

**L'AFFITTO D'AZIENDA ANTERIORE AL CONCORDATO
PREVENTIVO È OPPONIBILE ALL'AGGIUDICATARIO
DELL'AZIENDA A SEGUITO
DI PROCEDURA COMPETITIVA?**

(Nota a Appello di Venezia, 14 giugno 2018)

di MARCO GREGGIO E GIANLUCA VIDAL

SOMMARIO: 1. Il decreto della Corte d'Appello di Venezia del 14.6.2018. – 2. L'opponibilità della preesistenza del contratto di affitto d'azienda alla procedura. – 3. Le offerte concorrenti. – 4. La prevalenza dell'eteronomia sull'autonomia. – 5. La possibilità per il tribunale di incidere sull'assetto concordatario in virtù del principio di competitività.

1. Il decreto della Corte d'Appello di Venezia del 14.6.2018.

La decisione qui annotata riguarda una norma che fin dalla sua introduzione ha avuto grande applicazione nell'ambito del concordato preventivo: le offerte concorrenti di cui all'art. 163-*bis* l.f.. Norma che, peraltro, è stata sostanzialmente riproposta nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza recentemente approvato (art. 91 CCII).

Nel caso sottoposto all'esame della Corte d'Appello di Venezia, un terzo interessato all'acquisto dell'azienda di una società ammessa al beneficio del concordato aveva proposto reclamo *ex* art. 26 l.f. avverso un decreto del Tribunale di Rovigo contenente le modalità di vendita della cessione del compendio aziendale.

L'avviso di gara, ritenuto illegittimo dal reclamante, conteneva invero alcune peculiarità. Era infatti prevista: *a*) la cessione dell'azienda a fronte di un determinato corrispettivo che si dava atto essere stato determinato secondo modalità concordate tra affittante ed affittuaria, contenute nel contratto di affitto di

azienda; *b*) nell'ipotesi di aggiudicazione del compendio aziendale da parte dell'affittuaria, la risoluzione automatica del contratto d'affitto al momento del trasferimento della proprietà dell'azienda da parte della locatrice; nell'ipotesi di aggiudicazione in favore di terzi diversi dall'affittuaria, invece, la *conservazione* degli effetti del contratto d'affitto nei confronti dell'aggiudicatario; *c*) l'irresponsabilità della procedura nei confronti dell'aggiudicatario per eventuali ritardi nella riconsegna dell'azienda imputabili all'attuale conduttore e/o a soggetti terzi, restando ogni relativa azione esercitabile direttamente dall'aggiudicatario contro il soggetto illegittimamente detentore dell'azienda, precisandosi inoltre come la retrocessione dell'azienda sarebbe avvenuta direttamente tra l'affittuaria e l'aggiudicatario ed i rapporti contrattuali, debitori e creditori, sarebbero stati direttamente regolati tra gli stessi senza alcuna responsabilità da parte della procedura. Peraltro, lo stesso contratto di affitto prevedeva che la restituzione dell'azienda dovesse avvenire nel termine di sei mesi e comunque soltanto dopo che la conduttrice avesse definitivamente dato esecuzione a tutti i contratti stipulati antecedentemente il ricevimento della comunicazione di risoluzione.

La proposta concordataria era strutturata in modo tale da prevedere benefici patrimoniali in favore della massa dei creditori concorsuali (nel caso di specie, l'apporto di finanza esterna¹), condizionati all'allocazione dell'azienda secondo le previsioni del piano/proposta originario e perciò destinati a venir meno in caso di aggiudicazione competitiva a soggetti terzi.

Il reclamante ha ritenuto che tale avviso di gara fosse in contrasto con le previsioni di cui all'art. 163-*bis* l.f., in quanto pregiudizievole dei diritti ed interessi dei terzi offerenti, e tale da vanificare l'efficacia del meccanismo competitivo previsto dalla norma. Pertanto, ha chiesto l'annullamento del decreto del Tribunale di prime cure ovvero, in via gradata, la declaratoria l'inopponibilità del contratto d'affitto d'azienda e la sua risoluzione automatica nei confronti di ogni terzo aggiudicatario del compendio aziendale, o infine la modifica del provvedimento impugnato in modo da conformarlo alla norma.

¹ Sul perimetro della finanza esterna cfr. Cass., 8 giugno 2012, n. 9373; Appello Bologna, 22 ottobre 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Rimini, 18 giugno 2015, in www.ilcaso.it.

2. L'opponibilità della preesistenza del contratto di affitto d'azienda alla procedura.

L'*experimentum crucis* della controversia sottoposta alla Corte lagunare era, quindi, l'eventuale *opponibilità* al terzo aggiudicatario, ed ancora prima alla procedura, del contratto d'affitto d'azienda sottoscritto in data anteriore alla presentazione della domanda di concordato preventivo, ed in funzione di questa (c.d. affitto ponte).

In altri termini: un preesistente contratto di affitto – valido e aderente ai requisiti di forma di cui all'art. 2556 c.c. – con data certa anteriore alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda concordataria può venire considerato dal Tribunale *uti non esset*, non più pendente e, quindi, inefficace ed inopponibile alla procedura concordataria e al terzo aggiudicatario, se in qualche modo risulta violata o comunque aggirata la regola della competitività di cui all'art. 163-*bis* l.f.?

Nell'applicare la disposizione sulle offerte concorrenti, prevale l'autonomia privata² ovvero l'eteronomia pubblicistica di cui è espressione la norma? Può, quindi, un Tribunale – al di fuori di quello che appare come l'unico caso di scioglimento del contratto nell'ambito del concordato preventivo, contemplato dall'art. 169-*bis* l.f. –, nel predisporre l'avviso di vendita dell'azienda e il relativo bando d'asta, svincolarsi dalle previsioni del contratto recepite nel piano concordatario predisposto dal debitore?

La questione è resa particolarmente interessante non solo per la relativa novità delle offerte concorrenti, introdotte nel 2015 e riprese nel nuovo CCII, ma anche perché il tradizionale impianto della legge fallimentare contiene norme che tutelano la continuità dell'affitto.

Per esempio, la disciplina dell'affitto d'azienda stipulato prima del fallimento deroga al sistema generale delineato dall'art. 72 l. f., nell'ambito del quale l'esecuzione di un rapporto è suscettibile di sospensione senza pregiudizio.³ Così dal

² Di cui è espressione l'art. 1372 c.c., architrave del sistema codicistico sui contratti, a mente del quale “*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”.

³ In considerazione che la sospensione dell'affitto di azienda, con la conseguente interruzione dell'attività economica, possa cagionare gravi conseguenze in ordine alla custodia dei beni e alla conservazione dell'organizzazione aziendale e

combinato disposto degli articoli 45, 72 e 79 l. f., dettati in materia di efficacia dei contratti pendenti nell'ambito della procedura fallimentare (applicabili anche al concordato), si ricava che l'affitto d'azienda valido e pendente alla data della declaratoria del fallimento è opponibile alla procedura, ove siano rispettati i requisiti di forma prescritti dall'art. 2556 c.c.. E nel fallimento l'azienda affittata viene ceduta come tale, a meno che uno dei contraenti non abbia esercitato il previo diritto di recesso *ex art. 79 l.f.*

Mutatis mutandis, l'apertura del concordato preventivo è mai causa di scioglimento del contratto di affitto di azienda anteriormente formalizzato, ovvero il contratto resta pendente, valido ed opponibile sia alla procedura che ai terzi?

