

■■■ Art. 163 bis Offerte concorrenti ⁽¹⁾

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 a norma delle disposizioni previste dal secondo comma del presente articolo. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni.

Il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto. Con il medesimo decreto è in ogni caso disposta la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490 del codice di procedura civile ed è stabilito l'aumento minimo del corrispettivo di cui al primo comma del presente articolo che le offerte devono prevedere. 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. Le offerte, da presentarsi in forma segreta, non sono efficaci se non conformi a quanto previsto dal decreto e, in ogni caso, quando sottoposte a condizione.

Le offerte sono rese pubbliche all'udienza fissata per l'esame delle stesse, alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato. Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti. La gara può avere luogo alla stessa udienza o ad un'udienza immediatamente successiva e deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione. In ogni caso, con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al primo comma, quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato.

Il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara. La disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda.

⁽¹⁾ Questo articolo è stato inserito dall'art. 2, co. 1, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, in l. 6 agosto 2015, n. 132. A norma dell'art. 23, co. 1, dello stesso d.l. 27 giugno 2015, n. 83, le relative disposizioni si applicano ai procedimenti di concordato preventivo introdotti successivamente al 27 giugno 2015.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla lulla luce della "miniriforma" del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, 5, 10359; AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, 107; AZZARÀ, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: analisi dell'articolo 163-bis della legge fallimentare*, in www.dirittobancario.it; BELTRAMI, *Le recenti modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in www.ilcaso.it; BOGGIALI, *Studio CNN n. 163-2012/I, I limiti all'attività negoziale del debitore sottoposto a procedure concorsuali*, in *Studi e Materiali CNN 2013-1*, 171; BOGGIALI - RUOTOLO, *Quesito CNN n. 203-2015/I, Concordato preventivo e rappresentanza della società*; BOGONI, *Le offerte concorrenti*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, 281; BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in www.fallimentiesocietà.it; BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in www.fallimentiesocietà.it; CENSONI, *Le offerte concorrenti*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, *Concordato Preventivo ecc.*, Milano, 2016, 76; FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna, 2014, 182; FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it; FAROLFI, *Concordato preventivo: le novità di Agosto*, in

www.ilfallimentarista.it; GALLETTI, *Speciale decreto n. 83/2015 - le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in *www.ilfallimentarista.it*; GREGGIO, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l.fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia?*, in *www.ilfallimentarista.it*; GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *www.ilcaso.it*; GUNNELLA, *Offerte concorrenti ex 163 bis l.fall. ed esecuzione del contratto preliminare*, in *Notariato*, 2016, 4, 350; LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, in corso di pubblicazione nel volume collettaneo *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e nuova disciplina in materia bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, Bologna, a cura di Ambrosini, 385; LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, in *www.ilfallimentarista.it*; LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini riforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il civilista*, Milano, 2015; MARINONI-NISIVOCIA-SANTORIELLO, *Decreto giustizia: le novità in materia fallimentare*, Milano, 2015; MORESCHINI, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, Milano, 2016; NONNO, *La concorrenza nel concordato preventivo: offerte competitive e cessioni*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*; PISCITELLO, *Il concordato preventivo tra modelli competitivi e ritorno al passato*, in *Corr. giur.*, 2016, 3, 301; RATTI, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento all'art. 163 bis legge fall.*, Torino, 2015, 156; ROSSI, *Le proposte "indecenti" nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 331; SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, in *www.ilcaso.it*; 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*; VAROTTI, *Riforma legge fallimentare: concordato preventivo, offerte concorrenti, contratti pendenti e atti a titolo gratuito*, in *www.altalex.it*; VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*; VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in *www.ilfallimentarista.it*.

SEZ. I

L'INQUADRAMENTO

Sommario •1. Connotazioni essenziali e *ratio* dell'istituto. •2. Natura e disciplina del trasferimento disposto all'esito dell'apertura della procedura competitiva. •3. Ambito applicativo del nuovo istituto. •4. Tipologia di concordato cui si applica la norma ed oggetto dell'offerta preconfezionata. •5. Affitto d'azienda e offerte concorrenti. •6. I rapporti di lavoro. •7. Distinzione e interazione tra proposte e offerte concorrenti. •8. Analisi dei termini di svolgimento della procedura competitiva. •9. Il decreto di apertura del procedimento competitivo. •9.1. Contenuto delle offerte da presentare. •10. Irrevocabilità delle offerte. •11. Garanzie da prestare. •12. Informazioni da rendere ai potenziali concorrenti. •13. Comparabilità delle offerte. •14. Requisiti di partecipazione degli offerenti. •15. Scelta della migliore offerta. •16. Recepimento dell'offerta migliore da parte del debitore. •16.1. Mancato adeguamento del debitore. •17. Conseguenze del superamento dell'offerta originaria. •18. Conseguenze del superamento del contratto preliminare.

■ ■ 1. Connotazioni essenziali e *ratio* dell'istituto.

L'art. 163-bis, introdotto dall'art. 2, d.l. 27 giugno 2015, n. 83 (convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2015, n. 132), disciplina: a. in prima battuta, qualora la proposta di concordato individui, in via mediata o immediata, un aspirante acquirente dell'azienda, di un ramo di essa o anche di specifici beni, una procedura competitiva, volta a propiziare il raggiungimento della migliore offerta possibile, indirettamente controllando la serietà di quella posta a base della proposta concordataria; b. in secondo luogo, la necessaria integrazione del contenuto della proposta, qualora la procedura approdi ad un'offerta diversa e migliore di quella originaria. La medesima disciplina si applica, nei limiti della compatibilità, anche agli atti urgenti di straordinaria amministrazione da autorizzare ai sensi dell'art. 161, co. 7, in costanza di concordato con riserva, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda. Pertanto, il piano di concordato deve basarsi, in tutto o in parte, su una siffatta tipologia di offerta. All'esito dell'integrazione dei relativi presupposti, la norma regola minutamente la procedura competitiva, prevedendo adeguate forme di pubblicità del decreto che la dispone, da adattare al caso concreto, e - in ogni caso - la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c.

In sintesi, la regolamentazione delle offerte competitive si estende, oltre che all'acquisto ad efficacia obbligatoria (vedi il riferimento alla stipulazione tra il debitore e un terzo di un contratto che abbia la finalità del trasferimento non immediato in favore del secondo) dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, non necessariamente di rilevante valore, comunque a titolo oneroso, anche se non necessariamente mediante la previsione di un corrispettivo in denaro, anche alle mere proposte di acquisto non ancora accettate, ma prese in considerazione dal debitore (solo così si spiega il riferimento alla revocabilità delle offerte sino alla modifica conforme alle previsioni del decreto di apertura della procedura competitiva e alla prestazione delle relative garanzie, cui fa riferimento il comma 2), nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda e all'autorizzazione degli atti urgenti di straordinaria amministrazione nel concordato con riserva, in quanto la relativa disciplina sia compatibile. Pertanto, nel lato concetto di offerta regolata dal comma 1 rientrano sia i contratti traslativi della proprietà sia gli atti costitutivi di diritti personali di godimento, aventi ad oggetto l'intera azienda, uno o più rami di azienda o specifici beni (per i soli contratti traslativi); nei contratti dimissivi ricadono i contratti non immediatamente traslativi, ossia ad efficacia obbligatoria, e segnatamente i contratti che sanciscono l'obbligo della futura stipulazione dei contratti immediatamente traslativi a titolo oneroso; ed infine vi rientrano gli atti urgenti di straordinaria amministrazione nel concordato in bianco, sempre che essi abbiano ad oggetto

nella fase del pre-concordato la dismissione o l'affitto o la futura cessione di azienda, rami d'azienda o singoli beni, quali figure tipizzate che sono in grado di offrire un beneficio legato alla competizione (RATTI, *sub art. 163 bis legge fall.*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, 156).

Lo scopo della previsione è quello di aumentare, nell'interesse del ceto creditorio, la contendibilità dei beni dell'impresa in concordato, tanto nelle procedure a struttura liquidatoria, quanto in quelle miste o in continuità che prevedano la liquidazione di singoli beni o di aziende. E ciò per rimediare a quanto accadeva in fatto prima della riforma. Nella prassi, l'accordo relativo al trasferimento dell'intera azienda, o di *assets* particolarmente appetibili, era concluso con un soggetto vicino all'imprenditore in crisi ed a prezzi inferiori a quelli di mercato, così obbligando i creditori ad accettarne i termini (trasfusi poi nella proposta di concordato), al fine di evitare la soluzione fallimentare. La previsione di una procedura competitiva, introdotta dalla novella, pone rimedio a questo specifico rischio. Segnatamente, attraverso questa nuova norma, è perseguito l'obiettivo di "impedire la presentazione di offerte intangibili e preconfezionate dal debitore senza tenere in adeguato conto l'interesse del ceto creditorio alla massimizzazione dei risultati della liquidazione e, anzi, in qualche caso con intenti fraudatori" (VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*). In una dimensione più ampia, la novella del 2015, da un lato, mira ad evitare l'approvazione e l'omologazione di concordati privi di contenuto apprezzabile per i creditori e, dall'altro, ad incrementare la trasparenza delle proposte e delle operazioni di cessione degli *assets* dell'impresa in crisi. Così: a. sono ripristinate regole volte ad impedire che l'autonomia concessa al debitore nella predisposizione della proposta consenta, anche a causa del disinteresse dei creditori, l'omologazione di concordati caratterizzati dal pagamento di percentuali irrisorie, b. sono introdotti modelli competitivi all'interno della procedura, quali le proposte e le offerte concorrenti, c. sono avviati a soluzione alcuni dubbi interpretativi sollevati dalle norme previgenti. In proposito, l'esperienza degli anni precedenti alla riforma ha mostrato come la previsione delle modalità di trasferimento a terzi degli *assets* aziendali rappresentasse spesso uno dei profili di maggiore opacità delle procedure di concordato, sicché tale disciplina costituisce una reazione nei confronti di piani c.d. *prepackaged*, che prevedono la cessione dell'azienda o di uno o più beni di rilevante valore a terzi già individuati. Ed inverso, nella maggior parte dei casi, le proposte rispondevano ad uno schema imperniato sulla predisposizione di un affitto di azienda ad una società, spesso costituita *ad hoc* (c.d. *newco*), in cui era inserita una promessa irrevocabile di acquisto della stessa, condizionata all'omologazione. Siffatta articolazione del piano impediva che, per tali trasferimenti, si potesse fare ricorso a procedure competitive, escludendo *a priori* che i creditori concordatari potessero beneficiare dell'eventuale maggior somma offerta da altri interessati all'acquisizione dei complessi aziendali (PISCITELLO, *Il concordato preventivo tra modelli competitivi e ritorno al passato*, in *Corr. giur.*, 2016, 3, 301).

A questa finalità si richiamano anche i primi arresti di merito che si sono pronunciati sulla *ratio* del nuovo istituto, arresti secondo cui il nuovo art. 163-bis in tema di offerte concorrenti, in combinato disposto con il pure innovativo art. 182, co. 5, valorizza 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 quando non di soggetti intenzionati a "lucrare" su tale situazione di dissesto, determinando la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse e connotando in termini di legalità o meno le vendite e le cessioni in ambito concordatario. In attuazione di questa prerogativa, la procedura competitiva *ex art. 163-bis* è stata estesa alla vendita di un immobile appartenente ad una società quasi interamente controllata dalla proponente del concordato preventivo ed i cui proventi erano destinati al soddisfacimento dei creditori concordatari (Trib. Ravenna, decr. 27 aprile 2015, in *Dir. fall.*, 2016, 3-4, 1003, con nota di RUGOLO). Inoltre, sempre nella prospettiva di favorire la competizione, si è ritenuto che non implichi una condotta frodatrice la stipula di un contratto in difetto della autorizzazione ai sensi dell'art. 161, co. 7, l.fall., nel caso in cui la proposta contrattuale sia stata informalmente depositata prima del deposito della domanda di concordato e se alcuni giorni dopo tale domanda sia stata richiesta espressamente l'autorizzazione alla stipulazione del contratto, ove si rilevi che il mantenimento del contratto non abbia portato alcun danno, ma verosimilmente un vantaggio alla massa dei creditori, consentendo un'offerta di acquisto del ramo d'azienda sulla base della quale verrà disposta una gara competitiva, ai sensi dell'art. 163-bis; e ciò perché l'utilizzo dell'espressione "o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori" – di cui al comma 3 dell'art. 173 l.fall. – avvalorava l'idea che il compimento di un atto non autorizzato di per sé non integri la fattispecie in assenza della finalità decettiva e di un concreto pregiudizio per i creditori (Trib. Rovigo, decr. 5 gennaio 2018, in *Ilcaso.it*).

L'introduzione della procedura competitiva ha mutato in radice la connotazione iniziale dell'istituto del concordato preventivo, fondata sul principio di autonomia negoziale, secondo il quale il debitore avrebbe potuto presentare un piano di concordato con offerte già determinate oggettivamente e soggettivamente, ossia preconfezionate (in base al modello del concordato c.d. "chiuso"). Il passaggio ad un sistema di drastica riduzione dell'autonomia del debitore, in favore della gestione etero-diretta del suo patrimonio, è stato ancora di più esaltato per effetto delle modifiche apportate al decreto legge dalla legge di conversione (VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in *www.ilfallimentarista.it*). Inizialmente, la procedura competitiva era solo facoltativa, essendo contemplato un sistema di natura bifasica: in una prima fase (necessaria) il commissario giudiziale era tenuto ad una valutazione sulla congruità dell'offerta e solo in una seconda fase (eventuale) il tribunale, anche d'ufficio, avrebbe potuto ordinare l'apertura della procedura competitiva, adottando i provvedimenti opportuni e disponendo la

gara tra gli offerenti. Il testo finale, invece, stabilisce, sempre e a monte, l'obbligatorietà della procedura competitiva mentre è stata eliminata la valutazione preventiva del commissario. Non sono chiare le ragioni di tale scelta, ma certamente l'introduzione della necessaria procedura competitiva, senza un previo sondaggio del mercato, rischia di ritardare le attività del concordato (LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, in corso di pubblicazione nel volume collettaneo *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e nuova disciplina in materia bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, Bologna, a cura di Ambrosini, 385).

■ ■ 2. Natura e disciplina del trasferimento disposto all'esito dell'apertura della procedura competitiva.

La previsione della necessità di esperire una procedura competitiva ha, secondo l'opinione prevalente, sciolto ogni dubbio in ordine alla natura di vendita coattiva del trasferimento, eventualmente antecedente all'omologazione, che consegue all'attuazione di detta procedura. Per definire la vendita come coattiva è utile rammentare che la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. civ., Sez. I, 23 settembre 2003, n. 14103; Cass. civ., Sez. I, 26 novembre 1993, n. 11729) ha statuito che "il carattere giudiziale e coattivo non dipende dalle modalità adottate per la liquidazione dell'attivo fallimentare, ma dall'essere l'atto inserito nel procedimento concorsuale, quale momento necessario per il conseguimento delle finalità espropriative". Siffatto inquadramento incide profondamente sulla disciplina formale e sostanziale della vendita, con riferimento - ad esempio - alla necessità delle menzioni urbanistiche e fiscali, delle allegazioni imposte per legge, del regime delle garanzie. Secondo una certa ricostruzione, la normativa sulla conformità catastale sarebbe applicabile alla sola vendita effettuata prima dell'omologazione del concordato preventivo (BOGGIALI - RUOTOLO, Quesito di Impresa n. 203-2015/I dell'Ufficio Studi del CNN, *Concordato preventivo e rappresentanza della società*); in questa evenienza si tratterà di una vendita fatta non necessariamente "contro" la volontà del debitore, ma indipendentemente dalla sua volontà, sussistendo comunque gli altri requisiti tradizionalmente previsti per le vendite competitive (controllo dell'autorità giudiziaria, esecuzione nell'interesse dei creditori, distribuzione del ricavato sotto la sorveglianza dell'autorità giudiziaria). Sarà così possibile effettuare la vendita anche in pendenza di una procedura espropriativa in corso, che deve ritenersi interrotta per effetto dell'apertura del procedimento concorsuale.

Ne consegue che troveranno applicazione, nei limiti della compatibilità, gli artt. 105 e ss., nonostante l'art. 163-bis non richiami tali disposizioni (VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*). Nondimeno, esse appaiono ugualmente applicabili, nella misura in cui il procedimento competitivo è sostanzialmente equiparabile a una vendita forzata, atteso che essa avviene da parte dell'autorità giudiziaria (o, comunque, sotto il suo controllo) e indipendentemente dalla volontà del debitore, trattandosi di meccanismo posto a presidio dell'interesse dei creditori. Nel medesimo senso, del resto, parrebbe deporre il comma 5 dell'art. 182, il quale stabilisce, in via generale, che alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato (o, comunque, esecutivi dello stesso) si applicano gli artt. da 105 a 108-ter, in quanto compatibili. Secondo una lettura volta a conciliare il dettato delle due norme, l'art. 163-bis stabilisce le regole del procedimento, mentre l'art. 182, co. 5, disciplina gli effetti dell'atto, nel senso di chiarirne la coattività e di prevederne l'effetto purgativo (GUNNELLA, *Offerte concorrenti ex 163 bis l.fall. ed esecuzione del contratto preliminare*, in *Notariato*, 2016, 4, 352).

