tale scopo, secondo le indicazioni dettate dal decreto del tribunale, che infatti è tenuto a disporre “le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta”.

La lettera della norma tuttavia non affronta il problema delle modalità con cui il commissario a sua volta acquisisce le informazioni dalla società proponente, la quale ovviamente non ha alcun interesse a fornirle ai terzi.

Poiché il commissario giudiziale non ha il possesso dei beni e delle aziende e non ne è custode, non potrà direttamente consentire l’accesso per visionarli, così come non potrà direttamente consegnare i documenti necessari ai terzi per le verifiche dirette.

Sarà opportuno quindi che il decreto preveda anche tempi e modi con cui la proponente deve fornire al commissario le informazioni necessarie ed eventualmente le sanzioni o le modalità con cui quest’ultimo possa procurarsi i dati.

Le relative procedure potrebbero essere tortuose e laboriose e dar luogo alla necessità di rinviare il tempo per il deposito delle offerte.

Mi sembra da escludere che il tribunale possa disporre poteri coercitivi direttamente in capo ai terzi interessati, tenuto conto della estrema delicatezza del trattamento delle informazioni, mentre sembra opportuno che detti anche i criteri e i limiti alle modalità di utilizzazione delle informazioni.

www.osservatorio-oci.org

Questi problemi si sono destinati ad accentuarsi, ovviamente, nel caso in cui oggetto dell'offerta sia una azienda, in relazione alla quale il potenziale concorrente volesse svolgere, come è prassi, la necessaria "due diligence". In tal caso il tribunale dovrebbe disporre l'accesso ai dati contabili della proponente, adottando tuttavia le cautele e imponendo i limiti indicati dalla norma.

Nel valutare il rapporto potenzialmente conflittuale tra la società proponente ed il terzo interessato, ad avviso di chi scrive il tribunale deve comunque verificare la serietà delle intenzioni del terzo, ma che in caso positivo debba far prevalere l'interesse del terzo alle informazioni, mentre la società proponente potrà opporre solamente i vincoli strettamente legati a specifiche ragioni di pregiudizio.

Che sul tribunale incomba un siffatto potere – dovere si evince in modo piuttosto evidente dal fatto che può e deve imporre garanzie, che servono proprio a tutelare il proponente e in generale la genuinità delle operazioni.

11. Adeguamento della proposta e possibilità di revoca

La forte compressione dell'autonomia negoziale del proponente impone di esaminare il tema della modifica e della revoca della proposta all'esito della gara eventualmente sfavorevole.

Sul piano testuale, il penultimo comma dell'art. 163 *bis* impone al debitore di modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara. Ma per altro verso è stato abrogato l'art. 175 l. fall., che limitava la facoltà di modifica della proposta sino all'inizio delle operazioni di voto e dunque la regola generale è che la proposta è normalmente sempre modificabile quantomeno sino all'ultimazione del voto quando la proposta del debitore è da intendersi accettata dai creditori.

Le due norme sono inconciliabili, poiché la prima norma prevede che il debitore rimanga vincolato in modo assoluto e definitivo dall'esito della gara, anche se la stessa si è svolta sulla base di clausole e condizioni modificate dal tribunale e non ritenute convenienti dal proponente.

Sono proprio le specificità di questo meccanismo proprio dell'offerta competitiva a determinare la prevalenza della disciplina dell'art. 163 bis, che costituisce una norma speciale prevalente sulla regola generale.

Anche se l'aggiudicatario è un concorrente sgradito alla società o al gruppo cui essa appartiene, il proponente è certamente obbligato a modificare la proposta adeguandola all'esito della gara: ha infatti perso la disponibilità sul contenuto della proposta e subisce anche per questa via una incisiva limitazione della sua libertà economica e negoziale, non potendo più modificare liberamente la proposta o mantenerla invariata.

Le strette maglie formali di questa regola sembrano dunque impedire al proponente anche di modificare radicalmente la proposta articolandola su uno schema assolutamente diverso da quello originario ed evitando di adeguarsi all'esito della gara. Non potrebbe in quest'ottica abbandonare la forma del concordato misto per proporre un concordato con assuntore o con cessione dei beni. Ma su questo punto è bene, ad una prima lettura, lasciare qualche margine al dubbio.

