

La disciplina delle vendite : l'art. 182 e l'art. 163 bis l.f.

di Maria Novella Legnaioli

Premessa: il D.L. 83/15: la modifica dell'art. 182 l.f. e l'introduzione dell'art. 163 bis l.f.

1.L'introduzione dell'art. 163-bis l. f.: la finalità e gli effetti della norma; la previsione nel D.L. 83/15 e le modifiche di cui alla Legge di conversione 132/15. 2. Il perimetro applicativo, i presupposti di operatività della norma e la nozione di trasferimento; 3.Le modalità di attuazione del procedimento competitivo ed il decreto di apertura, il suo contenuto; 4.L'accesso alle informazioni rilevanti. Il ruolo del commissario giudiziale. Tutela della riservatezza; 5.La sorte dell'offerta originaria e la sua irrevocabilità ai sensi del terzo comma. La gara tra gli offerenti; 6.La distinzione tra vendita ed aggiudicazione e la possibilità che il piano ne preveda l'esecuzione dopo l'omologazione. La necessità che la gara sia svolta prima dell'omologazione e dell'adunanza dei creditori; 7.Modifica della proposta e del piano di concordato all'esito della gara. Revoca della proposta; 8.L'offerta condizionata all'omologazione del concordato. La sorte delle offerte concorrenti in caso di mancata omologazione; 9.La procedura competitiva nel concordato in bianco; 10.La liberazione dell'offerente/contraente originario. Il rimborso delle spese. La comparazione con il contraente in bonis che subisce lo scioglimento di cui all'art. 169 bis l. f.; 11.Cessione e affitto di azienda; 12.Offerte concorrenti e operazioni societarie straordinarie

Premessa: il D.L. 83/15: la modifica dell'art. 182 l.f. e l'introduzione dell'art. 163 bis l.f.

La riforma del 2005 aveva profondamente modificato il concordato preventivo, che da strumento riservato "all'imprenditore onesto e sfortunato" era divenuto generale rimedio della crisi o dell'insolvenza d'impresa, assumendo natura giuridica essenzialmente negoziale (1).

La proposta di concordato non doveva più rispondere a precise condizioni formali né era più necessario che l'imprenditore possedesse specifici requisiti di meritevolezza.

L'ampia formulazione dell'art. 160 l.f. dichiarava espressamente, e dichiara tuttora, che la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti oggetto della proposta di concordato dell'imprenditore che si trovasse in stato di crisi, avrebbe potuto assumere qualsiasi forma, cosicché l'imprenditore avrebbe potuto agire "nella più assoluta discrezionalità in conformità al principio dispositivo dei contratti" (2)

Con riferimento al concordato preventivo con cessione di beni, l'art. 182 l. f. (intitolato "Provvedimenti in caso di cessione dei beni") era rimasto sostanzialmente invariato.

La riforma del 2005 (D.L. 35/2005 conv. in L. 80/2005) e quella del 2006 (D. Lgs. 5/2006), in particolare, non avevano previsto una specifica disciplina delle funzioni del liquidatore giudiziale.

Soltanto con il decreto correttivo del 2007 (D. Lgs. 169/2007) erano intervenute alcune modifiche ed all'art. 182 l. f. erano stati aggiunti altri commi (co. 2 , 3, 4 e 5), con i quali erano state richiamate, come applicabili al liquidatore giudiziale, al comitato dei creditori ed alle vendite nella procedura di concordato, norme dettate per il curatore (co. 2), il comitato dei creditori (co. 3) e le vendite forzate nel fallimento (co. 4 e 5).

In questo modo si era aperto "un varco alla soluzione pubblicistica del concordato preventivo" (3).

Veniva però da chiedersi il senso di una procedura di concordato in tutto analoga, nella sua fase esecutiva liquidatoria, a quella fallimentare, e, questa domanda, appare oggi, alla luce delle modifiche introdotte dal D.L. 83/15 ancora più stringente.

In proposito va ricordato che, in modo significativo, il progetto di legge delega predisposto dalla Commissione Rordorf ha pensato di limitare il concordato preventivo per cessione dei beni ai casi in cui dall'esterno si offra un *quid pluris* rispetto al patrimonio del debitore insolvente, consentendo ai creditori un trattamento più vantaggioso e tale da giustificare la procedura di concordato rispetto a quella fallimentare.

La modifica apportata dal Governo in sede di presentazione del progetto in Parlamento ha poi, invece, addirittura ritenuto preferibile limitare l'istituto del concordato all'ipotesi della continuità,

eliminando quello per cessione dei beni, così esprimendo la volontà di riservare l'istituto del concordato alle situazioni di crisi reversibile, in cui sia presumibile il risanamento e la conservazione dell'impresa.

Il disegno di legge approvato alla Camera dei deputati il primo febbraio scorso è poi ritornato all'impostazione della Commissione Rordorf.

Con il D.L. 83/2015 convertito nella L. 132/2015 il concordato con cessione di beni ha nuovamente subito importanti modifiche che hanno inciso sia sulla misura della soddisfazione dei creditori da assicurare, sia, per quanto qui interessa, sulle modalità di liquidazione.

La rubrica dell'art. 182 l. f. da "Provvedimenti in caso di cessione di beni" è divenuta "Cessioni", ed il testo della norma è stato modificato al comma 1 ed al comma 5.

Al comma 1 è stata aggiunta la previsione che il tribunale deve disporre che il liquidatore effettui la pubblicità di cui all'art. 490 c.p.c. e fissare il termine in cui la stessa deve essere eseguita.

Il comma 5, invece, è stato modificato con la previsione che a tutte le vendite, le cessioni e i trasferimenti posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo, si applicano gli artt. 105-108-ter in quanto compatibili e che, in tutti questi casi, la cancellazione dei vincoli gravanti sui beni viene effettuata su ordine del giudice (salvo diversa disposizione del decreto di omologazione per gli atti a questo successivi).

Già l'introduzione nell'art. 182 l. f., con il decreto correttivo del 2007, dei commi 2, 3, 4 e 5 (che avevano esteso al concordato le norme dettate per il curatore, il comitato dei creditori e la liquidazione fallimentare) aveva posto vari problemi interpretativi, laddove aveva previsto l'intervento del tribunale solo se il concordato non disponesse diversamente (co. 1 "se il concordato ... non dispone diversamente") e laddove, comunque, aveva richiamato per la liquidazione concordataria le norme fallimentari di cui agli artt. 105-108-ter l. f. "in quanto compatibili" (co.5).

La norma infatti veniva così ad individuare tre diverse fonti per la determinazione delle modalità di liquidazione : 1. la proposta; 2. la legge fallimentare; 3. il tribunale, ma non era chiaro se tra le stesse vi fosse una gerarchia, e quale essa fosse.

In particolare si era posto il problema se la proposta potesse derogare alla legge, e prevedere modalità di liquidazione differenti da quelle previste dagli artt. 105-108-*ter* l.f. (richiamati dal comma 5), oppure se la liquidazione dovesse necessariamente avvenire nel rispetto di dette norme; se la precisazione “in quanto compatibili” fosse quindi riferita alla proposta (compatibili con la proposta, che quindi avrebbe potuto disporre diversamente) oppure alla procedura di concordato (compatibilità delle norme dettate per la procedura fallimentare a quella di concordato).

Si era discusso dell'ammissibilità dei cd “concordati chiusi” o “preconfezionati” cioè delle proposte che già prevedessero specifiche modalità di liquidazione e, più precisamente, che la vendita dei beni o dell'azienda (in quest'ultimo caso normalmente preceduta da un contratto di affitto) avvenisse in favore di un soggetto predeterminato.

Si era anche discusso della possibilità che alla liquidazione provvedesse direttamente il debitore, soggetto notoriamente non spossessato nella procedura di concordato, o se invece fosse, sempre e comunque, necessaria la nomina di un liquidatore giudiziale terzo da parte del tribunale.

In proposito sia in dottrina (4) che in giurisprudenza (sia di merito che di legittimità) (5) si erano manifestati orientamenti nell'uno e nell'altro senso.

Il nuovo co. 5, come modificato dal D.L. 83/15 ha esteso le regole della liquidazione fallimentare dettate fino a quel momento solo per la fase esecutiva, anche alla fase ante omologa.

Non vi è più alcun dubbio, quindi, che anche prima dell'omologazione del concordato, possa iniziarsi la liquidazione del patrimonio del debitore, nonostante che i creditori, alla cui soddisfazione tale patrimonio è destinato, non abbiano approvato né l'opzione concordataria né il contenuto della proposta e nonostante che il tribunale non abbia omologato il concordato.