Ciò importa: a. che le cancellazioni e delle iscrizioni relative ad eventuali diritti di prelazione, delle trascrizioni dei pignoramenti, dei sequestri conservativi e di qualsiasi altro vincolo sono disposte su ordine del giudice, salvo che il decreto di omologazione non disponga diversamente limitatamente agli atti successivi alla sua emanazione (AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, 110); b. che mediante decreto del tribunale o del giudice delegato si può ottenere la purgazione dei gravami; c. che la vendita può essere delegata ad un professionista esterno, come un notaio, ai sensi dell'art. 590-bis c.p.c.; d. che, ove l'alienazione attenga a un complesso aziendale, resta esclusa la solidarietà passiva dell'acquirente per i debiti sorti prima della cessione. Ai fini di giustificare la delega al notaio potrebbe soccorrere anche il disposto dell'art. 68, co. 2, c.p.c., che consente la delega di determinati atti, nei casi previsti dalla legge (GUNNELLA, *op. cit.*, 353).

Tuttavia, il fatto che l'art. 163-bis non richiami espressamente gli articoli sulle vendite regolate nella procedura fallimentare esclude che trovi applicazione la disciplina residua e, in particolare, le disposizioni sulla sospensione della vendita a cura del giudice delegato o del commissario/curatore e sul relativo regime impugnatorio (LA MALFA, *op. cit.*, 387).

Secondo altra opinione, invece, la disciplina sulle offerte concorrenti non implica il raggiungimento di un risultato assimilabile a quello di una vendita forzata in sede concorsuale, piuttosto introduce un meccanismo di ricerca del miglior offerente. Infatti, all'esito di tale ricerca, il piano di concordato proposto dal debitore recepisce la migliore offerta, per cui il trasferimento costituirà una mera attuazione del piano conformato (BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *www.fallimentiesocietà.it*).

■ ■ 3. Ambito applicativo del nuovo istituto.

L'intento di fondo perseguito dal decreto legge n. 83 del 2015 è stato largamente ampliato in sede di conversione. Nella Relazione accompagnatoria al decreto legge, infatti, si evidenziava preliminarmente 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 a terzi già individuati e che, poiché "generalmente non vi è la garanzia che le condizioni economiche pattuite con il terzo assicurino il miglior realizzo", specie quando la controparte del debitore non sia terza e indipendente rispetto a quest'ultimo ovvero quando il debitore non abbia previamente esperito un procedimento competitivo, "la norma statuisce 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", al fine di massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari e di mettere a loro disposizione una terza possibilità, oltre a quella se accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore (FAROLFI, *Concordato preventivo: le novità di Agosto*, in www.ilfallimentarista.it). Da ciò si deduce che nell'interpretazione data dal relatore al decreto legge il ricorso alla procedura competitiva presupponeva: a. un accordo già raggiunto del debitore con il terzo offerente, eventualmente subordinato all'approvazione del tribunale; b. avente ad oggetto la cessione dell'azienda, di uno o più rami d'azienda dell'impresa in crisi oppure di beni di rilevante valore; c. con corrispettivo in denaro. Detta situazione è in gran parte mutata nella versione definitiva dell'art. 163-bis. In realtà la fattispecie su cui era necessario intervenire era quella del concordato c.d. chiuso, in cui le modalità della liquidazione non si esauriscono nell'indicazione delle caratteristiche della vendita dei beni, ma comprendono la conclusione di accordi e, quindi, l'indicazione dell'acquirente, la predisposizione del prezzo, delle modalità di pagamento, degli strumenti da utilizzare per il trasferimento, ecc., giacché solo in presenza di una proposta concordataria basata su un accordo già concluso con il terzo offerente si poneva l'alternativa per i creditori di accettare o rifiutare in blocco la proposta, non essendovi spazio per interferire sull'attività di liquidazione da attuarsi secondo un modello già definito. Qualora, invece, l'offerta del terzo non fosse stata accettata dal debitore, non vi sarebbe stata necessità di una previsione legislativa che disponesse una procedura competitiva, perché, se il debitore non si fosse impegnato in alcun modo a vendere l'azienda o altri beni all'offerente, ma si fosse solo limitato a raccogliere, e poi ad indicare nel piano, una semplice offerta d'acquisto proveniente da un terzo, vi sarebbe stato spazio per il tribunale per un controllo sulle regole della liquidazione, tra cui sarebbe rientrata quella dell'art. 107, richiamato dall'art. 182, che esplicitamente prevede che le vendite devono effettuarsi con modalità competitive, secondo le norme procedurali dettate con carattere cogente per il fallimento (LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, in www.ilfallimentarista.it). In sostanza, non vi sarebbe stato alcun problema a porre questa offerta del terzo, non accettata, in competizione con altre possibili offerte, aprendosi la vendita al mercato. E ciò benché la contemplazione nel piano di un'offerta di acquisto proveniente da un terzo, implichi, almeno di fatto, l'accettazione di quella offerta, atteso che, mediante tale piano, il debitore propone ai creditori di soddisfare i crediti con il ricavato della vendita, in conformità all'offerta pervenuta. Tuttavia, il legislatore ha escluso questa ipotesi, giacché nel penultimo periodo del comma 2 dell'art. 163-bis stabilisce che "l'offerta di cui al comma 1 (ossia quella del terzo individuato) diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l'offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma (quello che dispone la procedura competitiva) e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto". Da questa disposizione si desume che, prima di tale momento, l'offerta del terzo, allegata alla proposta concordataria, non è irrevocabile (l'irrevocabilità è, infatti, requisito indispensabile per le sole offerte concorrenti), per cui non può considerarsi come accettata dalla controparte, poiché altrimenti essa sarebbe irrevocabile per definizione. Ciò non esclude, comunque, che il terzo si obblighi unilateralmente a mantenere ferma l'offerta formulata; in tal caso l'offerta unilaterale sarà irrevocabile *ab initio* e, in ogni caso, si applicherà la disciplina dell'art. 163-bis (FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it).

Che la disciplina dell'art. 163-bis si applichi anche alle offerte unilaterali, non ancora accettate dal debitore, ma poste da questi a fondamento del piano di concordato presentato, è corroborato da un ulteriore passo della norma. Nella seconda parte del comma 1 dell'art. 163-bis si afferma, in aggiunta, che "le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni". Questa norma, ove sia letta isolatamente, può significare che la procedura competitiva si applica in ogni caso in cui il debitore abbia stipulato un contratto traslativo dei beni indicati ad effetti obbligatori, ma letta nel contesto dell'articolo in cui è inserita – a. che pone l'accento sull'offerta prevista nel piano (e non sulla proposta concordataria o sul contenuto del piano), b. che sottolinea che tale offerta può avere ad oggetto il trasferimento in favore dell'offerente anche prima dell'omologazione, c. che precisa che l'offerta allegata alla proposta è revocabile –, assume il significato di specificare che, oltre ai casi in cui esista un accordo, ovvero sia un preliminare che imponga un trasferimento, la nuova norma si applica anche ai casi in cui un contratto manchi, ma vi sia solo un'offerta di un terzo, revocabile o irrevocabile, ma comunque non accettata dal debitore, che preveda il trasferimento dei beni indicati, anche prima dell'omologa, così come successivamente. E nello stesso senso depone l'ultima parte del comma 3 dell'art. 163-bis, dove si prevede che con la vendita o con l'aggiudicazione a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al comma 1, quest'ultimo "è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore", ove il richiamo all'eventualità che il primo offerente abbia assunto obbligazioni nei confronti del debitore lascia intendere che può anche non essersi verificata questa ipotesi, come nel caso in cui l'offerta pervenuta al debitore non sia stata da questi accettata e, quindi, non siano sorte obbligazioni dalle quali le parti debbano essere liberate, qualora sia stata preferita altra offerta. Pertanto, le nuove

disposizioni trovano applicazione in tutte le ipotesi in cui la proposta e il piano dell'imprenditore già individuino un interessato all'acquisto dell'azienda, di un ramo della stessa o di singoli beni a titolo oneroso, per il fatto che questi ha avanzato un'offerta, anche se revocabile. Evidentemente il legislatore ha voluto imporre l'obbligatorietà del ricorso alla procedura competitiva anche quando il debitore non si sia vincolato con il terzo, il quale abbia presentato un'offerta di acquisto, anche non irrevocabile.

La proposta del debitore è dunque "chiusa" o "bloccata" o "blindata", non solo quando si riferisca ad un contratto preliminare, ma anche quando recepisca un'offerta unilaterale completa, sia in ordine all'acquisto in favore di un soggetto ben definito, sia con riferimento alle relative condizioni, che sono predeterminate nell'offerta. Non può, invece, essere equiparata ad un'offerta, seppure revocabile, la generica manifestazione di interesse che non implichi alcun impegno sul piano negoziale, ossia che consista in un mero sondaggio in vista di una possibile proposta, senza l'assunzione di alcun vincolo. Quest'ultima soggiacerà alla disciplina dell'art. 182. Viceversa, l'offerta rilevante ai sensi dell'art. 163-bis deve provenire da soggetto esattamente individuato, deve contenere la debita specificazione di tutti gli elementi essenziali per la verifica del trasferimento dell'azienda o di rami di azienda o di singoli beni o di blocchi di beni e deve, inoltre, essere impegnativa per l'offerente, in modo che, per effetto dell'eventuale accettazione, si determini automaticamente il perfezionamento del contratto di trasferimento, ai sensi dell'art. 1326 c.c. Non è, invece, necessario che detta offerta sia irrevocabile, né che preveda una cauzione o una garanzia.

Non rientra nella previsione dell'art. 163-bis neanche l'ipotesi in cui l'offerta non sia formulata nella proposta di piano di concordato, che invece non faccia cenno ad alcuna offerta avanzata da soggetti individuati, ma sia esternata successivamente alla presentazione del piano; in tale ultima ipotesi non troverà applicazione l'art. 163-bis, bensì l'art. 182, co. 5, soggiacendo tale offerta successiva al regime di competitività fissato da tale ultima norma (AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, 110). E così, ove il piano di concordato dia conto della presenza di varie offerte per l'acquisto dell'azienda o di altri beni formulate da soggetti interessati all'acquisto, ma il proponente dichiara di voler dar comunque corso alla liquidazione di detti cespiti mediante gara competitiva, non vi è ragione di fare applicazione della disciplina speciale delle offerte concorrenti di cui all'art. 163-bis, la quale deve ritenersi applicabile esclusivamente nel caso in cui il piano preveda, quale sua specifica modalità di attuazione, il trasferimento anche non immediato del bene in favore di un soggetto offerente già individuato (Trib. Roma, decr. 19 maggio 2017, in *Il caso.it*). Allo stesso modo, la disciplina dell'art. 163-bis in tema di offerte concorrenti non può avere applicazione nel caso in cui la proposta di concordato preveda il conferimento di rami di azienda a società interamente partecipate dalla proponente (Trib. Torre Annunziata, decr. 29 luglio 2016, in *Il caso.it*).

■ ■ 4. Tipologia di concordato cui si applica la norma ed oggetto dell'offerta preconfezionata.

Si premette che il lessico legislativo adoperato, tale che "il tribunale dispone la ricerca di interessati ... disponendo l'apertura ..." (*rectius* dispone disponendo), non è impeccabile. Tanto premesso, il comma 1 dell'art. 163-bis sostiene che a tale procedimento si deve dare corso "quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, co. 2, 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". Da tanto si deduce: a. che il campo elettivo di applicazione della norma è segnato dai concordati liquidatori con cessione dei beni, ma include anche quelli con continuità indiretta di prosecuzione dell'attività di impresa in vista della cessione o del conferimento dell'azienda in esercizio, nonché quelli con continuità diretta per i beni non funzionali all'esercizio dell'impresa dei quali il piano prevede la liquidazione; b. che possono dirsi superate le conclusioni contenute nella Relazione, in precedenza richiamate, secondo cui la norma riguarda le offerte aventi ad oggetto la cessione di beni di rilevante valore, posto che tale specificazione non è stata contemplata dal legislatore nella versione finale della norma, e solo verso corrispettivo in denaro, posto che con la legge di conversione è stato aggiunto che il trasferimento può essere effettuato, "comunque a titolo oneroso", espressione che comprende una varietà di ipotesi di contropartite (dalla *datio in solutum* all'accollo di debiti o alla cessione di crediti). Pertanto, questo riferimento comprende ogni ipotesi in cui l'offerta di acquisto o di affitto sia accompagnata dall'impegno della controparte ad assumere un qualche sacrificio patrimoniale e deve essere inteso in senso ampio. In specie, non è escluso che l'offerta di acquisto preveda il pagamento rateale del corrispettivo ovvero che l'offerta di affitto con obbligo di futuro acquisto stabilisca che nel conto del prezzo si computino i canoni versati. Ad ogni modo, il comma 1 dell'art. 163-bis prende in considerazione l'offerta allegata dal debitore che propone un concordato pieno, come evidenzia il richiamo al "piano di concordato di cui all'articolo 161, co. 2, lettera e)", e l'offerta che abbia ad oggetto il solo trasferimento verso un corrispettivo in denaro, o comunque a titolo oneroso, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni. Tuttavia, la procedura competitiva è obbligatoria non solo dopo l'emissione del decreto di apertura del concordato preventivo, ma anche dopo il deposito del solo ricorso per concordato con riserva, atteso che l'ultimo comma dell'art. 163-bis prevede che "la disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma", che, appunto, riguarda gli atti compiuti nella pendenza del termine per la presentazione del piano e della proposta ai sensi dell'art. 161, co. 6; in tale evenienza, come per ogni atto di straordinaria amministrazione da autorizzare in questa fase, anche per dare anticipata

esecuzione all'offerta allegata alla domanda, il debitore deve effettuare una quanto meno parziale *disclosure* per mettere in condizione il tribunale di capire, in primo luogo, l'urgenza, poi la compatibilità con gli intenti da perseguire e, infine, per individuare il contenuto del decreto dispositivo della procedura competitiva (AZZARÀ, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: analisi dell'articolo 163-bis della legge fallimentare*, in www.dirittobancario.it). L'ultimo comma dell'art. 163-bis aggiunge che la stessa disciplina si applica, in quanto compatibile, anche "all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda", di cui in precedenza la norma non tratta. A rigore, seppure non espressamente contemplato, l'affitto potrebbe essere implicitamente compreso nel comma 1, nella parte in cui si estende l'applicazione della nuova normativa anche alla fattispecie in cui il debitore abbia stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni; espressione che nella sua più immediata percezione allude ad un preliminare di vendita che preveda il trasferimento definitivo in epoca successiva, ma che può riferirsi anche ad un affitto, specie di azienda, con impegno all'acquisto successivo. Nell'ultimo comma, invece, si parla di affitto *tout court*, per cui la procedura competitiva dovrà essere attivata anche per la proposta chiusa che contempli soltanto l'affitto di azienda, senza alcun impegno ad acquistare, come invece sarebbe stato più logico attendersi, posto che nel concordato l'affitto o non è configurabile, come nella continuità diretta, o deve essere considerato come una tappa per arrivare alla vendita, come nei concordati con cessione di beni o con continuità indiretta. E ciò anche se l'affitto sia già in corso al momento della proposizione della domanda, ove l'affitto venga incluso nel piano come mezzo attraverso cui risolvere la crisi; in tal caso, infatti, l'offerta del terzo è stata non solo accettata, ma ha già avuto parziale esecuzione, il che, se sotto il profilo giuridico lascia aperta la strada della competizione, non può non influenzare negativamente l'interesse di terzi a concorrere all'affitto, a meno che non abbia una lunga durata o, appunto, sia propedeutico all'acquisto.

Sicché l'area di applicazione della nuova normativa può essere così delineata: essa regola tutte le ipotesi in cui, già nella fase del concordato con riserva o nel concordato pieno, sia presente un'offerta da parte di un soggetto già individuato, anche se l'offerta non sia irrevocabile né accettata dal debitore, avente ad oggetto l'affitto di azienda o di un suo ramo oppure il trasferimento in suo favore, a titolo oneroso, sia prima che dopo l'omologa, dell'azienda, di un ramo d'azienda o anche solo di beni specifici, di qualsiasi valore (NONNO, *La concorrenza nel concordato preventivo: offerte competitive e cessioni*, in www.ilquotidianogiuridico.it). Nondimeno un arresto della giurisprudenza di merito ha evidenziato che l'esperimento della procedura competitiva di cui all'art. 163-bis presuppone il deposito del piano di concordato e non può, pertanto, essere disposto nella fase di concordato con riserva (Trib. Firenze, decr. 23 novembre 2016, in *Il caso.it*). In senso contrario altra pronuncia ha osservato che l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 163-bis non è 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 che tenda a tale scopo (Trib. Bolzano, decr. 17 maggio 2016, in www.ilfallimentarista.it).

