

**UN PRIMO INTERESSANTE CASO DI APPLICAZIONE DELLA
NOVELLA DI CUI ALL'ART. 163BIS L.F.**

NOTA A DECRETO DEL TRIBUNALE DI PADOVA

(16 OTTOBRE 2015)

di

Marco Greggio e Gianluca Vidal

Sommario: I. Il Decreto del Tribunale di Padova del 15-16 ottobre 2015 – II. L'applicazione della procedura competitiva per le offerte concorrenti – III. (segue) L'affitto di azienda e la procedura competitiva – IV. La procedura competitiva disposta dal Tribunale – L'udienza e la gara – V. Conclusione.

I. IL DECRETO DEL TRIBUNALE DI PADOVA DEL 15-16 OTTOBRE 2015.

Con decreto del 15.10.15, depositato in Cancelleria il 15.10.15 (*pubblicato su questa Rivista*)¹ il Tribunale di Padova ha disposto l'apertura di una procedura competitiva avente ad oggetto la concessione *in affitto*, al miglior offerente, di due rami d'azienda di proprietà di una società che aveva precedentemente depositato un ricorso *ex art.* 161 sesto comma e si trovava, quindi, nella fase antecedente l'ammissione e finanche il deposito del c.d. ricorso pieno e del piano concordatario.

Il provvedimento in commento risulta di sicuro interesse per l'operatore, essendo una delle prime concrete applicazioni dell'istituto delle *offerte concorrenti* di cui al nuovo art. 163 bis l.f. (introdotto dall'art. 2, primo comma, del decreto-legge 27.6.2015 n. 83, convertito con legge del 6.8.2015 n. 132). Nel caso di specie, infatti, il ricorso "in bianco" della società debitrice risultava depositato il 30.6.15, ossia tre giorni dopo l'emanazione del d.l. n. 83/2015, che - in forza delle norme transitorie - quanto alla disciplina delle offerte

¹ Rinvenibile alla pagina: <http://www.fallimentsocieta.it/sites/default/files/151020151033.PDF>.

concorrenti, si applica ai procedimenti di concordato preventivo «introdotti» *successivamente* alla data del 27.6.2015.

La disciplina, pur innovativa, segue la linea già segnata dalla migliore prassi di quei Tribunali che già, anteriormente all’emanazione delle nuove disposizioni, applicavano il concetto della *necessarietà* del processo competitivo. Ad ogni buon conto, esistendo viceversa Tribunali che ammettevano ancora “procedure chiuse”, ovvero nelle quali vi fosse sin dalla presentazione un acquirente dell’azienda già individuato e contrattualizzato definitivamente, il legislatore ha evidentemente ritenuto opportuno renderla applicabile solo ai Piani successivi alla data di emanazione della nuova norma, in modo tale da non influenzare piani già anteriormente predisposti in base alla disciplina previgente.

Peraltro, e finalmente, nel provvedimento viene disciplinata in maniera dettagliata la procedura competitiva di cui alla suddetta novella, con la fissazione di precise clausole contrattuali per l’affitto dei rami d’azienda, che potranno essere di spunto per l’operatore in casi analoghi.

Nel caso di specie, la debitrice era una società attiva nel settore della ricerca tecnologica (ed in particolare delle nanotecnologie), che aveva ricevuto da una società terza, anch’essa operante nel settore della ricerca:

- da un lato, un’offerta per l’affitto di due tra i tre rami d’azienda eserciti e
- dall’altro, una *separata* offerta per l’acquisto degli stessi rami, sospensivamente condizionata all’omologa del concordato preventivo della debitrice.

La società terza probabilmente confidava nella circostanza che il Tribunale patavino autorizzasse l’affitto, ai sensi dell’art. 161 settimo comma l.f., stante le ragioni d’urgenza senza disporre la procedura competitiva di cui ai commi secondo e terzo dell’art. 163 bis l.f.).

Ricevuta tale doppia offerta, la debitrice così depositava apposita istanza ai sensi dell’art. 161 settimo comma l.f. per essere autorizzata:

- alla sottoscrizione del contratto di *affitto* con l'offerente, ritenuta l'urgenza (non disponendo della finanza necessaria per proseguire utilmente l'attività dei rami, rischiando quindi di compromettere l'operatività delle attività in corso, beneficiate da contributi pubblici con obbligo di rendicontazione), e
- a rinviare a fase successiva all'ammissione l'esame dell'offerta di acquisto dei rami aziendali (non ritenendola urgente).

Il Tribunale patavino, applicando - alla lettera - l'ultimo comma dell'art. 163 *bis* l.f., e così (presumibilmente) non confermando le speranze dell'offerente, ha disposto la competitiva *anche per l'affitto*, provvedendo peraltro in maniera puntuale a disporre modalità e termini del bando e della sua pubblicazione.