Viene inoltre espressamente chiarito che anche nella fase precedente all'omologa devono trovare attuazione le regole della liquidazione fallimentare e che, quindi, trovano applicazione, per esempio, sia la norma sulla esclusione di responsabilità di cui all'art. 2560 c.c. dell'acquirente dell'azienda per i debiti sorti prima del trasferimento (art. 105 co. 4 l. f.), sia quella, che, comunque è ulteriormente precisata, sulla cancellazione dei vincoli dai beni trasferiti.

Rimangono, tuttavia, ancora l'inciso al primo comma "se il concordato ... non dispone diversamente" e la precisazione che le norme di cui agli artt. 105-108-*ter* si applicano "in quanto compatibili", con la conseguenza che il problema del coordinamento delle fonti sembrerebbe rimasto invariato.

In realtà il D.L. 83 ha quasi completamente stravolto il quadro precedente e ciò ha fatto attraverso l'introduzione della nuova norma di cui all'art. 163-*bis* l. f., mirata espressamente a colpire quelli che fino ad allora erano stati chiamati concordati "chiusi" o "preconfezionati" o simili.

Questi ultimi non sono propriamente diventati inammissibili, potendo ancora il piano comprendere "una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento ...", come espressamente recita la nuova norma, ma, se così predisposti, ricadono necessariamente nella disciplina dell'art. 163-*bis*, disciplina che, nella formulazione di cui alla legge di conversione, impone al tribunale di aprire, d'ufficio, l'apertura di una procedura competitiva.

Da una parte appare quindi chiaro adesso:

- che da dopo la domanda di concordato, anche con riserva, per la fase ante omologa si applicano: o l'art. 163-*bis* (se ricorre l'ipotesi in cui il "piano ...comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore... dell'azienda o di uno o più rami di azienda o di specifici beni"...") oppure, per tutti gli altri casi, la norma, generale e di chiusura, di cui al comma 5 (e cioè gli artt. 105-108-*ter*).

-che il concordato chiuso non è inammissibile ma è soggetto alla disciplina dell'art. 163-*bis*.

-che dopo l'omologa continuano ad applicarsi le norme di cui agli artt. 105-108-*ter*.

Dall'altra parte, invece, appare ancora meno chiaro il valore dell'inciso "se il concordato non dispone diversamente", tanto da fare dubitare della stessa sopravvivenza della norma (6)

Ma forse un valore a detto inciso potrebbe essere ancora conservato, seppure nelle seguenti limitate accezioni:

-se la proposta prevede diversamente quanto alla nomina del liquidatore, e indica un liquidatore (con il quale magari ha già preconcordato un compenso), il tribunale, purché il soggetto indicato abbia i requisiti previsti dall'art. 28 l. f., non dovrà provvedere alla nomina di un soggetto terzo, ma recepire sul punto la proposta che, prevedente la nomina a liquidatore di quel soggetto, è stata approvata dai creditori;

-nel caso in cui la proposta preveda diversamente nel senso di comprendere "un'offerta da parte di un soggetto già individuato" e, quindi, rientri nella previsione di cui all'art. 163-*bis* se, una volta disposta la procedura competitiva, come si dirà nel prosieguo, non risultino essere state presentate altre offerte concorrenti e l'offerente originario non abbia adeguato la sua offerta al decreto e il debitore non abbia dovuto conseguentemente modificare la proposta, a questo punto la proposta iniziale del debitore contenente l'offerta originaria, dopo essere stata messa alla prova della procedura competitiva dell'art. 163-*bis*, troverà attuazione così come era stata formulata, e, essendo stata l'offerta originaria messa in competizione sul mercato, la liquidazione potrà avvenire diversamente dalle modalità fallimentari; in questo caso quindi la proposta, seppure dopo la messa alla prova della procedura di cui all'art. 163-*bis* (con esito negativo), potrà disporre diversamente come consentito dall'art. 182 co. 1;

Non sarà invece possibile che la proposta preveda diversamente dagli artt. 105-108-*ter*, quando in essa la liquidazione, non predeterminata (quindi al di fuori dell'ipotesi contemplata dall'art. 163-*bis*), sia affidata ad un soggetto terzo (indicato dallo stesso proponente in un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 o scelto dal tribunale in assenza di indicazione); in questo caso troveranno piena applicazione le regole della liquidazione fallimentare di cui agli artt. 105-108-*ter*, secondo quanto disposto dal comma 5 dell'art. 182 l. f., che si presenta come norma generale e di chiusura, e non

suscettibile di deroga nel concordato con cessione dei beni. Il tribunale quindi, con il decreto di omologazione, stabilirà le regole della liquidazione in conformità alle norme richiamate.

Quanto all'ipotesi in cui la proposta non preveda trasferimenti di beni a favore di soggetti determinati (e quindi non sia soggetta all'art. 163-bis) ma stabilisca che la liquidazione sia svolta dal medesimo debitore, come ritenuto da parte della dottrina citata, ci troveremo davanti ad un concordato non propriamente con cessione di beni cui si applica l'art. 182 l. fall.(concordato che implica la netta separazione dell'imprenditore dalla proprietà dei beni e/o dalla titolarità gestoria) ma ad un concordato con garanzia.

In questo caso la possibilità che il debitore liquidi il proprio patrimonio direttamente, senza essere soggetto alle regole di competitività di cui all'art. 182 (7), dovrebbe essere temperata dalla necessità per il medesimo di assumere l'obbligo del pagamento di una determinata e precisa percentuale di crediti, percentuale che, trattandosi di concordato comunque non riconducibile a quello previsto dall'186-bis dovrà essere superiore al 20%.

1. L'introduzione dell'art. 163-bis l. f.: la finalità e gli effetti della norma; la previsione nel D.L. 83/15 e le modifiche di cui alla Legge di conversione 132/15.

Il D.L. 27 giugno 2015, n. 83 all'art. 2 ha introdotto con l'art. 163-bis l. f. una nuova norma che disciplina le offerte concorrenti.

La chiara finalità della novità normativa è quella di aumentare, nell'interesse dei creditori, la contendibilità dei beni dell'impresa in concordato, colpendo la nota prassi dei concordati "chiusi" o "preconfezionati" che, in conseguenza della modifica, non sono divenuti inammissibili, come si è già detto, ma devono soggiacere alla "prova del mercato"

Se questa è stata la finalità, l'effetto è stato quello di limitare notevolmente la negoziabilità del concordato preventivo, anche perché la norma, come sopra anticipato, si applica a tutti i tipi di concordato e non solo a quello con cessione dei beni.

Il debitore che, nell'istituto del concordato risultante dalle modifiche del 2005 e del 2006, poteva agire “nella più assoluta discrezionalità in conformità al principio dispositivo dei contratti”, vede praticamente perduta la disponibilità del proprio patrimonio.

Nella sua originaria formulazione, come introdotta dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, la norma di cui all'art. 163-*bis* l. f. prevedeva la procedura competitiva come eventuale, attribuendo al commissario il compito di valutare, motivando le proprie conclusioni, la congruità dell'offerta contenuta nel piano, e, nel caso in cui ritenesse che questa potesse non corrispondere al miglior interesse dei creditori, di richiedere al tribunale, sempre con istanza motivata, di aprire un procedimento competitivo. Il tribunale, sentito il commissario, doveva decidere sull'istanza “ovvero disporre d'ufficio l'apertura di un procedimento competitivo, tenuto conto del valore dell'azienda o del bene, nonché della probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori”..

Così come all'inizio formulata, la norma contemperava bene gli interessi in gioco, quello del debitore a vedere attuata la sua proposta così come dal medesimo “confezionata” e quello dei creditori ad ottenere il massimo realizzo in termini monetari del bene oggetto di cessione. Tutelava, inoltre, anche l'esigenza di speditezza del procedimento, in ottemperanza al principio costituzionale della ragionevole durata del processo, limitando lo svolgimento di una procedura competitiva così complessa e, quindi, tutt'altro che rapida, ai casi in cui ciò fosse giustificato in considerazione del valore dell'azienda o del bene da liquidare o della probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori (criterio quest'ultimo di portata generale nella procedura di concordato preventivo, ed espressamente richiamato in svariate norme: artt. 182-quinquies co. 1 e 5, 186-*bis* co. 2 lett. b) l. f.) (9).