Nella pratica si assiste all'utilizzo dell'affitto di azienda come uno strumento per la conservazione dell'organizzazione aziendale e dell'avviamento, utile ad offrire una soluzione transitoria finalizzata a non disperdere l'avviamento implicito, insito nella destinazione dell'*universitas* dei beni alla continuità aziendale, intesa in senso aziendalistico e non strettamente in aderenza ai principi ISAE ovvero OIC. L'operazione, nel suo complesso, può evitare lo stallo che deriverebbe dalla sospensione dell'attività economica e, pertanto, indirettamente, mantenere la valorizzazione in continuità del patrimonio aziendale, il parco clienti, l'organizzazione, il personale, giungendo, quale fine ultimo ma primario, a massimizzare la soddisfazione dei creditori dell'impresa in crisi.

D'altro canto, ad una prima lettura, nel concordato preventivo parrebbe ritrovarsi *in primis* il principio per cui l'atto di impulso per lo scioglimento del contratto possa provenire (in teoria, soltanto) dal debitore ai sensi dell'art. 169-*bis* l.f., in quanto è affidata proprio a costui la costruzione della proposta e del piano, che i creditori sono liberi di votare, o meno. In quest'ottica, il debitore può chiedere al tribunale di sciogliere o modificare i vincoli contrattuali che comprimano – o, a fortiori, annullino – la successiva dinamica concorrenziale o che comunque ostaco-

dell'avviamento, con evidente pregiudizio dell'affittuario e impoverimento della massa attiva.

lino il conseguimento della migliore soddisfazione del ceto creditorio, purché ciò sia funzionale alla proposta concordataria presentata.⁴

Ma cosa può fare il tribunale se il debitore non esercita tale diritto potestativo e quindi non chiede lo scioglimento del contratto (anche ove avvenga, come nel caso in commento, che il mantenimento di taluni vincoli contrattuali risulti *de facto* lesivo del principio di competitività)?⁵

Il Tribunale di Rovigo ha ritenuto di non poter intervenire nella pattuizione contrattuale, nelle sue clausole pur limitative del primario obbligo alla libera concorrenza, disponendo quindi un avviso di vendita nel quale non fosse messa in discussione la permanenza ed opponibilità delle particolari clausole contenute nel contratto di affitto sottoscritto dal debitore *ante* procedura con quello che era – applicando il principio probabilistico – (pre)destinato a diventare l'unico possibile aggiudicatario (nella vigenza di tali clausole). Ma ciò, a parere di chi scrive, in aperta violazione della *ratio legis*, che compressa da un accorgimento “contrattuale”, ove non compresa la reale portata, avrebbe visto crollare la cogenza e inderogabilità di una norma posta a presidio

⁴ Cfr. Trib. Vicenza, 4 ottobre 2016, in www.ilcaso.it: “*in costanza di concordato preventivo, il tribunale può autorizzare lo scioglimento sia di un contratto di affitto d'azienda che di un contratto preliminare di cessione di ramo d'azienda*”. Secondo il giudice vicentino, il Legislatore avrebbe configurato lo scioglimento dei contratti pendenti come un diritto potestativo dell'imprenditore ammesso ad una procedura di concordato preventivo, la cui *ratio* risiede nell'intento di conseguire, attraverso la soluzione concordataria della crisi d'impresa, il miglior soddisfacimento del ceto creditorio. In senso conforme si vedano, in giurisprudenza, Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, decr., in www.ilcaso.it; Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, decr., in www.ilcaso.it; Trib. Teramo, 11 gennaio 2013, decr., in *Foro it.*, 2013, I, 1338; Trib. Salerno, 25 ottobre 2012, decr., in banca dati *Pluris*, per quanto attiene allo scioglimento del contratto di affitto di azienda, nonché Trib. Roma, 30 gennaio 2013, decr., in banca dati *Pluris*, per quanto attiene allo scioglimento del preliminare di cessione del ramo di azienda. In dottrina cfr. AMATORE-JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2013, 74; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, in *Il civilista*, 2012, 56.

⁵ Laddove nell'ottica del miglior soddisfacimento del ceto creditorio il contratto di affitto andrebbe sciolto, il debitore dovrebbe chiedere lo scioglimento *ex art. 169-bis l.f.*, onde tutelare i creditori sociali (SPEROTTI, *Le procedure competitive ex art. 163-bis l.f.: aspetti operativi*, in Casa-Rosina, a cura di, *Problemi nuovi della “vecchia” legge fallimentare*, Padova, 2018, 166). Pertanto, se il contratto in corso avesse già compromesso la possibilità di una reale gara, creando una disparità di trattamento non rimediabile, il Tribunale potrà ritenere di non ammettere la domanda di ammissione al concordato, alternativamente chiedendo la modifica o lo scioglimento del contratto in corso (*ivi*, 166 e 170).

della necessarietà del regime concorrenziale nella circolazione dell'azienda in procedura.

La Corte lagunare con la pronuncia in commento, sulla quale non si può non essere in pieno accordo, ha accolto il reclamo, annullando il decreto impugnato, in quanto ritenuto essere (come in effetti era) lesivo della disposizione e *ratio legis* portata dalla norma imperativa di cui all'art. 163-*bis* l.f.. E ciò sulla scorta essenzialmente delle seguenti motivazioni.

a) La disposizione di cui all'art. 163-*bis*, comma I, l.f.. è espressione di un *interesse pubblicistico*, volto ad assicurare la trasparenza della liquidazione concordataria e l'effettiva partecipazione in condizioni di parità di tutti i potenziali interessati alla liquidazione dell'azienda, rami della stessa o specifici beni.

b) Nel superiore interesse pubblico la norma è destinata ad incidere sull'assetto concordatario, come confermato dal comma IV art. 163-*bis* l.f., che stabilisce l'obbligo del debitore di modificare la proposta ed il piano di concordato in conformità all'esito della gara, disposizione da cui si evince che il principio di competitività e l'esito della procedura competitiva prevalgono sulla sfera dell'autonomia negoziale riservata al debitore proponente.

c) In tale quadro, il canone di competitività non può venire sacrificato (o, secondo altro punto di vista, *eluso*), mediante una strutturazione della più complessiva proposta concordataria che preveda benefici patrimoniali in favore della massa dei creditori concorsuali (nel caso di specie, l'apporto di finanza esterna), condizionati peraltro all'allocazione dell'azienda secondo le previsioni del piano/proposta originario e perciò destinati a venir meno in caso di aggiudicazione competitiva a soggetti terzi, ancorché ciò possa comportare, nel caso concreto, la non fattibilità del piano e/o un potenziale pregiudizio per il ceto creditorio.