Non par dubbio invece che il proponente, a fronte della nuova situazione venutasi a creare con la gara, possa revocare la proposta, rendendo in tal modo inoffensivo il procedimento svolto, ma subendone comunque i costi e gli effetti che nel frattempo eventualmente sono maturati.

www.osservatorio-oci.org

Questa ultima considerazione probabilmente merita maggiori approfondimenti per il caso della gara sul contratto, nel quale, come si è detto può avvenire che gli effetti che si determinano siano ormai definitivi.

Salvo aggiungere ancora che anche tale definitività potrebbe essere evitata con una revoca immediata, prima che vi sia stato il tempo di formalizzare la nuova realtà contrattuale.

11. La fattispecie del concordato chiuso e gli effetti della procedura

Si è concluso in precedenza che la procedura competitiva si innesta in primo luogo sulla presenza dell'offerta "chiusa" e cioè è inserita nel piano e nella proposta concordataria con individuazione della controparte, del corrispettivo e di tutti gli elementi necessari perché una volta avvenuta l'omologazione non rimanga che formalizzare il contratto definitivo, sia esso di cessione di un bene o di un'azienda, sia esso di affitto del bene o dell'azienda.

Se la gara non conduce all'aggiudicazione in favore di un nuovo offerente e l'offerente originario non si è adeguato alle prescrizioni del tribunale ad avviso di chi scrive, *nulla quaestio*, poiché il concordato prosegue normalmente il suo cammino sulla base dell'offerta originaria. In sostanza la competizione non ha dato riscontri e conseguentemente non v'è ragione per impedire alla proposta di aver normalmente seguito.

Più articolata la soluzione se l'offerente si era adeguato alle prescrizioni del decreto. Le ipotesi sono: a) che vi siano altri offerenti che risultino vincitori della gara; b) che vi siano altri offerenti ma vincitore risulti l'offerente originario; c) che non vi siano altri offerenti.

Nel primo caso, è abbastanza scontato che il concordato debba proseguire sulla base dell'esito della gara, con la modifica della proposta.

Nel secondo caso, sembra logico concludere che l'offerente si sia adeguato più o meno spontaneamente alle nuove condizioni disposte dal tribunale, partecipando alla gara a parità di condizioni con un terzo e quindi che l'esito della gara lo vincoli in modo indissolubile.

Ma nel terzo caso risalta una anomalia, poiché è chiaro che nonostante le prescrizioni del tribunale il mercato non ha dato risposte alternative, ed allora non si comprende perché l'offerente, che ha dovuto accettare le nuove condizioni sotto pena di essere escluso dall'eventuale gara, debba sottostare ad esse, pur se la realtà degli avvenimenti ha reso evidente che ogni alternativa era irrealistica. La coartazione della comune volontà delle parti in tal caso non è giustificata dalla presenza di una offerta alternativa e quindi può dubitarsi sulla legittimità di tale conclusione. D'altra parte, sul piano negoziale se è vero che l'offerente ha manifestato una nuova offerta, è altresì vero che il debitore non l'ha mai accettata e non si è dato luogo ad un nucleo negoziale nuovo e diverso rispetto a quello inizialmente programmato.

12. Gli effetti sui contratti con finalità di trasferimento

Ma se l'aggiudicazione avviene in favore di un terzo si pone il diverso problema di stabilire attraverso quale meccanismo giuridico la procedura può proseguire, modificando il rapporto negoziale. Con l'aggiudicazione, infatti, si determina il soggetto destinato ad entrare nel contratto al posto del precedente, ma non si determina di per sé l'effetto stesso, che necessita o di eliminare il precedente contratto per sostituirlo con uno nuovo o di sostituire al precedente contraente un nuovo contraente.

www.osservatorio-oci.org

L’art. 163 bis al terzo comma si limita ad indicare, con riguardo agli effetti prodotti dall’aggiudicazione, che“ In ogni caso, con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al primo comma, quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato”.

Per quanto riguarda l’impresa che ha formulato la proposta il penultimo comma dell’art. 163 bis stabilisce che “Il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara”.

