

# OFFERTE CONCORRENTI

Sviluppo legislativo ed analisi dell'art. 163-bis L. Fall.

---

Dott. Gabriele Baldoni

*L'elaborato mira a chiarire eventuali punti critici che si possono affrontare nell'ambito di applicazione della normativa di cui all'art. 163-bis L. Fall., offrendo un confronto fra le diverse sfumature della norma stessa, oltre che un risvolto pratico, in linea con le tesi seguite dal Tribunale di Modena.*

## Sommario

1. IL CONTENUTO ED I PRINCIPI DELLA DISPOSIZIONE DI CUI ALL'ART. 163-BIS L. FALL.....	4
2. LA COMPETITIVITÀ NELLA DISCIPLINA PREVIGENTE.....	7
3. DEROGHE ALL'OBBLIGATORietà DELL'ITER COMPETITIVO.....	10
4. QUANDO È POSSIBILE AVVIARE L'ITER COMPETITIVO ED IL PARTICOLARE CASO DELLA PROCEDURA URGENTE .....	12
5. IL DECRETO DEL TRIBUNALE .....	15
6. I REQUISITI DELL'OFFERTA.....	18
7. LE TEMPISTICHE DEL PROCEDIMENTO COMPETITIVO .....	21
8. GLI EFFETTI DELLA PROCEDURA COMPETITIVA SULL'OFFERTA ORIGINARIA .....	23
9. CONCLUSIONI E RISVOLTI PRATICI.....	25

## **PREMESSA**

Il presente elaborato conclude un tirocinio formativo che si è dimostrato estremamente stimolante e di fondamentale importanza per la crescita professionale intendendo il sottoscritto occuparsi della materia del diritto fallimentare.

Grazie all'estrema professionalità e competenza del Giudice Delegato, Dott.ssa Alessandra Mirabelli, ho avuto modo di approfondire diverse tematiche e casistiche della materia, potendo analizzare molteplici problematiche delle procedure concorsuali, oltre che dalla prospettiva del professionista, anche dal punto di vista dello stesso Tribunale, esperienza tanto rara quanto preziosa.

Un doveroso ringraziamento anche all'Ordine dei Commercialisti di Modena ed in particolare al precedente Presidente, Dott. Alessandro Clò, nonché all'attuale Dott. Stefano Zanardi, per l'opportunità a me concessa.

## **1. IL CONTENUTO ED I PRINCIPI DELLA DISPOSIZIONE DI CUI ALL'ART. 163-**

### **BISL. FALL.**

La cosiddetta «miniriforma» del 2015 ha introdotto nella disciplina del Concordato preventivo una serie di rilevanti modifiche.

Fra quelle di maggior impatto merita attenzione l'introduzione del disposto di cui all'art. 163-bis L. Fall. che regola il nuovo istituto delle cosiddette offerte concorrenti, caratterizzato da un particolare procedimento competitivo nell'ambito del Concordato preventivo.

La nuova disposizione in commento prevede infatti che *«quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo»*.

Oltre all'introduzione dell'art. 163-bis L. Fall. il legislatore è ulteriormente intervenuto sulla disciplina delle vendite concordatarie tramite la sostituzione del quinto comma dell'art. 182 L. Fall., il quale ora prevede che *«alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo, si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili. La cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice, salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a questa successivi»*; il previgente testo normativo riportava, più genericamente, che alle cessioni in ambito concordatario *«si applica[ssero] gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili»*.

Con specifico riferimento alla disciplina dettata dall'art. 163-bis L. Fall., sin da una prima lettura della norma, è possibile intuire come il Legislatore abbia voluto evitare nell'ambito del piano concordatario le cessioni cosiddette “preconfezionate” dal debitore, regolando una prassi molto diffusa per cui la Proponente della domanda di Concordato preventivo cedesse l'*asset* aziendale - o un ramo dello stesso o un immobile o comunque beni di interesse economico – ad un soggetto terzo, spesso avente stretti legami con il Ricorrente stesso.

Tramite le modalità di cessione antecedenti alla norma in commento, l'accordo intercorso fra debitore ed acquirente veniva quindi riportato nel piano concordatario, così che i creditori si trovassero, di fatto, a dover approvare una soluzione già predisposta dal debitore stesso, con la diretta conseguenza di non seguire l'*iter* generalmente previsto dalle disposizioni sulle vendite fallimentari – riguardante ora anche quelle concordatarie – in base al quale è prevista una procedura competitiva. Nel vecchio regime la proposta di concordato preventivo determinava, in tali casi, l'impossibilità per il Tribunale di applicare l'art. 182 L. Fall. operante le vendite da eseguirsi in sede esecutiva. Di qui la mancata applicazione dei due noti principi che da sempre connotano le vendite coattive in ambito concorsuale, ossia quella della pubblicità e della natura competitiva, principi volti ad individuare il miglior acquirente<sup>1</sup>. Il Legislatore ha quindi, da un lato, tentato di eliminare il potenziale effetto lesivo di una vendita non competitiva e dall'altro ha voluto assicurare il miglior risultato realizzabile, dato il maggior numero di soggetti potenzialmente interessati all'acquisto del bene, raggiungibili grazie alla necessaria pubblicizzazione dell'offerta pervenuta al debitore.

Peraltro la finalità perseguita dal Legislatore, con l'introduzione della predetta norma, è stata chiaramente esplicitata nella relazione accompagnatoria al disegno di legge di conversione ove si legge che l'obiettivo è quello di “massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari e di mettere loro a disposizione una terza possibilità, oltre a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore”.

