



LE OFFERTE CONCORRENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO: L'ART. 163 BIS L.F.

1) Premessa.

Il D.L. 27 giugno 2015 n. 83, convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2015, n. 132, ha introdotto un importante correttivo in materia di atti dismissivi compiuti in costanza di concordato preventivo, mediante l'inserimento dell'art. 163 *bis* L.F. (rubricato "Offerte concorrenti"). La ratio dell'intervento normativo (il cui contenuto è stato sostanzialmente trasfuso nell'art. 91 del Codice della Crisi d'Impresa), dichiarata dallo stesso legislatore nella relazione d'accompagnamento al disegno di legge di conversione è duplice:

- (i) massimizzare la prospettiva di recovery dei creditori concordatari;
- (ii) garantire ai creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore.

Nella prassi, infatti, il piano concordatario - sul quale il debitore fonda obbligatoriamente la domanda di concordato (cfr. lett. e dell'art. 161 L.F.) e in forza del quale il Tribunale valuta l'ammissibilità di quest'ultima (cfr. art. 163 L.F.), e sulla cui approvazione l'adunanza dei creditori è chiamata a votare (cfr. art. 177 L.F.) - prevedeva, non di rado, la cessione dell'azienda, di uno o più rami d'azienda oppure di beni di rilevante valore (ad esempio, immobili) a terzi già individuati, nell'ambito di "pacchetti preconfezionati d'offerta" (definiti, nel gergo, anche "piani precompilati"). La prassi *de qua*, invero, imponeva ai creditori di doversi necessariamente esprimere per l'approvazione o per il rifiuto in blocco del piano concordatario contenente l'accordo raggiunto tra l'imprenditore (debitore proponente) e il terzo e, in caso di approvazione, comportava l'impossibilità da parte del Tribunale di ricorrere alla procedura di vendita competitiva di cui all'art. 182 e 107 L.F., il cui ambito d'applicazione è circoscritto alla fase post-omologazione del concordato (c.d. "fase esecutiva" del concordato). Sovente, dunque, si assisteva ad una compressione dell'interesse dei creditori concordatari alla massimizzazione della loro prospettiva di soddisfacimento, a vantaggio del debitore proponente (si pensi, soprattutto, all'ipotesi di acquisto d'azienda o di ramo d'azienda da parte di soggetto riconducibile al debitore proponente).

È in questo contesto, dunque, che si colloca l'art. 163 *bis* L.F., col quale il legislatore ha posto fine al fenomeno delle "proposte vincolate" ed esteso il perimetro di operatività di due principi cardine di efficienza soddisfattiva della pretesa creditoria:

- (i) l'obbligo di pubblicizzazione dell'offerta d'acquisto pervenuta al debitore;
- (ii) l'obbligo di competitività in qualsiasi fase della procedura concordataria, ivi compresa quella anteriore all'omologazione (cd. "fase ante-omologa" e quella anteriore al deposito del piano di concordato (cd. "fase pre-concordataria").

2) I requisiti (soggettivo e oggettivo) per l'applicabilità della procedura competitiva ex art. 163 bis L.F.

I commi 1 e 7 dell'art. 163 *bis* L.F. consentono di tracciare il perimetro di applicazione della disciplina delle offerte concorrenti e della relativa procedura competitiva.





Il primo requisito richiesto dalla disposizione oggetto d'analisi ha una natura soggettiva: la norma speciale delle offerte concorrenti si applica quando l'offerta provenga da un soggetto certo e ben individuato. Allo scopo, dunque, non rileva l'offerta per persona da nominare, la quale non consentirebbe al Tribunale di apprezzare la serietà e la solvibilità dell'offerente.

Il secondo requisito ha una natura oggettiva. La disciplina di cui all'art. 163 *bis* L.F., infatti, si applica quando:

- (i) l'imprenditore proponente comprende nel piano concordatario un'offerta, formulata a titolo oneroso e proveniente da un soggetto determinato, che abbia ad oggetto il trasferimento dell'azienda, di uno più rami d'azienda, di un immobile o di specifici beni, anche prima dell'omologazione;
- (ii) l'imprenditore proponente comprende nel piano concordatario un contratto preliminare aventi ad oggetto il futuro trasferimento di azienda, di ramo d'azienda o di specifici beni;
- (iii) l'imprenditore proponente comprende nel piano concordatario un affitto d'azienda o di ramo d'azienda;
- (iv) ricorre una delle ipotesi previste dall'art. 161, comma 7, L.F., ossia quando vi siano atti urgenti e di straordinaria amministrazione da autorizzare in fase preconcordataria (la quale, come già evidenziato, va dal deposito della domanda di concordato al decreto di ammissione del concordato), tendenzialmente riconducibili ad atti dismissivi indifferibili per ragioni di opportunità.