d) Il criterio di competitività esige che sia assicurata la *parità di condizioni* tra tutti i soggetti interessati a rilevare l'azienda, sia in fase di partecipazione alla gara, sia in fase di esecuzione degli obblighi e di esercizio dei diritti derivanti dall'aggiudicazione.

e) Nel caso di specie, l'avviso di vendita impugnato non assicurava una partecipazione effettivamente competitiva alla vendita o altra forma di dismissione del compendio, in tal modo pregiudicando in modo concreto ed effettivo l'interesse dei terzi

all'acquisto dell'azienda. In particolare era confliggente con tale principio la previsione del contratto d'affitto, richiamata nel provvedimento impugnato quale disciplina regolatrice degli effetti dell'aggiudicazione, della automatica risoluzione del contratto stesso al momento dell'eventuale trasferimento della proprietà dell'azienda da parte della società locatrice alla società conduttrice, contratto che viceversa era stabilito mantenesse i propri effetti nei confronti del terzo aggiudicatario, diverso dall'attuale conduttore.⁶

L'azienda quindi sarebbe risultata "immediatamente disponibile" all'affittuario, ove aggiudicatario, mentre sarebbe rimasta totalmente "indisponibile" a qualsivoglia terzo che si fosse mai (azzardato, ovvero) determinato ad offrire. Ma, in concreto, chi mai avrebbe potuto concorrere ed offrire sapendo di non poter poi "disporre"? Chi mai avrebbe potuto quindi valutare di offrire un prezzo sulla base delle medesime condizioni delle quale disponeva il fortunato affittuario? Evidente che il costrutto contrattuale era di per sé limitativo di quel principio di concorrenza e di parità di condizioni che è immanente nella previsione normativa di cui si discute. Peraltro, la stessa facoltà di risoluzione anticipata attribuita nel contratto d'affitto agli organi della procedura concordataria (con preavviso semestrale, con rischio a carico dell'aggiudicatario e con la concreta attesa che l'azienda in quel semestre avrebbe ben potuto essere sviata o dissipata) non era stata esercitata dalla procedura, che aveva quindi inteso porre in vendita il compendio senza previamente avvalersi di detta facoltà.⁷ Ed anche il pagamento del corrispettivo era un ul-

⁶ Secondo la Corte lagunare *"In tal modo risulta decisamente diversificata la condizione dell'affittuario, il quale conseguirebbe la piena disponibilità del compendio sin dal momento dell'eventuale aggiudicazione, rispetto a quella del terzo aggiudicatario, che sarebbe costretto a rispettare il contratto d'affitto sino alla naturale scadenza e per conseguenza a non poterla gestire immediatamente secondo i propri interessi ed obiettivi, con ogni ragionevolmente prevedibile conseguenza, anche in termini di conservazione/non dispersione dell'avviamento."*

⁷ Anche ipotizzando, continua la Corte (nella pronuncia in commento), che la facoltà di recesso possa essere esercitata da parte o nell'interesse del terzo aggiudicatario, *"gli obblighi restitutori che ne deriverebbero, a prescindere dalle eventuali problematiche legate alla materiale attuazione della pretesa, risulterebbero giuridicamente privi di immediata efficacia. Infatti, a mente dell'art. 16 del contratto d'affitto, è previsto che la restituzione debba avvenire nel termine di sei*

teriore elemento che provocava disparità tra i potenziali offerenti, secondo la Corte lagunare: solo alla conduttrice, a differenza dall'eventuale terzo aggiudicatario, si consentiva di provvedere mediante accollo delle somme per TFR ed oneri differiti dovuti ai dipendenti afferenti all'azienda, fino a compensazione del prezzo di acquisto.

Per tali motivi la permanenza in vigore nei confronti dell'eventuale aggiudicatario del contratto d'affitto d'azienda stipulato dalla debitrice proponente il concordato, non è stata giudicata dalla Corte lagunare *compatibile* con il principio di competitività del procedimento di vendita del compendio, prescritto dall'art. 163-*bis* l.f.. Di qui l'annullamento del decreto.

Il provvedimento della Corte d'Appello di Venezia, ben motivato e condivisibile nelle conclusioni, è interessante perché consente alcune riflessioni sulla portata applicativa della norma delle offerte concorrenti.

3. Le offerte concorrenti

L'istituto delle offerte concorrenti è stato introdotto con la c.d. "miniriforma" del 2015⁸ e prevede che, nel caso in cui il piano contempli un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore dell'azienda, di uno o più rami della stessa o di specifici beni, il tribunale disponga l'apertura di un procedimento competitivo per la ricerca di eventuali interessati.

La previsione dell'ultimo periodo del primo comma, nel ribadire che "(...) *le disposizioni (...) si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda, o di specifici beni (...)*" dà immediata evidenza della forte e chiara volontà del legislatore di prevedere comportamenti che possano risultare elusivi del precetto generale. Il *precetto*

mesi e comunque 'solo dopo che la conduttrice abbia definitivamente dato esecuzione a tutti i contratti stipulati antecedentemente il ricevimento della comunicazione di risoluzione'."

⁸ È stato introdotto dall'art. 2, primo comma, del decreto-legge 27.6.2015 n. 83, convertito con legge del 6.8.2015 n. 132 (pubblicata nella G.U. n. 192 del 20.8.2015).

quindi, va rispettato nel caso in cui sia, *sic et simpliciter*, aderente alla letterale previsione normativa, ovvero nel caso in cui il debitore ponga in essere comportamenti il cui fine ultimo (anche ove non dichiarato tale, ma mascherato dietro a comportamenti dichiaratamente a tutela dell'azienda) sia semplicemente quello di rendere di fatto impossibile la circolazione dell'azienda secondo un corretto principio competitivo, violando così proprio il chiaro ed evidente principio ispiratore della norma. Non sono quindi sufficienti i dichiarati motivi di tutela del ramo aziendale per eliminare nei fatti, se non apparentemente nei contratti, la possibilità concreta ed attuale di un terzo interessato di partecipare alla gara a parità di condizioni e di diritti.⁹

Tornando all'esame della disposizione, dalla lettura è immediatamente comprensibile come l'obbligo delle offerte concorrenti non presupponga necessariamente che il piano presentato dal debitore contempli la cessione a titolo definitivo dell'azienda, ma sia sufficiente la previsione di un mero trasferimento temporaneo degli *asset* aziendali. Ed invero, espressamente nel caso, l'ultimo comma dell'art. 163-*bis* l.f. prevede che la disciplina si applichi, in quanto *compatibile*, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.f., nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami della stessa, in quanto potenzialmente lesivi della futura libera circolazione dell'azienda.