Oltre al già indicato principio di massimizzare il potenziale soddisfacimento dei creditori, la nuova previsione contenuta nell'art. 163-*bis* L. Fall. ha inoltre rimarcato altri concetti chiave che connotano la Legge fallimentare ed in particolare:

- i. l'accelerazione delle vendite per la conservazione del valore dei beni con la conseguente possibilità di valorizzare al massimo gli *assets* della Ricorrente tramite un trasferimento più immediato degli stessi;
- ii. l'obbligo di competitività, in qualsiasi fase della procedura concordataria, ed, in particolare ora, anche in quella “ante ammissione” *ex* art. 163 L. Fall.;

---

<sup>1</sup> V. TRIB. BOLZANO DECRETO DEL 17 MAGGIO 2016.

iii. L'obbligo di pubblicità quale prerogativa di ogni procedura competitiva.

I concetti cardine che guidano la norma vengono anche ripercorsi da alcuni provvedimenti di merito.

In particolare il Tribunale di Ravenna<sup>2</sup> sottolinea come l'art. 163-*bis* L. Fall. valorizzi indefettibilmente la competitività delle procedure ed il *test market* assicurato dalla pubblicità quale metodo necessario a verificare che la soluzione concordataria sia rivolta in concreto (e non soltanto in astratto) a vantaggio dei creditori e non piuttosto ad assecondare le logiche dell'imprenditore in crisi, aprendo la strada a soggetti intenzionati a "lucrare" su tale situazione di dissesto; il criterio è stato anche verificato da un recente studio in cui si è significativamente affermato che la nuova riforma 2015 determina "la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse".

Ancora, secondo il Tribunale di Roma<sup>3</sup>, l'introduzione del disposto in commento ha determinato la creazione di un vero e proprio principio, di portata generale, secondo cui gli atti dismissivi del patrimonio aziendale nell'ambito del Concordato preventivo debbano necessariamente essere effettuati mediante il preventivo espletamento di procedure competitive.

Tutto ciò all'unico scopo di garantire la miglior soddisfazione dei creditori evitando che, con le cosiddette offerte chiuse, si offrisse l'occasione per condotte fraudolente o cessioni a prezzi di gran lunga inferiori a quelli di mercato.

Si segnala infine che, prima dell'entrata in vigore delle norme oggetto di analisi, si erano ravvisate solo poche prassi virtuose che, pur in assenza di una esplicita disposizione di legge, avevano tentato di individuare il carattere giudiziale delle vendite competitive anche in ambito Concordatario. In particolare nel proseguo del presente elaborato si ripercorrerà un noto decreto del Tribunale di Milano pronunciato nell'ambito Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor.

---

<sup>2</sup> V. TRIB. RAVENNA DECRETO DEL 27 NOVEMBRE 2015.

<sup>3</sup> V. TRIB. ROMA DECRETO DEL 3 AGOSTO 2017.

## **2. LA COMPETITIVITÀ NELLA DISCIPLINA PREVIGENTE.**

Prima dell'introduzione dell'art. 163-bis L. Fall., nonché della rilevante modifica apportata al quinto comma dell'art. 182 L. Fall., in alcuni casi i Tribunali avevano rinvenuto l'esigenza di scongiurare il rischio di vendite ad un prezzo sensibilmente inferiore rispetto al reale valore degli *assets*, disponendo proprio un procedimento competitivo, anche nell'ambito di quei Concordati preventivi in cui il Ricorrente aveva già rinvenuto un soggetto interessato al trasferimento dell'azienda – ovvero di qualsiasi *assets* per il quale il mercato avrebbe potuto mostrare interesse – prima dell'omologa.

Come anticipato nell'introduzione, risulta di interesse analizzare il decreto del Tribunale di Milano del 28 ottobre 2011 assunto nell'ambito del Concordato preventivo Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor, atteso che il provvedimento è stato assunto in epoca antecedente rispetto agli interventi del Legislatore messi in atto nel 2015.

Il Tribunale, in quell'occasione, ha contestato la proposta della Ricorrente di poter procedere essa stessa alla liquidazione dei beni oggetto di cessione, proposta fondata su una interpretazione dell'art. 182 L. Fall., il quale, tuttora, al primo comma, prevede che *«se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori»*.

Il Tribunale di Milano ha ritenuto che tale previsione non necessariamente dovesse alludere alla possibilità che il debitore, proponente un Concordato consistente nella cessione di beni, eserciti *jure proprio* il potere di effettuare la liquidazione, privando al contempo il Tribunale del potere di nomina di un liquidatore, rilevando inoltre che nonostante fosse rimasto immutato il contenuto di cui al primo comma dell'art. 182 L. Fall. il legislatore aveva introdotto altri commi, *«ridisegnando una complessiva disciplina della liquidazione dei beni oggetto di cessione ai creditori che ha carattere marcatamente giudiziale/pubblicistico e natura apparentemente imperativa, e quindi non derogabile»* e sottolineando che *«il liquidatore ha assunto una veste sostanzialmente sovrapponibile per requisiti soggettivi (art. 28 L. Fall.) e per responsabilità (art. 38 L. Fall.) a quella del curatore, nel contesto di uno statuto delle modalità liquidatorie che ricalca pedissequamente le regole competitive previste per il fallimento agli artt. da 105 a 108-ter l.fall. (in quanto, ovviamente, compatibili con la particolare struttura del procedimento concordatario)»*. Il Tribunale meneghino ha inoltre sostenuto che l'intervento normativo ha condotto ad una *«fallimentarizzazione del*

*procedimento concordatario di liquidazione dei beni» sottolineando «la marcata pubblicizzazione che si è voluto conferire a tale procedimento». Nella pronuncia si conclude poi riportando che «nei casi in cui la proposta concordataria per cessione dei beni implichi un'attività liquidatoria, spetti sempre al Tribunale, alla stregua del carattere imperativo delle prescrizioni contenute nell'art. 182 L. Fall., il potere di stabilire le modalità della liquidazione (da porre in essere secondo criteri competitivi e preferenzialmente secondo i criteri e i moduli operativi previsti per il fallimento) e il potere di nominare uno o più liquidatori. La natura giudiziale di questi ultimi a sua volta esclude in re ipsa che il debitore proponente possa decidere a suo libito le modalità con cui deve essere effettuata la liquidazione, essendo logicamente inconcepibile che un liquidatore giudiziale possa sottostare alle decisioni di un (debitore) privato».*