Con particolare riguardo a tale ultimo profilo *sub (iv)*, è doveroso precisare che l'applicazione imperativa ed inderogabile della disciplina speciale di cui all'art. 163 *bis* L.F. si ha solamente nell'ipotesi in cui gli atti di straordinaria amministrazione dell'imprenditore, nella fase preconcordataria, siano effettivamente caratterizzati dal profilo dell'urgenza. Diversamente - e ciò al pari dell'ipotesi in cui manchi uno tra i sopra menzionati elementi soggettivi e oggettivi di cui all'art. 163 *bis* L.F. - gli atti di straordinaria amministrazione privi di tale carattere saranno inseriti nel piano concordatario e sottoposti alla disciplina generale del concordato preventivo che, con riferimento agli atti dismissivi, trova collocamento agli artt. 182 e 105 L.F. e che, seppur con caratteristiche procedurali più gravose, è pur sempre improntata a caratteri di competitività. Si deve ritenere, dunque, che l'intento del legislatore è stato senza dubbio quello di garantire l'applicabilità dei principi di pubblicità e competitiva anche nelle fasi iniziali del concordato preventivo, nonché quello di assicurare elasticità, snellezza e rapidità alla procedura competitiva disciplinata dall'art. 163 *bis* L.F. in ragione del fatto che quest'ultima viene ad inserirsi in una fase embrionale della procedura concordataria, nella quale spesso deve essere ancora predisposto o perfezionato il piano, il cui contenuto (e il relativo vaglio d'ammissibilità da parte Tribunale) dipenderà anche e soprattutto dall'esito della gara stessa.

3) La disciplina della procedura competitiva.

I commi 2 e 3 dell'art. 163 *bis*, L.F. attribuiscono al Tribunale, anche sulla base delle peculiarità del caso di specie, il potere di determinare le modalità di svolgimento della procedura competitiva cui i partecipanti devono uniformarsi pena l'inefficacia dell'offerta e, quindi, la loro esclusione.





Nell'ambito del potere organizzativo e di indirizzo riconosciuto al Tribunale è possibile, dunque, fissare gli elementi essenziali che troveranno sicuro collocamento nel decreto d'apertura della procedura competitiva:

- a. la modalità di pubblicizzazione delle informazioni relative all'espletamento della procedura competitiva, la quale dovrà necessariamente avvenire mediante il portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c. (tuttavia, si tenga presente che il Tribunale potrà, in aggiunta, disporre l'uso di altri mezzi di divulgazione e che, diversamente dalla procedura competitiva di cui all'art. 182 L.F., non è previsto il termine dilatorio di 30 giorni tra la data di pubblicizzazione e l'inizio della procedura);
- b. la modalità di presentazione delle offerte, che dovrà necessariamente consentire di garantirne la segretezza sino alla loro apertura (e, quindi, le forme, il tempo e il luogo della presentazione);
- c. la circostanza che le offerte dovranno necessariamente essere (i) irrevocabili, (ii) non condizionate e (iii) tra loro comparabili, pena l'inefficacia e/o l'inammissibilità;
- d. l'individuazione delle garanzie di cui gli offerenti dovranno necessariamente corredare l'offerta presentata;
- e. la data d'udienza fissata per l'apertura delle offerte, la quale si terrà alla presenza degli offerenti e di qualunque soggetto interessato (da intendersi, quindi, limitatamente al debitore, al Commissario Giudiziale e all'offerente originario, non essendo più ammissibile, in tale fase, la proposizione di offerte da parte di nuovi soggetti) e nel corso del quale il Tribunale opererà le valutazioni del caso in ordine all'ammissibilità e alla comparabilità delle stesse, quindi, ne apprezzerà il carattere "migliorativo" o meno;
- f. le modalità di svolgimento della procedura competitiva che, in caso di presenza di almeno due offerte ammissibili e migliorative rispetto a quella dell'offerente originario, dovrà necessariamente proseguire nelle forme di una gara ad "aumento minimo" tra questi ultimi (il contenuto dell'aumento minimo deve essere preventivamente individuato dal Tribunale nel decreto d'apertura della procedura competitiva).