Nel complesso la fattispecie di base considerata dal legislatore riguarda la l’offerta chiusa, mentre invece la stipulazione del contratto definitivo è destinata ad operare solo successivamente all’omologazione del concordato e condizionatamente a tale evento. Così infatti il proponente può adeguare la proposta alla nuova situazione giuridica che deriva dalla gara e consentire al concordato di proseguire su basi certe. Ne deriva che normalmente, alla modifica della proposta sulla base dell’aggiudicazione al terzo offerente consegue la “caducazione” dell’offerta originaria col risultato finale che il concordato può proseguire sulla base della nuova situazione giuridica, nella quale la controparte è diversa (oltre ad una o più clausole o garanzie inserite dal tribunale in sede di regole di comparazione). A seguito della modifica della proposta l’offerta può essere ritenuta accettata e il vincolo negoziale ripristinato in capo al nuovo offerente. Chiaramente, oltre alle clausole previste nell’offerta originaria, le parti dovranno adeguarsi anche a quelle disposte dal tribunale ai fini della comparazione o delle garanzie, ma in un contesto procedimentale come quello del concordato, caratterizzato dalla conclamata situazione di crisi o insolvenza, non pare che tali distonie siano sul piano giuridico inaccettabili.

L’effetto liberatorio ed il rimborso prescindono dalla buona o mala fede dell’offerente, che comunque non è più tenuto all’adempimento. Più in generale tutto il meccanismo non si fonda su presunzioni di frode, ma opera oggettivamente sulla base della gara effettuata.

La situazione si pone in termini assai più diversi e di difficile comprensione nel diverso caso in cui la procedura competitiva sia disposta “quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni”. La norma non chiarisce con precisione i termini della fattispecie, ma sembra riguardi il caso in cui il contratto sia stato stipulato dall’imprenditore con un terzo prima della proposta di concordato, mentre gli effetti relativi al trasferimento del bene sono destinati a verificarsi successivamente, in un momento precedente o successivo all’omologazione. Caso tipico è il preliminare di vendita in cui il definitivo sia da stipulare successivamente all’omologazione.

La norma dispone che si dia luogo la procedura competitiva, ma non stabilisce con precisione, in caso di esito della gara favorevole al terzo, quale sia l’effetto giuridico che ne consegue, salvo la liberazione della controparte dall’obbligo dell’adempimento. Tale effetto riguarda le obbligazioni della controparte, ma non il contratto in sé.

Anche l’obbligo della modifica della proposta di concordato da parte del proponente non incide sugli effetti del negozio già perfezionato e di per sé, in caso di preliminare di vendita, la caparra rimane nelle mani del promittente venditore e se è prevista la consegna immediata del bene, lo stesso rimane nel possesso del promittente acquirente.

www.osservatorio-oci.org

Analogamente, in caso di affitto d'azienda con clausola di prelazione (ipotesi che parimenti sembra riconducibile alla fattispecie in esame), l'azienda durante la procedura competitiva rimane nella detenzione dell'affittuaria, che continuerà a gestirla normalmente.

Si potrebbe pensare ad una mera sostituzione di uno dei contraenti, rimanendo in vita lo stesso contratto precedentemente stipulato, ma chiaramente sul piano tecnico la soluzione appare un po' forzata.

Altrimenti, si dovrebbe ipotizzare che il precedente contratto subisce una qualche forma di caducazione, e poiché non ricorrono i presupposti di una forma di invalidità né sarebbe sufficiente la mera inefficacia, si può pensare ad una sorta di scioglimento *ope legis*, che lascia impregiudicato il problema degli effetti già verificatisi. Forse l'ipotesi più verosimile è quella dello scioglimento *ope legis* del contratto precedente, cui tuttavia deve seguire la stipulazione di un nuovo contratto col vincitore della gara, cui il proponente è tenuto.

Non senza segnalare le gravi difficoltà di regolare gli effetti di un passaggio negoziale di tale portata, come ad esempio la sorte dei pagamenti già eseguiti o degli atti legalmente compiuti da parte dell'acquirente nelle more della gara. Non sembrano questioni di poco conto.