Seppur diverse pronunce di merito, già precedentemente alle modifiche apportate dalla cosiddetta «miniriforma» del 2015, avevano tentato di attribuire un connotato giudiziale-pubblicistico all'*iter* competitivo avviato nell'ambito del Concordato preventivo, disponendo tentativi di “stimolare” il mercato al fine di ricercare una offerta più elevata rispetto quella proposta dalla Ricorrente, spesso, nella pratica, non si è giunti ad un risultato concreto, forse proprio a causa della mancanza di precise disposizioni di legge<sup>4</sup>.

Sempre sul tema della corretta individuazione della connotazione delle vendite concordatarie, risulta di interesse segnalare una pronuncia del Tribunale di Bolzano del 10 marzo 2015 che, seppur assunta nell'ambito di un Concordato preventivo in continuità aziendale indiretta, sembra discostarsi dall'indirizzo giurisprudenziale che tendeva sempre più all'obbligatorietà dell'*iter* competitivo. In particolare il Tribunale di Bolzano, in un caso in cui risultava necessario procedere alla cessione degli *assets* non funzionali alla prosecuzione dell'attività di impresa, ha allontanato, per certi versi, l'obbligatorietà di un *iter* competitivo con i connotati giudiziali-pubblicistici, lasciando, invece, maggior iniziativa al soggetto Ricorrente. In quell'occasione infatti il Tribunale di Bolzano ha ritenuto «non necessario il ricorso a forme di vendita competitiva, ritenendo ammissibile che l'imprenditore proceda a trattativa privata sempre che giustifichi in modo compiuto nel piano la congruità del prezzo del bene destinato alla cessione», giustificando tale orientamento in considerazione del fatto che «nel momento in

---

<sup>4</sup>Così A. DIDONE in “Proposte e offerte concorrenti?”, [www.centrostudiconcorsuali.it](http://www.centrostudiconcorsuali.it)



*cui il piano ha le connotazioni della continuità aziendale, sia diretta (in capo all'imprenditore in concordato) che indiretta (in capo al cessionario, oppure alla nuova compagine societaria cui è stata conferita l'azienda), si applicherà, si ribadisce, la disciplina specifica per tale tipo di concordato; disciplina in cui si esprime chiaramente la volontà del legislatore di consentire all'imprenditore di agire in autonomia, senza "l'affiancamento" di un organo deputato a gestire la liquidazione dei suddetti beni. Si pensi alle difficoltà che l'amministratore dell'impresa andrebbe incontro nel caso di un inserimento in un'azienda attiva, in esercizio, di un liquidatore, deputato a vendere beni non funzionali (è evidente che la vendita da parte di chi conosce la propria azienda sarebbe anche molto più utile, efficace ed incisiva) o a recuperare crediti o a vendere un ramo d'azienda senza conoscere lo specifico settore».*

In generale, ad avviso di chi scrive, per quanto riguarda il periodo precedente le disposizioni introdotte nel 2015, mancando una specifica previsione normativa che delineasse le cessioni nella fase pre-omologazione, non si poteva discutere sul fatto che la procedura competitiva non fosse obbligatoria, mentre il tentativo di reperire sul mercato un soggetto interessato ad offrire una somma più elevata rispetto a quella dell'offerta cosiddetta "preconfezionata", partiva proprio da una richiesta del Tribunale allo stesso debitore attraverso il compimento di un'attività di pubblicizzazione delle vendite, contenente la descrizione dei beni da alienare, o tramite inviti a manifestare interesse, oltre alla fissazione di un termine per procedere. Solamente all'esito di questa indagine si sceglieva la migliore offerta e si autorizzava il debitore all'alienazione del bene, a norma degli artt. 167 o 161 L. Fall..

### **3. DEROGHE ALL'OBBLIGATORIETÀ DELL'ITER COMPETITIVO.**

La disciplina delle offerte concorrenti costituisce senza dubbio un forte segnale dell'intento del Legislatore di allontanare sempre più le procedure competitive concordatarie dalla connotazione prevalentemente pattizia che si era sempre più delineata a seguito della riforma del 2005, essendo, in passato, le stesse caratterizzate dalla "ambivalenza tra intervento pubblico e autonomia privatistica". Con le modifiche alla normativa intercorse negli anni si è dato un tono sempre più pubblicistico alle procedure competitive, in quanto la disciplina concordataria, per un verso, consente al debitore di modulare liberamente il piano e la proposta concordataria in base ad accordi presi con terzi, per l'altro verso, subordina l'efficacia degli accordi stessi all'esito della procedura competitiva che deve essere obbligatoriamente avviata da parte del tribunale<sup>5</sup>.

Peraltro la difficoltà incontrata dal Legislatore di realizzare un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco è ravvisabile dalla contrastata genesi della norma, chiaramente emergente dalle profonde modificazioni introdotte in sede di conversione al testo originario della stessa. Tra queste merita di essere segnalata quella che ha determinato l'abbandono della regola dell'eventualità della procedura competitiva (rimessa, nel testo originario, all'iniziativa del Commissario Giudiziale e subordinata alla valutazione da parte del tribunale dei presupposti in grado di farla ritenere opportuna) in favore della rigida prescrizione dell'obbligatorietà della stessa<sup>6</sup>.