II. L'APPLICAZIONE DELLA PROCEDURA COMPETITIVA PER LE OFFERTE CONCORRENTI.

Come noto, l'istituto delle offerte concorrenti di cui all'art. 163 *bis* l.f. nell'intento del Legislatore è volto, per un verso, ad accrescere la competitività e la concorrenza, così creando un mercato degli *assets* stressati, per altro verso a eliminare i casi di abuso e le distorsioni che il sistema precedente aveva - purtroppo – registrato.²

Distorsioni, che, inevitabilmente, ricadevano sui creditori (e sulla loro soddisfazione nell'ambito del concordato), i quali non avevano - spesso – altra alternativa che “digerire”

² Spesso il debitore in crisi decideva di cedere la propria azienda (o un ramo della stessa o un cespite significativo), ancora appetibile, ad un soggetto predeterminato. In alcuni casi patologici tale soggetto non era propriamente *terzo* bensì “prossimo” al debitore o addirittura costituito *ad hoc* (classico il caso della *newco* le cui partecipazioni erano detenute dai parenti o dagli amici del debitore). La prassi così vedeva siglare tra le parti un contratto nel quale la cessione dell'azienda (o del ramo) era condizionata all'omologa e preceduta dall'affitto dell'azienda o dei rami d'azienda. Tale accordo già concluso veniva recepito nel piano concordatario e sottoposto all'approvazione dei creditori; i quali, spesso, non avevano altra scelta che accettare, a fronte del rischio di soluzioni fallimentari che raramente erano (e sono) garanzia di maggiori introiti in tempi economicamente accettabili. E, ancor più, tale “accettazione” avveniva passivamente, mediante il meccanismo del silenzio assenso. Ottenuta l'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato, l'imprenditore in procedura ed il terzo potevano dar corso agli atti attuativi necessari al trasferimento dei beni onde poi presentarsi dal notaio per la sottoscrizione del relativo contratto.

obtorto collo il pacchetto preconfezionato dal debitore, ovvero un piano concordatario che – nell’ottica della massima valorizzazione dell’autonomia privata – fosse “chiuso” e determinato in tutti i suoi aspetti, tra cui la vendita all’affittuario dell’azienda, senza necessità di alcuna procedura competitiva. Insomma, i creditori non potevano che mangiare la minestra già preparata (e spesso assai scarsa): “*like it or lump it*”.

Già nel sistema previgente alcune voci – invero minoritarie - si erano levate contro la legittimità dei piani concordatari c.d. *chiusi*, ritenendo la necessità di disporre le procedure competitive per la vendita (e finanche per l’affitto) dell’azienda o dei rami d’azienda (e più in generale degli *assets* più rilevanti) del debitore, alla luce dell’art. 182 l.f., considerata quale norma imperativa ed inderogabile: noti al riguardo i concordati della *Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor* e di *La Perla*.³

La maggioranza della giurisprudenza, tuttavia, continuava a sostenere la legittimità del c.d. pacchetto preconfezionato, sulla scorta della concezione privatistica dell’istituto concordatario.⁴

Come autorevolmente ha ricordato il Consiglio Superiore della Magistratura nella propria Delibera consiliare del 16.7.2015⁵, il legislatore sembra aver strutturato la nuova norma

³ Tribunale di Milano decreto (di ammissione) del 28.10.2011, in *ilcaso.it*; sul caso del San Raffaele, vedi ampiamente LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., p. 41. Ma si veda anche il concordato “La Perla” (Trib. Bologna decr. 4.6.2013). Casi peraltro commentati in maniera entusiasta dalla stampa (per tutti cfr. COSTA, *Aziende in crisi, fa bene la gara tra gli acquirenti*, in *Ilsole24ore.com* 6.12.2013). Si veda anche Trib. Milano 12.6.2014, in *ilcaso.it*; Trib. Milano 27.10.11, *ivi*; Trib. Roma 23.7.2010, *ivi*; Trib. Piacenza 3.7.2008, in *Fall.*, 2009, p. 120.

⁴ Trib. Bolzano decr. 10.3.15, in *ilcaso.it* (“*sempre che giustifichi in modo compiuto nel piano la congruità del prezzo del bene destinato alla cessione*”); Trib. Roma 31.7.2015, *ivi*; Trib. Padova 2.3.14, *ivi*; Trib. Lodi, decr. 1.3.2010, in *Fall.* 2010, 5, 593; in dottrina *ex multis* PEDOJA, *La fase esecutiva del piano concordatario in fallimentiesocietà.it*, 2014, p. 9; FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità di liquidazione*, in *Fall.*, 2010, p. 5, 593; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 371. Per un’ampia panoramica sulle opinioni contrastanti in dottrina, cfr. CONCA, *Il rapporto tra autonomia privata e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *ilfallimentarista.it*.

⁵ Rubricata “*Parere e proposta al Ministro della Giustizia, ai sensi dell’art. 10, secondo comma, L. 195/1958, sulle “disposizioni in materia di organizzazione degli uffici giudiziari e di Giustizia” oggetto del procedimento di conversione in legge del decreto 27 giugno 2015, n. 83, all’esame della Camera dei Deputati*”, p. 3, nota 1,

proprio sulla falsariga delle regole pratiche ideate dal Tribunale di Milano nella detta occasione del concordato del San Raffaele⁶.

Ciò che a prima vista balza agli occhi nel nuovo art. 163 bis è l'*automaticità* dell'applicazione della disciplina delle offerte concorrenti: per cui è facile profetizzare un futuro amplissimo ricorso alle procedure competitive di cui il provvedimento in commento costituisce una delle prime concrete applicazioni. E ciò a differenza del nuovo istituto delle "proposte concorrenti" di cui al novellato art. 163, per il quale molto hanno fin da subito profetizzato una scarsa applicazione pratica. Staremo a vedere.