La norma quindi segue uno schema chiaro e definito, diretto ad "attuare" il principio, fornendo al Tribunale gli strumenti necessari ed utili all'attuazione di quanto dianzi: in base al 2° comma dell'art. 163-*bis* l.f. spetta infatti al Tribunale stabilire "*le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità*" ed "*i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva,*

⁹ Il Tribunale di Milano di recente ha determinato valida la compressione di tale diritto solo nell'ipotesi, giuridicamente molto diversa, in cui l'acquirente agisca come "assuntore" della procedura (con rischi e conseguenze ben diverse) attraverso un aumento di capitale dedicato, sospensivamente condizionato all'omologa della procedura (cfr. Trib. Milano, 13 dicembre 2018, in www.tribunale.milano.it; dello stesso avviso Trib. Forlì, 25 febbraio 2019, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 15 giugno 2017, in www.tribunale.milano.it). Ma non è questa la fattispecie in discussione, né può a questa in alcun modo esser assimilata.

le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto". Si regola così il *principio*, introducendo una sub-procedura interna al concordato le cui modalità di svolgimento sono rimesse all'intervento del tribunale, che riguarda tanto le scansioni temporali e le modalità procedurali delle attività da svolgere, quanto il contenuto stesso delle offerte e quindi del negozio che ne costituisce l'oggetto¹⁰, il tutto finalizzato all'attuazione del principio ispiratore.

La norma non specifica logicamente quali siano i parametri delle comparabilità delle offerte, rimettendo tali elementi alla valutazione esperta e talvolta anche fattuale del Giudice. Tale previsione - all'evidenza volta a rendere possibile la scelta dell'offerta considerata *migliore*¹¹ - nella prassi ha creato non pochi problemi, essendo possibile valutare numerose variabili per la valutazione. E' quindi necessario che il tribunale *ex ante* stabilisca i criteri e le modalità applicative di calcolo e determinazione dei "punteggi" per la comparabilità, introducendo ad esempio un disciplinare della competitiva molto preciso e particolareggiato, che preveda finanche un punteggio per ogni elemento dell'offerta (prezzo, garanzie offerte, tempi di pagamento, livelli occupazionali garantiti, piano industriale etc.).¹²

¹⁰ A ciò si aggiunga il disposto del 3° comma della norma in esame, secondo cui l'offerta originaria diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata in conformità a quanto previsto dal decreto ed anche le altre offerte "*non sono efficaci se non conformi a quanto previsto dal decreto*"; il che conferma quanto già detto, ovvero che il tribunale non deve limitarsi semplicemente ad indicare quali possano essere i parametri di comparazione delle offerte sul piano del prezzo, ma deve anche indicare in concreto gli elementi rispetto ai quali sorge per gli offerenti l'obbligo di conformazione, a pena di inefficacia.

¹¹ 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 (...).*"

¹² Una pronuncia di poco successiva all'introduzione della norma (Trib. Alessandria, 22 marzo 2016, in www.ilcaso.it) aveva precisato che "*il potere conformativo del tribunale nel precisare in dettaglio il contenuto delle future offerte può essere esercitato entro determinati limiti nel senso che non può spingersi fino a trasformare e travolgere completamente le caratteristiche e il contenuto dell'offerta originaria, ma solo specificarlo ed integrarlo in relazione agli aspetti e ai*

Ma sempre tenendo presente il principio cardine dell'istituto concordatario: la migliore *recovery* del ceto creditorio.

La norma trova forse il suo limite proprio nell'essenza stessa del concetto di "azienda": ogni azienda può essere "perimetrata" diversamente, includendovi ovvero escludendovi elementi, e ciò potrebbe agevolare taluni soggetti a sfavore di altri: d'altronde non sarebbe possibile definire un "perimetro obbligatorio" quando questo si basi su scelte di natura aziendalistica che mal s'attagliano ad una codificazione giuridica. Pertanto se, da un lato, il decreto del tribunale dovrebbe prevedere che fosse assicurata la comparabilità delle offerte; dall'altro, è pur vero che nella pratica una effettiva "comparabilità" possa diventare di ardua valutazione ove le offerte concorrenti, appunto, abbiano ad oggetto "aziende", il cui perimetro aziendale oggetto di futura cessione possa essere variamente definito, non essendo in alcun modo scontato che l'offerta originaria ed il decreto vi abbiano analiticamente provveduto.¹³

*profili indicati dal legislatore, al fine di non eliminare il carattere negoziale che contraddistingue il procedimento". In dottrina si v. anche 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 www.ilcaso.it, 2015, 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. Ovviamente, la scelta più immediata e meno invasiva sarebbe quella tra offerte la cui unica differenza consista nel prezzo, restando invariati tutti gli altri elementi rispetto all'offerta principale. Qualora invece vi siano altre differenze, il tribunale potrà avvalersi anche di consulenti per l'analisi tecnica delle offerte pervenute (AZZARÀ, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: analisi dell'art. 163-bis della legge fallimentare*, in www.dirittobancario.it, 2016).*

¹³ In questi casi dunque è necessario che sia il Tribunale a definire il "perimetro aziendale già in sede di apertura del procedimento competitivo poiché un'integrazione suppletiva dell'offerta originaria non attentamente calibrata potrebbe ridurre la competitività della gara, inducendo l'offerente originario e i terzi a non parteciparvi. (...). È opportuno che tale attività venga svolta in collaborazione con il commissario, il quale potrà raccogliere ogni utile informazione presso gli estensori della domanda di concordato e presso l'offerente originario" (cfr. CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, in www.ilcaso.it, 2016).

4. La prevalenza dell'eteronomia sull'autonomia.

La norma ha posto fine ad una prassi largamente diffusa: 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* e purtroppo, anche qui “spesso”, agendo (consapevolmente o meno) in danno dei creditori. In quanto, in quelle condizioni, il debitore non aveva il necessario potere contrattuale per negoziare il miglior prezzo e le migliori condizioni, ma spesso doveva soggiacere ad un unico “cavaliere bianco”. In alcuni casi 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), e ciò sicuramente non assicurava la miglior soddisfazione al ceto creditorio, costretto a subire e ad accettare soddisfazioni talvolta “ridicole”, pena il rischio di “perdere tutto”. La cessione nella quasi totalità dei casi era preceduta dall'affitto, utile veicolo per non disperdere il valore aziendale - spesso immateriale - e consentire di “traghetare” l'azienda nel periglioso mare della procedura concordataria, fino all'approdo dell'omologa. Così 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 (*like it or lump it*).¹⁴

L'introduzione dell'obbligatorietà della procedura competitiva per la vendita dell'azienda nell'ambito della procedura concordataria ha così positivizzato una prassi giurisprudenziale¹⁵ in

¹⁴ Siffatto fenomeno veniva da molti criticato, in quanto potenzialmente lesivo della concorrenza, atteso che consentiva al cedente di effettuare le alienazioni degli assets più appetibili, se non dell'intera azienda, spesso a prezzi inferiori a quelli di mercato e a soggetti talora compiacenti o allo stesso legati; talvolta veri e propri “interposti” del debitore che, di fatto, con tale operazione continuava a controllare e gestire l'azienda