La legge di conversione 9 agosto 2015, n. 132, ha, tuttavia, modificato questa impostazione, stabilendo l'obbligo per il tribunale di aprire la procedura competitiva di cui all'art. 163-*bis* l.f. in tutti i casi in cui il piano comprenda una offerta da parte di un soggetto già individuato, e ciò a prescindere dal valore dell'azienda o del bene (che potrebbe essere anche modesto) e dalla valutazione del miglior

interesse dei creditori, magari già perseguito dall'offerta contenuta nel piano nel caso di valore congruo o superiore rispetto a quello attribuibile al bene.

L'obbligo, poi, di attuare la procedura competitiva prima dell'adunanza dei creditori (scelta dettata dall'esigenza di fare in modo che questi ultimi votino sulla proposta definitiva risultante dalla competizione), dilata notevolmente i tempi del procedimento che, difficilmente, potranno rientrare nei nove mesi più eventuali sessanta giorni di proroga, previsti dall'art. 161 l. f. (con decorrenza dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 161 e, quindi, anche dal deposito della domanda di concordato con riserva, fase che, da sola, in caso di assenza di istanze di fallimento, può estendersi a sei mesi, se si ritiene applicabile, in questo caso, come appare preferibile, la sospensione feriale dei termini).

2. Il perimetro applicativo, i presupposti di operatività della norma e la nozione di trasferimento.

Il perimetro applicativo della norma è molto ampio, poiché, come detto, essa si applica a tutte le procedure di concordato e non è dettata solo per il concordato con cessione dei beni.

La norma stabilisce che il tribunale disponga l'apertura del procedimento competitivo secondo le disposizioni di cui al secondo comma "Quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lettera e), comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni".

Prosegue la norma precisando sempre al primo comma "Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo di azienda o di specifici beni"

Infine al quinto comma "La disciplina del presente articolo si applica ... all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda"

Sono due quindi i presupposti dell'operatività della norma : 1) una offerta (o un contratto) da parte di un soggetto già individuato; 2) l'inserimento di detta offerta (contratto) nel piano.

Il termine “offerta” è ampio e deve distinguersi da quello di “contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell’azienda, del ramo di azienda o di specifici beni” ipotesi prevista espressamente come distinta dalla prima .

Sembrerebbe quindi che l’offerta possa non essersi ancora trasfusa in un contratto vincolante per entrambe le parti, e che, quindi, anche quella che non impegni il debitore rientri nel perimetro applicativo della norma.

Tuttavia, come osservato (10), non mancano spunti logici e sistematici nel senso di attribuire al termine impiegato (“offerta”) un significato più restrittivo.

E’ stato evidenziato, infatti, che la stessa relazione di accompagnamento al decreto legge chiarisce esplicitamente che la finalità della norma è quella di incidere sulle proposte che evitano la competizione sul mercato, avendo il debitore già individuato la controparte.

Soltanto a proposte di questo tipo, dunque, deve riferirsi la norma.

Depongono in questo senso anche le seguenti ulteriori considerazioni.

-la procedura competitiva è già imposta in via generale dall’art. 182 co. 5 l.f. (quale, si è detto, norma di chiusura sulla liquidazione nel concordato con cessione dei beni): quindi anche l’offerta che non impegni il debitore sarebbe già soggetta alla competizione e sarebbe salvaguardata l’esigenza di garantire la migliore soddisfazione dei creditori;

-la procedura di cui all’art. 163-*bis* l.f. per la sua complessità e per il momento (prima dell’adunanza) in cui si svolge determina un prolungamento dei tempi che pare logico limitare alle sole ipotesi in cui la proposta eviti la contendibilità dei beni in concordato.

Allora, l’offerta suscettibile di provocare la procedura di cui all’art. 163-*bis* è solo quella che è stata fatta propria dal debitore attraverso l’inserimento nel piano. Non vi rientrano eventuali offerte *a latere* allegare solo per corroborare l’attendibilità della stima di un bene o che non escludono il trasferimento a migliori condizioni (11).

L'offerta considerata dall'art. 163-*bis* è soltanto quella che “sia stata conformata in modo da impegnare il debitore in concordato a darle obbligatoria attuazione. Se così non fosse, la norma sarebbe del tutto superflua, non potendo avere un'autonoma funzione” (12)

L'obbligo può essere assunto dal debitore nel piano o con atto separato.

L'offerta deve avere ad oggetto un trasferimento verso corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, ed anche non immediato.

Vi rientrano quindi anche le ipotesi di pagamento del corrispettivo mediante *datio in solutum*, cessione di crediti o accollo di debiti e le fattispecie contrattuali interessate sono tutte quelle nelle quali si attua un trasferimento (offerta di acquisto, compravendita, contratto estimatorio ...) anche non immediato (contratto preliminare di compravendita, contratto di affitto di azienda con prelazione od offerta di acquisto) oppure l'affitto di azienda (già stipulato prima della domanda di concordato o da stipulare dopo).

3. Le modalità di attuazione del procedimento competitivo ed il decreto di apertura, il suo contenuto.

Il procedimento competitivo viene aperto con decreto del tribunale, il cui contenuto, tratteggiato dal secondo comma, risulta articolato e complesso dovendo esso stabilire:

- a) il contenuto che le offerte (qualificate espressamente come irrevocabili) dovranno avere con la previsione di eventuali garanzie;
- b) i requisiti di partecipazione degli offerenti;
- c) le forme di accesso alle informazioni rilevanti, necessarie per la formulazione dell'offerta, ed i limiti al loro utilizzo;
- d) le modalità di svolgimento della procedura: il termine e le modalità per la presentazione delle offerte, l'aumento minimo, la data dell'udienza in cui si provvede al loro esame, le modalità della gara nel caso di più offerte. Le forme di pubblicità e il richiamo all'art. 490 cpc.

a) La determinazione del contenuto dell'offerta è fondamentale per assicurarne la comparabilità, come richiesto dalla norma.

Nel caso in cui l'offerta originaria sia particolarmente articolata (es. contratto di affitto di azienda con canoni in parte fissi ed in parte variabili in relazione al raggiungimento di determinati risultati, canoni magari di importo diverso nel tempo) l'attività del tribunale risulterà complessa e potrà trovare valido ausilio nella collaborazione del commissario giudiziale.

In questo caso risulterà non facile assicurare la comparazione, specialmente se l'offerta sia stata "tagliata" proprio su quel soggetto già individuato e se, per essere interessante anche per altri, debba essere aggiustata e modificata.

Tuttavia il potere del tribunale trova un limite nel piano, la cui impostazione complessiva non deve risultarne stravolta.

In questo senso la relazione al disegno di legge di conversione secondo cui sarebbero richieste "offerte competitive che siano migliorative nel *quantum* senza alterare l'originario piano" e la relazione al decreto legge secondo cui "la comparabilità delle offerte garantisce che siano confrontabili tra loro e non richiedano una variazione sostanziale del piano".

D'altro canto modifiche significative potrebbero rendere il piano non più fattibile oppure potrebbero determinarne la necessità di sostanziale revisione, ipotesi, questa, che potrebbe determinare un allungamento ulteriore della durata della procedura.

Il tribunale dovrà quindi lasciare intatta l'impostazione e le condizioni dell'offerta originaria, eliminando, se necessario ad aprire la competizione a soggetti terzi, eventuali clausole che, pur non incidenti sull'impianto del piano, siano state appositamente predisposte per l'offerente originario.

Dovrà inoltre indicare gli elementi cui sarà data prevalenza nella valutazione, elementi che, tenuto conto che la finalità della norma è il miglior soddisfacimento dei creditori, dovranno riguardare essenzialmente l'ammontare del corrispettivo e i tempi di pagamento.

Quanto alle garanzie che devono essere prestate dagli offerenti queste dovranno avere un minimo comune denominatore, e costituiranno requisito di ammissibilità delle offerte.

b) Dovranno poi essere fissati nel decreto i requisiti di partecipazione degli offerenti, tra i quali potrebbero indicarsi l'assenza di protesti, di procedure esecutive o ipoteche giudiziali a proprio carico; in caso di società che vi siano tenute, il deposito regolare dei bilanci al registro delle imprese, magari con allegazione degli ultimi.

Sembrerebbe, ma la norma non brilla per chiarezza, che le offerte non possano essere presentate da società cui partecipi il debitore o da società sottoposte a comune controllo.