Ebbene, l'*automaticità* del decreto del tribunale che dispone l'apertura del procedimento competitivo, in presenza dei presupposti di cui al primo e sesto comma dell'art. 163 bis, impone un'attenta riflessione circa la latitudine applicativa della norma⁷.

Il primo comma della suddetta norma chiarisce che nell'ambito delle "offerte" sono ricomprese varie tipologie negoziali: *offerta semplice, offerta irrevocabile, contratto preliminare*. L'offerta, inoltre, deve essere formulata da un soggetto *previamente individuato* dallo stesso debitore, che intende recepirla (o l'abbia recepita) nel proprio piano concordatario⁸ e deve prevedere il *trasferimento* in favore dell'offerente, dell'azienda, del ramo d'azienda o del bene di proprietà del debitore a fronte di una *controprestazione* di denaro o comunque "*a titolo oneroso*" e quindi anche mediante negozi di carattere permutativo (per es. *datio in solutum*) o che contemplano la cessione di crediti ovvero l'accollo di debiti (come contropartita esclusiva o parziale).

Il trasferimento potrà essere *immediato* o differito e comunque potrà avvenire "*anche prima dell'omologazione*", così sancendo definitivamente la possibilità di compiere atti anticipatori

⁶ Cfr. sul punto LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini riforma del d.l. n. 83/2015, Il civilista*, Milano, 2015, p. 41.

⁷ È stata infatti soppressa - in sede di conversione in legge - la facoltatività dell'apertura della procedura, originariamente prevista nel d.l. 83/15 (nella cui versione il commissario era tenuto a valutare l'offerta, valutando la sua congruità e le caratteristiche dell'offerente, con potere discrezionale del tribunale di disporre la procedura competitiva).

⁸ Nota LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del d.l. n. 83/15*, cit., p. 42, che non si è mai dubitato che se il debitore si limita a raccogliere un'offerta di un terzo, senza farla propria nel piano, e quindi senza aderirvi, tale offerta sia poi posta in competizione con altre possibili offerte.

del piano prima dell'omologa⁹, allorchè vi sia un “*piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e*””, con conseguente disattivazione della responsabilità solidale (tra cedente e cessionario) per i debiti iscritti nelle scritture contabili, di cui all'art. 2560, comma secondo, c.c. (anche nel caso in cui, successivamente, il concordato non venga omologato e il debitore fallisca). D'altronde lo stesso art. 182 l.f. dispone in tale senso, rendendo applicabile l'art. 105 comma quarto l.f. ad ogni vendita intervenuta “*dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo*”¹⁰: con la novella si è così estesa l'applicazione finanche alla fase ante-omologa¹⁰.

III. (SEGUE) L'AFFITTO D'AZIENDA E LA PROCEDURA COMPETITIVA.

L'ultimo comma dell'art. 163 *bis* prevede che “*La disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, nonchè all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda*”. Ed è proprio applicando tale norma che il Tribunale patavino con il decreto in commento ha disposto l'apertura della procedura competitiva per l'affitto dei due rami d'azienda.

Una considerazione: tale breve “rinvio” alla disciplina delle offerte concorrenti, mediata dal requisito della “compatibilità”, non sembra sufficiente e il legislatore avrebbe potuto (e

⁹ Prima della riforma si era sostenuto che la vendita anticipata dell'azienda potesse avvenire anche prima dell'omologazione, allorchè sussistessero ragioni di convenienza e di opportunità per favorire l'attuazione del piano (PERRINO, *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, p. 1126; GAETA, *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia-Panzani, Padova, 2009, III, p. 1652; PACCHID'ORAZIO-COPPOLA, *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino, 2009, pp. 1869-1870). In giurisprudenza si erano espressi favorevolmente Trib. Bergamo 1.12.11 e Trib. Arezzo 11.11.2010, entrambe in *ilcaso.it*. Per approfondimenti si rinvia GREGGIO, *La cessione dell'azienda prima dell'omologa del concordato preventivo liquidatorio*, in *ilfallimentarista.it*.

¹⁰ Chiarisce la Relazione al d.l. 83/15 che con la modifica del quinto comma dell'art. 182 “*si è provveduto a rimuovere qualsiasi dubbio circa l'effetto «purgativo» anche delle cessioni effettuate prima dell'ammissione alla procedura di concordato, purché debitamente autorizzate, nonché delle cessioni attuate in esecuzione del concordato omologato, ma a opera di un soggetto diverso dal liquidatore giudiziale, come accade ad esempio quando la proposta non preveda la nomina di un liquidatore giudiziale o per le dismissioni previste ai sensi dell'articolo 186-bis, primo comma, nell'ambito di un concordato con continuità aziendale*”. Invero prima del d.l. 83/15 l'art. 105 era già richiamato, ma l'esonero dell'acquirente dai debiti dell'azienda ceduta era applicabile con certezza soltanto dopo l'omologa (e non prima).

dovuto) regolare autonomamente l'affitto d'azienda nel concordato preventivo (come d'altronde ha provveduto nel fallimento con l'introduzione dell'art. 104 *bis* l.f.), per la peculiarità e diffusione nella prassi di tale strumento¹¹.