Seppur le finalità a cui il Legislatore ha mirato, introducendo il disposto di cui all'art. 163-*bis* L. Fall., risultino del tutto condivisibili, soprattutto in riferimento al tentativo di massimizzare la *recovery* dei creditori, in dottrina ci si è domandati se il laborioso *iter* competitivo previsto dalla norma in commento non conduca ad un incremento dei potenziali conflitti interpretativi con conseguente possibile pregiudizio dell'esigenza di rapidità dell'alienazione.

Sul tema si segnala una pronuncia assunta dal Tribunale di Bergamo<sup>7</sup> in cui a causa della necessità di proseguire, senza interruzione, l'attività di impresa, allo scopo di evitare di compromettere il

---

<sup>5</sup> Così A. AZZARÀ in "Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: analisi dell'art. 163-bis della legge fallimentare", [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)

<sup>6</sup> Così V. SALVATO in "Codice commentato del Fallimento" diretto da Giovanni Lo Cascio, IV Edizione, 2017.

<sup>7</sup> v. Tribunale di Bergamo decreto del 23 dicembre 2015.

valore della stessa e non essendo la ricorrente più in grado di provvedere alle manutenzioni ed al pagamento dei fornitori indispensabili per non dover fermare il complesso produttivo, si è autorizzato l'immediato affitto d'azienda ad un soggetto terzo, rimandando poi l'espletamento dell'iter competitivo ad un momento successivo a causa dell'impossibilità di attendere le tempistiche necessariamente connesse all'organizzazione di un procedimento competitivo *ex art. 163-bis L. Fall.*

Altra pronuncia di interesse che si discosta dalla naturale rigidità dell'iter competitivo dettata dal disposto di cui all'art. 163-*bis* L. Fall. è quella assunta dal Tribunale di Roma<sup>8</sup> in cui si è ritenuto che *«il generale principio delle cessioni competitive può, in specifiche e peculiari ipotesi, essere evitato, qualora vi sia la precipua esigenza di evitare che il ritardo derivante dall'espletamento della procedura competitiva porti a risultati contrari all'interesse dei creditori».*

Il generale principio dunque, in particolari ipotesi di urgenza, ossia quando il ritardo derivante dall'espletamento della procedura competitiva possa non portare al miglior interesse dei creditori, può essere derogato. Non vi è dubbio dunque che in casi di assoluta urgenza, sia possibile derogare in parte alle formalità previste dall'art. 163-*bis* L. Fall., in particolare nel caso in cui la procedura comporterebbe una dilatazione dei tempi della cessione, e quindi un differimento dell'incasso del prezzo, con conseguente potenziale pregiudizio alle ragioni dei creditori, corrispondente al possibile minor valore dell'*asset* posto in vendita.

---

<sup>8</sup> v. Tribunale di Roma decreto del 3 agosto 2017

#### **4. QUANDO È POSSIBILE AVVIARE L'ITER COMPETITIVO ED IL PARTICOLARE CASO DELLA PROCEDURA URGENTE.**

Dalla lettura del disposto di cui all'art. 163-*bis* L. Fall. si evince che l'*iter* competitivo delle offerte concorrenti deve essere avviato:

- a) quando il piano di concordato *«comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni»*;
- b) quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni.

La formulazione della norma sembra disporre che l'obbligatorietà della procedura competitiva sussista soltanto se il proponente abbia previsto e dato atto del contenuto dell'offerta di acquisto nel piano e/o nella Domanda di Concordato preventivo con riserva *ex art.* 161, sesto comma, L. Fall.

La prima problematica consiste nel valutare la circostanza in cui la proposta di acquisto pervenga dal terzo successivamente al deposito da parte del Ricorrente della domanda. Secondo la prevalente dottrina in tal caso il Tribunale, ovvero il Giudice, dovrà ispirarsi al principio della competitività, ma avrà anche la libertà di non aprire una gara per garantire tale competitività ove il valore del bene non lo giustifichi, o l'offerta sia chiaramente la migliore reperibile per indagini di mercato già espletate e dimostrate, o incomba l'urgenza di non perdere un'occasione essendo l'offerta a termine<sup>9</sup>.

L'*iter* competitivo di cui all'art. 163-*bis* L. Fall. – in forza del disposto in esame, il quale all'ultimo comma prevede che *«la disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'art. 161, settimo comma»* – può dunque essere avviato anche prima del decreto del Tribunale di cui all'art. 163 L. Fall., potendo l'avvio di una procedura competitiva rientrare fra gli atti di straordinaria amministrazione.

---

<sup>9</sup> G. BOZZA in *“Le proposte e le offerte concorrenti”*, [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it)

In tal caso il Ricorrente dovrà presentare apposita istanza di autorizzazione *ex art. 161, settimo comma, L. Fall.*, atteso che «*dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del Commissario Giudiziale*». Solitamente quindi, il Tribunale, una volta depositata apposita istanza *ex art. 161, settimo comma, L. Fall.* per l'apertura di un procedimento competitivo *ex art. 163-bis L. Fall.*, comunicherà quest'ultima al Commissario per esprimerne il proprio parere. Il Commissario dunque, oltre ad essere chiamato a valutare la correttezza ed il rispetto dei connotati previsti dall'*art. 163-bis L. Fall.*, sarà chiamato anche a valutare l'effettiva urgenza dell'avvio dell'iter competitivo, atteso che gli atti da ricomprendere nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso e il decreto di cui all'*art. 163 L. Fall.* devono essere necessariamente urgenti.