L'art. 165 terzo comma ultimo periodo l. fall. richiama, infatti, in relazione al diverso istituto delle proposte concorrenti, la limitazione di cui all'art. 124 co. 1 ultimo periodo (disposizione che impedisce al fallito, alle società cui esso partecipi o a quelle sottoposte a comune controllo di presentare una proposta di concordato fallimentare prima che sia decorso un anno dalla dichiarazione di fallimento e dopo che siano decorsi due anni dalla dichiarazione di esecutività dello stato passivo), e il quarto comma del medesimo art. 165 estende la disciplina del terzo comma anche alle richieste di informazioni per la presentazione di offerte ai sensi dell'art. 163-bis.

Alcuni tribunali hanno poi escluso la possibilità di offerte concorrenti per persona da nominare (13).

L'esclusione è in linea con la necessità di accertare fin dal momento della presentazione dell'offerta se l'offerente sia in possesso dei requisiti stabiliti dal tribunale.

c) Le forme di accesso alle informazioni rilevanti, necessarie per la formulazione dell'offerta, ed i limiti al loro utilizzo: rinvio al paragrafo successivo.

d) le modalità di svolgimento della procedura: il termine e le modalità per la presentazione delle offerte, l'aumento minimo, la data dell'udienza in cui si provvede al loro esame, le modalità della gara nel caso di più offerte. Le forme di pubblicità e il richiamo all'art. 490 cpc.

Il decreto deve fissare il termine e le modalità per la presentazione delle offerte, stabilendo che queste debbano essere depositate in busta chiusa (secondo la norma vanno presentate in forma segreta),

che debbano essere irrevocabili e che siano, eventualmente, accompagnate dal versamento di una cauzione che, in caso di aggiudicazione potrà essere considerata in conto prezzo e , in caso di mancata aggiudicazione dovrà essere restituita. Potrà disporsi anche il trattenimento della cauzione a titolo di sanzione, analogamente a quanto previsto dall'art. 587 cpc, nel caso in cui dopo l'aggiudicazione non si addivenga alla stipula dell'atto.

L'aumento minimo va disposto in relazione al “corrispettivo di cui al primo comma” e deve essere necessariamente indicato.

Il riferimento al corrispettivo fissato nella proposta originaria esclude la necessità di una stima del bene oggetto della offerta, stima che, se non già presente agli atti, avrebbe potuto prolungare ulteriormente i tempi della procedura.

Nel caso in cui il corrispettivo non sia pattuito in denaro, ipotesi consentita dalla norma (“trasferimento ... verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso”), lo stesso dovrà essere in qualche modo monetizzato. Anche questa operazione potrà non risultare semplice e, quindi, potrà essere necessario che il tribunale si avvalga della collaborazione del commissario giudiziale o di altri esperti.

Potrebbe essere opportuno determinare l'aumento minimo in misura non inferiore ai costi della gara, costi che dovranno essere anticipati necessariamente dal proponente e che, in tale modo, in caso di presentazione di offerte, potranno essere recuperati e non incidere sulle risorse messe dal piano a disposizione dei creditori.

L'aumento tuttavia non dovrà essere tale da scoraggiare la presentazione di altre offerte (14).

Pare da escludersi la possibilità di delegare lo svolgimento della procedura competitiva ai sensi dell'art. 591-bis c.p.c. (15), non essendo detta possibilità espressamente prevista e precisando la norma che in caso di più offerte migliorative sia il giudice a disporre la gara (co. 3).

In previsione di quest'ultima il decreto dovrà indicare il rilancio minimo.

Infine il decreto dovrà disporre adeguate forme di pubblicità che assicurino la massima informazione e partecipazione degli interessati (come stabilisce in via generale l'art. 107 l. f.). Dovrà disporsi inoltre la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c.

4. L'accesso alle informazioni rilevanti. Il ruolo del commissario giudiziale. Tutela della riservatezza (16)

Il commissario giudiziale fornisce le informazioni utili sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso (art. 165 co. 3 e 4).

Fin dalla domanda di concordato con riserva le scritture contabili sono a disposizione del giudice delegato e del commissario (art. 170 co. richiamato dall'art. 161 co.6) e con il decreto di ammissione il tribunale ordina al ricorrente di consegnare copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie (art. 163 co. 2 numero 4-*bis*) (libro giornale e partitari contabili; libro inventari con situazioni contabili e bilanci redatti secondo la struttura civilistica (artt. 2423 e segg. c.c.); contabilità di magazzino ove istituita; c.d. "pezze d'appoggio" contabili propedeutiche alle scritturazioni contabili e fiscali (fatture di acquisto e fatture emesse, corrispondenza commerciale con clienti e fornitori, corrispondenza bancaria) registri IVA (acquisti, vendite, corrispettivi, riepilogativo), registro cespiti ammortizzabili, libro unico del lavoro ...).

Per le società di capitali anche i libri sociali previsti dall'art. 2421 c.c. tra i quali i più ricorrenti saranno: i verbali dell'organo amministrativo, i verbali delle assemblee dei soci e, se presente, quelli del collegio sindacale.

Tra le altre informazioni rilevanti sono compresi tutti gli elementi informativi necessari per determinare il valore economico dell'oggetto dell'offerta concorrente. Pertanto la rilevanza dell'informazione non può essere definita a priori ma è tracciata, in ordine decrescente, dalla tipologia di bene da valutare: 1.azienda; 2.ramo di azienda; 3.plurimi o singoli beni aziendali

materiali [es. macchinari, attrezzature, impianti, merci, crediti] o immateriali [es. marchi, brevetti, licenze].

Riguardo all'azienda nel suo complesso, la base informativa necessaria per consentirne la valutazione economica ai terzi interessati, oltre alle scritture contabili e fiscali obbligatorie, involge l'intero complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa e dell'avviamento.

L'attività valutativa potrà pertanto necessitare di:

-sopralluoghi nelle sedi ove sono ubicati i beni aziendali per la verifica della loro consistenza, stato di fatto e stima a valori correnti

-verifica di tutti i contratti inerenti l'azienda al fine di rilevare obbligazioni correnti, future e potenziali

-verifica della documentazione di supporto di eventuali beni immateriali (autorizzazioni, licenze, concessioni, registrazioni di diritti di privativa industriale)

Quasi tutti gli elementi documentali sopra richiamati sono nella disponibilità del commissario perché per legge, come sopra indicato, da consegnare al medesimo o perché eventualmente direttamente allegati dal debitore al ricorso (es. contratti in corso) o perché comunque ottenibili dal debitore (ogni altro documento aziendale) in quanto prodromici, peraltro, al giudizio di fattibilità da esprimere nella relazione ex art. 172 l.f.

Il commissario prima di fornire le informazioni rilevanti dovrà valutare la congruità della richiesta e cioè verificare se il dato informativo richiesto sia rilevante ai fini della valutazione del bene oggetto dell'offerta.

Dovrà, altresì, assumere gli opportuni obblighi di riservatezza, che è opportuno siano indicati nel decreto del tribunale.

5. La sorte dell'offerta originaria e la sua irrevocabilità ai sensi del terzo comma. La gara tra gli offerenti.

La norma al primo comma non precisa se l'offerta originaria debba essere irrevocabile, ma ciò pare escluso dalla previsione di cui al terzo comma, secondo cui essa diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata in conformità a quanto previsto dal decreto del tribunale e viene prestata la garanzia dal medesimo stabilita.

Dalla disposizione, quindi, si deduce che l'offerta originaria deve essere modificata secondo quanto previsto nel decreto (e che devono essere prestate le garanzie stabilite) e che la conseguenza dell'inosservanza di questo obbligo è la sua non irrevocabilità, ma non la sua inefficacia.

L'adeguamento al decreto da parte dell'offerta originaria è necessario per renderla comparabile con le altre, ma non impone anche l'integrazione dell'offerta originaria con l'aumento minimo, perché ciò implicherebbe per le offerte concorrenti un ulteriore aumento.

Le offerte concorrenti, invece, come precisato, devono essere irrevocabili e sono inefficaci se non conformi al decreto (oltre che se sottoposte a condizione). In questo caso quindi la conseguenza è l'inefficacia.

Secondo la norma, la gara deve essere disposta in caso di presentazione di più offerte migliorative.

Nonostante il tenore della norma, pare ragionevole e logico ritenere che la gara debba essere disposta anche nel caso in cui l'offerente originario si sia adeguato al decreto e che sia stata presentata un'unica offerta migliorativa da parte di un terzo.

Nell'ipotesi, invece, in cui sia stata presentata solo un'offerta migliorativa rispetto a quella originaria ma quest'ultima non si sia adeguata al decreto, il trasferimento (o il contratto o l'affitto) dovrà disporsi in favore dell'offerente concorrente.