Si tratta di un'area molto ampia; il che porta con sé aspetti positivi, ma anche possibili intralci alla progressione del concordato. Sotto il primo profilo, è passibile di un giudizio favorevole l'estensione della regolamentazione alle vendite nelle fasi anteriori all'omologa e già nel concordato in bianco, nel rispetto della competitività, che è uno strumento di garanzia per i creditori. Per converso, l'estensione indiscriminata dell'obbligatorietà delle procedure competitive può disincentivare i potenziali investitori, che dopo aver concordato con il debitore le condizioni per l'acquisto di un'azienda, potrebbero vedersi modificate le condizioni pattuite e, comunque, avere una risposta in tempi più lunghi del previsto. Saranno, inoltre, inevitabili i disagi nella gestione di quei concordati (che costituiscono la grandissima parte della nostra realtà) che non dispongono di beni con quello stesso forte *appeal* attrattivo, che avevano invece le due o tre procedure cui il legislatore si è ispirato, abbagliato dagli alti ricavi realizzati in quei casi mediante l'apertura alla competizione (BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in www.fallimentiesocietà.it).

Allo stato, l'unico modo per sfuggire all'automatica apertura della procedura competitiva è quello di non inserire nel piano o nella domanda di concessione del termine *ex art.* 161, co. 6, l'offerta del terzo; questa, infatti, è la condizione per l'applicazione dell'art. 163-bis, sicché, ove il debitore proponga la sua domanda e il terzo faccia successivamente pervenire un'offerta di acquisto, il giudice dovrà certamente ispirarsi al principio della competitività ribadito nell'art. 163-bis, ma avrà anche la libertà di non aprire una gara per attuare la 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, ecc. In questi casi, l'autorità giudiziaria potrà autorizzare la cessione direttamente, senza aprire una procedura competitiva, quando ritenga che l'offerta pervenuta corrisponda al miglior interesse dei creditori.

Né vi sarebbe nulla di anomalo nel consentire al giudice, in una situazione di altrettanta urgenza che si presenti nel concordato, di autorizzare una vendita senza fare ricorso a procedure competitive, ove il ritardo possa risultare contrario all'interesse dei creditori e non si versi in una ipotesi di obbligatoria apertura della competitività.

■ ■ 5. Affitto d'azienda e offerte concorrenti.

La dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sulla compatibilità del contratto d'affitto d'azienda con la figura del concordato preventivo in continuità, che comporterebbe l'applicazione degli artt. 186-bis e 182-*quinquies*, co. 4. La

definizione di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis, co. 1, presuppone la prosecuzione dell'attività imprenditoriale da parte del debitore nel corso della procedura, con la conseguente imputazione del rischio di impresa al debitore medesimo, attraverso una gestione diretta o attraverso una gestione funzionale alla futura cessione o conferimento dell'azienda. Se, dunque, l'affitto precede la domanda di concordato, non vi è gestione diretta da parte del debitore e non si realizzano i presupposti per l'applicazione della disciplina speciale. Il concordato con continuità aziendale non sembra, quindi, compatibile con lo schema dell'affitto d'azienda, in quanto in questa fattispecie il rischio sopra illustrato ricade direttamente sull'affittuario e non sul debitore concordatario e, conseguentemente, sui creditori concorsuali (Trib. Terni, 12 febbraio 2013).

Tuttavia, a questa opinione si contrappone quella minoritaria di alcuni giudici di merito, che considerano in continuità anche il concordato in cui sia previsto l'affitto d'azienda (Trib. Monza, 11 giugno 2013; Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013; Trib. Mantova, 8 maggio 2014; Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014). Se in passato la disciplina applicabile al concordato con continuità aziendale sembrava effettivamente presupporre una prosecuzione almeno temporanea dell'attività di impresa in corso di procedura da parte del debitore, oggi le conclusioni parrebbero essere diverse, perché il quadro normativo è mutato. Il valore della conservazione dell'azienda in esercizio sembra essere il motivo fondamentale che giustifica un possibile maggior sacrificio dei creditori, a cui non deve essere garantita una percentuale minima di soddisfacimento del 20% (secondo le modifiche dell'art. 160, di cui al d.l. n. 83/2015, convertito con l. n. 132/2015): per l'effetto, questa disposizione dovrebbe applicarsi anche al concordato con affitto di azienda, anteriore alla domanda di accesso alla procedura. Peraltro, se l'affitto dell'azienda interviene solo nel corso della procedura, a fronte dell'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato, si può configurare una continuità aziendale temporanea, fino al momento in cui cessa la gestione diretta da parte del debitore, con l'efficacia dell'affitto.

Infine, con riferimento al rapporto tra concordato con riserva e affitto d'azienda, occorre evidenziare che, al fine di ottenere l'autorizzazione all'affitto, è necessario indicare i costi e i ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura, con specifico riferimento all'azienda affittata (Trib. Cassino, 31 luglio 2014). In particolare, sia nel caso in cui l'affitto preesista alla domanda di concordato sia nell'ipotesi in cui sia successivo, il piano concordatario deve indicare se l'andamento dell'impresa incida sulla soddisfazione dei creditori e il professionista deve rappresentare vantaggi e rischi della continuità aziendale in capo all'affittuario. Nel concordato preventivo con continuità aziendale è irrilevante che la prosecuzione dell'attività d'impresa avvenga da parte del debitore piuttosto che da parte del terzo mediante affitto d'azienda, purché prodromico ad una futura cessione o retrocessione (Trib. Cassino, 31 luglio 2014).

Con riferimento all'istituto delle offerte concorrenti, qualora il piano di concordato con continuità aziendale comprenda la previsione di un'offerta unilaterale di affitto dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, in favore di un soggetto già individuato, necessariamente dovrà aprirsi la procedura competitiva, al fine di selezionare la migliore scelta di affitto possibile. E ciò anche quando il piano di concordato contenga non già una mera offerta unilaterale, ma addirittura la previsione di un contratto di affitto già stipulato con un soggetto ben individuato. Nonostante il perfezionamento del contratto costitutivo del diritto personale di godimento, comunque si aprirà la competizione, con la conseguente possibilità che l'affittuario prescelto dal debitore sia sostituito dall'eventuale migliore offerente rinvenuto a seguito dell'apertura della procedura. La sottoposizione alla procedura competitiva è indipendente dalla previsione nell'offerta o nel contratto di un patto di futuro acquisto dell'azienda o del ramo d'azienda, riferendosi l'estensione, nei limiti della compatibilità, della disciplina relativa all'applicazione della procedura competitiva di cui all'ultimo comma dell'art. 163-bis all'affitto puro in sé considerato (MARINONI-NISIVOCCIA-SANTORIELLO, *Decreto giustizia: le novità in materia fallimentare*, Milano, 2015, 67). Tuttavia, la prescrizione in ordine alla procedura competitiva di cui all'art. 163-bis non troverà applicazione in presenza di un piano di concordato in cui la posizione del terzo affittuario dell'azienda sia inscindibilmente connessa con quella di soggetto obbligato all'apporto finanziario, stante la mancanza di compatibilità conseguente all'inscindibile connessione, nella proposta concordataria, tra la posizione di affittuario e quella di obbligato all'apporto finanziario, resa espressa nel contratto di affitto e nella lettera di impegno sottoscritta a latere del medesimo (Trib. Rimini, decr. 1 dicembre 2016, in *Il caso.it*).

■ ■ 6. I rapporti di lavoro.

La normativa applicabile ai rapporti di lavoro in relazione ad un contratto di cessione d'azienda o di ramo di essa è prevista dall'art. 47, l. n. 428/1990, che in presenza di una procedura concorsuale consente di derogare alla disciplina vincolistica dettata dall'art. 2112 c.c., relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda. Segnatamente, nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti. La normativa applicabile cambia in ragione della procedura concorsuale di riferimento: - nelle ipotesi in cui il concordato abbia finalità prettamente liquidatoria si applicherà il comma 5 dell'art. 47, l. n. 428/1990, con la conseguente possibilità di poter disapplicare integralmente l'art. 2112 c.c.; - se, invece, la procedura non abbia finalità esclusivamente liquidatoria, ai sensi dell'art. 47, co. 4-bis, l. n. 428/1990, l'art. 2112 c.c. non potrà essere totalmente disapplicato, bensì semplicemente, e in parte, derogato esclusivamente in riferimento alle condizioni del rapporto di lavoro (Trib. Padova,

27 marzo 2014).

Presupposto indispensabile in entrambi i casi è comunque l'avvio delle consultazioni con le organizzazioni sindacali per il raggiungimento di uno specifico accordo sindacale. Anche su tale aspetto si pongono non trascurabili problemi di coordinamento tra la disciplina delle offerte concorrenti e quella delle consultazioni sindacali, cui l'art. 105, co. 3, rinvia nei casi di trasferimento solo parziale dei lavoratori. Più nel dettaglio, la procedura di cui all'art. 47, l. n. 428/1990 prevede tempistiche che potrebbero presentare qualche difficoltà di interrelazione con il termine fissato per l'adunanza dei creditori; inoltre, ricorre un diverso interesse dell'imprenditore a impegnarsi seriamente nelle trattative con i rappresentanti dei lavoratori, a seconda che esse vertano su un'offerta alla quale egli abbia aderito o su una proposta concorrente, quando questi non sia del tutto ostile.

In conclusione, soltanto nel caso di concordato preventivo esclusivamente liquidatorio troverà applicazione l'art. 47, co. 5, l. n. 428/1990 e di conseguenza sarà possibile, nell'ambito del predetto accordo sindacale: - procedere alla modifica delle condizioni di lavoro anche con riguardo ai trattamenti retributivi e normativi; - escludere una parte dei dipendenti dall'azienda oggetto di cessione, ossia procedere ad una selezione della forza lavoro aziendale (BELTRAMI, *Le recenti modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in www.ilcaso.it).

La deroga dell'art. 2112 c.c. è possibile - a seconda dei casi - solo dopo l'ammissione del debitore alla procedura (comma 4-bis) o dopo l'omologazione del concordato (comma 5).

■ ■ 7. Distinzione e interazione tra proposte e offerte concorrenti.

Nella previsione delle proposte concorrenti, regolate dall'art. 163, può sicuramente annoverarsi l'idea di aprire il concordato alla concorrenza, che ha trovato la più concreta espressione nella previsione delle proposte e delle offerte concorrenti, entrambe finalizzate a massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari ed a mettere a disposizione degli stessi una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare la proposta del debitore. La differenza tra i due nuovi istituti, come si deduce dalla terminologia utilizzata, è netta. In linea di massima, con le proposte concorrenti si consente ai creditori che abbiano determinate caratteristiche di porsi in competizione con il debitore concordatario, presentando una proposta di concordato alternativa, da sottoporre all'assemblea dei creditori, che potranno quindi scegliere tra le più proposte presenti quella che ritengono preferibile; con le offerte concorrenti si consente ai terzi di inserirsi nel procedimento di liquidazione dei beni anche qualora il piano concordatario comprenda un'offerta da parte di un soggetto già individuato, avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni e, quindi, permette a terzi di porsi in competizione, non con il debitore, ma con il soggetto già individuato dal debitore concordatario come cessionario dell'azienda, di uno o più rami d'azienda oppure di singoli beni, presentando un'offerta migliorativa nel pieno rispetto del piano del debitore. Di conseguenza, nel primo caso, la concorrenza si attua dando ai creditori chiamati al voto la possibilità di scelta tra la proposta e il piano presentati dal debitore e quelli introdotti da altri creditori, mentre, nel secondo, ai creditori viene sottoposta una sola proposta, che è quella che recepisce l'offerta risultante migliore, secondo una selezione articolata, tra le varie offerte pervenute, cui il piano originario deve conformarsi (BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in www.fallimentiesocietà.it). Sicché con le proposte concorrenti il legislatore ha attuato un intervento molto simile «a quello che la teoria economica ha individuato per recuperare i benefici della concorrenza nel caso di monopoli naturali: quando non è possibile che la concorrenza possa avvenire “nel” mercato, a causa di condizioni strutturali o tecnologiche che impediscono il confronto quotidiano e continuativo fra diversi operatori, i relativi vantaggi sono ricercati mettendo in gara i diversi *competitor* per aggiudicarsi “il” mercato, ossia il diritto ad operarvi in via esclusiva», mentre le offerte concorrenti rappresentano «una tradizionale applicazione del regime di concorrenza “nel” mercato del singolo fattore produttivo od utilità posta in vendita: tutti gli interessati potranno partecipare attraverso una gara per la sua aggiudicazione, attivando così il più immediato e diretto meccanismo concorrenziale» (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).

Da questo quadro si deduce la possibilità di interazioni tra proposte e offerte concorrenti, sia nel senso che su una proposta preconfezionata del debitore si innestino offerte concorrenti e poi arrivino altre proposte alternative, sia nel senso che le offerte si inseriscano all'interno di una proposta preconfezionata di un terzo. La prima fattispecie non presenta particolari problemi perché si inserisce nel contesto normativo esistente, che regola le offerte concorrenti a quella posta a base della proposta del debitore, per cui si tratta di aprire e svolgere la competizione tra più offerte, con le conseguenze di legge che ne discendono, in modo che ai creditori verranno sottoposte la proposta del debitore, come integrata dal risultato della gara tra i più offerenti, e l'altra (o le altre) proposta concorrente, tra le quali essi sceglieranno quella più conveniente attraverso la votazione. Più complessa è la seconda fattispecie ipotizzata, perché non regolata dalla legge, ponendosi, in questo caso, le offerte in concorrenza non con quella posta a base della proposta del debitore, su cui è modellato il meccanismo normativo della concorrenza, ma con quella su cui è fondata la proposta alternativa del terzo. È chiaro che la gestione di una situazione del genere non sarà agevole, specie se sono presenti più proposte concorrenti predeterminate, ma i disagi sono più pratici che giuridici. Si dovranno, infatti, aprire più competizioni, una per ogni gruppo di offerte riferite a ciascuna proposta, per pervenire sempre al solito risultato di identificare nel loro contenuto le proposte da sottoporre al voto dei creditori; il che, seppur con non pochi disagi, si può

realizzare anche nei tempi ristretti in cui bisogna operare. Dal punto di vista giuridico si può superare l'ostacolo letterale della legge, che parla soltanto dell'offerta del debitore, ritenendo che, in ciascuna gara, il proponente assume il ruolo che nella previsione normativa è attribuito al debitore proponente. Di conseguenza, il tribunale dovrà predisporre tanti decreti di apertura delle competizioni quante sono le proposte confezionate nelle quali siano state presentate offerte concorrenti; colui che ha fatto l'offerta posta a base della proposta nell'ambito della quale la competizione si innesta, per partecipare alla gara dovrà modificare l'offerta in conformità al decreto del tribunale; colui che ha presentato la proposta, sia esso il debitore che il terzo, rispetto alla quale si è svolta la competizione, dovrà modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara se vorrà che la sua proposta sia portata alla votazione e, infine, colui che ha fatto la prima offerta, posta alla base di una proposta concorrente, sarà liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del proponente stesso ove venga scelta, all'esito della gara, altra offerta, e avrà diritto al rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta (entro i limiti di legge) alla ulteriore condizione che sia scelta la proposta cui lui era interessato. In conclusione, seppur con qualche divergenza di dettaglio (come sul punto del rimborso appena accennato), "l'applicazione della disciplina delle offerte concorrenti anche alla proposta concorrente incontra ostacoli applicativi sensibili, tanto da dover operare nei limiti della compatibilità, ma non da dover legittimare conclusioni negative preconcrete, che potrebbero limitare notevolmente il successo dei nuovi istituti, operando sulla struttura degli incentivi in modo selettivo" (GALLETTI, *Speciale decreto n. 83/2015 - le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in *www.Ifallimentarista.it*).

■ ■ ■ 8. Analisi dei termini di svolgimento della procedura competitiva.