Qualora poi il Tribunale, sentito il parere dell'Organo commissariale, ravvisi l'effettiva necessità dell'*iter* in esame, ne disporrà l'avvio del procedimento. Si segnala a titolo esemplificativo un decreto del Tribunale di Palermo<sup>10</sup> in cui, ad esempio, si è ravvisata l'urgenza dell'avvio dell'*iter* competitivo a causa della rapida obsolescenza e perdita di valore dei beni facenti parte del magazzino della ricorrente, evitando una riduzione della capacità di soddisfacimento da parte della stessa del ceto creditorio. Altro possibile caso in cui si può ravvisare l'urgenza di procedere è rappresentato dalla situazione in cui il magazzino della società sia situato in un immobile di proprietà di terzi, con conseguente necessità di versare il canone di locazione, il quale, nella maggior parte dei casi, rappresenta un'obbligazione evitabile, o quantomeno limitabile, per la procedura.

Si segnala inoltre un decreto del Tribunale di Bolzano<sup>11</sup> in cui l'urgenza è ravvisabile nella necessità di concludere la procedura competitiva entro una certa data, ossia in tempo utile per trasferire parte dei contratti di appalto stipulati dalla Ricorrente con il committente, la cui efficacia era stata sospesa, su richiesta della ricorrente, ai sensi dell'*art. 169-bis L. Fall.*, con il conseguente rischio che in caso

---

<sup>10</sup> v. Trib. di Palermo decreto del 4 maggio 2016

<sup>11</sup> v. Trib. Bolzano decreto del 10 maggio 2018 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

di mancato trasferimento dei contratti stessi la committente avrebbe potuto invocare la risoluzione degli stessi con conseguente applicazione di gravose penali.

Ad avviso di chi scrive, altra possibile situazione in cui si può ravvisare urgenza tale da poter comportare un immediato avvio dell'iter competitivo è la situazione in cui l'offerta ricevuta dalla ricorrente sia ferma ed irrevocabile solo sino ad una certa data, con la conseguenza che, nel caso in cui la procedura competitiva non si concluda con l'aggiudicazione entro tale data, l'offerta decadrebbe.

Si ritiene inoltre che la procedura competitiva possa essere avviata anche nella fase di riserva del Concordato qualora la Domanda *ex art. 161*, sesto comma, L. Fall. contempra l'offerta, ciò tenuto conto della previsione del penultimo comma della norma in esame il quale prevede che «*il debitore deve modificare la proposta ed il Piano di Concordato in conformità agli esiti della gara*»<sup>12</sup>.

Altra dinamica che può sfociare in situazioni di urgenza ad intervenire si può presentare in casi di mala gestione aziendale da parte dello stesso imprenditore, la quale comporterebbe inevitabilmente il solo deterioramento del *core business*, con la conseguente necessaria rapidità ad intervenire con una cessione a terzi dell'azienda.

---

<sup>12</sup> G. BOZZA in “*Le proposte e le offerte concorrenti?*”, [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it)

## **5. IL DECRETO DEL TRIBUNALE.**

Come già ripetuto in precedenza, la disposizione di cui all'art. 163-*bis* L. Fall. ha subito una serie di significative modifiche in sede di conversione da Decreto Legge in Legge.

In particolare nella formulazione introdotta dal Decreto Legge si attribuiva al Commissario Giudiziale il gravoso compito di dover valutare, motivando il proprio parere, la congruità dell'offerta pervenuta alla Ricorrente.

Il Commissario quindi, solo nel caso in cui avesse ritenuto, alla luce del presunto valore dell'*asset* o del possibile interesse di soggetti terzi all'acquisto dello stesso, che l'offerta prevista nel Piano potesse non corrispondere al miglior beneficio per il ceto creditorio, avrebbe potuto chiedere, con istanza motivata al Tribunale, di avviare un procedimento competitivo volto a rinvenire un'offerta migliorativa rispetto a quella contemplata nel Ricorso.

In sede di conversione poi il Legislatore ha ritenuto opportuno, da un lato eliminare la discrezionalità dell'iter previsto nel Decreto Legge, consistente nella valutazione spettante al Commissario, prevedendo però, dall'altro, un maggiore rigore nella obbligatorietà dell'avvio del procedimento competitivo, in quanto l'art. 163-*bis* L. Fall. prevede che «*il Tribunale dispon[ga] la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo*»<sup>13</sup>.

Il contenuto della norma non lascia margini di interpretazione e di discrezionalità sulla necessaria obbligatorietà dell'iter competitivo.

Ogni qualvolta, quindi, il piano preveda un trasferimento di *assets*, il Tribunale ha l'obbligo di avviare e dare corso a una procedura competitiva *ex art.* 163-*bis* L. Fall.

L'estrema rigidità della norma, in diverse situazioni, potrebbe però addirittura essere pregiudizievole degli interessi della massa dei creditori, quando ad esempio il valore dei beni che il debitore intende cedere non siano di valore congruo ed adeguato a giustificare le necessarie spese connesse all'avvio di un procedimento competitivo.

---

<sup>13</sup> v. Trib. Forlì decreto del 3 febbraio 2016

Come però già esaminato nel presente elaborato, la Giurisprudenza di merito, in particolari occasioni ha ritenuto necessario evitare l'espletamento del procedimento competitivo (si rimanda a Trib. Bergamo decreto del 23 dicembre 2015 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

Relativamente all'organo che deve emanare il decreto di avvio dell'*iter* competitivo non vi è dubbio che lo stesso sia da individuare nel Tribunale; su tale circostanza non vi è alcun dubbio nel caso in cui la procedura si trovi nella fase della riserva, in quanto non è prevista la nomina di un Giudice Delegato. Anche per le fasi successive del Concordato non vi è alcun ostacolo alla possibilità che il Tribunale disponga tale procedimento, mentre le altre attività possono essere compiute dal giudice delegato, a cui sono normalmente rimesse tutte le attività da compiersi dopo l'ammissione e sino all'omologazione<sup>14</sup>.