Deve infatti prendersi in considerazione la possibilità che l'offerente originario non adegui la propria offerta al contenuto del decreto (o non presti le garanzie fissate).

In questo caso, se non siano state presentate offerte concorrenti, rimarrà valida ed efficace l'offerta originaria, dal momento che, come detto, la conseguenza al mancato adeguamento è la non irrevocabilità della stessa, non la sua inefficacia.

Poiché non vi è stata gara, e quindi il debitore non ha dovuto modificare la proposta ed il piano (co. 4), il concordato proseguirà sulla base della proposta “chiusa” e “preconfezionata” del debitore.

Né dovranno poi, in sede esecutiva, effettuarsi altre procedure competitive ai sensi del quinto comma dell’art. 182 l. f., potendo a questo punto, dopo la messa alla prova sul mercato, la proposta del debitore disporre diversamente (art. 182 co.1).

Se, invece, siano state presentate offerte concorrenti (che saranno necessariamente migliorative perché tenute, pena l’inefficacia, all’aumento minimo), la vendita o l’aggiudicazione avverranno all’unico offerente (nel caso di unica offerta) oppure al vincitore della gara (nel caso di più offerte).

Nella diversa ipotesi in cui l’offerta originaria sia stata modificata in conformità al decreto (e sia stata prestata la garanzia), questa diviene irrevocabile e consente all’offerente originario, nel caso di una o più offerte concorrenti, di partecipare alla gara.

All’esito della gara se l’aggiudicazione avviene a favore dell’offerta concorrente l’offerente/contraente originario è liberato dalle proprie obbligazioni ed il debitore deve modificare la proposta ed il piano recependo l’offerta dell’aggiudicatario. Se, invece, l’aggiudicazione avviene in favore dell’offerente originario la proposta deve essere modificata secondo la nuova offerta dell’offerente originario, come adeguata al decreto e come risultante dall’esito dei rilanci della gara.

In assenza di offerte concorrenti invece, e quindi di gara, rimane valida l’offerta originaria, la quale, tuttavia, si è conformata al decreto ed è divenuta irrevocabile.

La coartazione della volontà delle parti appare, in questo caso, non giustificata, dal momento che il mercato non ha risposto alla procedura competitiva e che, pertanto, l’offerta originaria non era tale da pregiudicare l’interesse dei creditori alla massimizzazione del valore del bene.

6. La distinzione tra vendita ed aggiudicazione e la possibilità che il piano ne preveda l’esecuzione dopo l’omologazione. La necessità che la gara sia svolta prima dell’omologazione e dell’adunanza dei creditori.

La norma (al terzo comma) utilizza i termini di vendita e aggiudicazione.

Sembrerebbe quasi ovvio che il termine “aggiudicazione” si riferisca all’individuazione dell’offerente finale a seguito di gara tra più concorrenti, mentre il termine “vendita” all’ipotesi in cui non sia stata disposta la gara.

Tuttavia la norma precisa che la vendita o l’aggiudicazione possono avvenire anche dopo l’omologazione, se così prevede il piano, e che, la gara, invece, deve concludersi prima dell’adunanza.

La necessità che la gara si concluda prima che sia tenuta l’adunanza è ovvia conseguenza del fatto che il debitore deve modificare la proposta in conformità all’esito della gara e che detta proposta modificata sia sottoposta alla votazione dei creditori.

Ma questa precisazione rende difficile dare al termine “aggiudicazione” il significato sopra indicato, in quanto la gara che si svolge prima dell’adunanza si conclude appunto con l’aggiudicazione.

Sarà quindi solo la vendita, o il diverso contratto posto in competizione, che potrà essere stipulato dopo l’omologazione, se così previsto dal piano.

7.Modifica della proposta e del piano di concordato all’esito della gara. Revoca della proposta.

Il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all’esito della gara.

Come precisato la gara deve avere luogo in presenza di più offerte.

Ma l’esigenza di modificare la proposta e il piano c’è anche nell’ipotesi in cui vi sia stata un’unica offerta migliorativa rispetto a quella originaria (non adeguatasi al decreto) e che l’aggiudicazione sia avvenuta in favore dell’offerente concorrente. Anche in questo caso sarà necessaria la modifica.

Il giudice dovrà emettere un provvedimento ordinatorio che imponga al proponente di modificare la proposta e il piano e al commissario giudiziale di aggiornare la relazione, che dovrà essere depositata 45 giorni prima dell’adunanza come disposto dall’art. 172 l. f.

La sanzione all’inadempimento da parte del debitore all’obbligo di modificare la proposta dovrebbe essere la revoca ai sensi dell’art. 173 l. f. (17) dovendosi ritenere che sia sopraggiunta una causa di inammissibilità del concordato.

Ma non pare possa negarsi al debitore la facoltà di revocare la proposta fino al momento dell'omologazione, non potendo la procedura di concordato, iniziata sulla base della sua domanda, proseguire contro la sua volontà (18).

Sia nell'ipotesi di revoca ai sensi dell'art. 173 l. f. che di revoca della domanda da parte del debitore si pone il problema della sorte delle offerte concorrenti che si siano rese aggiudicatarie all'esito della procedura di cui all'art. 163-bis l.fall. (si rinvia al paragrafo 8).

Va evidenziato che l'art. 175 comma 2 l. fall., che prevedeva la possibilità per il debitore di modificare la proposta fino all'inizio delle operazioni di voto, è stato abrogato dal D.L. 83/15 convertito nella Legge 132/15 e che l'art. 172 co. 2 stabilisce, ora, che la proposta possa essere modificata fino a 15 giorni prima dell'adunanza.

8. L'offerta condizionata all'omologazione del concordato. La sorte delle offerte concorrenti in caso di mancata omologazione.

Nella pratica avviene normalmente che l'offerta contenuta nella proposta di concordato sia condizionata all'omologazione di quest'ultima e che ne sia prevista l'inefficacia nell'ipotesi in cui, per qualche ragione, la procedura si arresti prima del decreto di omologa.

Poiché l'offerta è parte del piano, risulta conseguenziale che nel caso in cui quest'ultimo non possa trovare attuazione, neppure l'offerta debba permanere, venendo la stessa travolta dall'esito della procedura.

Con riferimento alle offerte concorrenti, però, l'art. 163-bis co. 2 ultimo periodo l. f. prevede che queste siano inefficaci se sottoposte a condizione, con la conseguenza di escludere che gli offerenti concorrenti possano condizionare la propria offerta all'omologazione del concordato.

Potrà invece essere il decreto del tribunale a condizionare all'omologazione del concordato l'obbligo di dare attuazione all'offerta risultata aggiudicataria all'esito della procedura competitiva (si rinviangono nella prassi dei tribunali formule che escludono l'obbligo per la società e per la procedura di stipulare l'atto con l'aggiudicatario).

In questo modo il decreto risolverà il problema della sorte dell'offerta risultata aggiudicataria all'esito della procedura competitiva ex art. 163-*bis* l.f. nell'ipotesi di mancata omologazione del concordato.

Ma nel caso in cui nulla sia in proposito stabilito nel decreto del tribunale, la questione si pone, e non è specificamente regolata dalla legge.

Nessun problema sorge nel caso in cui il contratto sia stato stipulato prima della fase dell'omologazione, quando il debitore sottoscrivendo l'atto si sia vincolato agli effetti che ne derivano. Il contratto di vendita stipulato con l'aggiudicatario mantiene certamente stabilità senza essere condizionato dalla sorte del concordato.

Più dubbia è la regolamentazione della diversa ipotesi in cui dopo la gara non sia intervenuta la vendita prima dell'omologazione, ma vi sia stata soltanto l'aggiudicazione.

Anche in questa ipotesi secondo alcuni (salvo che nel decreto ciò sia stato escluso) vi sarebbe, comunque, l'obbligo per il debitore di stipulare l'atto di trasferimento (vendita di beni, cessione o affitto di azienda) con l'aggiudicatario.

Poiché verosimilmente il debitore non sarà propenso alla stipula, considerando l'offerta concorrente come ostile, taluni ravvisano addirittura la possibilità di fare ricorso all'istituto dell'esecuzione coattiva previsto dal nuovo art. 185 l. f. per le proposte concorrenti (19).

Viene, tuttavia, da chiedersi se possa essere individuata una diversa soluzione a quella appena prospettata –decisamente punitiva per il debitore e lesiva della sua libertà negoziale- partendo dalla considerazione che sia l'offerta originaria che quella concorrente non pare che possano prescindere dal piano di concordato, piano in cui, per espressa statuizione, devono essere inserite.