Il nuovo art. 163-bis stabilisce - per qualsiasi tipologia di concordato (liquidatorio, con continuità aziendale, con continuità mista o funzionale alla cessione d'azienda, pieno o con riserva), indipendentemente dalla forma della cessione dei beni ai creditori - che il tribunale disponga immediatamente una gara competitiva per la selezione dell'acquirente, quando il piano preveda la cessione di aziende o rami d'azienda e di beni determinati e la proposta indichi un acquirente già individuato. La procedura competitiva inizia subito dopo il deposito della proposta e del piano contenenti l'offerta e, dunque, sin dall'inizio del concordato preventivo "pieno". Nel concordato con riserva, nel quale manca la proposta, l'apertura deve essere disposta dal tribunale subito dopo che l'offerta, con la richiesta d'autorizzazione alla stipula, è depositata in cancelleria. Le attività di ricerca e competizione si svolgono, quindi, sin dall'inizio del concordato, momento nel quale è assente la figura del liquidatore. La ricerca di altri potenziali offerenti non può essere rimessa al proponente, che versa in un'evidente situazione di conflitto di interessi. Con il decreto che dispone la competizione il tribunale fissa: - le modalità per assicurare la comparabilità delle offerte; - i requisiti di partecipazione degli offerenti; - le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta; - la data dell'udienza per l'esame delle offerte; - le modalità di svolgimento della procedura competitiva; - le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti; - le forme di pubblicità del decreto; - la misura dell'aumento minimo del corrispettivo che le nuove offerte da presentare devono prevedere. La competizione deve, comunque, concludersi prima dell'adunanza dei creditori ed il debitore deve modificare la proposta ed il piano concordatario in conformità all'esito della competizione, in modo che i creditori siano chiamati a votare sulla proposta aggiornata. L'art. 163-bis, co. 1, ammette, inoltre, che l'offerta ed il piano possano prevedere che il trasferimento dell'azienda o dei beni abbia luogo anche prima dell'omologazione del concordato, ma comunque all'esito dell'adunanza dei creditori. Qualora sia previsto che il trasferimento si perfezioni prima dell'omologazione del concordato, quest'ultima costituisce comunque una condizione implicita (o anche esplicitata) di efficacia di detto trasferimento. La disciplina delle offerte concorrenti di acquisto nel concordato preventivo - che si applica, in quanto compatibile, anche alle offerte di affitto dell'azienda - introduce diversi elementi di rilievo: - anche nel concordato, come nel fallimento, non si potrà mai prescindere da modalità di vendita che contemplino la possibilità di gare competitive, qualunque sia il tipo di piano o di proposta (salvo solo il concordato con assuntore); - la vendita di aziende o singoli beni potrà essere anticipata alla fase iniziale della procedura e non è quindi più destinata a perfezionarsi solo successivamente all'omologazione del concordato. L'art. 163-bis è applicabile (e quindi la gara immediata avrà luogo) solo quando la proposta concordataria preveda un acquirente già individuato: in caso contrario, in forza dell'art. 182 (come modificato dal decreto legge), la gara competitiva è pur sempre necessaria, ma avrà luogo prima o dopo l'omologazione del concordato, in base alle previsioni della proposta (del debitore o dei creditori). Per alcuni versi, la disposizione della procedura competitiva introduce un'ipotesi di discrezionalità vincolata; ad esempio, si deve ritenere che il tribunale debba prevedere un miglioramento minimo nelle condizioni economiche offerte, tale da compensare le spese rimborsabili al primo offerente (che possono essere liquidate fino al 3%, come previsto dal comma 4 dell'art. 163-bis), debba considerare i termini di adempimento e le altre condizioni contrattuali, ivi comprese le garanzie prestate, già previsti nel contratto preliminare, nell'ipotesi di ricerca di offerte migliorative rispetto all'offerta rappresentata da tale contratto, ecc.

Le offerte provenienti dagli interessati concorrenti, all'esito dell'emissione del decreto di apertura della procedura competitiva, sul piano formale, devono essere presentate in forma segreta e, sul piano sostanziale, devono essere conformi alle prescrizioni del decreto, non devono fissare condizioni e devono rivestire *ex ante* il requisito

dell'irrevocabilità. Altrimenti sono inefficaci. Dette offerte sono rese pubbliche solo all'udienza in cui deve essere tenuta la gara, alla quale possono partecipare tutti gli offerenti e qualunque interessato. Ove la gara abbia esito negativo per mancanza di offerte, il tribunale non sembra poter far altro che prenderne atto e consentire la prosecuzione del normale svolgimento del concordato sulla base dell'offerta originaria.

L'attuazione della procedura competitiva comporta dei costi aggiuntivi, costituiti dagli oneri della pubblicità, dal maggior compenso del commissario per le attività ulteriori svolte e dagli oneri necessari per le formalità da compiersi in favore dell'aggiudicatario (per la quota parte). Tali oneri non potranno che gravare sul proponente e dovranno essere quantificati dal tribunale nel decreto che dispone la procedura o in un autonomo provvedimento. Almeno alcuni di essi saranno immediatamente necessari, come quelli per la pubblicità, e dovranno essere posti dal proponente a disposizione del commissario. Mentre altri si renderanno necessari in un secondo momento e potranno essere versati successivamente. Il mancato adempimento di tali obblighi accessori può determinare una causa di revoca dell'ammissione, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 173. Rimangono, invece, a carico del terzo i costi necessari per l'assunzione delle informazioni sui beni e la quota parte dei costi delle eventuali necessarie formalità.

■ ■ 9. Il decreto di apertura del procedimento competitivo.

La competenza a provvedere, per espressa previsione della disposizione, spetta al tribunale. L'attribuzione del potere-dovere di emissione del decreto di apertura della procedura competitiva in capo a tale organo, in composizione collegiale, si spiega sotto più aspetti: a. perché nel concordato con riserva non è prevista la nomina di un giudice delegato; b. perché nel concordato pieno il legislatore ha previsto il decreto in questione contestualmente a quello di ammissione alla procedura; c. perché, infine, tale atto assume una particolare importanza in una fase in cui non vi è ancora un commissario o un pre-commissario e non si ha ancora una visione completa della situazione in cui il debitore si trova. Da ciò discende l'opportunità di non far ricadere sul singolo giudice monocratico il peso di decisioni determinanti per la sorte della procedura e per l'interesse dei creditori. Il che non esclude che il tribunale possa delegare un suo componente ad eventuali audizioni o all'acquisizione di documenti o, in generale, allo svolgimento di attività istruttoria, salva comunque la riserva della decisione in capo all'organo collegiale. La norma nulla dice in ordine all'impugnabilità del decreto in questione, su cui refluiscano, quindi, le incertezze derivanti dalla formulazione dell'art. 164, che assoggetta a reclamo *ex art.* 26 solo i provvedimenti del giudice delegato e non quelli del tribunale. Secondo la tesi prevalente, in mancanza di diversa disposizione, il decreto che apre il procedimento competitivo non è reclamabile.

■ ■ 9.1. Contenuto delle offerte da presentare.

Occorre, all'uopo, chiedersi entro quali limiti il tribunale può incidere rispetto all'offerta originaria. Secondo una prima impostazione, il decreto non dovrebbe determinare, sul piano interno, gli elementi e le clausole afferenti al contenuto delle offerte da presentare, ma dovrebbe limitarsi, sul piano esterno, ad indicare i punti ai quali sarà data prevalenza in sede di valutazione comparativa, a fronte dell'assetto dell'offerta originaria, ossia delle sue concrete caratteristiche. Con il vantaggio che, aderendo a questa ricostruzione, il tribunale non inciderebbe in modo netto sull'autonomia negoziale né dell'offerente originario né degli offerenti successivi, peraltro senza avere un bagaglio adeguato di informazioni. Nondimeno, tale impostazione si scontra apertamente con il dettato letterale della norma, la quale - per un verso - consente all'offerente originario di "modificare", ossia di mutare il contenuto, dell'offerta iniziale, conformemente alle prescrizioni del decreto, che a questo punto non possono che fare riferimento agli elementi intrinseci delle offerte, e - per altro verso - sancisce l'inefficacia delle offerte "non conformi" alle prescrizioni del decreto, ossia che non si adeguino alle indicazioni sul contenuto.

In linea di massima, poiché la norma è volta a tutelare i creditori aumentando la concorrenza, si dovrebbe ritenere che la gara debba avvenire essenzialmente sulla base dell'offerta col prezzo più alto. Tuttavia, non è da escludere che soprattutto per le vendite delle aziende, in cui le condizioni concrete possono essere molto diverse tra loro e strutturate in modo complesso, siano possibili anche forme di concorrenza basate su altri elementi.

■ ■ 10. Irrevocabilità delle offerte.

Il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili. Questo è l'*incipit* del comma 2 dell'art. 163-bis e non può non convenirsi sull'opportunità di questa scelta, per avere la sicurezza che le offerte che verranno presentate non potranno essere ritirate in corso di competizione, il che, tra l'altro, non agevola accordi sottobanco. Lo stesso non poteva richiedersi per l'offerta iniziale che, come detto, può essere revocabile o irrevocabile, e questo spiega la disposizione già richiamata 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 ...". Disposizione di primaria rilevanza, in quanto evidenzia come l'offerente originario, abbia o non presentato un'offerta irrevocabile, per partecipare alla procedura competitiva deve presentare una nuova offerta che sia conforme alle modalità contenute nel decreto del tribunale e prestare le garanzie stabilite con il medesimo decreto, perché solo da quel momento l'offerta diventa irrevocabile, e questa è una condizione per partecipare alla competizione. Il rischio implicito in questo sistema è che, se il primo offerente non modifica la sua

offerta in conformità alle prescrizioni del decreto, può ritirarla, anche qualora non ne siano arrivate altre. Infatti, la norma sancisce l'irrevocabilità dell'offerta iniziale nel momento in cui è modificata per adeguarsi al decreto; ma non stabilisce la sua inefficacia qualora non sia modificata, *ergo* l'offerta originaria non adeguata resta revocabile, ma non diviene inefficace. Sicché l'offerente originario, pur se la sua offerta sia eventualmente scelta perché non ne sono pervenute altre migliori, secondo questa disposizione, potrebbe ancora revocare l'offerta, mai diventata irrevocabile in mancanza di modifica.

■ ■ 11. Garanzie da prestare.

Il decreto di apertura della procedura competitiva indica, altresì, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti. Sul punto, il tribunale può richiedere le garanzie che ritiene più idonee, seppur non contenute nell'offerta originariamente presentata. Tanto si deduce dall'ultima parte del comma 2 dell'art. 163-bis, ove si prevede che l'offerta iniziale diventa irrevocabile dal momento in cui essa viene modificata in conformità a quanto previsto dal decreto di apertura della procedura competitiva "e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto"; espressione che - da un lato - dimostra chiaramente come l'offerta originaria possa non contenere alcuna garanzia o una garanzia diversa da quella indicata dal tribunale, alla quale, appunto, l'offerente deve adeguarsi se vuole restare in gara, e - dall'altro - rafforza la tesi circa la libertà del giudice di dettare le condizioni e le modalità per la partecipazione alla procedura competitiva, senza essere vincolato a quelle già presentate. Sicché possono essere disposte garanzie reali o personali, tipiche o atipiche, in ragione del quadro concreto sottoposto all'esame del tribunale. Il tribunale, nell'indicare le garanzie che dovranno essere prestate dagli offerenti, dovrà dunque precisare la tipologia delle stesse e gli eventuali requisiti dei garanti nel caso di garanzie personali, al fine di assicurare la serietà delle offerte.

■ ■ 12. Informazioni da rendere ai potenziali concorrenti.

Il tema delle informazioni accessibili ai terzi è decisivo per eliminare l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra chi ha la disponibilità dell'azienda - ed ha potuto presentare la proposta concordataria con piena cognizione di causa o ha fornito al suo interlocutore interessato all'acquisto dell'azienda, di un ramo della stessa o di singoli beni i dati utili -, e chi è estraneo a questo contesto e deve costruire una sua proposta o una sua offerta. Per sopperire a questo squilibrio il legislatore ha, con il nuovo comma 3 dell'art. 165, attribuito al commissario il compito di fornire "ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso", precisando poi nel comma 4 che questa disciplina "si applica anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte ai sensi dell'articolo 163-bis". Sennonché il comma 2 dell'art. 163-bis stabilisce che il decreto del tribunale che dispone l'apertura della procedura competitiva deve, tra l'altro, indicare "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". Ricorre, pertanto, una parziale sovrapposizione tra le due norme citate. Il tribunale potrebbe, ad esempio, disporre che gli interessati, per avere i dati di cui abbisognano, possono accedere ad una *data room* aziendale o richiederli direttamente all'imprenditore in concordato (o sue strutture organizzative), che il loro utilizzo non è assoggettato alla sottoscrizione di un patto di riservatezza o addirittura imporre al commissario di fornire tutti i dati richiesti, privandolo del giudizio di congruità e utilità; è inverosimile che ciò accada, ma sta di fatto che, alla luce della norma di cui all'art. 163-bis, il tribunale potrebbe emanare disposizioni del genere, perché queste rientrano nelle forme di accesso alle informazioni che il giudice può fissare, attengono ai limiti del loro utilizzo e vanno ad impattare con le modalità con cui il commissario deve operare. In una siffatta situazione il commissario deve sottostare alle indicazioni del tribunale. La soluzione in concreto è rimessa alla ponderata valutazione dell'autorità giudiziaria, che dovrà modellare i decreti competitivi tenendo conto delle prerogative del commissario, che peraltro costituirà, il più delle volte, la fonte principale di informazione anche per l'organo giudiziario ai fini della redazione del decreto stesso.

La lettera della norma, tuttavia, non affronta il problema delle modalità con cui il commissario, a sua volta, acquisisce le informazioni dal proponente, il quale ovviamente non ha alcun interesse a fornirle ai terzi. Poiché il commissario giudiziale non ha il possesso dei beni e delle aziende, e non è custode di tali beni e aziende, non potrà direttamente consentire l'accesso per visionarli, così come non potrà direttamente consegnare i documenti necessari ai terzi per le verifiche dirette. In ordine a tale aspetto, è auspicabile che il decreto fissi anche i tempi e i modi con cui il proponente deve fornire al commissario le informazioni necessarie ovvero le modalità con cui il commissario può procurarsi i dati. Resta da chiedersi se possa eventualmente determinare anche le sanzioni (e in tal caso la natura di esse) che conseguono al rifiuto del debitore di fornirli, nonostante la richiesta del commissario e in conformità alle modalità fissate nel decreto. Ad ogni modo, le relative procedure potrebbero essere tortuose e laboriose e dar luogo alla necessità di rinviare il tempo per il deposito delle offerte. È invece da escludere che il tribunale possa concedere poteri coercitivi di acquisizione delle informazioni direttamente in capo ai terzi interessati, tenuto conto dell'estrema delicatezza del trattamento delle informazioni, mentre sembra opportuno che detti anche i criteri e i limiti alle modalità di utilizzazione delle informazioni stesse. Nel caso in cui oggetto dell'offerta sia un'azienda, in relazione alla quale il

potenziale concorrente volesse svolgere, come è prassi, la necessaria *due diligence*, il tribunale dovrebbe disporre l'accesso ai dati contabili del proponente, adottando tuttavia le cautele e imponendo i limiti indicati dalla norma. Nella valutazione del rapporto potenzialmente conflittuale tra il proponente e il terzo interessato, il tribunale deve comunque verificare la serietà delle intenzioni del terzo; ove tale ponderazione dia esito positivo, deve prevalere l'interesse del terzo alle informazioni, mentre il proponente potrà opporre solamente i vincoli strettamente legati a specifiche ragioni di pregiudizio (LA MALFA, *op. cit.*, 386 e ss.).

■ ■ 13. Comparabilità delle offerte.

Il profilo della comparabilità delle offerte costituisce un punto nodale per la riuscita della competizione disposta dal tribunale. Infatti, la necessità di aprire al mercato l'offerta contenuta nel piano originariamente proposto dal debitore può spezzare l'armonico bilanciamento dei contrapposti interessi recepito dal piano stesso e pregiudicare la convenienza dell'offerta. Altrettanto sensibile è il tema delle garanzie, considerato il peso economico che esse possono assumere, sino a modificare il delicato equilibrio della proposta. A tale fine le offerte esterne, formulate all'esito dall'avvio della competizione, devono essere comparabili, ossia confrontabili, con l'offerta iniziale. Al riguardo, la competizione richiede l'omogeneità tra le varie offerte da comparare, con una valutazione che si rende alquanto difficoltosa. Il requisito della comparabilità delle offerte deve sussistere *ex ante*, in quanto già al momento della presentazione gli interessati devono concepire l'offerta nei termini prescritti dal decreto di apertura. Infatti, la norma non lascia la libertà a ciascuno di fare l'offerta che ritiene, salvo poi raffrontare quelle comparabili tra loro e scartare quelle non omogenee all'offerta iniziale, ma dispone che il tribunale nel decreto di apertura della procedura preveda "che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità". Sicché spetta all'organo giudiziario fissare, a monte, le condizioni alle quali le offerte devono conformarsi. Nei termini anzidetti la comparabilità, più che tra le offerte, deve essere ponderata a fronte delle disposizioni dettate dal decreto di apertura della procedura, allo scopo di verificare se le offerte pervenute siano conformi a queste disposizioni. In conseguenza, esse saranno necessariamente tutte tra loro comparabili, pena la loro inefficacia. Quanto più analitiche sono le disposizioni dettate dal tribunale nel decreto che apre la procedura competitiva, tanto minori saranno le difficoltà di comparazione. Siffatta esigenza rende difficile l'emissione di tale decreto contestualmente all'emissione del decreto di ammissione, stante la necessità di un'attività preparatoria in cui il commissario assume un ruolo determinante. Ad ogni modo, le prescrizioni del decreto sui requisiti delle offerte non possono determinare una variazione sostanziale del piano, con il rischio che esso divenga, altrimenti, non più fattibile. Se così fosse, si frapporrebbe un eccessivo ostacolo al complessivo progetto di superamento in via concordataria della crisi predisposto dall'imprenditore in difficoltà. Al contrario, l'offerta migliorativa dovrebbe avere 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. Ne consegue che, da un lato, le prescrizioni del decreto non devono alterare l'impianto fondamentale del piano e, dall'altro, devono mirare essenzialmente a massimizzare il valore dell'azienda o del ramo d'azienda o del bene oggetto dell'offerta iniziale. Lo scopo è dunque quello di aumentare, ove possibile, l'appetibilità, la contendibilità del patrimonio aziendale.