¹⁵ Tra i precedenti più noti cfr. Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *www.ilcaso.it* e Trib. Bologna, 4 giugno 2013, in *www.nuovodirittofallimentare.it*; in dottrina cfr. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 41. Ma si veda anche Trib. Milano, 12 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 23 luglio 2010, *ivi*; Trib. Milano, 27 ottobre 2011, in *www.ilfallimento.it*; Trib. Piacenza, 3 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, 120. Al riguardo si è tuttavia notato (cfr. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*, 06.08.2015,14) come sono assai meno noti tutti i casi, probabilmente la maggioranza, per i quali il sondaggio del mercato, attraverso la procedura

nome dei principi della competitività e della concorrenza, onde creare un mercato degli *assets* stressati.¹⁶

Il suo presupposto di applicazione è incentrato sull'esistenza nel piano di concordato dell'offerta di un terzo di acquistare o assumere in affitto un bene o un'azienda verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso ovvero sulla esistenza di un contratto “*che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni*”, cui è parificato l'affitto di azienda o di un ramo di essa. Nonostante la norma in esame sia di recente introduzione, la giurisprudenza formatasi in materia ritiene che la disciplina delle offerte competitive dettata dall'art. 163 *bis* l.f. debba operare in *tutte* le ipotesi in cui la procedura concordataria venga attivata già individuando un soggetto terzo cessionario, in qualsiasi forma tale individuazione venga effettuata, e senz'altro allorché il terzo venga individuato attraverso la stipulazione, prima ed in funzione della domanda concordataria, di un contratto di affitto di azienda o di ramo di essa.¹⁷

In particolare, la procedura competitiva dovrà essere applicata anche: a schemi inquadrabili nei c.d. “conferimenti anomali”,

competitiva disposta dai tribunali, non abbia restituito alcun risultato utile per la massa dei creditori.

¹⁶ Lo scopo dichiarato della norma è indicato nella stessa *Relazione illustrativa*, in cui si legge che “*la duplice finalità di massimizzare la recovery dei creditori concordatari e di mettere a disposizione dei creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore*”, sul presupposto che “*nella prassi il piano concordatario prevede, non di rado, la cessione dell'azienda, di uno o più rami d'azienda dell'impresa in crisi oppure di beni di rilevante valore (ad esempio, immobili) a terzi già individuati*”.

¹⁷ Tra le tante, Trib. Bolzano, 17 maggio 2016, in www.ilcaso.it, ritiene che: “*La nuova disciplina dettata dall'art. 163 bis l.f. è applicabile a tutte le fattispecie in cui il debitore deposita un piano concordatario che comprenda un'offerta da parte di soggetto già individuato, avente ad oggetto il trasferimento, in suo favore, anche prima dell'omologazione dell'azienda, di un ramo di azienda o anche solo di beni specifici, contro un corrispettivo in denaro o a titolo oneroso (es. cessione di crediti, acollo TFR) ai sensi dell'art. 163 bis primo comma, primo periodo. Trova altresì applicazione ai contratti d'affitto d'azienda o di ramo d'azienda (163 bis, ultimo comma), nonché ai contratti che hanno comunque la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni, ossia ai contratti preliminari, stipulati anche prima del deposito della domanda di concordato preventivo (si pensi, in particolare, al contratto d'affitto d'azienda stipulato prima del deposito della domanda di concordato, accompagnato da offerta irrevocabile d'acquisto o da preliminare di vendita della stessa azienda affittata; oppure al contratto di locazione di immobile, accompagnato da offerta d'acquisto o da preliminare di vendita dello stesso)*”.

che rendono il piano concordatario solo apparentemente in continuità ma sostanzialmente lo contraddistinguono come liquidatorio;¹⁸ quando la proposta prevede il trasferimento di valori ad un soggetto determinato, rientrando nell'ampia nozione di trasferimento anche il conferimento d'azienda, di un suo ramo o di singoli beni, com'è evincibile anche dalla disposizione dell'art. 105, co. 8, l.f.;¹⁹ ai contratti preliminari di compravendita conclusi prima dell'apertura del concorso dei creditori, che celino “*l'intenzione di cedere i beni aziendali o di sottrarre attivo*”.²⁰

L'istituto delle offerte concorrenti è da subito parso ai più²¹ 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 percentuale minima di soddisfazione “assicurata” ai creditori chirografari (di cui all'art. 160, ultimo comma, l.f.) e all'abolizione del meccanismo del silenzio-assenso, nonché all'introduzione dell'istituto delle proposte concorrenti.²²

Tale disciplina ha così rappresentato una rivoluzione copernicana nell'ambito dell'istituto concordatario: ha scardinato il vecchio modello di concordato preventivo, in precedenza caratterizzato da una situazione rispondente per vari tratti alla definizione

¹⁸ Trib. Bologna, 6 aprile 2016, in www.iusexplorer.it. In senso conforme anche la circolare operativa n. 2/16 del Tribunale di Bergamo statuisce come “*la disciplina delle offerte concorrenti si applica a qualsiasi trasferimento di beni in ambito concordatario e quindi non soltanto nelle procedure di natura liquidatoria, ma anche nelle procedure con continuità mista e con continuità funzionale alla cessione dell'azienda*” (Trib. Bergamo, circ. op. 2/16, in www.ilfallimentarista.it ed in senso conforme Trib. Forlì, 3 febbraio 2016, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 17 maggio 2016, *ivi*).

¹⁹ Trib. Torre Annunziata, 29 luglio 2016, in www.ilcaso.it, che ha altresì sottolineato che non possa essere applicata la disciplina delle offerte concorrenti nel caso in cui la proponente abbia trasferito beni non strumentali ad una *newco* al fine di soddisfare, per mezzo di una *datio in solutum* realizzata attraverso l'attribuzione delle quote, gli interessi dei creditori.

²⁰ Trib. Bolzano, 17 maggio 2016; Trib. Livorno, 11 maggio 2016; Trib. Udine, 15 ottobre 2015, tutte in www.ilcaso.it, dovendosi pertanto escludere dall'ambito di operatività della procedura competitiva i contratti conclusi prima della pubblicazione della domanda di concordato che siano compatibili con l'ordinaria gestione e l'oggetto della società debitrice.

²¹ SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa*, *cit.*, 10.

²² Cfr. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, in www.ilcaso.it, 21.8.2015, 3.

economica di “monopolio” (con conseguente minore efficienza).²³

Il piano concordatario dal 2015 non diviene di formazione *solo negoziale* – dogma consolidatosi alla luce della previgente disciplina²⁴ - ma la sua costruzione passa attraverso una necessaria apertura al mercato, attraverso l'automaticità della procedura competitiva in presenza delle offerte concorrenti.²⁵

²³ SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa*, cit., 1-2.