Per fare scattare la necessità della procedura competitiva l'art. 163-*bis* prevede che l'offerta originaria debba fare parte del piano e cioè che il debitore, inserendola nel proprio progetto di ristrutturazione, l'abbia fatto propria.

Quanto all'offerta concorrente, il medesimo articolo stabilisce che il debitore debba modificare la proposta in modo conforme all'esito della gara. Anche in questa ipotesi il debitore, modificando la proposta nel senso di ricomprendersi a questo punto (non più quella originaria ma) la nuova offerta concorrente dell'aggiudicatario, viene a fare propria quest'ultima.

Quello di modificare la proposta in esito alla gara è certamente un obbligo per il debitore (sanzionato con l'art. 173 l. f.), ma nel caso in cui il debitore non vi provveda, preferendo revocare la domanda (come gli è consentito fino all'omologazione), dovrebbe escludersi la stabilità degli effetti della gara. In altre parole l'offerta concorrente, in quanto non fatta propria ed accettata dal debitore (con la modifica della proposta), non potrebbe tradursi in un obbligo per il medesimo, cosicché risulterebbe travolta dalla revoca della domanda di concordato.

Se però è la condotta del debitore (di modifica della proposta) a rendere vincolante l'offerta, a conclusione analoga dovrebbe giungersi anche nell'ipotesi di revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l. f., nel caso in cui la revoca sia disposta per mancato adeguamento della proposta da parte del debitore all'esito della gara.

Il problema però rimarrebbe allora per tutte le aggiudicazioni "accettate" dal debitore mediante la modifica in senso conforme della proposta in tutti i casi in cui per qualche ragione (revoca ex art. 173 per ragioni diverse, mancata approvazione del concordato, rigetto dell'omologazione) la procedura di concordato non si concluda con l'omologazione.

La questione, se non disciplinata nel decreto del tribunale di cui all'art. 163 bis l.f., potrebbe quindi dare luogo a controversie di difficile soluzione, per le quali si porrà l'ulteriore dubbio se esse debbano essere decise dal tribunale fallimentare (o dal giudice delegato) oppure dal tribunale ordinario.

Nel caso poi in cui il giudice decida per la stabilità dell'aggiudicazione e, quindi, per l'obbligo del debitore a darvi attuazione, potrebbero poi insorgere difficoltà nel caso di mancata collaborazione del debitore medesimo. Sempre che dopo la mancata omologazione non segua il fallimento, dove al debitore si sostituisce il curatore.

9. La procedura competitiva nel concordato in bianco.

L'ultimo comma dell'art. 163-bis estende la disciplina delle offerte concorrenti "in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'art. 161, settimo comma, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda"

Osservato che l'affitto di azienda (o di uno o più rami) è senz'altro atto di straordinaria amministrazione e che, pertanto, già sarebbe stato ricompreso tra gli "atti da autorizzare ai sensi dell'art. 161, settimo comma", la prima difficoltà interpretativa della norma deriva dalla considerazione che, nel caso di domanda con riserva (di presentazione della proposta e del piano), manca il presupposto della procedura competitiva e, cioè, un piano che "comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato".

Questa considerazione potrebbe portare a ritenere applicabile la norma al procedimento di concordato con riserva soltanto nella fase tra il deposito della proposta (e del piano) ed il decreto di ammissione, fase in cui permane l'operatività dell'art. 161 co. 7.

Del resto gli "atti da autorizzare ai sensi dell'art. 161, settimo comma", se consistenti in "vendite, cessioni e trasferimenti" sarebbero comunque soggetti alle norme di cui agli artt. 105-108-ter l. f. (non l'affitto di azienda, per cui non è richiamato l'art. 104-bis).

Oppure si potrebbe ritenere applicabile la procedura dell'art. 163-bis fin da dopo la domanda di concordato con riserva e prima del deposito del piano (20) previa anticipazione dei contenuti di quest'ultimo da parte del debitore.

Il quinto comma dell'art. 163-bis, inoltre, aggiunge che la disciplina si applica "in quanto compatibile". Probabilmente la compatibilità si riferisce all'urgenza che deve caratterizzare gli atti di cui all'art. 161 co. 7 e che potrebbe non consentire lo svolgimento di una procedura così complessa come quella di cui all'art. 163-bis, ma solo un procedimento competitivo deformalizzato e preceduto da adeguata pubblicità in modo da consentire la massima informazione e partecipazione degli interessati di cui all'art. 107.

10. La liberazione dell'offerente/contraente originario. Il rimborso delle spese. La comparazione con il contraente in bonis che subisce lo scioglimento di cui all'art. 169 bis.

L'offerente/contraente originario è liberato dalle obbligazioni assunte nei confronti del debitore al momento della vendita o dell'aggiudicazione, se precedente, all'offerente concorrente 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.

Se la procedura competitiva è stata disposta con riferimento ad un contratto –con finalità di trasferimento non immediato – l'aggiudicazione in favore di un terzo deve ritenersi determinare lo scioglimento del precedente contratto.

La norma, analogamente a quella di cui all'art. 169-bis l. f., configura un'eccezione alla regola generale della normale prosecuzione dei contratti nella procedura di concordato preventivo.

Molte sono però le differenze tra le due ipotesi e cioè tra il trattamento del contraente che subisce lo scioglimento in conseguenza della procedura di cui all'art. 163-bis e quello del contraente che lo subisce per effetto dell'autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 169-bis.

Il primo subisce lo scioglimento senza contraddittorio ed ha diritto soltanto al rimborso (limitato) delle spese, mentre il secondo, deve essere sentito, ha diritto ad un indennizzo (da trattarsi come credito anteriore) e ha diritto di voto (con riferimento al credito da indennizzo).

La disparità di trattamento possa essere giustificata dalla diversa situazione in cui si trovano i contraenti: quello considerato dall'art. 163-bis è un soggetto normalmente vicino al debitore o che comunque supporta la proposta di quest'ultimo, mentre quello che considerato dall'art. 169-bis è un terzo estraneo che subisce la scelta del debitore.

Forse, inoltre, l'intento è stato ancora una volta quello di scoraggiare proposte "chiuse", specialmente se l'offerta compresa nel piano è probabile che non resista alla prova della competizione, in quanto non adeguata al valore del bene.

Comunque, nonostante la mancata previsione di un indennizzo a favore dell'offerente originario di cui all'art. 163-*bis*, dovrà essere disposta la restituzione di eventuali acconti o caparre precedentemente corrisposti. L'eventuale controversia in ordine al diritto alla restituzione ed al *quantum* dovrebbe essere rimessa al giudice ordinario e non al tribunale fallimentare o al giudice delegato.

11. La cessione o l'affitto di azienda.

L'art. 163-*bis* l. f. si applica all'affitto di azienda sia che preveda sia che non preveda il successivo trasferimento in favore dell'affittuario.

Il contratto di affitto con previsione di successivo acquisto, anche se stipulato in data antecedente la domanda di concordato, rientra pacificamente nel perimetro applicativo della norma, proprio in virtù della precisazione secondo cui "Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo di azienda o di specifici beni".

Benché in modo meno evidente, anche il semplice contratto di affitto non finalizzato al trasferimento dell'azienda, che sia stato stipulato prima della domanda di concordato, dovrebbe ritenersi sottoposto alla medesima disciplina, dal momento che la norma non fa alcuna distinzione in ordine all'epoca della stipula e dal momento, soprattutto, che essa si applica a qualunque tipo di concordato.

Pertanto, sembrerebbe che, anche nel caso in cui il piano preveda che le risorse per il soddisfacimento dei creditori provengano dai canoni di un contratto di affitto di azienda (senza prevederne la vendita), dovrebbe essere disposta la procedura competitiva di cui all'art. 163-*bis* l. f., al fine di verificare se il canone pattuito sia conforme all'interesse dei creditori o se, attraverso la suddetta procedura, sia possibile ottenere un canone maggiore che porti a soddisfare i creditori in migliore misura ed in minor tempo.

La norma, inoltre, non richiama gli artt. 104-*bis* e 105 (quest'ultimo, tuttavia, da ritenersi applicabile nel caso di concordato con cessione dei beni in virtù del richiamo dell'art. 182 co. 5 l. f.), dettati nella

procedura di fallimento per l'affitto e per la vendita dell'azienda, norme che prevedono determinati criteri per la scelta dell'affittuario (dovendosi tenere conto "oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali"), un determinato contenuto del contratto di affitto, la limitazione di responsabilità dell'acquirente e dell'alienante, la limitazione di responsabilità del fallimento in caso di retrocessione dell'azienda affittata.