■ ■ 14. Requisiti di partecipazione degli offerenti.

La disposizione in commento consente al tribunale di escludere dalla partecipazione le offerte provenienti da parti correlate o comunque da soggetti che possono trovarsi in situazioni di conflitto d'interesse non tecnicamente riconducibili alla nozione di parti correlate. Terminologia, questa, presente nella bozza di decreto legge *Investment compact*, che già contemplava l'apertura alle offerte concorrenti proprio quando il piano di concordato prevedeva "la cessione dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, anche mediante fusione, scissione ovvero conferimento, a una o più parti correlate", e introdotta nel nostro sistema normativo con il d.lgs. 3 novembre 2008, n. 173 di attuazione della direttiva 2006/46/CE, che ha aggiunto il numero *22-bis* all'art. 2427, co. 1, c.c., ai sensi del quale nella nota integrativa deve essere data indicazione delle operazioni realizzate con parti correlate, qualora le stesse siano rilevanti e non siano state concluse a normali condizioni di mercato. Si tratta, in sostanza, di escludere dalla partecipazione alla competizione non solo i soggetti che direttamente o indirettamente, attraverso uno o più intermediari, controllano o sono controllati dalla società debitrice o sono soggetti al controllo congiunto, quelli che detengono una partecipazione nella società debitrice tale da poter esercitare un'influenza notevole su quest'ultima, ecc., ma, anche oltre i legami societari e di gruppo, tutti quei soggetti che in qualche modo possono essere accomunati da interessi comuni con il debitore. La ricerca dei soggetti interessati, che è lo scopo dichiarato dalla norma per il quale viene disposta la procedura competitiva, va, quindi, delimitata soggettivamente, riconoscendo al tribunale il potere di selezionare il campo degli aspiranti e di riservarlo solo a coloro che abbiano requisiti di indipendenza. Ovviamente lo stesso requisito non è richiesto per la prima offerta, su cui si basano la proposta e il piano, ma il rimedio ad eventuali *combine* con parti non terze e indipendenti rispetto al debitore è dato proprio dall'apertura alla competizione, che potrà fare emergere quale potrà essere il miglior realizzo dei beni e dunque la massimizzazione della *recovery* dei creditori concordatari.

■ ■ 15. Scelta della migliore offerta.

All'esito della presentazione delle offerte concorrenti, va sottoposta ai creditori una sola proposta, che deve recepire,

ponendola a fondamento del piano, l'offerta migliore. Per offerta migliore deve intendersi, in linea di massima, salvi i casi eccezionali di operazioni traslative di azienda che si articolano in previsioni negoziali complesse e intrecciate, l'offerta quantitativamente più conveniente, rispetto a quella originaria, mentre non basta che la maggiore convenienza emerga dalle modalità accessorie con cui la nuova offerta è presentata, a fronte di un corrispettivo complessivamente non migliorativo di quello previsto dall'offerta iniziale. Tanto si desume dalla specifica disposizione, nel decreto di apertura della procedura, dell'aumento minimo del corrispettivo iniziale, quand'anche indirettamente determinato. Sicché non basta che le nuove offerte stabiliscano una più conveniente modalità di pagamento, ad esempio senza dilazione, o più congrue garanzie, a fronte di un corrispettivo rimasto sostanzialmente invariato rispetto a quello indicato dall'offerta originaria. Tali offerte, in quanto non conformi alle prescrizioni del decreto, sarebbero comunque inefficaci. Questo meccanismo presuppone una scelta tra le varie offerte pervenute, che deve essere effettuata prima dell'adunanza dei creditori, e poi la regolamentazione del comportamento del debitore e della sorte dell'originaria offerta risultata perdente. Il menzionato iter logico e cronologico risulta chiaro e univoco soltanto nell'affermazione che la scelta debba precedere l'adunanza dei creditori. Questo dato può essere desunto dal sistema (se ai creditori deve essere presentata una sola offerta, è chiaro che la selezione della stessa debba avvenire prima dell'adunanza) ed è espressamente affermato nel comma 3 dell'art. 163-bis, il quale precisa che la gara tra le offerte migliorative può avere luogo alla stessa udienza fissata per l'esame delle offerte o ad un'udienza immediatamente successiva "e deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione". Molto meno lineare è il percorso seguito dal legislatore per la selezione dell'offerta da sottoporre ai creditori. Il proprio decreto il tribunale fissa "la data dell'udienza per l'esame delle offerte" e in questa udienza le offerte, presentate in forma segreta, "sono rese pubbliche alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato". Sicché si intende assicurare l'effettiva partecipazione dei creditori, ossia la possibilità che ciascuno di essi possa esprimere le proprie deduzioni, nel rispetto del principio del contraddittorio. Al riguardo, il legislatore ha inteso significare che l'udienza di apertura delle buste contenenti le offerte è, per ovvi motivi di trasparenza, pubblica, potendovi partecipare, oltre agli offerenti, qualunque interessato, ma che a tale operazione evidentemente si procede anche se nessuno di costoro sia presente, non potendosi interpretare la mancata presenza di un offerente come rinuncia all'offerta. A questo punto, lo sviluppo logico dell'iter concorsuale avrebbe presupposto l'apertura di una gara tra le varie offerte pervenute, quella iniziale e tutte le altre successive, purché conformi al decreto del tribunale, attraverso la quale individuare l'offerta migliore e, dunque, vincente, da porre a base del piano da sottoporre all'assemblea dei creditori, come peraltro lascia intendere il comma 4, il quale prevede che "il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara". Tuttavia, se questo era l'intento del legislatore, esso non è stato trasfuso nella norma, che - a parte la frase del comma 4 appena menzionata - si esprime in modo completamente diverso. Il comma 3 dell'art. 163-bis, infatti, dopo la previsione dell'apertura delle buste contenenti le offerte all'udienza fissata per l'esame delle stesse, così continua: "Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti", che può avere luogo alla stessa udienza in cui la gara è disposta o ad un'udienza immediatamente successiva. Da questa espressione, che esaurisce la disciplina sulla selezione dell'offerta da porre a base della proposta e del piano da sottoporre al voto dei creditori, si deduce che il tribunale valuta se le offerte pervenute siano o non migliorative rispetto a quella originaria e che solo ove pervengano più offerte ritenute migliorative si apre una gara tra i proponenti di queste. Qualora il legislatore avesse voluto disporre la gara tra tutti gli offerenti, non si spiegherebbe perché abbia ipotizzato la presentazione di più offerte migliorative, ove l'aggettivazione comparativa presuppone un raffronto rispetto al modello iniziale, che va fatto dall'organo giudiziario, atteso che, secondo la norma, è il giudice che dispone la gara tra gli offerenti, quando appunto abbia appurato che sono pervenute più offerte, e non una sola, migliorative rispetto a quella originaria. Né si spiegherebbe la previsione secondo cui la gara può avere luogo alla stessa udienza fissata per l'esame delle offerte o, nonostante l'urgenza a chiudere la vicenda, "ad un'udienza immediatamente successiva"; differenziazione che si giustifica, appunto, con la necessità di avvertire gli offerenti assenti all'udienza dell'apertura della gara, cui si procede non in presenza di offerte, ma solo di più offerte migliorative, e solo tra gli offerenti migliorativi. Il legislatore, se avesse voluto indire la gara tra tutti gli offerenti, avrebbe previsto la stessa all'udienza fissata per l'esame delle offerte, alla quale gli offerenti interessati a parteciparvi, sapendo che comunque si sarebbe aperta la gara, sarebbero stati presenti. Pertanto, ove giunga una sola offerta, il tribunale stabilisce se questa sia migliorativa o non di quella originaria e, ove la ritenga tale, questa offerta deve essere posta a fondamento della proposta concordataria, altrimenti si procede con l'originaria proposta del debitore. Qualora, invece, pervengano più offerte e almeno due di esse siano considerate dal tribunale migliorative rispetto a quella originaria, quest'ultima viene scartata e, allo scopo di scegliere la vincente, si effettua la gara tra gli altri offerenti, atteso che la norma prevede la gara tra gli offerenti solo nel caso che siano state presentate "più offerte migliorative". Ed infatti, quando, nel corpo sempre del comma 3 dell'art. 163-bis, si fa riferimento alla liberazione dell'offerente originario dalle obbligazioni eventualmente assunte con il debitore nel caso di preferenza di altra offerta, si specifica che detta liberazione avviene "con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente", ove il termine "aggiudicazione" si riferisce all'individuazione dell'acquirente finale quando venga fatta la gara competitiva tra più concorrenti, mentre il termine "vendita" si riferisce al caso in cui vi sia un unico offerente, al quale i beni vengono venduti senza una preventiva aggiudicazione e, quindi, senza una gara che, appunto, non è obbligatoria. Ne discende che, con la previsione del comma 4, secondo cui il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità

all'esito della gara, poiché questa è solo eventuale, è da ritenere che il legislatore, consciamente o inconsciamente, abbia utilizzato una sineddoche, usando il termine "gara" per indicare l'intero complesso delle attività svolte per determinare l'offerta che ha prevalso sulle altre. In tal modo è stato attribuito al tribunale il compito, abbastanza impegnativo e che sfiora la stessa convenienza, di valutare se l'offerta o le offerte concorrenti siano migliori di quella proposta dal debitore, di fare, cioè, quella valutazione, riservata nel decreto legge al commissario, diretta a stabilire, sulla base di un giudizio comparativo, quale offerta corrisponda al miglior interesse dei creditori, per poi aprire una gara solo tra quelle offerte giudicate migliorative rispetto a quella originaria del debitore. È un compito anomalo e in contrasto col ruolo dell'organo giudiziario nel concordato, ma il fatto che debba essere il tribunale a valutare se siano state presentate più offerte migliorative costituisce, indipendentemente dalle conseguenze che se ne vogliono far derivare sui partecipanti alla gara, un dato inoppugnabile nel quale è insita una valutazione di merito (BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in www.fallimentiesocietà.it).

■ ■ 16. Recepimento dell'offerta migliore da parte del debitore.

Il quadro è completato dalla previsione del comma 4 dell'art. 163-bis, secondo cui "il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara". Previsione indispensabile, perché le offerte concorrenti si inseriscono nella strategia attuativa delle proposte e del piano del debitore, per portare ad un risultato migliore, per cui l'offerta vincente, in quanto attui la massimizzazione del valore di realizzo di un singolo bene o di un intero complesso aziendale, deve essere recepita nella proposta, ma principalmente, nel piano del debitore, che vengono sottoposti al giudizio dei creditori. In questo senso il debitore deve modificare proposta e piano, conformandosi all'esito della gara.

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

Non è fissato un termine per apportare tale modifica. Tale termine non può essere quello posto dal comma 2 dell'art. 172, di quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori, quando l'offerta vincente cui adeguarsi viene determinata in un momento successivo a tale data. Quando l'offerta preferita è individuata in data anteriore a quella fissata dall'art. 172, questa potrebbe segnare il limite ultimo per la modifica, anche per dar modo al commissario – visto che la situazione lo consente – di poter redigere una relazione integrativa da depositare nei dieci giorni antecedenti all'udienza per spiegare la modifica intervenuta, tanto più che è difficile pensare che nella prima relazione, da depositare quarantacinque giorni prima dell'adunanza, la vicenda concorrenziale sia già conclusa. Tuttavia, la situazione delineata dall'art. 163-bis integra una fattispecie speciale, in cui la modifica non è frutto di una scelta del debitore, ma gli è sostanzialmente imposta, sicché per essa non può valere la richiamata norma generale e deve fissarsi come termine ultimo per la modifica/adeguamento quello dell'udienza dei creditori, che individua il termine entro il quale deve essere completata la gara, da cui esce l'offerta vincente alla quale il debitore deve conformare la propria proposta e il piano.

■ ■ 16.1. Mancato adeguamento del debitore.

La disposizione in commento si limita a prescrivere l'obbligo del debitore di modificare il piano in conformità all'esito della gara (art. 163-bis, co. 4), senza precisare né le conseguenze del comportamento omissivo del debitore, né le modalità con cui si può sopperire a tale situazione. La carenza più grave di questa parte della norma è rappresentata dalla mancanza di un intervento sostitutivo dell'eventuale inerzia o ostracismo o dell'espressa revoca del piano, da parte del debitore, che dovrebbe invece provvedere al recepimento dell'offerta vincente. È chiaro che il mancato adeguamento della proposta e del piano alla realtà dell'offerta concorrente preferita o vincente costituisce un motivo di revoca del concordato *ex art.* 173, applicabile anche nella fase del pre-concordato o, comunque, di inammissibilità, in questo caso, della proposta di concordato pieno non adeguata. Ma il problema non sono le sanzioni risolutive, bensì quelle esecutive da parte dell'organo giudiziario, al fine di portare coattivamente a termine il concordato sulla base dell'offerta concorrente scelta, similmente a quanto disposto dall'art. 185 per le proposte concorrenti.

In base ad un primo indirizzo, qualora il debitore non si attivi al fine di consentire l'esecuzione dell'offerta presentata dal terzo e selezionata dal tribunale, sarebbe applicabile in via analogica alla fattispecie del disposto dell'art. 185, co. 4, laddove statuisce che il tribunale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti (PISCITELLO, *op. cit.*, 302).

Tuttavia, i tentativi di applicare il sistema previsto da questa norma anche alle offerte concorrenti si scontrano con la chiara dizione degli ultimi commi dell'art. 185, che chiaramente e inequivocabilmente prendono in considerazione la resistenza o l'inerzia del debitore a dare esecuzione alla proposta concorrente omologata (BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in www.fallimentiesocietà.it). Né questo sistema può essere esportato alle offerte concorrenti in via analogica per la diversità che sussiste tra le due fattispecie. L'art. 185, per la sua collocazione e per il suo contenuto, regola, infatti, l'esecuzione del concordato e i commi che trattano dei poteri coercitivi del tribunale riguardano l'esecuzione della proposta concorrente che sia stata scelta dai creditori, al posto di quella presentata dal debitore, e omologata dal tribunale, mentre nel caso delle offerte concorrenti si tratta di imporre al debitore di recepire

nella sua proposta, da sottoporre ai creditori, l'offerta concorrente risultata vincente. Nel primo caso, quindi, un intervento coercitivo sul debitore si giustifica perché si tratta di dare esecuzione ad una proposta che ha già raccolto la maggioranza dei voti ed è stata omologata dal tribunale; nel secondo, tra le più offerte presentate ne è stata scelta una, selezionata nel modo in precedenza indicato, che per essere sottoposta ai creditori, deve entrare nella proposta del debitore, il quale, almeno fin quando la stessa non sia approvata dai creditori (o omologata secondo altro indirizzo), ha la disponibilità piena della stessa e può, pertanto, ove non ritenga di adeguarsi, ritirare la sua domanda; ed è indubbio che, se viene meno la domanda di concordato, vengono meno anche le offerte. Probabilmente è su questa autonomia che occorre intervenire per ovvie ragioni di interesse pubblico; non si può, infatti, consentire che su una proposta preconfezionata del debitore si apra una procedura concordataria, si raccolgano offerte di altri interessati, si selezionino l'offerta migliore, con un dispendio di tempo, di energie e di danaro per l'apparato dello Stato e per gli interessati e, a quel punto, il debitore, proprio nel momento in cui si individua un'offerta migliorativa per i creditori rispetto a quella da lui presentata, possa sostenere di non avere più interesse a proseguire nella procedura concordataria, rischiando poco, ove non vi siano domande di fallimento, e ponendo così nel nulla tutto ciò che è stato fatto fino a quel momento. Pertanto, nel caso di ritiro o di revoca o di altro provvedimento ablativo, verrebbe posto nel nulla tutto ciò che proceduralmente è stato fatto, con salvezza soltanto di eventuali negozi già conclusi, sicché il contratto di trasferimento intervenuto rimane valido ed efficace, in quanto legalmente compiuto in corso di procedura, mentre la scelta dell'offerta migliore, in quanto atto procedurale, perde ogni valore, perché viene meno la base sulla quale dovrebbe essere coltivata per il suo successivo sviluppo, che è la procedura di concordato. Resta fermo comunque che se, da un lato, attraverso il mancato adeguamento all'esito della gara, il debitore proponente rende inoffensivo il procedimento svolto, dall'altro, si accolla i costi che nel frattempo sono eventualmente maturati.

■ ■ 17. Conseguenze del superamento dell'offerta originaria.