In ordine ai requisiti appena declinati, alcune precisazioni appaiono doverose. Per quanto concerne, infatti, il profilo di cui **al sub c.** relativo alla "comparabilità", deve precisarsi che questo debba essere inteso come dovere in capo al Tribunale di stabilire dettagliatamente il contenuto e le clausole cui tutte le offerte, pena l'inammissibilità, devono conformarsi. Il legislatore, infatti, ha ritenuto che limitando la discrezionalità nella formulazione delle offerte, si consenta al Tribunale di individuare facilmente quella più favorevole e, così, di massimizzare la prospettiva di recovery dei creditori concordatari. Per quanto riguarda, poi, il profilo di cui **al sub e.**, deve ritenersi che in difetto di una più stringente previsione nel decreto d'apertura della procedura competitiva, la presenza degli offerenti sia facoltativa e la loro assenza inidonea ad inficiarne la partecipazione ai fini dell'aggiudicazione. Infine, circa il profilo di cui **al sub f.** si annota che in giurisprudenza è controversa la questione se l'offerta migliorativa e l'aumento minimo si possa estrinsecare esclusivamente in un incremento del prezzo offerto o se possa riguardare anche aspetti diversi dell'offerta (ad esempio, le modalità di pagamento di tale prezzo).





4) La posizione del primo offerente e il rimborso spese in caso di mancata aggiudicazione.

Meritevole di approfondimento è la questione relativa alla posizione dell'offerente originario nell'ambito della procedura competitiva. Come già si è avuto modo constatare, il comma 2 dell'art. 163 *bis* L.F. prevede che [...] *L'offerta di cui al primo comma* (n.d.r. quella, per l'appunto, dell'offerente originario) *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 [...]*. E, poi, al comma 3, così testualmente prosegue “[...] *Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti. [...]*”. Sovente accade che l'offerta originaria, venendo formulata prima dell'apertura della procedura competitiva (il cui avvio è proprio da quest'ultima provocato), non sia conforme ai presupposti sanciti all'interno del decreto del Tribunale. In dottrina e giurisprudenza ci si è, dunque, interrogati su come si inserisca la figura dell'offerente originario all'interno della procedura competitiva, a seconda che egli opti o meno per l'adeguamento dell'offerta in termini di irrevocabilità e prestazione di idonea garanzia, soprattutto qualora pervengano offerte migliorative. Gli ipotetici scenari possono essere così sinteticamente enucleati:

- (i) se la prima offerta non viene adeguata e ne perviene solamente un'altra, conforme alle prescrizioni del decreto, non si aprirà alcuna gara ed il bene sarà aggiudicato al secondo offerente;
- (ii) se la prima offerta non viene adeguata e ne pervengono almeno altre due, conformi alle prescrizioni del decreto, si aprirà una gara tra quest'ultimi ed il bene sarà aggiudicato al vincitore della gara;
- (iii) se la prima offerta viene adeguata e ne pervengono altre, il primo offerente parteciperà alla gara e il bene sarà aggiudicato al vincitore della gara;
- (iv) se la prima offerta viene adeguata come prescritto dal decreto e non perviene nessuna offerta concorrente, il primo offerente si aggiudicherà l'acquisto nei termini di cui alla proposta adeguata;
- (v) se la prima offerta non viene adeguata e non ne pervengono altre, quell'offerta sarà ritenuta valida dal Tribunale, nel rispetto dell'accordo originario tra debitore imprenditore e primo offerente.

E si tenga presente che secondo alcuni Tribunali, il concetto di “adeguamento” non attiene soltanto alla prestazione di idonea garanzia e di irrevocabilità dell'offerta così come richiesti dal decreto di apertura della procedura competitiva, ma anche alla formulazione di un'offerta migliorativa da un punto di vista economico e, quindi, rispettosa dell'aumento minimo fissato dal Tribunale.

Infine, circa la posizione dell'offerente originario, non può sottovalutarsi quanto disposto dal Legislatore all'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 163 *bis* L.F. “[...] *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 primo offerente, quindi, ove il bene concordatario sia aggiudicato ad altri, è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti dell'imprenditore debitore, e il Commissario giudiziale dovrà disporre in suo favore il rimborso delle spese e dei costi sostenuti





per la formulazione della predetta offerta entro il limite del 3 %. Tale misura è stata chiaramente pensata col fine specifico di non scoraggiare la presentazione di possibili iniziali offerte, le quali richiedono uno sforzo particolarmente considerevole in termini di studio e risorse. A tal riguardo, la prassi vuole che il credito relativo al rimborso venga soddisfatto in prededuzione, in quanto sorto in funzione della procedura concordataria e con utilità per l'intera massa dei creditori, avendo stimolato e provocato la manifestazione di interesse da parte di altri acquirenti.