Nonostante il mancato richiamo all'art. 104-*bis*, potrebbe però stabilirsi nel decreto la limitazione di responsabilità della procedura di concordato nel caso di retrocessione dell'azienda. Quanto alla scelta dell'affittuario, poiché la *ratio* dell'art. 163-*bis* è, come si è visto, quella di assicurare, attraverso la contendibilità dei beni sul mercato, la migliore realizzazione di questi ed il migliore soddisfacimento dei creditori, il criterio, da indicarsi nel decreto del tribunale che dispone la procedura competitiva, sarà essenzialmente l'ammontare del canone offerto.

Sempre con riferimento alla vendita dell'azienda occorre soffermarsi sul coordinamento tra l'art. 105 co. 4 e 9, che prevedono l'esclusione della responsabilità dell'acquirente per i debiti sorti prima del trasferimento e la possibilità che il pagamento del prezzo possa essere effettuato mediante l'accollo dei debiti da parte dell'acquirente solo se non venga alterata la graduazione dei crediti, e l'art. 163-*bis* che, applicandosi ai trasferimenti verso corrispettivo non solo in denaro ma anche comunque a titolo oneroso, entra in gioco anche nell'ipotesi in cui il corrispettivo della vendita dell'azienda sia pattuito mediante accollo dei debiti.

Anche in questo caso opera, quindi, il limite del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione con la conseguenza di limitare la possibilità di accollo ai debiti di natura privilegiata (da pagarsi integralmente nel concordato), sempre che non si ritenga applicabile, quando si tratti di concordato in continuità aziendale, l'art. 182-*quinquies* co. 5 ricorrendone i presupposti.

Oppure risulti che il piano preveda che tutti i crediti con prelazione, accollati e non, siano integralmente soddisfatti, imponendo il divieto di alterazione della graduazione dei privilegi che siano

pagati integralmente tutti i creditori prelatizi prima che si possano pagare i chirografari ed essendo invece questi ultimi suscettibili di trattamenti differenziati.

In relazione ai rapporti di lavoro dipendente, l'art.47 della legge 428/1990 stabilisce che in caso di trasferimento di azienda (in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori) ne sia data comunicazione da parte del cedente e del cessionario , almeno venticinque giorni prima del perfezionamento dell'atto o del raggiungimento di un'intesa vincolante, alle rappresentanze sindacali ed ai sindacati di categoria. Successivamente, su richiesta delle rappresentanze o dei sindacati , si procede ad un esame congiunto , al cui esito può essere raggiunto un accordo in deroga all'art. 2112 c.c. In questo caso, ai sensi del co. 4-*bis* dell'art. 47, "l'art. 2112 c.c. trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo" .

Va precisato che la portata derogatoria dell'art. 2112 c.c. non è tale da consentire l'esclusione, da parte dell'accordo, del trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro dei dipendenti addetti al ramo ceduto, consentendo essa soltanto l'esclusione della solidarietà del cessionario per i debiti verso i lavoratori trasferiti esistenti al momento del trasferimento ovvero modifiche peggiorative delle condizioni di lavoro.

In ogni caso nell'ipotesi di procedure competitive di vendita di aziende ai sensi dell'art. 163-*bis* la possibilità di accordi preventivi in parziale deroga –nei limiti appena indicati- dell'art. 2112 c.c. è di fatto preclusa.

Non essendo stato ancora individuato il cessionario dell'azienda, non risulta possibile per quest'ultimo provvedere alla comunicazione prevista dall'art. 47.

A ciò si aggiunge che pare improbabile che il debitore cedente, che normalmente considera l'offerta concorrente ostile, possa collaborare al raggiungimento dell'accordo (21).

Né pare ipotizzabile che le offerte concorrenti prevedano quale condizione sospensiva del trasferimento dell'azienda la stipulazione di accordi derogatori dell'art. 2112 c.c. da perfezionarsi in

epoca successiva alla vendita, dal momento che l'art. 163-*bis* esclude, sanzionandole con l'inefficacia, offerte concorrenti sottoposte a condizione (22).

Soltanto l'offerta originaria si sottrae al divieto (ma questa troverà attuazione soltanto nell'ipotesi di assenza di altre offerte) mentre l'offerente concorrente dovrà conseguentemente onerarsi dell'intero passivo relativo ai lavoratori dipendenti, salvo che il debitore abbia già stipulato specifici accordi individuali (23).

12. Offerte concorrenti e operazioni societarie straordinarie.

È noto che nel concordato preventivo la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti possa avvenire attraverso qualsiasi forma e, anche, attraverso operazioni straordinarie (art. 160 co. 1 lett. a) l. f.).

L'art. 105 co. 8 l. f. richiamato dall'art. 182 co. 5, inoltre, prevede la possibilità per il curatore di procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso.

L'art. 186- *bis* l. f. contempla l'ipotesi della cessione dell'azienda in esercizio o del suo conferimento in una o più società anche di nuova costituzione.

Le operazioni straordinarie prese in considerazione dalla legge fallimentare sono costituite da una serie di vicende eterogenee per struttura e funzione economica, che spaziano da quelle di tipo negoziale, come le cessioni di azienda o di rami di azienda (che comportano solo il mutamento della titolarità dell'azienda) fino alle operazioni c.d. corporative che determinano modificazioni strutturali dell'organizzazione societaria, come le trasformazioni, le fusioni e le scissioni (24).

Le operazioni straordinarie di tipo negoziale e quelle c.d. corporative si distinguono sia con riferimento ai soggetti competenti a deliberarle (le prime sono soggette all'art. 152 l. f., mentre le seconde, anche se inserite in un piano di ristrutturazione del debito, richiedono la deliberazione degli organi societari assembleari), sia con riferimento alla responsabilità per i debiti (la cui esclusione è

prevista dall'art. 105 co. 5 solo per le operazioni negoziali e non dagli artt. 2504-*bis* e 2506-*quater* c.c. per quelle di fusione e di scissione) sia con riferimento al regime di stabilità (le operazioni straordinarie negoziali per poter beneficiare dell'esenzione da revocatoria (e solo di questa) devono passare attraverso una procedura di concordato preventivo, di accordo di ristrutturazione ex art. 182-*bis* o essere inserite in un piano attestato di risanamento ai sensi dell'art. 67 co. 3 lett. d) ed e), mentre quelle straordinarie c.d. corporative mantengono stabilità a prescindere da collegamento con una procedura concorsuale).

La differenziazione tra le due categorie di operazioni straordinarie si riflette sull'applicabilità o meno alle stesse dell'art. 163-*bis* l. f.

Anche le operazioni straordinarie societarie corporative come la fusione o la scissione possono comportare la riallocazione di tutto o parte del patrimonio della società in crisi, ma fuoriescono dall'ambito applicativo dell'art. 163-*bis* che, riguardando un contratto a prestazione corrispettiva, cioè il trasferimento di un bene verso un corrispettivo, devono intendersi riferite solo a quelle di carattere negoziale.

Questa conclusione oltre a derivare dalla tipologia delle operazioni prese in considerazione dall'art. 163-*bis* l. f. (contratto a prestazioni corrispettive) è confermata proprio dal diverso regime, ricordato sopra, che regola le due diverse categorie.

Con riferimento alla procedura di concordato preventivo, che qui interessa, mentre le operazioni negoziali conservano stabilità soltanto all'interno della procedura concorsuale e sono soggette alle specifiche regole della stessa (art. 152 e art. 105 l. f.) quelle societarie rimangono stabili senza essere condizionate dall'esito della procedura concorsuale alla quale eventualmente si accompagnino e sono sottoposte a disciplina autonoma e distinta da quella concorsuale.

Anche in considerazione di questa autonomia deve escludersi l'applicazione alle stesse dell'art. 163-*bis* l. f. (25).

Si sottrae, ma per altro motivo, all'applicazione dell'art. 163-bis, anche l'operazione di conferimento dell'azienda in altra società integralmente partecipata dalla conferente, dal momento che la stessa non comporta la fuoriuscita di beni dal patrimonio del debitore, ma la permanenza di questi nel medesimo, seppure nella diversa forma di partecipazione societaria (26).