L'obbligatorietà della procedura competitiva non esclude che, l'adozione del decreto che ne produce l'avvio, possa richiedere una preliminare attività di valutazione, spesso da svolgere con la collaborazione del Commissario Giudiziale, in ordine ai criteri di quantificazione dell'aumento minimo ed ai parametri di comparazione delle offerte. La norma attribuisce ampi margini di discrezionalità al Tribunale in riferimento alle modalità di presentazione delle offerte e di svolgimento del procedimento competitivo, ferma l'osservanza di alcune prescrizioni. Quanto al contenuto del decreto, la norma stabilisce che il provvedimento deve:

- assicurare in ogni caso la comparabilità delle offerte;
- stabilire i requisiti di partecipazione degli offerenti, che possono “essere rilevanti per escludere, ad esempio, eventuali soggetti che siano connessi all'imprenditore proponente il concordato”<sup>15</sup> e che, pure in assenza di legami societari e di gruppo, “possono essere accomunati da interessi comuni con il debitore”<sup>16</sup>; fissare le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti – ovvero tutte

---

<sup>14</sup> v. A. LA MALFA in “*Le offerente concorrenti?*” in [www.osservatoriooci.org](http://www.osservatoriooci.org)

<sup>15</sup> v. A. AZZARÀ in “*Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: analisi dell'art. 163-bis della legge fallimentare?*”, [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it); e F. LAMANNA in “*La legge fallimentare dopo la miniriforma del d.l. 83/15*”, il civilista, Milano, 2015.

<sup>16</sup> G. BOZZA in “*Le proposte e le offerte concorrenti?*”, [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it)



quelle a cui ha avuto l'originario offerente – gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta;

- indicare la data dell'udienza per l'esame delle offerte;
- stabilire le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti;
- prescrivere le forme di pubblicità del decreto, che potranno essere le più varie e congrue rispetto alla tipologia di *assets* che vengono poste in vendita nonché il valore dei beni, salvo l'obbligo di effettuare la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490 c.p.c.;
- stabilire l'aumento minimo del corrispettivo rispetto a quello indicato dal proponente il Concordato preventivo. che le offerte devono prevedere;
- prescrivere le modalità di svolgimento della procedura competitiva.

Inoltre la norma stabilisce:

- i. quanto all'offerta presentata dal proponente con il piano di concordato, che la stessa diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata in conformità a quanto previsto dal decreto che apre la procedura competitiva ed è prestata la garanzia da questo stabilita;
- ii. quanto alle altre offerte, che le stesse debbano essere presentate in forma segreta e che non siano efficaci qualora non conformi a quanto previsto dal decreto del Tribunale.

Nonostante le numerose e rigide prescrizioni che il Legislatore ha voluto imporre al Tribunale, risultano comunque alcuni margini di discrezionalità ed in particolare per quanto riguarda i) l'individuazione di eventuali requisiti degli offerenti, ii) la determinazione delle garanzie, iii) i tempi ed le modalità di svolgimento della procedura; ciò in virtù di una scelta che sembrerebbe giustificata dall'esigenza di permettere la conformazione del procedimento rispetto alle esigenze del caso concreto.

## **6. I REQUISITI DELL'OFFERTA.**

La norma in commento dispone i requisiti che devono connotare l'offerta del terzo, necessari al fine di poter dare avvio all'*iter* competitivo della norma in esame.

In primo luogo, ad avviso di chi scrive, bisogna distinguere i caratteri che deve necessariamente avere l'offerta presentata dal soggetto terzo e che il debitore deve contemplare nel Piano, da quelli invece che devono connotare l'offerta del partecipante al procedimento competitivo. Sul contenuto dell'offerta originaria la dottrina è giunta a diverse conclusioni. In particolare, da un lato, c'è chi ritiene che l'offerta del soggetto terzo possa assumere qualsiasi forma, anche quella della mera manifestazione di interesse, purché comunque sia rilevante e in linea con l'interesse del mercato. Tale indirizzo non ritiene neanche obbligatoriamente necessaria l'irrevocabilità dell'offerta, ritenendo di rilievo solamente il fatto che l'offerta non debba essere stata accettata dal debitore.<sup>17</sup>

Secondo altro indirizzo, deve invece trattarsi di una vera e propria offerta vincolante, anche se non cauzionata e/o sostenuta da garanzie<sup>18</sup>.

Si segnala una pronuncia del Tribunale di Modena in cui si è ritenuta necessaria l'irrevocabilità dell'offerta originaria, allo scopo di evitare i costi e l'attività burocratica connessi con l'instaurazione di un procedimento competitivo in assenza di un serio impegno da parte del mercato<sup>19</sup>.

Si segnala inoltre un'altra pronuncia di merito, dalla quale si evince che non è sufficiente che il piano di concordato indichi che sia pervenuta un'offerta irrevocabile da parte di un terzo per l'acquisto, a titolo oneroso, della totalità o di parte dei cespiti aziendali, ma è necessario che il debitore proponente sia giuridicamente vincolato a procedere alla vendita nei confronti del terzo offerente nel caso in cui il piano di concordato sia approvato; in caso contrario, il concordato rientra nell'ipotesi ordinaria di concordato tramite *cessio bonorum* e seguirà, pertanto, la procedura liquidatoria ordinaria<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> G. BOZZA in “*Le proposte e le offerte concorrenti?*”, [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it) e G. U. TEDESCHI in “*Proposte concorrenti?*”, in La Nuova Legge fallimentare, Milano, 2016

<sup>18</sup> v. A. LA MALFA in “*Le offerente concorrenti?*” in [www.osservatoriooci.org](http://www.osservatoriooci.org)

<sup>19</sup> v. Trib. Modena decreto del 19 aprile 2016

<sup>20</sup> v. Trib Roma decreto del 3 maggio 2016

In dottrina si è inoltre ritenuto che non si possa dare avvio alla Procedura competitiva, qualora “vi sia il fondato sospetto che il termine di scadenza dell’offerta originaria, seppure compatibile con la pubblicizzazione dell’offerta e l’espletamento della gara competitiva, non conceda tempo a sufficienza per un’allocazione efficiente dei beni sul mercato<sup>21</sup>”.