Il legislatore, infine, prende in considerazione anche la posizione di colui che ha presentato l'offerta originaria compresa nel piano depositato dal debitore concordatario, qualora sia stata scelta un'offerta presentata da altri. Invero, la fine del comma 3 dell'art. 163-bis dispone che "in ogni caso, con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al comma 1, quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato". Appare coerente la scelta di subordinare il momento della liberazione del primo offerente all'aggiudicazione o alla vendita a soggetto diverso, perché questi eventi coincidono con quelli in cui è selezionata l'offerta migliore. Ad ogni modo, il primo offerente "è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore" e, di conseguenza, anche quest'ultimo è liberato dalle sinallagmatiche obbligazioni assunte nei confronti della controparte, benché la norma prenda in considerazione la sola posizione dell'offerente. Oltre alla liberazione dalle sue obbligazioni, il primo offerente, sempre nel caso di superamento della propria offerta, ha diritto al rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato (sempre nell'offerta iniziale). Per contro, non sono rimborsabili altre voci, come - ad esempio - gli investimenti eseguiti per l'esecuzione del futuro contratto. L'effetto liberatorio è indipendente dallo stato di buona o mala fede dell'offerente iniziale. In realtà, non vi è motivo per riconoscere un diritto al rimborso delle spese e dei costi al primo offerente, qualora la sua offerta non sia accettata dal debitore, perché in questa ipotesi si ricade in un'ipotesi di trattativa contrattuale non andata a buon fine, senza l'assunzione di alcun vincolo, mentre un ristoro anche forfettario, alla stregua di una clausola penale, è giustificabile solo ove il debitore e il terzo abbiano concluso un contratto, sebbene, anche in questo caso, essendo l'accordo intervenuto in vista e in funzione della domanda di concordato, l'alea del superamento dell'accordo è oggi connaturata a questo tipo di procedura. Evidentemente il legislatore - come è spiegato nella Relazione accompagnatoria - ha voluto evitare il rischio che la prospettiva di una successiva procedura competitiva disincentivi i terzi rispetto alla presentazione di proposte di acquisto, in qualsiasi forma, durante la fase iniziale del processo di risoluzione concordata della crisi. In assenza di tale rimborso, i potenziali acquirenti più difficilmente investirebbero tempo e risorse nella definizione dell'operazione di cessione degli *assets* dell'impresa in crisi. Il tetto al rimborso massimo è volto a evitare un'eccessiva lievitazione, a carico della procedura, dei costi per spese professionali sostenute dall'originario offerente ed è contenuto entro il limite massimo del tre per cento del prezzo indicato nell'offerta. Ciò al fine di non scoraggiare, per l'esiguità dei rimborsi ottenibili, la presentazione di offerte iniziali, quando si tratti di cespiti di valore non significativo. Si tratta di una spiegazione convincente per estendere a tutte le ipotesi di proposte preconfezionate l'applicazione della norma in esame, tanto più che la formulazione della norma, che non stabilisce una percentuale fissa del rimborso, ma indica solo il tetto massimo dello stesso, permette di graduare detto rimborso al singolo caso concreto. A tale rimborso l'interessato può comunque preventivamente rinunciare, precisando, ad esempio al momento della presentazione dell'offerta, di nulla pretendere ove risulterà scelta altra eventuale offerta alternativa. Non è chiaro perché il compito di disporre il rimborso delle spese e dei costi sia stato attribuito al commissario, visto che tale organo ha soltanto funzioni di vigilanza e non la gestione dell'impresa in concordato. Peraltro non si comprende se disporre il rimborso significhi che il commissario quantifica lo stesso o anche provvede al pagamento. Al riguardo, si opta per l'interpretazione più ampia, secondo cui spetta al

commissario la liquidazione di tale importo, pur se in tal caso sarebbe stato più logico attribuire il relativo compito al tribunale, che gestisce l'intera procedura competitiva, perché non si vede con quali mezzi e quali poteri il commissario possa provvedere al pagamento, salvo a svuotare il deposito di cui al n. 4 del comma 2 dell'art. 163, destinato ad altri fini e il più delle volte insufficiente. Il fatto che a decidere in proposito sia il commissario porta con sé come conseguenza che avverso il provvedimento in questione l'interessato può proporre soltanto il ricorso *ex art. 36* (applicabile al commissario giudiziale per il richiamo contenuto nel comma 2 dell'art. 165) per violazione di legge, di modo che tutte le questioni sull'entità del rimborso non possono essere oggetto del reclamo. Non è indicato, infine, il tempo entro il quale il commissario deve provvedere al rimborso o, quanto meno, quantificarlo; probabilmente dovrebbe assolvere a questo incarico prima dell'assemblea dei creditori, perché a quella data la gara è esaurita e si conosce l'offerta vincente; inoltre, essendo detto rimborso a carico della massa, deve essere chiarito ai creditori quali sono le effettive disponibilità a loro riservate. Non vi è dubbio, infatti, che il credito in questione sia da considerare prededucibile, essendo sorto in occasione e in funzione della procedura concordataria e per l'utilità della massa, per aver stimolato l'interesse di altri che hanno fatto offerte migliori. In mancanza di indicazioni normative, deve ritenersi che l'onere rimanga a carico del proponente e dunque sulle risorse da destinare ai creditori.

Nessun rimborso spetta invece agli offerenti successivi che non abbiano vinto la gara.

■ ■ 18. Conseguenze del superamento del contratto preliminare.

Qualora il proponente presenti il piano di concordato, che abbia ad oggetto la stipulazione tra il debitore ed un terzo previamente individuato di un contratto avente la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo di azienda o di specifici beni, la modificazione della proposta e del piano in conformità all'esito della gara, in cui l'aggiudicatario risulti essere un soggetto diverso dal promissario acquirente, pone la questione delle ripercussioni che tale modificazione avrà sulla sorte del contratto originariamente concluso dal debitore (Moreschini, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, Milano, 2016, 112). La disposizione non regola espressamente tale aspetto. Si limita, invece, a prevedere che l'originario offerente (o promissario acquirente) è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore ed ha diritto al rimborso delle spese e dei costi eventualmente sostenuti per la formulazione dell'offerta (o per la stipulazione del contratto) nei limiti del 3% del prezzo indicato nell'offerta (o nel contratto). Nelle more del completamento della procedura competitiva, si verifica una sospensione *ex lege* dei contratti preliminari e delle offerte unilaterali pendenti, configurandosi un'eccezione rispetto a quanto disposto dall'art. 169-bis (in dottrina Greggio, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l.fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia?*, in *www.ilfallimentarista.it*; in giurisprudenza Trib. Bergamo, Sez. II, circolare operativa 3 marzo 2016, n. 2/16, in *www.avvocatidibergamo.it*).

Resta da chiedersi quale trattamento giuridico debba essere riservato a tali contratti, qualora siano superati dall'esito della gara. Quando si tratti di una mera offerta unilaterale, cui non abbia fatto seguito la stipulazione di un contratto ad efficacia obbligatoria, la vincita della gara in favore di un offerente diverso da quello originario implicherà la sostituzione dell'offerente aggiudicatario all'offerente iniziale, con la caducazione automatica dell'offerta iniziale. Qualora, per converso, sia stato concluso un contratto preliminare, è escluso che tale contratto sia affetto da invalidità (neanche per frode alla legge) o diventi inefficace in ragione dell'aggiudicazione in favore di un terzo. Piuttosto, detta aggiudicazione comporta lo scioglimento *ope legis* dell'iniziale vincolo negoziale e la necessità di stipulare un nuovo contratto con l'aggiudicatario.

Secondo altra impostazione, non necessariamente, per effetto dell'apertura della procedura competitiva, il preliminare si risolve *ex lege*. Ben potrà ricorrere una vendita stipulata in esecuzione del preliminare, che ha natura di vendita coattiva, sicché il trasferimento finale costituirà atto di adempimento del preliminare, con tutte le conseguenze del caso. Questa conclusione non preclude la possibilità per l'imprenditore (e quindi per la procedura) di chiedere l'adempimento al promissario acquirente che non abbia inteso partecipare alla competizione, eventualmente adeguando la sua offerta, quando non vi sia vendita o aggiudicazione in favore di terzi offerenti (Gunnella, *op. cit.*, 355).

Nondimeno, le questioni che si pongono in ordine alla sorte dell'iniziale contratto sono suscettibili di aprire una lite, che non può essere risolta all'interno della procedura concordataria, ma esige l'apertura di un giudizio ordinario.

SEZ. II

LE DOMANDE E LE RISPONDE

Sommario •1. In quali tipi di concordato si applica la disciplina sulle offerte concorrenti? •2. Quale oggetto deve avere l'offerta o il contratto contemplati dal piano di concordato? •3. Quali soggetti possono presentare nuove offerte? •4. La disciplina sulla procedura competitiva si applica anche alle proposte provenienti dai creditori? •5. La disciplina sulle offerte concorrenti è immediatamente applicabile? •6. Il decreto del tribunale può incidere sul contenuto delle offerte? •6.1. Entro quali limiti? •6.2. Quali i limiti per le offerte aventi ad oggetto l'affitto d'azienda? •7. Qual è il contenuto del decreto di apertura della procedura competitiva? •8. In che termini gli interessati possono avere accesso alle informazioni rilevanti? •9. In quali ipotesi e a quali condizioni prevale l'offerente originario? •10. Cosa si intende per offerta migliorativa? •11. Quando ricorre la vendita e quando l'aggiudicazione? •12. Quali questioni si pongono ove il contratto preliminare previsto nel piano sia superato da un'offerta migliorativa?

1. In quali tipi di concordato si applica la disciplina sulle offerte concorrenti?

La nuova regolamentazione ha l'obiettivo di perseguire il massimo realizzo delle vendite dei beni dell'impresa, in modo da porre fine al fenomeno delle proposte vincolate, evitando che il piano predisposto dal debitore ponga i creditori di fronte alla secca alternativa di accettare le modalità contemplate di cessione a terzi degli *assets* o di votare contro. Pertanto, il legislatore, attraverso la previsione delle offerte concorrenti, ha inteso massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari, mettendo a loro disposizione una terza possibilità rispetto a quella dell'accettazione o del mero rifiuto della proposta del debitore. In questa prospettiva, è stata recepita la prassi di alcuni tribunali che, in presenza di piani di concordato che prevedevano la vendita a soggetti predeterminati, si avvalevano di procedure competitive. Date queste premesse sulla *ratio* della procedura competitiva imposta dall'art. 163-bis, ne discende che essa è compatibile con ogni tipo di concordato che preveda qualsiasi trasferimento di beni in ambito concordatario. In questo senso si è pronunciata anche la prima giurisprudenza di merito, la quale ha ritenuto che la disciplina delle offerte concorrenti, prevista dall'art. 163-bis, si applica a qualsiasi trasferimento di beni in ambito concordatario e quindi non soltanto in caso di concordato liquidatorio, ma anche in caso di concordato con continuità mista e con continuità funzionale alla cessione dell'azienda (Trib. Forlì, decr. 3 febbraio 2016, in *Fall.*, 2016, 7, 877). In particolare, vi è compresa l'ipotesi di proposta concordataria, avente natura liquidatoria, che preveda l'affitto di un ramo d'azienda finalizzato alla cessione (Trib. Monza, decr. 17 maggio 2016, in www.lfallimentarista.it).

L'introduzione di modelli competitivi dovrebbe costituire un argine nei confronti di piani di concordato finalizzati alla cessione di *assets* aziendali a prezzi inferiori al valore reale a soggetti già individuati unilateralmente dal debitore e contribuire ad incrementare l'attivo del concordato. Per altro verso, la nuova regolamentazione potrebbe agevolare operazioni speculative volte a sottrarre l'azienda ad imprese concorrenti e, soprattutto, non prevede alcuna forma di tutela per i soci di minoranza delle società ammesse alla procedura, che rischiano di assistere ad un decremento di valore del proprio investimento senza disporre di validi strumenti di tutela dei propri interessi (PISCITELLO, *op. cit.*, 303).

2. Quale oggetto deve avere l'offerta o il contratto contemplati dal piano di concordato?

In ambito concordatario, la nuova disciplina sulle offerte concorrenti di cui all'art. 163-bis si applica a tutte le fattispecie in cui il debitore presenti un piano che comprenda un'offerta, da parte di un soggetto già individuato, finalizzata al trasferimento dell'azienda, di un ramo o di beni specifici o di un complesso di beni, nonché alle ipotesi di contratti di affitto e ai preliminari di vendita (Trib. Bolzano, 17 maggio 2016, in www.lfallimentarista.it). Nello stesso senso altro arresto di merito ha puntualizzato che il comma 6 dell'art. 163-bis sulle c.d. offerte concorrenti, inserito dal d.l. n. 83/2015, conv. con modificazioni nella l. n. 132 del 2015, ha introdotto un nuovo iter procedimentale, volto alla ricerca nel mercato di offerte concorrenti e alla cessione a migliori condizioni, che deve essere attivato nel caso in cui la proposta di concordato contenga un'offerta di affitto o di acquisto di un bene o di un'azienda (Trib. Palermo, decr. 4 maggio 2016, in www.Dejure.it). L'obbligo di offerte concorrenti non presuppone necessariamente che il piano presentato dal debitore contempli la cessione a titolo definitivo dell'azienda, ma è sufficiente la previsione di un mero trasferimento temporaneo degli *assets* aziendali. Ed infatti, l'ultimo comma dell'art. 163-bis prevede che la disciplina si applichi, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'art. 161, co. 7, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami della stessa.

Con riferimento al concetto di "contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni", la cui stipula tra il debitore e un terzo individuato prima della presentazione del piano di concordato legittima l'applicazione della disciplina sulla procedura competitiva, si intende non solo il contratto preliminare di vendita, ma tutti i contratti già conclusi dal debitore che abbiano come scopo ultimo il trasferimento dell'azienda o dei beni immobili al termine dell'affitto o della locazione (Trib. Alessandria, decr. 18 gennaio 2016, in *Fall.*, 2016, 4, 491). Quanto alla figura del contratto preliminare, sebbene esso produca di per sé meri effetti obbligatori, nondimeno la sua strumentalità al definitivo rende comunque opportuna l'apertura di una procedura competitiva, che consenta di incrementare l'attivo da distribuire ai creditori. Alla medesima soluzione deve pervenirsi quando il piano del debitore preveda il conferimento degli *assets* in una società e la successiva cessione a terzi delle quote o delle azioni della stessa. Sebbene in questo caso il fenomeno traslativo che giustifica l'applicabilità della disciplina delle offerte concorrenti non riguardi beni aziendali, ma le azioni o le quote della società, gli effetti sono analoghi e, soprattutto, l'apertura di una gara dovrebbe riflettersi favorevolmente sulla posizione dei creditori.

Rientra nell'ambito di applicazione della norma anche un contratto di locazione di immobile di cui sia prevista la cessione al locatario con imputazione dei canoni nel frattempo corrisposti in conto prezzo.

Quanto al concetto di "specifici beni" oggetto dell'offerta di trasferimento o del contratto con finalità di trasferimento non immediato, la cui integrazione giustifica il ricorso alla disciplina delle offerte concorrenti, deve trattarsi di beni funzionali all'esercizio dell'impresa e non di merci la cui alienazione rientri nella sua gestione ordinaria. Così nell'ipotesi di contratti preliminari, aventi ad oggetto la cessione di singoli beni ricollegabili alla normale e caratteristica attività di gestione dell'impresa, stipulati dal debitore prima della domanda di concordato preventivo, non si applica la disciplina del procedimento competitivo nelle offerte concorrenti *ex art.* 163-bis (Trib. Livorno, decr. 11 maggio 2016, in *Fall.*, 2016, 7, 877).

In tema di offerte concorrenti, l'art. 163-bis, introdotto dal d.l. n. 83/2015, dispone al comma 6 che la nuova disciplina si applica anche, "in quanto compatibile", agli atti urgenti di straordinaria amministrazione da autorizzare nel periodo intercorrente tra il deposito dell'istanza e il decreto di ammissione, ai sensi dell'art. 161, comma 7. Infatti, per effetto dello sposessamento attenuato del suo patrimonio, l'imprenditore deve sottoporre a vaglio gli atti di straordinaria amministrazione che intende compiere, non solo qualora la proposta sia rivolta ad ottenere l'omologa di un concordato in continuità, ma anche qualora si tratti di un concordato liquidatorio. Di conseguenza, in presenza di una richiesta di autorizzazione, presentata dal debitore concordatario, avente ad oggetto un atto dismissivo, ovvero la cessione in blocco delle merci, deve essere attivata la procedura competitiva per la ricerca di soggetti interessati all'acquisto dei beni (Trib. Palermo, decr. 4 maggio 2016, in www.Ilfallimentarista.it). In questa prospettiva, il tribunale in composizione collegiale, tenuto conto delle ragioni di urgenza che rendevano indifferibile l'affitto all'esito di espletamento di una procedura competitiva, ha autorizzato la stipula del contratto di affitto del ramo di azienda, differendo la procedura competitiva per l'individuazione del soggetto affittuario ad un momento successivo, ferma restando comunque la necessità di esperire procedure competitive al momento della vendita dell'azienda (Trib. Bergamo, decr. 23 aprile 2015).