Non v'è dubbio che tale fugace rinvio crea non pochi problemi.

Anzitutto, si distingue l'affitto dagli *altri atti di straordinaria amministrazione* autorizzabili ex art. 161 settimo comma l.f.¹², ancorchè senza dubbio l'affitto dovrebbe essere ricompreso tra tali atti straordinari e spesso l'autorizzazione viene chiesta nella fase prodromica alla presentazione del piano.¹³ Ma non ritiene si possa dubitare che l'affitto possa essere autorizzato, previa competitiva, finanche nella fase anteriore all'ammissione ed alla stessa presentazione del piano, previa adeguata anticipazione delle linee guida del piano e, quindi, *disclosure* dei numeri dello stesso (ancorchè soggetti a rettifica nel predisponendo piano): ciò che appunto ha ritenuto il Tribunale patavino con l'emanazione del provvedimento in commento.

Un'ulteriore notazione: considerato che l'affitto è lo strumento utilizzato comunemente nella prassi per *preservare* il valore dell'azienda o dei rami, il più delle volte la necessità di affittare l'azienda si presenta indifferibile nella fase di "pre-concordato", antecedente alla presentazione del piano: in tali casi attendere l'ammissione per poter affittare l'azienda potrebbe disperdere il valore, spesso immateriale, dell'azienda, così vanificando lo scopo della norma.

¹¹ Cfr. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *fallimentiesocietà.it* 2015, p. 26.

¹² L'elencazione effettuata dall'art. 167 comma 2 l.f. si ritiene essere esemplificativa e non tassativa, non menzionando quali atti di straordinaria amministrazione: i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni.

¹³ LAMANNA, *La legge fallimentare*, cit., p. 48, ritiene di doversi escludere l'autorizzazione alla stipula di un affitto d'azienda *prima* dell'emanazione del decreto di ammissione ex art. 163 l.f., atteso da un lato che nella fase ante decreto di ammissione l'eventuale autorizzazione all'affitto sarebbe concessa quasi sempre "al buio", non essendo ancora disponibile un piano, dall'altro che l'applicazione della procedura competitiva anche all'affitto sembrerebbe presupporre l'inserimento di questa operazione in un pacchetto preconfezionato, e quindi in un piano già predisposto, che per definizione manca nel concordato.

Più in generale, v'è da chiedersi se sia la procedura competitiva di cui ai commi secondo e terzo sia “compatibile” con l'affitto dell'azienda, che spesso si appalesa come urgente necessità nella fase successiva al deposito del ricorso in bianco e precedente all'ammissione.

Il passaggio del tempo necessario a dar corso alla competitiva, pur nell'efficienza delle parti - debitore (chiamato a depositare l'istanza), pre-commissario (chiamato a dare il proprio parere), Tribunale (chiamato a disporre l'autorizzazione all'avvio della procedura, definendone termini e modalità) - potrebbe spesso nella prassi depauperare la consistenza dell'azienda o dei singoli rami, per le dimissioni dei dipendenti ed in particolar modo dei c.d. *key men*, per la perdita di clienti insoddisfatti e, quindi, dell'avviamento, per la risoluzione di contratti strategici etc.. Ed ad oggi, a riprova di ciò, il meccanismo di cui all'art. 163 *bis* l.f. non risulta certo *agile*, essendo improntato ad una pur efficiente “burocratizzazione”, laddove il legislatore ha dimostrato – come spesso accade – di anteporre la forma alla sostanza.

Si badi. È noto che spesso l'offerta del terzo giunga dopo laboriose e complesse negoziazioni e accurate *due diligence* effettuate in contraddittorio tra il potenziale offerente ed il debitore, com'è altresì noto che la stessa non sia altro, spesso se non sempre, che la fase prodromica all'auspicata acquisizione del ramo d'azienda o dell'intera azienda da parte del soggetto interessato. In ogni caso, alla fine di tale – spesso lunga – fase negoziale, laddove il più delle volte frattanto il debitore ha già depositato (leggi: è stato costretto a depositare) il ricorso *ex art.* 161 sesto comma l.f. (spesso a ridosso dell'udienza prefallimentare), giunge l'agognata ed attesa offerta. Ma tale passo, una volta decisivo per affittare l'azienda, ora diviene soltanto il primo di una lunga catena di necessari *steps*: il debitore dovrà presentare un'istanza, ai sensi del settimo comma dell'art. 161, rappresentando le ragioni per cui risulta urgente l'affitto; il pre-commissario dovrà quindi esprimere il proprio parere (e ciò richiederà, quantomeno, alcuni giorni); il tribunale dovrà così valutare la richiesta e, collegialmente, disporre l'apertura del procedimento. Dovrà

essere preparato il bando; l'invito ad offrire andrà pubblicato e dovrà essere concesso un congruo termine per l'udienza in cui verranno aperte le buste, onde consentire ai terzi di esaminare la composizione dell'*asset* oggetto della competitiva. All'esito della stessa andrà infine predisposto e sottoscritto il relativo contratto.