Non sembra comunque che la norma riconosca in capo al tribunale fallimentare il potere di regolare i rapporti tra il precedente ed il successivo aggiudicatario, il che lascia aperta la porta al dubbio che si debba persino ravvisare la competenza del giudice ordinario.

Ma il condizionale su temi così sfuggenti è certamente d'obbligo allo stato, e non sembra agevole trovare soluzioni appaganti. Sul piano generale, la norma sembra spingersi molto in avanti sino ad incidere fortemente sulla posizione del terzo, che come si è detto non è qualificabile di per sé in termini di mala fede.

13. L'offerta condizionata all'esito del concordato

Il nuovo impianto normativo non sembra di per sé modificare il dato di prassi fondamentale, secondo cui il trasferimento dei beni previsto nelle offerte, aperte o chiuse che siano, è solitamente legato all'omologazione del concordato.

Il debitore rimane sempre nella titolarità piena dei propri beni e le offerte di acquisto o di affitto contenute nelle proposte sono sottoposte alla condizione implicita (a volte, anche esplicita) della successiva omologazione della proposta. La liquidazione dei cespiti prima dell'omologazione può conseguire solo ad una richiesta del debitore e non può avvenire contro la sua volontà. Solo in alcuni limitati casi la cessione o l'affitto dell'azienda sono concepiti come contratti definitivi produttivi di ogni effetto già nel corso della procedura, ma in tal caso la loro stipulazione, quale atto di straordinaria amministrazione, è sottoposta all'autorizzazione del giudice delegato ex art. 167 l. fall.

Il sistema delineato dalla nuova norma rispetta per le offerte il sistema, poiché impone sempre l'adozione della procedura competitiva che conduce all'aggiudicazione del bene o dell'azienda ma non comporta normalmente il trasferimento del bene, che si verifica, avveratasi la condizione, solo dopo l'omologazione.

La nuova disciplina si fonda sulla presenza dell'offerta nel "piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e)" e dunque in un progetto economico e procedurale "contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta". Non basta l'offerta a giustificare

www.osservatorio-oci.org

l'applicazione della procedura competitiva, ma è necessario anche che essa si inserisca nel piano redatto dal debitore, che costituisce peculiare atto dell'autonomia privata ai fini della soluzione della crisi o dell'insolvenza. Tale riferimento non ha carattere meramente enunciatorio, considerato che il penultimo comma dell'art. 162 bis impone al proponente di modificare il piano in conformità all'esito della gara.

A seconda della struttura del piano, quindi, l'offerta può avere contenuto diverso, come ad esempio l'acquisto puro e semplice del bene o dell'azienda, ovvero l'acquisto condizionato all'omologazione, l'affitto legato alla successiva alienazione dell'azienda, l'affitto o la vendita legati a particolari attività o condizioni, come ad esempio una più ristretta o allargata perimetrazione dell'azienda, o la presenza di alcuni marchi o brevetti, e così via.

Nella necessaria correlazione tra l'offerta ed il piano, deve riconoscersi al ricorrente la potestà di concordare effetti che siano coerenti con il suo programma concordatario e di respingere quelli che sono diversi o addirittura contrari. La volontà del proponente costituisce quindi un elemento che partecipa alla stessa costruzione dell'offerta "principale", la quale non può non concordare con l'assetto degli interessi della controparte.

Il che comporta la necessità (ovvero, l'obbligo per il giudice) del pieno rispetto del quadro generale delineato nell'offerta e nel piano, sicché i criteri di comparazione che va a disporre con il suo decreto non potranno discostarvisi. Logica vuole che il decreto del tribunale, al fine di rispettare la libertà negoziale del ricorrente debba conformarsi, in linea di massima e salvo specifiche e cogenti ragioni, all'offerta originaria richiamata nel piano, con le sole modifiche strettamente necessarie per dar luogo alla competizione.

Lo stesso obbligo per il proponente di modificare il piano non costituisce più, in tale contesto, il frutto avvelenato del ricorso allo strumento concordatario, ma più semplicemente l'adeguamento alle diverse condizioni che derivano dalla gara, ma senza stravolgere la struttura e la portata del pino di concordato.