²⁴ Come noto, la natura del concordato preventivo è stata dibattuta in dottrina e giurisprudenza. Vigente la disciplina del 1942, la giurisprudenza propendeva per la concezione pubblicistica o processualistica del concordato preventivo, muovendo dal principio dell'obbligatorietà del concordato nei confronti di tutti i creditori, avessero o meno preso parte al procedimento (*ex multis* Cass. S.U., 2 luglio 1965, n. 1373; Cass., 15 gennaio, 1985 n. 67; Cass., 3 ottobre 1998, n. 5327); la dottrina, invece, era divisa tra la teoria *contrattualistica* e la teoria *processualistica* (per un'esposizione delle principali tesi v. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Comm.l.fall.* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1979, 135 ss.; IORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Tr. D. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, 716 ss.). 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, 667; PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, 61 ss.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2008, 2 ss.; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, 1358 ss.; GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali ed operazioni societarie di riorganizzazione*, in *Riv. soc.*, 2008, 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.). La Suprema Corte si è in tal senso espressa, confermando “la marcata natura privatistica che la riforma operata dal D. Lgs. n. 5 del 2006 ha voluto imprimere alla procedura concordataria” (Cass., 20 gennaio 2011, n. 1345). Tuttavia v'è chi ha osservato che, nonostante l'accentuazione degli aspetti negoziali ravvisabile nelle disposizioni introdotte dal decreto correttivo, l'istituto manteneva una duplice natura, in parte pattizia e privatistica ed in parte giurisdizionale: PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Codice del fallimento*, Milano, 2009, 1679 e ss..

²⁵ Nota giustamente GALLETI, *Speciale decreto n. 83/15 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in www.ilfallimentarista.it, 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.

Così con tale novella il legislatore ha dimostrato di diffidare dell'autonomia dei privati, nell'ottica di una eteronomia sempre più stringente in materia concordataria. Con le offerte concorrenti, infatti, inevitabilmente si ha l'attenuazione dell'autonomia del debitore nella formazione negoziale del piano concordatario, la cui costruzione passa attraverso una necessaria apertura al mercato.²⁶ E la competitività viene così giustificata come strumento volto ad attuare quello che è sempre stato (e rimane anche nel nuovo CCII) il principio faro dell'intero istituto concordatario: la miglior soddisfazione dei creditori.²⁷

Non si dimentichi che il legislatore, nella stessa logica di “miglior soddisfazione” ha parimenti introdotto una norma che, ove applicata, consentirebbe ai “creditori rilevanti” (rappresentanti “(...) almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale”) di poter presentare proposte concordatarie alternative e concorrenti a quella del debitore, incidendo in tal caso non solo sulla competitività della cessione, bensì sulla “competitività” di tutti gli elementi del piano (si pensi alle azioni da avviarsi a reintegro della massa, delle azioni civili avviabili a tutela dell'azienda etc.). Tale disciplina, anche per la complessità richiesta dall'esecuzione effettiva, ha tuttavia incontrato minor favore ed applicazione rispetto a quella delle offerte concorrenti; ove applicata invero potrebbe costituire una significativa “spada di Damocle” pendente sulla testa del debitore proponente il concordato, costringendolo (nelle intenzioni del Legislatore) a proporre “il meglio” ai creditori, e non giocando quindi su opacità e svilimenti dell'attivo.

Ben possiamo affermare quindi che la competitività delle vendite è un principio che ormai informa l'intera disciplina fallimentare: si vedano, tra gli altri, gli art. 105 e ss. (in tema di fal-

²⁶ Sul punto, si veda GALLETTI, *Speciale decreto n. 83/15 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in www.ilfallimentarista.it, 1-2; da un sistema in cui il debitore ceduto era arbitro quasi assoluto della vicenda concordataria, mediante gli istituti competitivi (quelli delle offerte e delle proposte concorrenti) si passa a un sistema diverso che esprime un approccio fortemente burocratizzato del legislatore.

²⁷ Al riguardo si consenta di rinviare a GREGGIO-VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163-bis l.f.*, in www.fallimentarista.it, 2015.

limento) e gli artt. 163-*bis* e 182 l.f. (in tema di concordato preventivo).²⁸ Esiste un diritto del creditore di società in concordato a che la procedura di cui all'art. 163-*bis* l.f. esprima il miglior prezzo possibile (e depone in tal senso il quarto comma del medesimo articolo, nell'imporre la revisione della proposta e del piano concordatari all'esito della gara), in modo da assicurare ai creditori che l'intero prezzo dell'aggiudicazione sia distribuito in loro favore.²⁹ Alla luce di ciò, i criteri stabiliti dal Tribunale per la comparazione e la conseguente valutazione delle offerte non devono essere restrittivi per la concorrenza.

Di fatto in tal modo **l'eteronomia pubblicistica ha superato l'autonomia privatistica** e lo strumento principe per la composizione delle crisi (ed il rilancio dell'economia) è divenuto sempre più di natura *ibrida* e a *contenuto meno libero*, in quanto stretto nelle maglie del **controllo pubblico**.³⁰

5. La possibilità per il tribunale di incidere sull'assetto concordatario in virtù del principio di competitività.

L'imperatività della norma di cui all'art. 163-*bis* l.f. e del superiore interesse pubblicistico che tutela³¹, ha alcuni corollari.

(i) Il canone di competitività non può venire "aggirato" (o, se vogliamo, "eluso") strutturando una proposta concordataria che preveda benefici patrimoniali in favore della massa dei creditori

²⁸ D'altronde, parte della giurisprudenza da tempo considera l'art. 182 l.f. quale precetto di carattere imperativo, avente il fine di massimizzare la soddisfazione dei creditori, mediante – appunto – le vendite competitive. Peraltro, la stessa *ratio* degli artt. 163-*bis* e 182 l.f. è quella di, direttamente, favorire la concorrenza e la competitività; indirettamente garantire (come detto) la migliore *recovery* dei creditori sociali. Sul coordinamento tra le due norme cfr. Trib. Bolzano, 17 maggio 2016, cit.; in dottrina cfr. LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, in Ambrosini (opera diretta da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, 348-350; AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n.132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it, 36).

²⁹ Ciò che deve orientare l'interprete è la migliore *recovery* dei creditori sociali (art. 186-*bis* l.f.), principio immanente al concordato preventivo. Al riguardo cfr. CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, 2016, in www.ilcaso.it.

³⁰ Sul punto si vedano le 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?*, 1-2, in www.ilcaso.it.

³¹ Volto ad assicurare la trasparenza della liquidazione concordataria e l'effettiva partecipazione in condizioni di parità di tutti i potenziali interessati alla liquidazione dell'azienda, rami della stessa o specifici beni.

concorsuali *soltanto* recependo supinamente le condizioni previste nel piano e nella proposta concordataria. E tale “divieto di elusività” vale anche laddove, usando le parole della Corte veneta, “*ciò possa comportare, nel caso concreto, la non fattibilità del piano e/o un potenziale pregiudizio per il ceto creditorio*”.