Non è difficile ipotizzare che tale complesso *iter* (negoziazione, offerta del terzo, istanza del debitore, parere del commissario, provvedimento del tribunale, pubblicazione dell'invito ad offrire, gara ed aggiudicazione, contratto notarile) possa richiedere alcuni *mesi* (sicuramente almeno due). Ed a bene vedere spesso tale lasso di tempo risulta poco “compatibile” con le esigenze dell'economia dell'azienda, che ogni giorno perde valore ed *appeal* sul mercato, e spesso perde nel frattempo ogni possibilità di essere “salvata” quale entità economicamente sostenibile.

Pertanto, ancorché i tribunali in caso di offerta di affitto debbano, almeno secondo una lettura strettamente aderente al testo (ovvero che non valorizzi la “incompatibilità latente” di tale fase con la sopravvivenza aziendale), *automaticamente* disporre la procedura competitiva, ai sensi della lettera dell'ultimo comma dell'art. 163 *bis*, ci si chiede se, *a contrariis*, utilizzando il requisito della “compatibilità” si possa talvolta (coraggiosamente) ritenere - in casi di estrema e comprovata *urgenza* e allorchè possa derivare un ritardo pregiudizievole all'interesse dei creditori - di autorizzare l'affitto in favore dell'offerente *senza* disporre la competitiva¹⁴, in quanto - appunto - non “compatibile”. In tal caso, a tutela della procedura, le clausole contrattuali potrebbero (anzi, dovrebbero) prevedere necessariamente – tra l'altro – una durata limitata dell'affitto (massimo un anno); il diritto di recesso a favore del debitore; e certamente la mancata previsione di una clausola di

¹⁴ Un Autore (BOZZA, *Brevi considerazioni*, cit. p. 28), commentando la previgente versione del d.l. (in cui l'apertura del procedimento competitivo per la *vendita* era facoltativa) – poi modificata in sede di conversione in legge, aveva ipotizzato la possibilità di escludere la competitiva (in tema, appunto, di *vendita*) allorchè possa derivare un ritardo pregiudizievole all'interesse dei creditori, che è concetto già utilizzato dal legislatore nel sesto (oggi settimo) comma dell'art. 104ter, lì dove consente la liquidazione già prima della approvazione del programma, “*solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori*”.

prelazione a favore dell'affittuario per il futuro acquisto, che risulterebbe nella fattispecie nullaltro che un metodo surrettizio per aggirare la nuova norma.¹⁵

La tesi - si comprende – potrebbe risultare una provocazione: ma ove si accedesse alla tesi della necessità anche di questa fase (“in ogni caso”), la stessa potrebbe risultare non in danno ai creditori ove fosse definita una procedura competitiva *rapida* (per esempio con un invito ad offrire pubblicato rapidamente in siti on-line specializzati). A tal fine potrebbe essere d'aiuto la predisposizione nei vari tribunali, *ex ante*, di inviti ad offrire e disciplinari *standard*, che verranno adattati alle varie procedure competitive, con l'ausilio del commissario (o pre-commissario).

IV. LA PROCEDURA COMPETITIVA DISPOSTA DAL TRIBUNALE - L'UDIENZA E LA GARA.

Il provvedimento in commento contiene l'analitico recepimento di quanto disposto dal secondo e terzo comma dell'art. 163 *bis*.

Ai sensi del secondo comma il decreto del tribunale infatti deve stabilire: le *modalità* di presentazione delle offerte (tali da garantire la segretezza dell'offerente), che devono rispettare le forme previste nel decreto del tribunale a pena di inammissibilità; il *luogo* in cui deve essere presentata ed il *termine* entro il quale deve essere depositata o inoltrata; l'indicazione che le offerte presentate sono *incondizionate* – onde evitare che sull'esito della competitiva giochi l'alea di un evento futuro ed incerto - e *irrevocabili*;¹⁶ l'indicazione dei *requisiti dell'offerta*, affinché possa essere assicurata la *comparabilità*.

¹⁵ Clausola di prelazione che, invece, normalmente dovrebbe essere prevista nei contratti di affitto autorizzati a seguito della procedura competitiva, onde dare all'affittuario – se non la certezza – l'alta probabilità che egli diventi financo l'acquirente dell'azienda e così incentivarlo ad effettuare gli investimenti sull'azienda indispensabili per il suo rilancio (o anche soltanto per il suo mantenimento (cfr. BOZZA, *Brevi considerazioni*, cit., p. 27).

¹⁶ Pertanto l'originario offerente ha l'onere di partecipare alla procedura competitiva, presentando nuovamente l'offerta nelle forme previste dal decreto del tribunale e, dal momento in cui viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto, l'offerta, anche se originariamente revocabile, diviene irrevocabile al pari delle altre offerte presentate nell'ambito della procedura competitiva.

Secondo la Relazione al d.l. 83/15 “*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 (...).*”

Il requisito della comparabilità è volto quindi a rendere possibile la scelta dell'offerta considerata *migliore* e ad evitare che, nelle more della procedura competitiva, si possano realizzare giochi al ribasso tra i vari concorrenti. Tuttavia tale requisito nella prassi potrebbe creare non pochi problemi, essendo molto più numerose le variabili delle quali dover tenere conto per la valutazione di un'offerta: quindi non solo il prezzo, i suoi tempi di pagamento, ma anche le garanzie offerte (soprattutto in tema di quanto disposto, pur nell'ambito d'altra procedura (l'amministrazione straordinaria) dall'art. 63, secondo comma del D.Leg 270/99, ovvero la garanzia della prosecuzione dell'attività aziendale ed il mantenimento dei livelli occupazionali), senza dimenticare, anzi ponendo *in primis* la rilevanza e la serietà del piano industriale rappresentato.