Si segnala altresì una pronuncia del Tribunale di Ravenna<sup>22</sup> in cui l’offerta originaria conteneva un termine di efficacia che avrebbe potuto pregiudicare la procedura competitiva; il Tribunale ha disposto la modifica della proposta al fine di poter estendere le restrittive condizioni temporali originarie.

Una volta avviato il procedimento competitivo può accadere che l’offerta iniziale del terzo, pur inserita nel piano concordatario, non sia più vincolante, sia perché l’Offerente potrebbe non presentare i requisiti per la partecipazione alla gara indicati nel decreto di apertura del procedimento competitivo, sia perché tutte le offerte concorrenti, compresa quella iniziale, per essere vincolanti devono essere conformi allo schema imposto dal Tribunale, così come disposto dallo stesso art. 163-bis L. Fall. secondo cui *«l’offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l’offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto»*<sup>23</sup>.

In dottrina si è inoltre esclusa l’apertura di una procedura competitiva *ex art. 163-bis L. Fall.*, nella fase della riserva concordataria, sulla base di una proposta irrevocabile sospensivamente condizionata ad un evento futuro (quale l’ammissione della ricorrente alla procedura di concordato preventivo), in relazione al quale non è possibile conoscere l’esito in quanto, non essendo ancora depositata la proposta, non risulta possibile per il Tribunale valutare la sussistenza o meno dei presupposti *ex art. 160 L. Fall.*

Dar corso all’apertura di un procedimento competitivo dunque, in assenza del verificarsi dell’ammissione alla procedura di concordato preventivo, equivarrebbe ad esporre l’esito della gara

---

<sup>21</sup> G. CECCHINI in *“Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio”* in DFSC, 2016

<sup>22</sup> v. Trib. Ravenna decreto del 27 novembre 2015

<sup>23</sup> v. P. F. CENSONI, commento all’art. 163-bis L. Fall. in *“Trattato delle Procedure Concorsuali”*, volume IV a cura di A. Jori e B.

al rischio che l'efficacia dell'offerta irrevocabile, che ha dato avvio alla stessa, non si perfezioni mai, facendo nondimeno ricadere sui soggetti potenzialmente interessati a parteciparvi eventuali costi di *due diligence*.

La giurisprudenza ha ritenuto infine inammissibile la proposta caratterizzata dalla stipula di un contratto preliminare di cessione di un ramo d'azienda, non accompagnato dalla prestazione di alcuna garanzia da parte del promissario acquirente e altresì sottoposto alla condizione sospensiva di definitività del decreto di omologa. La pronuncia è giustificata dal fatto che l'art. 163-*bis* L. Fall. prevede che la gara «*deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione*». Pertanto, è stato giudicato «*del tutto incompatibile con il contenuto delle offerte concorrenti e con tale scansione procedurale l'apposizione di una condizione che subordini l'efficacia dell'offerta e/o del contratto "che abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni", quale è pacificamente il contratto preliminare, alla intervenuta definitività del decreto di omologa, definitività che potrebbe slittare di mesi o anche di anni in caso di proposizioni di opposizioni e conseguenti impugnazioni fino in Cassazione*»<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> v. Trib. Alessandria decreto del 22 marzo 2016 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

## **7. LE TEMPISTICHE DEL PROCEDIMENTO COMPETITIVO.**

Relativamente ai tempi di svolgimento della procedura è necessario identificare il momento in cui si intende dare avvio alla stessa. In particolare qualora la stessa venga avviata in data antecedente al decreto di ammissione *ex art. 163 L. Fall.* la Ricorrente dovrà depositare apposita istanza *ex art. 161 settimo comma, L. Fall.*

Attesa la circostanza che secondo il disposto di cui all'art. 163, secondo comma, n. 2 L. Fall., l'adunanza dei creditori deve tenersi non oltre 120 giorni dal decreto di ammissione alla Procedura, è chiaro che le tempistiche di svolgimento dell'*iter* competitivo devono essere fissate dal Tribunale in modo tale che sia osservato il termine di cui sopra.

In relazione alle tempistiche dell'*iter* competitivo si segnala una pronuncia del Tribunale di Alessandria secondo cui “la procedura competitiva deve concludersi prima dell'udienza fissata per l'adunanza dei creditori sia nel caso in cui il piano preveda che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione sia nel caso contrario”.

Il motivo per il quale la procedura competitiva deve concludersi antecedentemente all'adunanza *ex art. 177 L. Fall.* risiede nel fatto che i creditori devono votare una proposta sulla base di un risultato certo dell'*iter* competitivo, conoscendo l'effettivo ricavato che sarà agli stessi attribuito. Pertanto, anche nel caso in cui il piano preveda che la vendita debba avere luogo dopo l'omologazione, è imprescindibile che ai creditori sia offerta la certezza sul ricavato della stessa. Sempre in riferimento alla fissazione dell'adunanza il Tribunale dovrà necessariamente tenere conto anche di un altro termine, ovvero quello della scadenza del deposito della relazione del Commissario, fissato dal disposto di cui all'art. 172 L. Fall., nel termine di quarantacinque giorni antecedenti all'adunanza. Ciò per garantire che l'Organo commissariale, entro questo termine, abbia contezza dell'effettivo esito della procedura che potrebbe consentire un maggiore o minore grado di soddisfacimento del ceto creditorio.

Peraltro le difficoltà di informazione per i creditori derivano anche dalla circostanza che l'ultimo comma dell'art. 163-*bis* L. Fall. impone la modifica del Piano a seconda della conclusione dell'*iter* competitivo.