Questa conclusione trova conforto nell'art. 163 *bis* terzo comma, che prevede al terzo periodo che "La gara può avere luogo alla stessa udienza o ad un'udienza immediatamente successiva e deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione". S'impone quindi l'espletamento della gara, ma non anche che l'esito della stessa debba necessariamente essere vincolante quale che sia l'esito della proposta. Se quest'ultima conteneva un'offerta condizionata all'omologazione, sembra lecito ritenere che anche l'aggiudicazione a soggetto diverso dal primo offerente (ma l'esito della gara potrebbe anche essere favorevole proprio a costui) subisca gli stessi limiti e vincoli contenuti nella proposta.

www.osservatorio-oci.org

14 . Gli effetti sui contratti già perfezionati

La conclusione del paragrafo precedente, secondo cui in tutti i casi in cui l'offerta contiene la condizione implicita dell'omologazione del concordato l'aggiudicazione a seguito della gara deve rispettarla è non sembra altrettanto chiara per ciò che concerne i contratti con finalità del futuro trasferimento di cui all'ultima parte del primo comma, in cui la gara e l'aggiudicazione avvengono in relazione ad un negozio già perfezionato, in cui l'esito positivo per il terzo offerente può condurre direttamente alla definitiva modificazione con la sostituzione del nuovo offerente al contraente originario ed addirittura con la possibile modifica di taluna delle clausole in funzione della comparabilità o in relazione alle garanzie imposte dal tribunale.

Si è già detto che in questa ipotesi la procedura competitiva, che mantiene sempre lo scopo di favorire la concorrenza, si innesta non su una mera proposta di acquisto o affitto, ma su un contratto già definitivamente stipulato, che ha come finalità (o meglio, come effetto) di pervenire al futuro trasferimento dei beni. La norma sembra alludere al preliminare di affitto o di acquisto, ma la formulazione è aperta ad altre formule negoziali.

Orbene, se la gara si svolge in relazione ad un contratto già perfezionato ed i concorrenti devono tutti conformarsi alle prescrizioni del tribunale e se ancora il proponente deve adeguare la proposta all'esito della gara, si deve concludere che nei casi di aggiudicazione al nuovo offerente il "vecchio" contratto è caducato e in qualche modo si è dato luogo ad un "nuovo" contratto nel quale è presente l'aggiudicatario. Tale contratto peraltro sembra debba avere la stessa efficacia immediata e cogente di quello sostituito, dovendo dovendosi su di esso fondare gli effetti propri del concordato.

Tale prospettiva è molto allarmante per il proponente, poiché in presenza dell'offerta rischierebbe: a) di dover subire il trasferimento ad un affittuario-cessionario diverso da quello indicato nel ricorso; b) di dover subire l'esito contrario della gara anche in caso di mancata approvazione dei creditori, o di revoca ex art. 173 l. fall. o di mancata omologazione del concordato; c) quello di dover accettare che il tribunale, nel momento in cui pone le garanzie o determina la condizioni di comparazione, modifichi in qualche modo le condizioni.

Queste conclusioni sembrano valere non solo nel caso in cui il concordato venga approvato dai creditori ed omologato, ma anche nel caso della mancata approvazione o mancata omologazione.

L'effetto sarebbe particolarmente invasivo e condurrebbe ad una implicita espropriazione del debitore, o quantomeno alla forte compressione della sua autonomia patrimoniale e giuridica quando cioè si constata (*ex post*) l'assenza dell'insolvenza che costituisce il presupposto logico dello spossessamento.

Ma anche su questo delicato tema è bene essere prudenti prima di trarre conclusioni affrettate, in attesa di maggiori approfondimenti.

Merita sottolineare ancora che questa disciplina non trova giustificazione su una presunzione di frode e dunque sull'invalidità del contratto, considerato che una delle possibilità è quella che il contratto originario rimanga in vita pur dopo l'indizione della competizione e la mancata presentazione di offerte alternative.

15. La procedura competitiva nel concordato in bianco

Il comma sesto dell'art. 163 bis stabilisce espressamente che "La disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma".