Per ovviare a tale difficile scelta ed affinché, in ultima analisi, non si riduca ad una mera competizione sul prezzo¹⁷, sarà quindi necessario che il tribunale stabilisca *ex ante* i criteri per la valutazione delle offerte, per esempio con l'assegnazione di un punteggio per ogni elemento dell'offerta (ulteriore ovviamente rispetto al prezzo, ma che mai, a detta di chi scrive, potrà derogare allo stesso, non essendovi in alcuna norma tale previsione, neppure implicita, se non in quanto stabilito dal solito articolo 63, ma al primo comma, del D.Lgs.

¹⁷ Cfr. SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa*, cit., pp. 8-9, il quale rileva che poiché fra i proponenti offerte concorrenti si aprirà una gara, per la quale il decreto del tribunale fisserà anche l'ammontare del rilancio minimo, queste dovranno essere standardizzate e variare essenzialmente per un solo elemento, ossia il prezzo; in caso contrario la valutazione multidimensionale delle offerte, seppur astrattamente fattibile con la previsione di pesi diversi per le variabili ammesse, risulterebbe estremamente complessa.

270/99). Quando il bene oggetto di gara è complesso, come nel caso di un'azienda, il bando dovrà quindi essere preceduto da una intensa attività preparatoria, in cui il commissario intuibilmente avrà un ruolo rilevante, di standardizzazione delle condizioni. Con il decreto il Tribunale dovrà necessariamente indicare le *garanzie* che dovranno o meno essere offerte per partecipare alla procedura competitiva (cauzione, somme da versare per eventuali spese ecc.); la data di udienza per l'esame delle offerte (da svolgersi comunque prima dell'udienza fissata nel decreto *ex art. 163 l.f.*) e le modalità di svolgimento della procedura competitiva, che potrà seguire (e normalmente seguirà, tenuto conto della ristrettezza dei tempi) il menzionato esame; le forme con cui dovrà essere *pubblicizzato* il decreto (portali internet, quotidiani, ecc.), dovendosi "*in ogni caso*" disporre "*la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c.*"; l'aumento minimo del corrispettivo che le offerte dovranno prevedere, prendendo presumibilmente come *floor* (e come altre condizioni) quanto definito dalla prima offerta.

Aspetto importante appare la *modalità* (limiti, forme e tempi) di *accesso alle informazioni* rilevanti per i terzi interessati, ulteriore elemento da indicare nel decreto del tribunale.

In tal caso trova applicazione la disciplina prevista in materia di proposte concorrenti dal novellato art. 165 comma secondo l.f., giusto il richiamo del successivo comma terzo (disciplina, peraltro, applicabile ai soli procedimenti di concordato depositati in epoca successiva alla legge di conversione).¹⁸ Pertanto il commissario dovrà valutare le richieste ed ottenere dall'interessato la sottoscrizione di uno stringente obbligo di riservatezza, *prima* di consentirgli di accedere alle informazioni contenute nella *data room*: ciò al fine di (cercare di) evitare il rischio di accessi strumentali, il cui unico fine potrebbe essere quello di carpire informazioni rilevanti riguardo l'azienda *target* (fornitori strategici, clienti, che peraltro quanto a nominativi potrebbero forse essere omessi, listini prezzi, margini, politiche di mercato etc.).

¹⁸ Ancorchè vi sia una parziale sovrapposizione tra il comma quarto dell'art. 165 l.f. e il secondo comma dell'art. 163 *bis* l.f..

Sull'effetto realmente protettivo dei *non disclosure agreement* vi sarebbe da discutere a lungo, stante la loro efficacia (meramente) obbligatoria, la previsione di penali spesso difficili da applicare nel concreto e, quindi, il limitato potere “dissuasorio” di tali accordi di riservatezza (senza contare il rischio che vengano sottoscritti, onde ottenere preziose informazioni, da *newco* che potrebbero essere - di fatto – soltanto delle “scatole vuote”). In ogni caso, una volta ricevuto l'accordo di riservatezza debitamente sottoscritto, il commissario dovrà fornire agli interessati le informazioni utili per la presentazione delle offerte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie nonché ogni altra informazione rilevante: probabilmente la migliore soluzione è quella di creare una *virtual data room* (mediante *dropbox* o altro), fornendo la chiave di accesso telematica all'interessato (come risulta disposto nel provvedimento in commento) e potendone verificare gli accessi.

Con riferimento, invece, al contenuto dei dati che potrebbero essere forniti, il punto è assai delicato, dovendosi contemperare da un lato l'interesse del terzo ad avere possibilità di effettuare una o più *due diligence* sull'azienda o sul ramo, dall'altro l'interesse del debitore a non divulgare dati riservati ed essenziali per l'azienda stessa. Ciò finanche considerato che molte delle informazioni rilevanti non risiedono nelle scritture contabili obbligatorie, ma in dati statistici, di contabilità analitica ed industriale (ad esempio entità dei costi fissi, incidenza dei costi dei singoli fattori produttivi sul costo totale, marginalità per singolo cliente, difettosità del prodotto, ordini in portafoglio ecc.).