La cessione di un ramo d'azienda, nel Concordato preventivo con riserva, costituisce un atto di straordinaria amministrazione e può essere autorizzata soltanto quando se ne ravvisi l'indifferibilità, prescindendo anche dalle procedure competitive previste dal 163-*bis* L. Fall. se vi sia la ragionevole certezza ed esigenza di dover evitare che il ritardo per eseguire la cessione medesima sia contraria all'interesse dei creditori. In particolare nella decisione del Tribunale di Roma si è salvaguardato l'esigenza di un *iter* competitivo mediante il ricorso ad una procedura destinata a riscontrare in tempi brevi altri potenziali interessati all'acquisto, fra coloro che avevano manifestato interesse ad alcuni *assets* della Società<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> v. Trib. Roma decreto del 3 agosto 2017 in *Il Fallimento* 11/2017, pag. 1240

## **8. GLI EFFETTI DELLA PROCEDURA COMPETITIVA SULL'OFFERTA ORIGINARIA.**

Una delle questioni di maggiore rilievo è quella che riguarda gli effetti del decreto che apre la procedura competitiva sull'offerta presentata con la Proposta di Concordato.

Il Tribunale nel proprio decreto è in primo luogo obbligato a stabilire l'aumento minimo che l'eventuale interessato dovrà offrire rispetto all'offerta iniziale. Tale circostanza incide, senza dubbio, limitandola, sulla libertà negoziale dell'offerente che per poter partecipare all'*iter* competitivo deve necessariamente presentare un'offerta migliorativa rispetto alla sua offerta.

Il Tribunale, auspicabilmente, dovrà pertanto fissare un aumento esiguo per limitare quanto più possibile il suo potere di incidere sull'autonomia negoziale delle parti, considerato che deve ricadere sulla sfera patrimoniale di un soggetto, il debitore, che non è spossessato del proprio patrimonio, mantenendo oltre alla proprietà, l'amministrazione e la disponibilità dei suoi beni, salve le limitazioni connesse alla natura della procedura<sup>26</sup>.

Ad avviso di chi scrive la necessaria previsione di un aumento rispetto all'offerta presentata può condurre al rischio che il soggetto interessato all'*asset* della società Ricorrente per la Procedura concordataria sia spinto a presentare una offerta minore rispetto all'effettiva disponibilità di spese per l'acquisto atteso che comunque, successivamente, per poter partecipare all'obbligatoria procedura competitiva dovrà offrire una somma maggiore rispetto a quella iniziale.

Secondo la dottrina – come già trattato in precedenza – l'offerta originaria presentata dal terzo e richiamata nella Proposta conserva efficacia vincolante per l'offerente nell'ipotesi in cui, a seguito dell'avvio del procedimento competitivo, lo stesso apporti le modifiche in conformità al contenuto del decreto e sia prestata la garanzia stabilita con lo stesso.

Altro caso in cui si ritiene che l'offerta mantenga efficacia è il caso in cui, nonostante l'avvio della procedura competitiva, non sia possibile reperire un'offerta migliorativa rispetto quella presentata dall'offerente, seppur quest'ultimo non abbia ritenuto di partecipare all'*iter* attesi i requisiti previsti dal Tribunale per la partecipazione. Si ritiene, pertanto, di escludere che l'avvio della procedura

---

<sup>26</sup> v. Trib. Bolzano decreto del 17 maggio 2016

competitiva, nel caso in cui questa non consenta di reperire offerte migliorative, possa provocare la decadenza e l'inefficacia dell'offerta originaria, liberando l'offerente che l'ha formulata. A tale conclusione è possibile pervenire ragionando sulla ratio della norma che è ovviamente quella di tentare di stimolare il mercato al fine di reperire offerte di importo più rilevante con lo scopo di massimizzare la “*recovery*” dei creditori e non quella di pregiudicare i creditori concordatari rendendo inefficace un'offerta pervenuta.

L'offerta originaria cessa invece di essere vincolante solo se la procedura competitiva abbia avuto esito positivo, con il risultato dunque di addivenire al trasferimento del bene ad un prezzo superiore. Tale criterio è deducibile anche dalla lettura della norma in cui si prevede che “con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al primo comma, quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore”, rendendo infatti evidente che a seguito dell'aggiudicazione dell'asse ad un soggetto terzo l'offerta originaria cessa di essere vincolante.

Altro caso in cui l'offerta originaria non perde efficacia è quello in cui seppur vengano presentate diverse offerte nell'ambito del procedimento competitivo le stesse vengano poi valutate non valide o inefficaci, ad esempio perché non rispettose del contenuto del bando di gara ed ai parametri previsti nello stesso<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> v. Trib. Bolzano decreto del 17 maggio 2016, in *Il Fallimento* 8-9/2016, pag. 1009



## **9. CONCLUSIONI E RISVOLTI PRATICI.**

Concludendo l'elaborato, essendo intenzione dello scrivente poter dare ai lettori dello stesso uno strumento utile e pratico, si allegano una serie di decreti, suddivisi per casistiche, al fine di fornire elementi di partenza, in grado di consentire, quanto più in maniera rapida e comoda, di prendere spunto nella redazione dei diversi decreti e/o istanze che riguardano l'argomento in esame.

Si precisa che gli allegati all'elaborato sono riprodotti da siti internet e banche dati di facile accessibilità come *il caso.it* e *de jure*.

## ALLEGATI

1. Decreto del Tribunale di Alessandria del 11 luglio 2018, *cessione del ramo d'azienda*;
2. Decreto del Tribunale di Modena del 19 aprile 2016, *cessione di beni mobili*;
3. Decreto del Tribunale di Mantova del 11 agosto 2016, *cessione di partecipazione*;
4. Tribunale di Lucca del 23 agosto 2017, *bando di gara cessione immobile*;