(1) G. Lo Cascio *Ancora sul concordato preventivo per cessione dei beni* in *Il Fallimento*, 2016, 12, 1298)

(2) G. Lo Cascio cit.

(3) G. Lo Cascio cit.

(4) Parte della dottrina aveva ritenuto che l'art. 182 l. f. potesse essere derogato integralmente dalla proposta, sia quanto alla nomina del liquidatore –potendo direttamente il liquidatore sociale provvedere alla liquidazione- , sia quanto alle modalità di liquidazione –che avrebbero potuto essere le più varie-, e che il legislatore della riforma avesse voluto esaltare il valore della negoziabilità sulla base della considerazione secondo la quale la gestione della crisi dell'impresa era meglio fosse affidata a coloro che ne erano protagonisti (il debitore ed i creditori) piuttosto che ad un organo burocratico. Si era osservato che i creditori prendono posizione, esprimendo il voto, anche e proprio sul contenuto della proposta e non sulla mera opzione concordataria, cosicché una volta approvata la proposta che specifiche e dettagliate modalità di liquidazione prevedesse (magari affidate allo stesso debitore), il tribunale non avrebbe potuto intervenire dettandone diverse nel decreto di omologazione. Ciò anche sulla base del decisivo rilievo che, altrimenti, un eventuale insuccesso del concordato non avrebbe potuto essere addebitato all'imprenditore una volta che l'esecuzione si fosse svolta, per scelta del tribunale, in modo diverso da quanto negoziato con i creditori. Tenuto conto, inoltre, che il ricorso contenente la domanda di concordato era qualificabile come domanda giudiziale, in base al principio dispositivo il giudice non avrebbe potuto accogliere una domanda che non era stata formulata (M.

Fabiani *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione* in *Il Fallimento*, 2010, 5, 593 e ss..).

La stessa dottrina, pur ammettendo la possibilità che la liquidazione fosse affidata al debitore, aveva però osservato che una tale ipotesi non potesse configurarsi quale concordato con cessione dei beni, ma, piuttosto, quale concordato, certamente liquidatorio nel suo divenire, ma formalmente da ricondurre alla figura del concordato con garanzia, potendosi discorrere di concordato con cessione dei beni, soggetto alla disciplina dell'art.182 l. f., soltanto in caso di netta separazione dell'imprenditore dalla proprietà dei beni e/o dalla titolarità gestoria (M. Fabiani in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*; G. Lo Cascio cit.; G. Nardecchia *La proposta di concordato preventivo per cessione dei beni ed i poteri del tribunale nella fase della liquidazione*, in *Il Fallimento*, 2012, 1 78) e dovendosi ritenere applicabili gli artt. 105-108-ter l. f. solo al concordato con cessione dei beni in senso proprio, caratterizzato dalla perdita della disponibilità del patrimonio ceduto da parte del debitore in favore del liquidatore, nominato appunto dal tribunale per la liquidazione dello stesso al fine della soddisfazione dei creditori).

Si era peraltro da altri osservato che non avrebbe avuto senso "imporre il rispetto di modalità vincolanti per i liquidatori quando sono nominati dal tribunale e quindi per definizione presentano garanzie di effettiva professionalità e invece svincolare da ogni limitazione la liquidazione quando questa è gestita da professionisti nominati dallo stesso debitore" (V. Zanichelli *Osservazioni* a Cass. 18 gennaio 2013, n. 1237, in *Il Fallimento*, 2013, 555); che, pertanto, fosse evidente che la disciplina legale si ponesse come limite sia al potere conformativo del tribunale che a quello negoziale del debitore (G. Nardecchia cit.).

Una soluzione al difficile coordinamento tra le tre diverse fonti era stata individuata nella tesi secondo la quale nel caso di concordati in cui la liquidazione fosse interamente predeterminata nella proposta con accordi precedentemente stipulati dal debitore per il trasferimento dei beni fosse preclusa in radice l'applicazione dell'art. 182 l. f. in quanto, in tali casi, non vi sarebbe stata una vera e propria

liquidazione da attuare in termini di mandato conferito al liquidatore che gestisca e liquidi i beni del debitore (G. Bozza , *La Fase esecutiva del concordato con cessione dei beni*, in *Il Fallimento* 2012, 767).

(5) In giurisprudenza nel senso della natura “dispositiva” e derogabile dell’art. 182 l. f. da parte del proponente: Cass. civ., sez. I, 20-01-2011, n. 1345; Cass. civ., sez. I, 18-01-2013, n. 1237; Cass. sez. un. 16-7-2008, n. 19506; in giurisprudenza di merito: T. Isernia 20.2.15 (in un concordato misto aveva ritenuto che non si applicasse 182 l. f. poiché era stato previsto nella proposta un procuratore per la vendita di beni immobili; T. Arezzo 17.12.14 : (secondo cui l’art. 182 l. f. prevedeva una regolazione sussidiaria in assenza di disciplina organizzativa della liquidazione indicata nel piano) T. Roma, 29-01-2014; T. Monza, 10-07-2012 : secondo cui gli atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del piano concordatario debbono essere effettuati tramite procedure competitive quando ciò sia compatibile con lo stesso piano concordatario; T. Lodi, 01-03-2010: secondo cui quando nella proposta di concordato preventivo con cessione dei beni il proponente abbia previsto che la liquidazione deve essere affidata al debitore e sulla proposta i creditori abbiano espresso il consenso, il tribunale in sede di omologazione omette la nomina del liquidatore giudiziale; T. Firenze, 21-05-2009;

Nel senso, invece, del potere del tribunale di integrare la proposta per adeguarla alle prescrizioni della legge e di nominare un liquidatore diverso da quello indicato nella proposta, quando quest’ultimo sia privo dei requisiti di cui all’art. 28 l. f. e sull’impossibilità di attribuire allo stesso debitore il potere di procedere alla liquidazione tra le altre : Cass. 15-7-2011, n. 15699 ; T. Milano, 28-10-2011 (Fondaz. centro S. Raffaele del Monte Tabor); T. Catania, 14-04-2011; T. Roma, 29-07-2010; T. Roma, 23-07-2010.

(6) A. La Malfa, *Le offerte concorrenti* in www.osservatorio-oci.org.)

(7) di diverso avviso V. Zanichelli cit.

(8) M. Fabiani in *Commentario* cit., 724.

(9) A. Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?* in, *Il Fallimento*, 2013, 9, 1099.

(10) A. La Malfa cit.

(11) A. La Malfa cit.; P.G. Cecchini, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti* in *Il Caso.it* e “*Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, in *Diritto Fallimentare*, 2016, 5, 1179;

(12) F.Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*, in *il Fallimentarista.it*;

(13) T. Modena 19.4.16, T. Mantova 11.8.16, T. Forlì 3.2.16, T. Padova 15.10.15.

(14) T. Bolzano 17.5.16 secondo cui l’aumento deve essere esiguo per non incidere sull’autonomia negoziale delle parti.

(15) lo ammette invece L. Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *Il Caso.it*.

(16) buona parte del contenuto del paragrafo è tratto dalla sessione sulle offerte concorrenti di R. D’Amora e D. Garufi, tenutasi presso l’Università di Siena nell’ambito del *Corso di alta formazione in diritto della crisi di impresa 2016*.

(17) F. Lamanna, cit.

(18) secondo Cass. 28 aprile 2015, n. 8575 la rinuncia è possibile fino all’omologazione; secondo Cass. 3324/16 in caso di revoca ex art. 173 i creditori non possono vantare alcun diritto alla prosecuzione del concordato

(19) L. Varotti cit; M. Greggio, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l. fall. : l’eteronomia prevale sull’autonomia?*, in *il Fallimentarista.it*

(20) in questo senso T. Bolzano 17.5.16

(21) L. Varotti cit.

(22) L. Varotti cit. e P.G. Cecchini cit.

(23) v. decreto ai sensi dell'art. 163-bis del Tribunale di Lucca in *Portale Astagiudiziaria* contenente l'“impegno dell'offerente ad acquisire tutti i lavoratori dipendenti come minimo alle condizioni salariali e normative previste dal CCNL di categoria”

(24) P. Bastia e R. Brogi “*Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*”, Collana *Insolvency*.

(25) di diverso avviso T. Catania 14 luglio 2016 in *Il Caso.it* e D. Galletti. *Tre esercizi sulle offerte concorrenti nel nuovo concordato preventivo in il Fallimentarista.it*)

(26) T. Prato 20.1.16, inedito, e T. Torre Annunziata 29.7.16 in *Il Caso.it*).

www.osservatorio-oci.org