Non v'è dubbio che il tema delle informazioni accessibili ai terzi è un punto cruciale per garantire al nuovo istituto il conseguimento degli obiettivi prefissati dal legislatore: se l'informazione è necessaria per la presentazione dell'eventuale offerta del terzo - e quindi per stimolare la concorrenza - la stessa è anche un elemento critico, in quanto una o più informazioni strategiche potrebbero essere utilizzate dal concorrente sleale per indebolire la posizione di mercato del debitore.¹⁹

¹⁹ Cfr. GALLETTI, *Speciale decreto n. 83/15*, cit., p. 7, in tema di proposte e di offerte concorrenti; SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa*, cit., p. 6, il quale evidenzia

All'udienza fissata per l'esame delle offerte, alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato²⁰, le medesime offerte saranno rese pubbliche, come prevede il terzo comma dell'art. 163 *bis*: in presenza di più offerte migliorative, il giudice dovrà disporre la gara tra gli offerenti, che potrà avere luogo alla stessa udienza (come disposto nel provvedimento in commento) o ad un'udienza immediatamente successiva (atteso che, qualora non presenti gli offerenti all'udienza per l'esame delle offerte, essi vanno avvisati dell'apertura della gara). In ogni caso la gara deve concludersi comunque *prima* dell'adunanza dei creditori.²¹

L'ultimo periodo del terzo comma prevede che con la *vendita* o con l'*aggiudicazione* a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta iniziale²² e, in ogni caso, "*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*".

Il *rimborso delle spese e dei costi* deve essere disposto dal "*commissario*": disposizione singolare, atteso che il commissario non è un organo di gestione, ma solo di supervisione e controllo, per cui (teoricamente) non potrebbe né liquidare l'ammontare di una spesa afferente la gestione, salvo che si tratti di un atto meramente ricognitivo di verifica di spese effettivamente sostenute ed inerenti all'oggetto, né - ancor meno - disporre il

come la divulgazione di informazioni riservate potrebbe avere l'effetto opposto a quello desiderato, svilendo il valore dell'*asset* e le sue performance future, con detrimento delle ragioni dei creditori.

²⁰ Che non è obbligatoria, sicché se non presenti l'*iter* competitivo non dovrebbe essere inficiato (cfr. LAMANNA, *La legge fallimentare*, cit., p. 47).

²¹ Tale disposizione è volta a tutelare il diritto dei creditori ad accettare o meno la proposta in sede di votazione, avendo già piena contezza dell'esito dell'offerta di cessione; peraltro, dal lato pratico, l'esito della gara potrà essere così recepito nel piano, agevolando il lavoro degli *advisors*. Il legislatore, tuttavia, ha dimenticato di raccordare tale prescrizione con il termine concesso al commissario giudiziale per la presentazione della relazione *ex art.* 172 l.f. (ossia quarantacinque giorni prima dell'adunanza). Sarà pertanto il giudice delegato a dover assicurare, nel definire la tempistica della gara, che il commissario giudiziale abbia notizia dell'esito della stessa prima della scadenza del termine prescritto per il deposito della sua relazione.

²² La disposizione distingue la "*vendita*", che si riferisce al caso in cui ci sia un unico offerente (che abbia fatto la sua offerta prima del deposito del ricorso o l'unico offerente presente a seguito dell'apertura della procedura competitiva) e l'"*aggiudicazione*", applicabile nel caso venga individuato l'acquirente finale a seguito della gara competitiva tra più concorrenti.

pagamento, non avendo alcun potere di impegnare la società²³. Inoltre, il rimborso è possibile *solo* se il trasferimento abbia luogo *dopo* l'omologazione²⁴: sembra che il legislatore abbia ipotizzato una sorta di credito *prededucibile* dell'originario offerente da fare valere nell'ambito della stessa procedura di concordato preventivo;²⁵ il che potrebbe paradossalmente avvantaggiare i “concorrenti” successivi che disporrebbero dall'inizio di un *set* informativo molto più completo di quello che il primo offerente presumibilmente avrà avuto.

V. CONCLUSIONE.

L'istituto delle offerte concorrenti è da subito parso ai più²⁶ un ottimo strumento per evitare abusi nel ricorso al concordato e riequilibrare il rapporto tra l'interesse del debitore e quello dei creditori (unitamente, tra l'altro, all'introduzione della una percentuale minima di soddisfazione “assicurata” ai creditori chirografari e all'abolizione del meccanismo del silenzio-assenso, nonché all'introduzione dell'istituto delle proposte concorrenti)²⁷.

L'automaticità della procedura competitiva in presenza delle offerte concorrenti, comporta inevitabilmente l'attenuazione dell'autonomia del debitore nella formazione - *negoziale* - del piano concordatario²⁸, la cui costruzione passa attraverso una necessaria

²³ Sul punto cfr. SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa*, cit., p. 10.

²⁴ Secondo la Relazione al d.l. 83/15 “*Tale previsione ha l'effetto di legittimare la prassi delle cessioni in pendenza del termine per la presentazione del piano e della proposta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, che in certi casi si rivelano particolarmente opportune tenuto conto del rischio – in relazione alle caratteristiche specifiche dell'attività economica svolta dall'impresa – di perdita dell'avviamento o della continuità aziendale in danno dei creditori*”.