5) **La disclosure delle informazioni rilevanti e il ruolo del Commissario Giudiziale.**

Un aspetto da non sottovalutare nell'ambito del corretto atteggiarsi della procedura competitiva di cui all'art. 163 *bis* L.F. è quello relativo all'accesso, da parte dei soggetti potenzialmente interessati, ai dati e alle informazioni rilevanti, al fine di poter approntare una due diligence approfondita. Se da un lato l'individuazione del perimetro dell'operazione avente ad oggetto il trasferimento di beni concordatari è assicurata dal decreto d'apertura della procedura competitiva, da un altro lato non può sottacersi che un livello superficiale e insufficiente di informazione circa le singole questioni d'interesse (ad esempio, nell'ambito della cessione d'azienda, tutte le relevantissime questioni che possono emergere in ordine ai singoli assets materiali e immateriali, ai contratti attivi e passivi, alle questioni giuslavoristiche) possa compromettere e disincentivare la formulazione dell'offerta. Al fine di evitare il verificarsi di simili circostanze, l'art. 163 *bis*, comma 2, L.F. ha previsto che il Tribunale, nel decreto d'apertura, debba 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* [...]”. Tale disposizione va coordinata con i commi 3 e 4 dell'art. 165 L.F. nel quale si prevede che: “[...] *Il commissario giudiziale fornisce 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. In ogni caso si applica il divieto di cui all'articolo 124, comma primo, ultimo periodo.* [...]”. Il coordinamento tra le disposizioni risulta assai complesso, atteso che da una parte la proficuità della procedura competitiva è strettamente connessa all'accesso alle informazioni *de quibus* e, dall'altra parte, il Commissario Giudiziale è per espressa previsione di legge tenuto a valutare la congruità e l'opportunità della richiesta e a garantire il rispetto di obblighi di riservatezza (anche tramite acquisizione di apposito NDA). Il Commissario Giudiziale, dunque, sarà al contempo garante degli obblighi di riservatezza e garante della proficuità della procedura competitiva. Ad ogni modo, si tende a ritenere che tale figura debba sottostare a quanto disposto dal Tribunale nel decreto d'apertura in punto di accesso alle informazioni rilevanti. Nella prassi, i Tribunali ricorrono tendenzialmente all'apertura di apposita Virtual Data Room contenente la documentazione e le informazioni ritenute necessarie, il cui accesso è consentito agli interessati previo rilascio, da parte del Commissario Giudiziale, di credenziali personali, dopo aver preventivamente acquisito idoneo accordo di non divulgazione. Un rimedio, questo, che assicura celerità e riservatezza nell'ambito di una procedura destinata a concludersi in tempi rapidi e nella quale gli offerenti successivi dovrebbero avere accesso quantomeno alle informazioni e alla documentazione originariamente messa a disposizione del primo offerente (il quale avrà certamente un lasso di tempo maggiore per effettuare gli studi di fattibilità dell'operazione).





L'obiettivo, in conclusione, è quello di contemperare gli interessi dei potenziali offerenti ad espletare la due diligence sull'azienda o sul ramo d'azienda oggetto del procedimento competitivo e quello del debitore di non rendere noti dati sensibili per l'azienda.

6) Gli effetti purgativi e liberatori dell'aggiudicazione conclusa ai sensi dell'art. 163 bis L.F.

Un ultimo aspetto, di significativa importanza, è quello relativo agli effetti che vengono a prodursi in capo al soggetto aggiudicatario che, all'esito della procedura competitiva speciale di cui all'art. 163 bis L.F., acquista beni concordatari.

Sul punto, dottrina e giurisprudenza si sono dimostrati concordi nel ritenere che, nonostante l'assenza di un espresso richiamo agli artt. 105, comma 4, L.F. e all'art. 108, comma 2, L.F. (che, in verità, potrebbe rinvenirsi in via analogica nell'art. 182, comma 5, L.F.), l'aggiudicazione all'esito della vendita competitiva di cui all'art. 163 bis L.F. dà luogo:

- (i) agli effetti liberatori dalla responsabilità dell'acquirente/aggiudicatario per i debiti sorti prima del trasferimento dell'azienda e risultanti dai libri contabili obbligatori, salva diversa convenzione tra le parti (v. ipotesi di accollo di debiti da TFR);
- (ii) agli effetti purgativi propri della vendita forzata, in quanto anch'essa disposta dall'autorità giudiziaria, indipendentemente dalla volontà del debitore, nell'interesse del ceto creditorio e con distribuzione del ricavato nel rispetto delle cause legittime di prelazione e delle classi di privilegio (v. cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, delle trascrizioni dei pignoramenti, dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo).

Novembre 2020

Avvocato Flavio Carosi

Diritto Civile – Diritto Commerciale – Diritto Fallimentare – Picozzi & Morigi Avvocati