3. Quali soggetti possono presentare nuove offerte?

Diversamente da quanto avviene per le proposte concorrenti, ove la legittimazione è circoscritta ai creditori titolari di una determinata percentuale di crediti, le offerte possono essere presentate da tutti gli interessati, evitando che la predeterminazione dei requisiti dell'offerta possa ostacolare il perseguimento dell'obiettivo del massimo incremento delle risorse destinate ai creditori chirografari, alla base dell'introduzione dell'istituto. Nondimeno, siffatta apertura non è illimitata, poiché il decreto deve determinare anche le condizioni di partecipazione degli offerenti. Tale determinazione è finalizzata ad impedire la partecipazione alla competizione di parti correlate al debitore ovvero di soggetti non indipendenti rispetto al debitore medesimo e che versino in una situazione di conflitto di interessi (BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in www.fallimentiesocietà.it).

Secondo altro indirizzo, sarebbero legittimati alla presentazione delle offerte concorrenti anche i soci della società debitrice o un soggetto legato in qualunque modo al debitore, sia esso persona fisica che giuridica, poiché non dovrebbero valere le limitazioni poste dall'art. 163 in materia di proposte concordatarie concorrenti (GUNNELLA, *op. cit.*, 353). Sicché avrebbe un peso determinante il contenuto oggettivamente migliorativo dell'offerta concorrente pervenuta, a prescindere dai requisiti posseduti dall'offerente che l'ha formulata. E ciò anche perché, a fronte di una competizione che si intende aprire all'esito dell'offerta posta a base del piano, la quale per definizione può provenire da qualsiasi soggetto, anzi spesso proviene da un interlocutore del debitore, il fine cui mira la procedura è quello di ottenere delle offerte concorrenti economicamente più convenienti, da chiunque esse siano avanzate.

4. La disciplina sulla procedura competitiva si applica anche alle proposte provenienti dai creditori?

Particolarmente problematica è l'eventuale interazione tra proposte ed offerte concorrenti. In particolare, ci si chiede se l'obbligo di iniziare il procedimento di cui all'art. 163-bis sia limitato alle ipotesi di piani di concordato chiusi presentati dal debitore o possa essere esteso alle ipotesi di proposte dei creditori che prevedano il trasferimento di *assets* aziendali a soggetti preventivamente individuati (GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in www.ilcaso.it).

Al riguardo, è stato sostenuto che la facoltà di procedere ad offerte concorrenti è limitata ai casi in cui la proposta "chiusa" di alienazione degli *assets* aziendali sia contenuta nel piano del debitore. Decisivi in questo senso sarebbero la formulazione letterale dell'art. 163-bis, co. 1, che si riferisce espressamente al debitore, e del comma 5 dello stesso articolo, ove si prevede che il debitore (e non il creditore) proponente deve modificare la proposta ed il piano in base all'esito della gara.

Tali argomentazioni potrebbero non essere decisive se si tiene presente che il riferimento, contenuto nell'enunciato normativo, potrebbe essere conseguenza della circostanza che la medesima costituisce la fattispecie base, mentre quelle concorrenti rappresentano una mera eventualità. È ben vero che il riconoscimento della possibilità di presentare, anche in tal caso, offerte concorrenti può comportare un appesantimento della procedura; tuttavia, non sembra sussistere alcuna apprezzabile ragione per escludere *a priori* i benefici che potrebbero derivare alla massa dei creditori in seguito ad offerte concorrenti formulate con riferimento alla proposta di concordato "chiusa" presentata da uno dei creditori. Né va trascurato che l'esclusione della possibilità di presentare offerte concorrenti, nell'ipotesi di proposte dei creditori chiuse con cui si prevede a prezzo predeterminato la cessione di *assets* aziendali, possa aprire una breccia verso operazioni poco trasparenti, in contrasto con le stesse finalità della disciplina dell'istituto regolato dall'art. 163-bis, favorendo la presentazione di piani che prevedano la cessione a soggetti compiacenti.

In definitiva, appare ragionevole ritenere che non sussistano argomenti sufficienti per escludere *a priori* la possibilità di presentare offerte concorrenti, nell'ipotesi in cui le proposte formulate da uno o più creditori prevedano il trasferimento degli *assets* aziendali ad un terzo predeterminato.

5. La disciplina sulle offerte concorrenti è immediatamente applicabile?

La prima giurisprudenza intervenuta (Trib. Udine, decr. 15 ottobre 2015) ha ritenuto immediatamente applicabile l'art. 163 bis, facendo leva sulla legge di conversione, che comporta la definitiva precisazione del contenuto normativo *ab origine* del decreto del Governo, con conseguente inevitabile retroattività delle modificazioni; di conseguenza, si è ritenuto indispensabile disporre l'apertura del procedimento competitivo, volto ad assicurare la comparabilità delle offerte, prevedendo anche la possibilità per il tribunale 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. D'altro canto, la novella ha tratto ispirazione proprio dalle prassi virtuose praticate da alcuni tribunali, che pur in assenza di una precisa cornice normativa disponevano la competizione tra offerte concorrenti allo scopo di scongiurare il pericolo dell'adesione in blocco a proposte strategicamente preconfezionate dal debitore con l'offerente individuato per eludere, o comunque per ridurre, le ragioni dei creditori.

6. Il decreto del tribunale può incidere sul contenuto delle offerte?

Il punto nodale della disposizione richiamata riguarda i poteri spettanti al tribunale nella stesura del decreto, in quanto occorre chiedersi se il giudice debba limitarsi a porre a base del suo provvedimento l'offerta già pervenuta e indicare, come in una vendita senza incanto, le condizioni per partecipare ad una gara, o abbia la libertà di intervenire anche sul contenuto dell'offerta presentata e di disporre in piena autonomia lo schema che devono seguire le offerte ulteriori. Il ruolo residuale attribuito all'organo giudiziario nella procedura concordataria, nonché il richiamo alla comparabilità delle nuove offerte con la prima opzione, lascerebbero preferire la prima soluzione, ma il legislatore ha scelto in realtà la seconda. Invero, la previsione già ricordata di cui all'ultima parte del comma 2 dell'art. 163-bis, 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", induce a ritenere che, se il primo offerente è tenuto a modificare l'offerta per adeguarsi alle condizioni poste dal tribunale per rimanere in competizione con gli altri futuri offerenti e porsi sullo stesso piano dell'irrevocabilità delle offerte che possono pervenire, nel decreto possano essere disposte condizioni diverse da quelle originarie e che le nuove come l'originaria offerta devono adeguarsi a questo modello per essere tra loro comparabili. Il fatto che il tribunale può modificare l'originaria offerta spiega la ragione della norma appena richiamata: non potendosi obbligare l'originario offerente a cambiare la sua offerta, è lasciata allo stesso la libertà di farlo, se ritiene di partecipare alla competizione con gli altri alle condizioni poste dal tribunale ed eventualmente diverse da quelle da lui originariamente indicate.

6.1. Entro quali limiti?

Occorre però determinare il limite all'esercizio dello *jus modificandi* rimesso al tribunale. E ciò perché, oltre all'offerente, tutelato dalla libertà di non adeguarsi, vi è anche il debitore, che è l'attore principale e che ha elaborato un piano presentato ai creditori basato sull'originaria offerta di cui disponeva, il quale potrebbe vedersi sfumata la possibilità di risolvere la crisi della sua impresa in via concordataria se, con lo stravolgimento delle originarie condizioni, il primo offerente non si adegua e, al contempo, non si presentino altri offerenti o comunque anche le loro offerte risultino inadeguate, ossia non rispondenti alle prescrizioni del decreto. Tra l'altro, in tale ipotesi non è pacifico che il concordato non possa andare avanti. Il punto di equilibrio tra poteri del tribunale e interesse del debitore si rinviene nell'indicazione, quale limite all'esercizio dell'intervento del primo, della compatibilità della modifica apportabile con il piano presentato dal debitore, nel senso che le modifiche del giudice non devono essere tali da costringere il debitore ad una modifica radicale del piano. Siffatto concetto, peraltro, è stato esposto già nella Relazione al decreto legge. In essa si specifica che "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...". Questo restringe di molto il potere del tribunale, al punto 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".

6.2. Quali i limiti per le offerte aventi ad oggetto l'affitto d'azienda?

In presenza di una offerta di affitto di azienda, deve essere l'autorità giudiziaria a dettare le condizioni indispensabili per presentare offerte alternative, che possono anche non essere state prese in considerazione nell'originaria offerta. Tuttavia, il tribunale non può imporre, di sua iniziativa, che l'affitto sia propedeutico alla vendita, per cui non può

richiedere che l'offerta debba essere necessariamente accompagnata da una proposta di acquisto irrevocabile. Tanto perché la legge consente anche l'affitto di azienda senza ulteriori impegni. Nondimeno, in questi casi diventa indispensabile disciplinare la retrocessione dell'azienda che, come è noto, realizza un'ipotesi circolatoria alla quale consegue, per legge, l'applicazione del disposto di cui all'art. 2112 c.c., che regola la sorte dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento di azienda, nonché l'applicazione dell'art. 2558 c.c., che regola il subentro del cessionario nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale, ecc. Per far fronte a questa eventualità, il legislatore del 2006 aveva disposto, al comma 6 dell'art. 104-*bis*, che "la retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II", all'evidente scopo di evitare che una gestione aziendale azzardata possa pregiudicare la massa dei creditori. Questa norma è stata ritenuta applicabile ad ogni ipotesi di retrocessione aziendale in capo al fallimento, anche se l'affitto non sia stato stipulato dal curatore (che è la previsione normativa), bensì dall'imprenditore poi fallito, ma è dubbio che sia applicabile automaticamente all'ipotesi della restituzione dell'azienda in favore del debitore concordatario o del liquidatore, per cui, poiché trattasi di norma determinante per le sorti del concordato, il tribunale che apre la procedura competitiva deve porre il contenuto di tale norma come clausola contrattuale obbligatoria, sia che l'offerta iniziale non faccia cenno al tema, sia che lo regoli in modo differente. Nel caso, invece, che l'affitto contenga anche un impegno all'acquisto, bisogna dare all'affittuario, se non la sicurezza, l'alta probabilità che egli diventi anche acquirente dell'azienda, altrimenti non è incentivato a fare investimenti, senza tuttavia escludere l'intervento di altri interessati alla cessione del contratto di affitto, per cui il tribunale - per un verso - dovrà regolamentare, quale meccanismo di tutela dell'affittuario, l'attribuzione del diritto di prelazione, sulla falsariga di quello di cui al comma 5 dell'art. 104-*bis*, anche ove non previsto nell'offerta allegata dal debitore, altrimenti i terzi non sono incentivati a partecipare alla gara, e - dall'altro - dovrà prevedere e regolamentare la vendita competitiva successiva. Ed ancora, se le altre disposizioni dall'art. 104-*bis* in ordine al recesso e al diritto di ispezione non sono elementi obbligatori del contratto, è comunque indispensabile l'osservanza del principio di cui al comma 4 della stessa norma, che richiede che la durata del contratto di affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni, compatibilità che, in sede concordataria, va rapportata al piano predisposto. Di conseguenza, anche sul punto il tribunale potrebbe intervenire disponendo la competizione per la stipula di un contratto di affitto di azienda della durata più breve di quella indicata nell'offerta originaria.

7. Qual è il contenuto del decreto di apertura della procedura competitiva?

Per garantire la trasparenza e la regolarità delle operazioni di trasferimento, è stato introdotto un articolato sistema per la presentazione e la pubblicità delle offerte (CENSONI, *Le offerte concorrenti*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, *Concordato Preventivo ecc.*, Milano, 2016, 76). È innanzitutto stabilito che il decreto con cui il tribunale dispone l'apertura del procedimento competitivo ne definisca le modalità di presentazione, prevedendo che ne siano assicurate la comparabilità, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme ed i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle agli eventuali richiedenti, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto. Lo stesso decreto deve disporre, in ogni caso, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c. e deve stabilire l'aumento minimo del corrispettivo contemplato nell'offerta iniziale.

8. In che termini gli interessati possono avere accesso alle informazioni rilevanti?

Il modello delineato dal legislatore pone in primo piano la tematica della definizione delle modalità di acquisizione di dati e notizie da parte di altre imprese. Probabilmente, come testualmente previsto dal nuovo testo dell'art. 165, co. 3, in relazione alle proposte concorrenti, il commissario giudiziale può richiedere l'assunzione degli opportuni obblighi di riservatezza. Più complesso è precisare se la particolare posizione del richiedente sul mercato possa legittimare un rifiuto. Al riguardo, si ritiene che l'interesse alla presentazione di una pluralità di proposte e all'incremento dell'attivo distribuibile ai creditori debba essere considerato prevalente, sicché l'astratta possibilità che un'impresa concorrente possa servirsi dei dati comunicati e delle notizie ricevute non legittima il rifiuto del commissario; piuttosto, l'utilizzazione impropria di tali dati può costituire il presupposto di azioni risarcitorie nei confronti di chi ne ha fatto un uso illegittimo. In questa prospettiva, sulla base della prassi diffusa in alcuni tribunali, potrà essere prescritta la creazione di *data rooms*, in modo che sia assicurata a tutti gli interessati un'agevole consultazione della documentazione necessaria (BOGONI, *Le offerte concorrenti*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, 281).

9. In quali ipotesi e a quali condizioni prevale l'offerente originario?

Se l'offerente iniziale, dopo le prescrizioni disposte dal tribunale, non si conformi e non siano presentate altre offerte, questi rimane comunque vincolato alla sua offerta, che non è divenuta inefficace. Infatti, il comma 2 sanziona il

mancato adeguamento con la previsione della permanenza della revocabilità, non con l'inefficacia, mentre il comma 3 stabilisce che la liberazione del primo offerente avviene "con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al primo comma". Altrettanto avviene se un terzo si aggiudichi la gara, ma successivamente la sua offerta sia ritirata o divenga per altre cause inefficace, benché l'offerente iniziale non abbia modificato la sua offerta.

Se, invece, egli si sia adeguato alle prescrizioni del tribunale, verosimilmente non potrà tornare indietro, poiché la sua offerta è divenuta irrevocabile. Questa soluzione è certa per il caso in cui vi sia stata la gara con altri offerenti ed egli sia rimasto aggiudicatario, poiché evidentemente è stata spesa pienamente la volontà negoziale dell'offerente. La soluzione non muta anche nell'ipotesi in cui non vi siano stati altri offerenti, poiché l'offerente originario ha modificato definitivamente le sue condizioni, che quindi resteranno ferme nonostante l'assenza di altre offerte.

10. Cosa si intende per offerta migliorativa?

Il decreto con cui si dispone l'apertura del procedimento competitivo deve, tra l'altro, indicare l'aumento minimo del corrispettivo. Pertanto, deve reputarsi che le offerte concorrenti debbano essere necessariamente migliorative sul piano quantitativo rispetto al piano presentato dal debitore. Sicché la fissazione dell'aumento minimo del corrispettivo sembra precludere che il contenuto migliorativo possa limitarsi a prevedere diverse modalità di pagamento rispetto alla proposta del debitore (ad esempio, una dilazione meno lunga) o un mero incremento delle garanzie prestate. Inoltre, il decreto deve fissare il prezzo base sul quale calcolare tale aumento minimo, che non necessariamente deve coincidere con il corrispettivo indicato dall'offerta iniziale contemplata dal piano proposto dal debitore. In specie, è *ammissibile l'indizione della gara ai sensi dell'art. 163-bis sulla base del prezzo di stima giudicato realizzabile dal commissario giudiziale, tenuto conto delle risultanze di bilancio della società e del suo volume d'affari* (Trib. Forlì, decr. 3 febbraio 2016).

Per converso, quando non si tratti di corrispettivo della vendita, ma di canoni dell'affitto d'azienda o di rami d'azienda, l'offerta migliorativa potrebbe consistere anche nella previsione di condizioni accessorie più favorevoli, atteso che la norma fa testuale riferimento all'aumento minimo del corrispettivo dell'offerta iniziale, alludendo implicitamente alla sola ipotesi in cui la proposta del debitore abbia ad oggetto il trasferimento della proprietà dell'azienda, di rami d'azienda o di specifici beni.

Si ritiene, inoltre, che in fattispecie particolarmente complesse di cessione dell'azienda sia possibile contemplare la formulazione di offerte migliorative, non già del prezzo finale della vendita, ma delle modalità alquanto complicate mediante cui tale alienazione può realizzarsi. Infatti, in queste ipotesi, benché resti invariato il corrispettivo finale, rispetto a quello posto a fondamento dell'offerta originaria, altri elementi consentono di considerare le offerte successive come economicamente più vantaggiose, come accade quando, a fronte dell'articolata operazione traslativa da compiere, si attribuisca speciale rilievo all'accollo dei debiti contratti dal cedente, all'assunzione dell'onere di spese particolarmente gravose, alla previsione di un piano rateale di pagamento meno dilatato nel tempo. In questi casi, sebbene il prezzo finale sia formalmente immutato, il prezzo effettivo dell'intera operazione è sostanzialmente più conveniente, poiché tiene conto di una serie di esborsi che altrimenti graverebbero sul concordato.