²⁵ Cfr. NONNO, *La concorrenza nel concordato preventivo*, cit..

²⁶ *Ex multis*, tra i favorevoli cfr. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *ilcaso.it*, p. 10; tra i pochi critici cfr. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale*, cit., p. 14.

²⁷ Lo ricorda AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo*, cit., p. 3.

²⁸ Con la novella di cui al D.L. 35/2005, poi convertito in L. 80/2005, è stata accentuata la possibilità di regolazione negoziale della crisi, esaltando la dimensione pattizia dell'istituto del concordato preventivo e riducendo lo spazio di intervento dell'autorità giudiziaria (cfr. *ex multis* MANDRIOLI, in Bonfatti-Panzani, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, p. 667; PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, pp. 61 ss.;

apertura al mercato.²⁹ L'approccio fortemente "burocratizzato" voluto dal legislatore, che in nome della trasparenza ha congegnato un sistema che appare non necessariamente *veloce ed efficiente*³⁰, tradisce la nuova natura sempre più *ibrida* e a contenuto meno libero, in quanto stretto nelle maglie del controllo pubblico, del concordato preventivo.³¹

V'è da chiedersi se fosse veramente necessario introdurre alcune parti di tale norma, ovvero se non fosse stato sufficiente demandare al Giudice Delegato la *facoltà di poter disporre*, atteso che già i tribunali di merito potevano ben operare (e di fatto operavano), laddove ritenuto "giusto", nel senso indicato dalla novella, secondo un prudente apprezzamento parametrato alle singole fattispecie concrete sottoposte al loro esame. Evidentemente il legislatore ha ritenuto di *imporre* ai tribunali una disciplina comune, a prescindere dall'*aequitas* di matrice giurisprudenziale, diffidando dell'autonomia dei privati e nell'ottica di una eteronomia sempre più stringente in materia concordataria.

Non può tuttavia tacersi l'impressione che in nome della competitività, giustificata come strumento atto a garantire la massima *recovery* dei creditori, si sia sacrificata la celerità dell'allocazione degli *assets* del debitore nel mercato, il che talvolta, contrariamente a quanto si crede, si è dimostrata nella prassi la "vera garanzia" per i creditori sociali. Sacrificio, quello imposto dal legislatore, che in taluni casi potrà risultare esiziale laddove i

AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2008, pp. 2 ss.; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, pp. 1358 ss.; GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali ed operazioni societarie di riorganizzazione*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 19; MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1047 e ss.).

²⁹ Nota giustamente GALLETTI, *Speciale decreto n. 83/15 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in *ilfallimentarista.it*, pp. 1-2, che da un sistema in cui il debitore era arbitro quasi assoluto della vicenda concordataria, mediante l'istituto delle offerte e delle proposte concorrenti si passa ad un sistema diverso: tuttavia, mentre nella disciplina delle offerte concorrenti il debitore rimane ancora autore ed arbitro della predisposizione della proposta e dei piani concordatari, nelle proposte concorrenti di cui all'art. 163 l.f. il proponente diviene lui autore della proposta, ed in caso di esito vittorioso nella votazione, l'attore principale della procedura.

³⁰ Di tale avviso anche FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale*, cit., p. 15.

³¹ Sul punto si vedano le pregnanti considerazioni di MARTINELLI, *L'art. 169 bis l.f. dopo la novella del d.l. 83/15 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 132/2015): the king is dead?*, pp. 1-2, in *ilcaso.it*.

tempi necessari per l'espletamento della procedura competitiva e il trasferimento dell'azienda non siano compatibili con la sua (rapida) riallocazione. L'economia, spesso, va più veloce del diritto (e dei complessi meccanismi predisposti dal legislatore) sicché nell'applicazione dell'art. art. 163 *bis* l.f. si tratta di trovare - nel miglior interesse dei creditori - un giusto equilibrio tra l'urgenza e la competitività.³²

Ancora una volta, quindi, l'*aequitas* dei tribunali dovrà trovare tale equilibrio, auspicando che – prima ancora che la norma si sedimenti e si crei il relativo “diritto vivente” – non venga nuovamente modificato (se non proprio sovvertito) l'impianto normativo, lasciando l'operatore disorientato e il sistema privo di certezze.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento, Parte II: le modifiche riguardanti il concordato preventivo. “Proposte/piani” ed “offerte” concorrenti*, in *ilfallimentarista.it* 29.6.15 (pp. 16-23); LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini riforma del D.L. n. 83/2015*, *Il civilista*, Milano, 2015 (pp. 41-48); BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *fallimentiesocietà.it* 2015 (pp. 25-32); VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare (prima parte)*, in *ilcaso.it* 17.8.15 (pp. 1-10); NONNO, *La concorrenza nel concordato preventivo*; VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma della legge fallimentare*, in *ilcaso.it* 17.8.15; MARELLI, *Le disposizioni del d.l. 27 giugno 2015 n. 83 per favorire la concorrenza nel concordato preventivo: nuovo art. 163-bis e modifiche all'art. 182 l.f.*, in restructuring@nctm.it giugno 2015; SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, in *ilcaso.it* 30.10.15; VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in *ilfallimentarista*, 2.11.15.

³² Cfr. BOZZA, *Brevi considerazioni*, cit., p. 28.