Nel prossimo futuro, tenendo conto che i nuovi limiti posti al concordato preventivo "pieno" non valgono per il concordato con riserva e che dunque quest'ultimo potrà continuare a svolgere la sua funzione protettiva in un consistente numero di casi, sarà probabilmente questo il maggior banco di prova della competizione sulle offerte, tenuto conto anche che spesso la procedura viene attivata d'urgenza a fini protettivi.

Il testo della disposizione stabilisce che tutti gli atti del preconcordato sono da autorizzare, col limite della compatibilità. Ma poiché la finalità della norma è quella di incidere sugli atti di cessione o affitto di beni o aziende blindati, si deve ritenere che solo le offerte e i contratti che abbiano questo contenuto possono

www.osservatorio-oci.org

essere soggette alla procedura competitiva e sembra piuttosto difficile ipotizzare altre categorie di atti compatibili.

perciò, la procedura competitiva scatta se vi è la presenza di un atto da autorizzare che rientri nello schema logico dell'art. 163 bis, e cioè della richiesta di autorizzazione a compiere un atto che possa dar luogo alla contendibilità e dunque un atto dismissivo o di affitto di azienda, nonchè di un atto che abbia come effetto la futura cessione del bene.

Ad esempio, l'autorizzazione all'acquisto di beni (si pensi ad un macchinario necessario per implementare una linea produttiva da ristrutturare) è certamente sottratta alla disciplina dell'art. 163 bis per incompatibilità logica. Sono sottratti anche gli atti che devono essere autorizzati ai sensi di altre norme, come l'art. 169 bis in tema di scioglimento dai contratti pendenti, o le autorizzazione previste in tema di finanziamenti nei concordati in continuità con riserva previste dall'art. 182 quinquies. Tali atti non sono tali da offrire un beneficio competitivo per i creditori e non rientrano nella sfera applicativa della norma in esame.

Numericamente, gli atti per i quali maggiormente si richiede l'autorizzazione nel concordato con riserva sono quelli volti alla liquidazione di singoli beni per i quali l'urgenza si concretizza in condizioni particolarmente favorevoli, ovvero di beni che necessitano di manutenzione quando l'attività sia cessata, ovvero di beni a rapida obsolescenza non più utili per l'attività.

Non è del tutto infrequente che si richieda al tribunale l'autorizzazione a stipulare l'affitto dell'azienda, soprattutto nei casi in cui l'urgenza della presentazione della domanda di preconcordato (per la sopravvenienza di istanze di fallimento o di procedure cautelari o esecutive) non ha consentito alle imprese di farlo prima.

La procedura prevista dalla norma è sempre quella del comma due, col tribunale chiamato a dettare le disposizioni sulla comparabilità delle offerte e le prescrizioni sulle garanzie e le modalità della gara. Anche in questo caso deve essere fissata un'udienza per la deliberazione sulle offerte.

In assenza delle informazioni e della documentazione che corredano la proposta di concordato ordinario, è certamente necessario che il panorama informativo sia offerto nella stessa domanda di autorizzazione e sia adeguato, tanto da consentire al tribunale adeguata valutazione sull'autorizzazione e sulle modalità della competizione. Il tribunale potrà chiedere chiarimenti e documentazione.

Dal punto di vista procedimentale non vi sono particolari differenze, se non che i tempi del concordato con riserva sono prefissati dalla legge e talora piuttosto ristretti. Il termine di 60 giorni previsto per le imprese nei cui confronti pendono istanze di fallimento è piuttosto esiguo ed impone certamente cadenze molto ravvicinate, il che potrebbe dar luogo a varie difficoltà, soprattutto al fine di reperire le garanzie o in caso di affitto dell'azienda. Se nel frattempo sopravviene la proposta di concordato pieno, andrà valutata la compatibilità dell'atto col piano del concordato.