(ii) Deve essere assicurata la *parità di condizioni* tra tutti i soggetti interessati a rilevare l'azienda, sia in fase di partecipazione alla gara, sia in fase di esecuzione degli obblighi e di esercizio dei diritti derivanti dall'aggiudicazione. Sul punto la giurisprudenza di merito ha chiarito che “*dovendosi aprire la procedura competitiva sulla vendita dell'azienda, l'attuale affittuario dovrà rendere dichiarazione di disponibilità a consegnare immediatamente il compendio ad un terzo che eventualmente si aggiudichi il bene in sua vece: in caso contrario, infatti, lo svolgimento oggi di una procedura competitiva su un'azienda affittata a terzi per tre anni di fatto vanificherebbe qualsiasi efficacia del meccanismo competitivo e l'impossibilità di rispettare il principio competitivo, ormai imprescindibile nelle cessioni di beni, farebbe venir meno un presupposto di ammissibilità del concordato*”.³²

(iii) Pertanto onde fare rispettare tali principi, il tribunale potrà/dovrà incidere sull'assetto concordatario. Come affermato dalla Corte lagunare: “*L'incisività della limitazione in tal modo apportata alla facoltà del debitore di disporre conformativamente del proprio patrimonio, in sede di liquidazione concorsuale dello stesso, è vieppiù evidenziata dall'ultimo periodo del comma I, che estende la regola di competitività anche ai contratti stipulati dal debitore che abbiano la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, suoi rami o specifici beni. Disposizione che, per quanto interessa in questa sede, costituisce espressione di un generale principio a mente del quale i vincoli negoziali, pur legittimamente contratti dal debitore sul proprio patrimonio secondo modalità opponibili alla massa dei creditori (...) non possono in nessun modo pregiudicare, limitandolo, il generale interesse alla liquidazione concorsuale secondo criterio di competitività.*”³³

³² Trib. Padova, 21 giugno 2016, in www.ilfallimentarista.it.

³³ Va registrata in dottrina tuttavia una diversa possibilità interpretativa, ossia che “*al fine di preservare la struttura della proposta e del piano così come articolati dal debitore, il tribunale debba limitarsi ad indicare gli elementi cui sarà*

D'altronde che il tribunale possa incidere sull'assetto concordatario predisposto dal debitore è confermato anche dal comma IV art. 163-*bis* l.f., che stabilisce l'obbligo del debitore di modificare la proposta ed il piano di concordato in conformità all'esito della gara, disposizione da cui si evince che il principio di competitività e l'esito della procedura competitiva prevalgono sulla sfera dell'autonomia negoziale riservata al debitore proponente.

La stessa Relazione illustrativa della disposizione, dopo aver evidenziato che la norma prevede che sia possibile, *“nel pieno rispetto del piano del debitore e solo quando questo preveda una cessione con corrispettivo in denaro, prevedere l'apertura a possibili offerte competitive che siano migliorative nel quantum senza alterare l'originario piano”*, precisa la portata di tale affermazione: *“Ciò, chiaramente, non significa che, in caso di offerta migliorativa, non sia necessario apportare modifiche al piano e alla proposta. A tale scopo, si è previsto che l'impresa in crisi debba modificare la propria proposta ai creditori al fine di riflettere il carattere migliorativo dell'offerta in termini di recovery e apportare al piano gli adattamenti conseguenti all'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente prevista”*.

data prevalenza nella valutazione (ad es. il mantenimento dei posti di lavoro, ovvero la ristrutturazione industriale), evitando di individuare elementi e clausole dell'offerta competitiva, restando fissate quelle indicate nel piano e nella proposta (conformi all'offerta in essi recepita), mentre sarebbero i successivi partecipanti a dover formulare delle offerte comparabili con la prima. Questa linea interpretativa recherebbe il vantaggio di evitare la modifica della proposta e del piano e lo sconfinamento del tribunale in attività che gli sono del tutto estranee (per le quali peraltro potrebbe anche non avere adeguati elementi informativi, salvo l'apporto del commissario giudiziale), mutando così il suo stesso ruolo sino ad assumere funzioni di amministrazione attiva del patrimonio del debitore” (in tal senso, puntualmente, LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, cit., 356 e ss.). Secondo l'Autore, nella necessaria correlazione tra l'offerta ed il piano, deve riconoscersi al ricorrente la potestà di concordare effetti che siano coerenti con il suo programma concordatario e di respingere quelli che sono diversi o addirittura contrari. *“La volontà del proponente costituisce quindi un elemento che partecipa alla stessa costruzione dell'offerta “principale”, la quale non può non concordare con l'assetto degli interessi della controparte. Il che comporta la necessità (ovvero, l'obbligo per il giudice) del pieno rispetto del quadro generale delineato nell'offerta e nel piano, sicché i criteri di comparazione che va a disporre con il suo decreto non potranno discostarsi. Logica vuole che il decreto del tribunale, al fine di rispettare la libertà negoziale del ricorrente debba conformarsi, in linea di massima e salvo specifiche e cogenti ragioni, all'offerta originaria richiamata nel piano, con le sole modifiche strettamente necessarie per dar luogo alla competizione”* (così LA MALFA, cit., 368-369).

Le modifiche, quindi, sono necessarie per la migliore *recovery* del ceto creditorio.

Di conseguenza, laddove la proposta concordataria fosse confermata in modo distorsivo e lesivo della concorrenza, il tribunale potrà/dovrà intervenire e ordinare, con il decreto che dispone il bando per la procedura competitiva di vendita dell'azienda, lo scioglimento *ope legis* del contratto di affitto qualora l'aggiudicatario dell'azienda fosse un diverso soggetto. Principio già affermato dalla giurisprudenza di merito che, in un caso simile a quello sottoposto all'esame della Corte lagunare, aveva avuto modo di specificare che l'affitto del ramo d'azienda (e il contratto estimatorio stipulato con affittuario) si sarebbe dovuto sciogliere di diritto al momento dell'eventuale aggiudicazione ad un soggetto diverso, non essendo opponibile alla procedura concorsuale la maggiore durata prevista dal contratto d'affitto.³⁴

Sostenere il contrario significherebbe, nella sostanza, rimettere alla discrezionalità del proponente la concreta operatività dell'art. 163-*bis* l.f., svilendo la natura inderogabile della norma in evidente danno del ceto creditorio. L'art. 163-*bis* l.f. è quindi norma imperativa che deroga, nella sua specialità, le norme sulla