11. Quando ricorre la vendita e quando l'aggiudicazione?

L'art. 163-bis prevede, per un verso, 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 del concordato e, per altro verso, che con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta originaria quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo indicato nell'offerta iniziale. Occorre, all'esito, chiedersi cosa intenda il legislatore con i termini "vendita" e "aggiudicazione". Secondo la tesi prevalente, si realizza la vendita quando il tribunale non disponga alcuna gara, poiché nessuna nuova offerta migliorativa è stata avanzata all'esito dell'apertura della procedura competitiva o ne è stata presentata solo una, oltre ovviamente a quella originaria; mentre si ha aggiudicazione, quando sia stata presentata più di una offerta migliorativa per effetto dell'emissione del decreto, di cui occorre stabilire quella da selezionare in forza di una gara (LA MALFA, *op. cit.*, 387 e ss.; LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini riforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il civilista*, Milano, 2015). Pertanto, in base a questa ricostruzione, il termine "aggiudicazione" si riferisce all'individuazione dell'acquirente finale, quando venga fatta la gara competitiva tra più concorrenti, mentre il termine "vendita" si riferisce al caso in cui vi sia un unico offerente, al quale i beni vengono venduti senza una preventiva aggiudicazione. In conseguenza della disposizione della vendita o dell'aggiudicazione a vantaggio di offerente diverso da quello originario, si determina la liberazione del primo offerente dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore. A questo indirizzo aderisce anche la prima giurisprudenza di merito pronunciata sul punto, secondo cui la distinzione tra vendita e aggiudicazione dovrebbe essere interpretata nel senso che si ha una vendita nel caso sia presentata o comunque ammessa un'unica offerta concorrente e quindi non si procede alla gara; al contrario, si ha aggiudicazione quando viene svolta la gara tra più offerte concorrenti. Si nota - inoltre - che, sebbene la legge si riferisca alle sole obbligazioni dell'offerente, si deve

ritenere che anche il debitore sia liberato dalle sue obbligazioni (Trib. Udine, decr. 15 ottobre 2015).

In ragione di altra impostazione, la procedura competitiva non comprende né un'aggiudicazione in senso tecnico né una vendita, bensì soltanto la scelta dell'offerta migliore. Ossia, la gara ha lo scopo non di individuare il miglior offerente al quale aggiudicare i beni, come in una vendita con incanto, ma a selezionare la migliore offerta che deve essere messa a fondamento della proposta e del piano da sottoporre alla votazione dei creditori, per cui solo dopo l'approvazione di costoro e l'omologa del tribunale sarà data esecuzione all'offerta prescelta, salvo che per ragioni di urgenza non si provveda al trasferimento – oggetto dell'offerta selezionata –, immediatamente, per cui il legislatore, con il termine "vendita", avrebbe inteso fare riferimento all'atto di trasferimento dei beni al terzo offerente, sia esso selezionato direttamente dal tribunale o a seguito di gara, prima dell'omologa, e con il termine "aggiudicazione" alle ipotesi in cui si procede all'alienazione dopo l'omologa, ma intanto sia stata individuata l'offerta più conveniente, sia che la scelta venga fatta direttamente dal tribunale, sia che venga operata a seguito della gara tra più offerte migliorative (BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in www.fallimentisocietà.it). Nondimeno, la stessa tesi aggiunge che è altamente probabile che alla vendita si pervenga, data la ristrettezza dei tempi, quando non vi è bisogno di una gara per la presenza di un unico offerente e all'aggiudicazione, nel senso atecnico innanzi detto, quando si debba fare una selezione tra una pluralità di offerte attraverso una gara. Ove si aderisca alla tesi che distingue tra vendita e aggiudicazione in base al fatto che la scelta dell'offerta avvenga prima o dopo l'omologa, detta impostazione ha dei precisi riflessi sull'individuazione del momento in cui si perfeziona la liberazione dell'offerente iniziale. L'aggiudicazione, infatti, costituirebbe l'atto finale della selezione delle offerte, per cui, preferita altra offerta, è giusto che il primo offerente sia liberato dai suoi impegni, dato che il debitore deve adeguare la sua proposta all'offerta vincente, indipendentemente dall'esecuzione della stessa. Pertanto, sia che il debitore non recepisca nel piano l'offerta scelta, sia che la proposta basata su questa offerta prontamente recepita non venga approvata dai creditori, o seppure approvata non venga omologata, l'offerta originaria non potrà più essere ripescata, perché ormai non fa più parte della proposta e del piano sottoposti ai creditori. Per converso, tra l'atto finale della scelta dell'offerta vincente e la vendita vi potrebbe essere una sfasatura temporale, ma poiché nel quadro sopra rappresentato la fattispecie presuppone che l'atto di trasferimento sia stipulato prima dell'omologa, si capisce come questo distacco temporale sia abbastanza ristretto. Se, invece, la vendita sia rapportata alla sola presenza di un'unica offerta, senza collocarla nella fase antecedente all'omologa, la norma imporrebbe al primo offerente di attendere per la sua liberazione fino alla stipula dell'atto traslativo dei beni, che può intervenire a distanza anche di lungo tempo.

12. Quali questioni si pongono ove il contratto preliminare previsto nel piano sia superato da un'offerta migliorativa?

Qualora nel piano di concordato presentato dal debitore sia compreso un contratto preliminare di vendita dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni, in particolare immobili, in favore di soggetto debitamente individuato, dovrà darsi luogo al procedimento competitivo. E ciò anche quando nell'affitto d'azienda vi sia un patto di opzione. Ove, all'esito dello svolgimento della procedura di competizione, prevalga un soggetto diverso dall'originario promissario acquirente, secondo alcuni, il preliminare inizialmente stipulato si scioglie di diritto, secondo altri, rimane efficace, benché sul piano soggettivo si determini una sostituzione all'originario promissario del nuovo offerente aggiudicatario. In base ad una tesi intermedia, a fronte di un contratto preliminare compiutamente formato, la procedura competitiva non necessariamente deve mirare alla ricerca di un'offerta migliorativa con riferimento al prezzo, ma potrà riguardare anche la ricerca di offerte migliorative con riferimento alle condizioni complessive della vendita (garanzie, dilazioni di pagamento, ecc.). Spetterà alla discrezionalità del tribunale determinare nel decreto di apertura della procedura le condizioni cui devono attenersi le nuove offerte; ne discende che, qualora il decreto prescriva il miglioramento del prezzo, si potrebbe ipotizzare un fenomeno di sostituzione del contraente nel precedente contratto preliminare, mentre, ove il decreto disponga il mutamento in *melius* delle condizioni accessorie, il precedente preliminare è destinato a risolversi (GUNNELLA, *op cit.*, 356).

Tuttavia, il fatto che il decreto debba stabilire l'aumento minimo del corrispettivo lascia intendere che il tribunale non potrà limitarsi a prevedere solo il miglioramento delle condizioni accessorie. Adirittura, poiché in esito all'esperienza della procedura competitiva il debitore può essere tenuto a rimborsare al precedente promissario acquirente le spese sostenute per la formulazione dell'offerta fino al tre per cento del prezzo indicato, alcuni ritengono che l'offerta migliorativa debba rispettare una soglia minima di miglioramento superiore al 3%. Ipotesi però che non rientra in una prescrizione vincolante per il tribunale, ma che è rimessa alla sua libera valutazione.

Occorre all'esito solo prospettare, non essendo questa la sede per approfondirle, le molteplici problematiche che il superamento dell'originario preliminare, per effetto della competizione, è suscettibile di porre (su questi temi GUNNELLA, *op. cit.*, 357). Innanzitutto, prevarrà il regime delle garanzie proprio delle vendite coattive, a fronte dell'eventuale regime *standard* che sia stato previsto nel preliminare. La clausola contenuta nel preliminare che destini specificamente il ricavato della vendita a beneficio solo di alcuni creditori (ipotecari o meno), e ciò nello specifico interesse del promissario acquirente, è destinata a perdere effetti. A monte, tale ultima questione sottende il problema della destinazione del ricavato della vendita, vale a dire se il prezzo possa essere versato a mani dell'imprenditore, ovvero se esso debba essere versato a mani del commissario giudiziale o, comunque, canalizzato in modo da

assicurarne la disponibilità al fine della soddisfazione dei creditori. La finalità della procedura concorsuale impone il versamento nelle mani degli organi concordatari. Nel caso in cui il promissario acquirente abbia versato una caparra e altro soggetto abbia proceduto all'acquisto, l'originario promissario acquirente può pretendere la restituzione della caparra, che dovrebbe intendersi equivalente ad una cauzione prestata per la partecipazione alla gara; secondo altra tesi, in questo caso il promissario acquirente iniziale deve essere considerato creditore chirografario per tale titolo; ove prevalga questa seconda ipotesi, sarebbe più conveniente per la procedura stipulare il contratto con un soggetto diverso dall'originario promissario acquirente. La salvezza degli effetti prenotativi della trascrizione dell'originario preliminare si realizzerà solo ove si ipotizzi una sostituzione del contraente aggiudicatario nel precedente preliminare. A questo tema è connesso quello della regolazione della fattispecie in cui tra la trascrizione del preliminare e l'apertura della procedura siano intervenute iscrizioni ipotecarie a carico del bene promesso in vendita; questi gravami saranno in ogni caso purgabili, in esito alla vendita coattiva, ma i creditori ipotecari avranno privilegio sul ricavato. Qualora si reputi che il successivo atto di vendita non segua, come atto di adempimento, il precedente preliminare, la cancellazione della trascrizione del preliminare originario dovrà essere specificamente ordinata dal tribunale. Gli eventuali oneri di intermediazione pattuiti in sede di preliminare e collegati alla vendita in questione saranno inopponibili nel caso di aggiudicazione in favore di un terzo; ma ciò dovrà essere previsto nel regolamento della procedura competitiva. Ove in sede di stipula del contratto preliminare il promissario acquirente abbia provveduto al versamento di una caparra confirmatoria, il tribunale può "allineare" la cauzione richiesta per la presentazione dell'offerta concorrente all'importo già versato dal promissario acquirente, mentre non deve essere richiesta alcuna ulteriore forma di garanzia al promissario acquirente, la cui "proposta" è già per definizione irrevocabile, in quanto contenuta in un contratto.

SEZ. III LE FORMULE

Sommario •1. Schema di decreto di apertura della procedura competitiva. •2. Schema di decreto di apertura della procedura competitiva alle offerte concorrenti.

■ ■ 1. Schema di decreto di apertura della procedura competitiva.

IL TRIBUNALE DI _____

riunito in camera di consiglio e così composto:

dr./dr.ssa _____	presidente
dr./dr.ssa _____	giudice rel.
dr./dr.ssa _____	giudice

nel concordato preventivo n. _____ del ruolo generale dell'anno _____, ha emesso il seguente

d e c r e t o

visto il ricorso per concordato preventivo presentato dalla _____, ai sensi dell'articolo 161, co. 6, della legge fallimentare;

rilevato che il piano sommario esposto nel ricorso *ex* articolo 161, sesto comma, comprende un'offerta da parte di un soggetto già individuato, avente ad oggetto il trasferimento in suo favore verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda (o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni);

ritenuto pertanto che occorre dare corso ad un procedimento competitivo ai sensi dell'articolo 163-*bis* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

p.q.m.

visto l'articolo 163-*bis* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, così provvede:

a. dispone l'apertura del procedimento competitivo per la vendita dei beni indicati in istanza;

b. il procedimento sarà disciplinato dal presente decreto e dall'avviso di vendita allegato all'istanza del commissario giudiziale;

c. le offerte irrevocabili dovranno essere depositate in busta chiusa ed in forma segreta presso la cancelleria fallimentare del Tribunale di _____ (piano primo del tribunale) entro le ore 12:00 del giorno _____;

d. le informazioni rilevanti potranno essere assunte mediante accesso al *data-room* istituito dalla azienda in concordato preventivo, mediante credenziali rilasciate dal commissario giudiziale; se richiesto, l'interessato alla presentazione dell'offerta dovrà sottoscrivere l'impegno di riservatezza a pena di inefficacia dell'offerta stessa;

e. fissa per l'esame delle offerte l'udienza del _____, ore 10.30 (ufficio _____) e delega allo svolgimento di essa il giudice relatore;

f. in caso di pluralità di offerte si procederà, come meglio specificato nell'avviso di vendita, ad una gara tra gli offerenti mediante aumenti sulla maggiore offerta almeno pari agli importi sotto indicati e con assegnazione del termine di un minuto per gli eventuali rincari:

lotto	prezzo base	rincarico
1	2.600.000,00	25.000,00

2	55.000,00	5.000,00
3	5.500.000,00	50.000,00
4	2.300.000,00	25.000,00
5	400.000,00	20.000,00
6	35.000,00	2.500,00
7	1.000,00	10,00

g. all'esito il giudice relatore pronuncerà con decreto l'aggiudicazione provvisoria oppure potrà riservarsi di emettere tale provvedimento dopo aver sentito il parere del commissario giudiziale e del comitato dei creditori eventualmente costituito;

h. dispone che il presente decreto e l'avviso di vendita siano pubblicati sul portale delle vendite pubbliche previsto dall'articolo 490 del codice di procedura civile e, nel caso in cui esso non sia stato ancora istituito, mediante pubblicazione, almeno 20 giorni prima dell'udienza fissata, sul sito _____.

Il Presidente

■ 2. Schema di decreto di apertura della procedura competitiva alle offerte concorrenti.

TRIBUNALE DI _____
ufficio fallimentare

p.q.m.

visiti gli artt. 163-bis, 182, 105, 107, 108,

1) dichiara aperta la procedura competitiva degli *assets* di proprietà di _____ e _____, entrambe in concordato, secondo lo schema previsto dal "regolamento di vendita" che è stato pubblicato integralmente sul sito internet del Tribunale di _____, pagina 20 (http://www.tribunale._____.itd.area.vendite.giudiziarie), sul portale internet delle procedure concorsuali del Tribunale di _____ (http://www.fallimenti_____.comd.area.dataroom.fallimenti), insieme alla cospicua documentazione, consultabile - previo codice di accesso e pagamento della somma di _____ euro oltre ad iva 22% (che non sarà in ogni caso restituita) - ai fini della necessaria *due diligence*;

2) gli *assets* oggetto di vendita sono raggruppati in unico lotto e comprendono: a. compendio aziendale, di proprietà di _____, ora concesso (con esclusione del magazzino) in affitto ad _____ (di seguito anche "l'affittuario"), avente ad oggetto la progettazione, costruzione e commercializzazione di macchine, impianti e tecnologie per la lavorazione di frutta e ortaggi, comprendente i seguenti beni aziendali: beni immateriali, brevetti, marchi, *know how*; attrezzature e macchine per la lavorazione; impianti di varia natura; mobili e arredi; automezzi; contratti con i dipendenti; contratti relativi alle utenze ed alle assicurazioni aziendali; contratto di locazione immobiliare avente ad oggetto lo stabilimento di _____; b. magazzino di prodotti finiti, merci e pezzi di ricambio, di proprietà di _____, come da inventario eseguito in contraddittorio tra la società e l'affittuario e stimato dal perito industriale _____; c. compendio aziendale, di proprietà di _____, ora anch'essa concessa in affitto ad _____, avente ad oggetto: la progettazione di macchine, impianti e tecnologie per la lavorazione di frutta e ortaggi, comprendente i seguenti beni aziendali: attrezzature e macchine per la lavorazione; impianti di varia natura; mobili e arredi; automezzi; brevetti, *know-how* e marchi; contratti con i dipendenti; contratti relativi alle utenze ed alle assicurazioni aziendali; contratto di locazione immobiliare avente ad oggetto il fabbricato industriale di _____; prezzo base complessivo: euro _____ (_____) aumento minimo: euro 5.000 (cinquemila) prezzo complessivo oggetto di offerta migliorativa minima: euro 2.205.000 (duemilioniduecentocinquemila) rilancio minimo in caso di gara: euro 50.000 (cinquantamila);

3) fissa per il giorno _____, ore 11.00 dinanzi al giudice delegato dott./dott.ssa _____ l'udienza per la vendita.

Così deciso in _____, il _____.

Il Presidente

COSA CAMBIA?

La norma è sostituita dall'art. 91 del Codice della crisi che la ricalca quasi integralmente, salvi alcuni adeguamenti procedurali. Ai sensi della nuova disposizione, infatti, in presenza di un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto contemplata dal piano, il tribunale o il giudice delegato dispone che della stessa sia data adeguata pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti. Se vengono presentate altre offerte, esse vengono rese pubbliche il giorno della gara, che deve concludersi almeno venti giorni prima della data fissata per il voto dei creditori, anche laddove il piano preveda che la vendita o l'aggiudicazione abbiano luogo dopo l'omologazione.