Può presentare delle obiettive difficoltà pratiche il caso in cui il tribunale abbia concesso il termine di cui all'art. 161 VI comma senza nominare il commissario giudiziale e successivamente pervenga una richiesta di autorizzazione che impone l'adozione della procedura competitiva. Al fine di compiere i compiti previsti dalla norma (il secondo comma indica proprio nel commissario il destinatario dei doveri informativi verso i terzi) sembra necessario che il tribunale proceda alla nomina di tale figura con lo stesso decreto che dispone la gara.

www.osservatorio-oci.org

Di solito le richieste di autorizzazione contengono già l'indicazione dell'offerente e delle condizioni di vendita o di affitto, che erano sinora da ritenersi "chiuse" e cioè autorizzabili o meno, ma comunque vincolate alle indicazioni contenute nella domanda di autorizzazione.

Con la nuova disciplina l'impresa nel formulare la domanda è consapevole che il bene sarà posto sul mercato e che potrà essere aggiudicato ad un'offerta concorrente ed è consapevole altresì dei doveri informativi che deriveranno dalla procedura necessariamente da attuarsi.

Si ripropongono invece i dubbi relativamente alle modifiche di contenuto che potrebbero essere introdotte dal tribunale nel determinare le condizioni di comparazione, anche con riguardo alla garanzie imposte. Tali condizioni potrebbero risultare gravose e limitanti la libertà economica e negoziale del proponente, soprattutto nel caso in cui poi alla domanda con riserva non faccia seguito la proposizione del concordato pieno.

16. Considerazioni conclusive

E' forse il caso a questo punto di tentare un primo approssimativo bilancio di massima alla luce delle osservazioni sinora svolte, senza peraltro entrare nelle valutazioni sulla maggiore o minore opportunità di aumentare la contendibilità nel concordato preventivo, ma limitandosi a valutare la norma sulla stesura tecnica e in merito ai riflessi che necessariamente comporterà sul piano sistematico.

Due i principali rilievi.

La prima osservazione è che forse il legislatore è intervenuto sul tema delle vendite blindate con una sorta di eccesso di difesa. Evidentemente si è voluto rendere contendibili i beni dell'impresa in tutti i casi di offerte chiuse, ma tale obiettivo è già stato ottenuto in via generale con l'introduzione del V comma dell'art. 182, che ha imposto la procedura competitiva degli artt. da 105 a 108 ter a tutte le cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo. Non era necessario introdurre una nuova norma, ma sarebbe stato sufficiente estendere la disciplina all'affitto di azienda ed agli altri casi non contemplati in questa norma, eventualmente aggiungendo le norme di adattamento necessarie, per ottenere facilmente il pieno raggiungimento degli scopi prefissati.

Oltretutto, tale norma è destinata ad operare fisiologicamente nella fase esecutiva e non incide nella carne viva della procedura di concordato. La fase esecutiva dell'art. 182 è quella certamente più opportuna, anche sul piano temporale, per dar luogo alla contesa sui beni e prima di anticiparne l'applicazione in un momento precedente era probabilmente meglio valutarne l'impatto anche sui tempi del concordato.

L'aver previsto una norma apposita determinerà incertezze e discussioni che sicuramente non giovano alla chiarezza e speditezza della procedura.

Il secondo rilievo riguarda la disinvoltura con la quale si è intervenuti, certamente con le migliori intenzioni, sui contratti già perfezionati, con un sistema invasivo ed idoneo a spiegare i suoi effetti anche nei casi in cui il concordato non perviene all'omologazione. Le disposizioni introdotte sembrano destinate ad incidere, forse inconsapevolmente, su principi cardine del sistema privatistico, conducendo alla caducazione forzata dei negozi in ipotesi in cui sono assenti adeguate giustificazioni anche sul piano costituzionale.

www.osservatorio-oci.org

Oltretutto, l'intervento è privo delle necessarie disposizioni di dettaglio sulle modalità con cui si determinano gli effetti e in tal senso scaricano sul giudice e sulle parti l'onere di creare una prassi operativa su temi veramente molto delicati sul piano privatistico.

I problemi sollevati dalla nuova disposizione sembrano tali e di tale portata da non poter essere facilmente risolti in via interpretativa, ma sarebbe opportuno un immediato ulteriore intervento normativo più meditato che affronti consapevolmente le questioni e persegua gli obiettivi con una visione d'insieme del panorama e degli interessi in gioco.

Antonino La Malfa

Presidente di Sezione presso il Tribunale di Roma

www.osservatorio-oci.org