³⁴ Trib. Udine, 15 ottobre 2015, cit.: “*ritenuto, per quanto riguarda l'interpretazione delle nuove disposizioni, che l'obbligatorietà del procedimento competitivo anche quando il debitore ha stipulato un contratto finalizzato alla vendita differita dei beni comporta necessariamente il potere/dovere del giudice di sciogliere il debitore dagli obblighi contrattualmente assunti, per permettergli di "modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara" (art. 163-bis, comma 5°), con la precisazione che tale scioglimento avviene solo al momento dell'aggiudicazione ad un diverso soggetto (quando il soggetto individuato dal debitore "è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte", come si legge nel comma 4°, nel quale quindi il legislatore minus dixit quam voluit, posto che quel soggetto deve essere "liberato" anche dai diritti contrattualmente acquisiti); ritenuto, pertanto, che tale potere/dovere di sciogliere il debitore dagli impegni contrattualmente assunti con il soggetto da lui individuato non può ovviamente riverberarsi anche nei confronti di soggetti terzi, imponendo loro di mantenere i patti conclusi con il soggetto individuato dal debitore anche nei confronti e in favore di un soggetto diverso che dovesse risultare aggiudicatario all'esito del procedimento competitivo; l'affitto del ramo d'azienda e il contratto estimatorio con l'attuale affittuario si scioglieranno di diritto al momento dell'eventuale aggiudicazione ad un soggetto diverso, non essendo opponibile alla procedura concorsuale - per quanto sopra ritenuto interpretando la nuova disposizione - la maggiore durata prevista dal contratto d'affitto ... (contratto che, come si è scritto sopra, prevede un'estinzione anticipata rispetto alla durata triennale, ma solo in caso di cessione del ramo d'azienda all'affittuaria) e del contratto estimatorio stipulato il ...”.*

risoluzione e il recesso previste dal Codice civile. Conseguenza ne è che laddove tali norme contrastino con quelle di cui alla disposizione in commento, esse andranno *ex officio* disapplicate. Tanto che la *best practice* prevede l'inserimento nei contratti di affitto conclusi in data anteriore al deposito del ricorso in bianco, una clausola che conceda la possibilità di modificare il contratto su richiesta degli organi della Procedura, nel migliore interesse dei creditori sociali, ovvero una clausola di recesso *ad nutum* a favore della procedura.

Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito come, a fronte di possibili profili di inammissibilità del concordato, si possano apportare modifiche a tale proposta tali da assicurare il pieno rispetto dell'istituto delle offerte concorrenti. In particolare, è possibile prevedere che, nell'ambito di un piano che contempri la vendita dell'azienda su cui insiste un contratto di affitto, il contratto di affitto in essere perduri fino alla data di aggiudicazione dell'azienda, all'esito della procedura competitiva – in tal caso obbligatoria – secondo le forme di cui all'art. 163-*bis* l.f.³⁵ Parimenti, è stato ritenuto che rientra tra i poteri del Tribunale richiedere alle parti interessate l'inserimento nei contratti di affitto di una clausola che ne preveda la risoluzione in caso di aggiudicazione dell'azienda ad un terzo soggetto diverso dall'affittuario/offerdente, stante l'inopponibilità alla Procedura della maggiore durata di tali contratti originariamente prevista nel piano.³⁶

In tale ottica, l'ultima parte del primo comma dell'art. 163-*bis* l.f. costituisce “*espressa eccezione alla regola di cui all'art. 169*

³⁵ Cfr. Trib. Rovigo, 24 novembre 2016, in www.ilcaso.it, che ha rilevato, ritenendone la piena conformità ai principi concorrenziali dell'istituto delle offerte concorrenti, che “(...) *instaurato il contraddittorio, anche alla luce delle osservazioni del Commissario e della fattiva collaborazione della ricorrente, sono state apportate sostanziali modifiche della proposta che prevede la continuazione del contratto di affitto dell'azienda esistente fino alla data di aggiudicazione dell'azienda, in esito alla procedura competitiva da svolgersi nelle forme dell'art. 163-bis l.f., in guisa da consentire la continuazione dell'azienda (e il non svilimento della stessa) e allo stesso tempo rispettare il dictum della norma (...).*” In questo modo, nella piena aderenza del disposto normativo, si consente la continuazione dell'azienda, senza deprimere l'operatività – e con essa, il valore – degli asset aziendali, in vista della migliore *recovery* creditoria.

³⁶ Cfr. Trib. Bolzano, 17 maggio 2016, cit., “*l'applicazione della predetta disciplina non è, peraltro, condizionata all'esistenza di un piano concordatario, essendo sufficiente l'apertura di una procedura concordataria a seguito di deposito di domanda di concordato “in bianco”, sempre che vi sia un'offerta d'acquisto di un bene concordatario o un contratto preliminare (...).*”

bis l.f. che stabilisce il principio della prosecuzione dei contratti pendenti nel concordato".³⁷ L'intervento del Tribunale ha un intento altresì "deflattivo", evitando eventuali contenziosi successivi all'aggiudicazione che possano rallentare il normale decorso del concordato, e, al contempo, garantisce i creditori dell'impresa in crisi, che ripongono legittimamente affidamento sul buon esito della procedura e sulla massima *recovery* possibile a loro vantaggio.

La natura *concorrenziale* della procedura competitiva fisiologicamente presuppone la possibilità di partecipare alla gara della platea di interessati più ampia possibile. Pertanto, è essenziale non solo che l'azienda sia attrattiva sul mercato, tanto da spingere più potenziali acquirenti ad instaurare un rapporto concorrenziale per aggiudicarsela, ma anche che il piano concordatario sia conformato in modo da prevedere la più ampia e libera partecipazione dei terzi. E, soprattutto, che nella conformazione del bando d'asta il Tribunale tenga conto del necessario rispetto del principio imperativo sotteso all'istituto delle offerte concorrenti, garantendo la massima partecipazione.

È infatti di tangibile evidenza che un'azienda su cui insiste un vincolo (quale un affitto) è tanto meno appetibile sul mercato quanto il vincolo sia opponibile ai terzi e prolungato nel tempo. Ne discende che un considerevole differimento nel tempo del pieno godimento dell'azienda comporta necessariamente, e senza alcuna ombra di dubbio, una sostanziale minore attrattività del compendio aziendale.³⁸

Nel caso di specie le previsioni dello specifico contratto di affitto sottoscritto dalle parti risultavano eccessivamente limitative e pregiudizievoli per gli interessi dell'eventuale terzo aggiudicatario; inoltre ne pregiudicavano *de facto* una effettiva partecipazione, lasciando all'aggiudicatario ogni conseguenza ed onere per un eventuale (e probabile) mancato rilascio dell'azienda secondo i pur dilatati termini contrattuali.

³⁷ Trib. Bergamo, circolare operativa n. 2°/16, cit..

³⁸ Lo scarso *appeal* della procedura competitiva determina inevitabilmente un modesto interesse a partecipare alla gara, da cui consegue la mancata o limitata instaurazione del rapporto di concorrenza. Pertanto, in una tale situazione non potranno prodursi gli effetti virtuosi che la dinamica concorrenziale potenzialmente è in grado di garantire, traducendosi in una probabile minore soddisfazione del ceto creditorio.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, la fattispecie esaminata e correttamente censurata nella chiara sentenza della Corte d'Appello lagunare, ove non “corretta” (mediante l'intervento giurisprudenziale) avrebbe rappresentato una perfetta esemplificazione di una di quelle distorsioni che la norma così introdotta ha voluto e vuole evitare. *Exilis nummus brevem parit missam.*