

## **Inammissibilità delle offerte concorrenti ex art. 163 bis L.f. nel concordato preventivo con assuntore. Nota a Tribunale fallimentare di Forlì, decreto del 25.02.2019**

**Autore:** Redazione

**In:** Diritto civile e commerciale

**di Stefano Barbiani\***

\* Collaboratore delle cattedre di Diritto Fallimentare e Diritto Processuale Civile dell'Università di Bologna

Con una recente pronuncia, integralmente confermata dalla Corte d'Appello di Bologna in sede di reclamo<sup>[1]</sup>, il Tribunale fallimentare di Forlì, pronunciandosi negativamente sull'applicabilità al concordato con assuntore della norma prevista dall'art. 163 bis legge fallimentare, ha dichiarato l'inammissibilità di una istanza volta a sollecitare l'apertura di una procedura competitiva sulla proposta di assunzione di un concordato preventivo contenente contestuale manifestazione di interesse cauzionata con proposta migliorativa.

Il caso particolarmente interessante deciso dal Collegio forlivese è il seguente: una società per azioni accede ad una procedura concordataria sulla base di una proposta iniziale che prevede il soddisfacimento dei creditori attraverso la dismissione degli asset societari con procedura competitiva ex art. 163 bis l.f. per la quale la società concordante propone contestuale istanza.

All'esito del procedimento competitivo i rami di azienda e i beni oggetto di concordato vengono aggiudicati in via provvisoria a due società congiuntamente le quali, tuttavia, non acquisteranno la proprietà dei beni, stante la disposta sospensione dell'aggiudicazione a loro favore richiesta ed ottenuta dalla società proponente il concordato.

Quest'ultima, allo scopo, deposita una modifica dell'iniziale proposta di concordato, in realtà integralmente sostitutiva della prima, con la quale la soddisfazione del ceto creditorio non viene più garantita dalla liquidazione dei beni aziendali ma con l'assunzione ex art. 160, comma 1, lett. b) l.f. da parte di una società a responsabilità limitata di tutte le attività della debitrice esistenti ad una certa data, il pagamento integrale dei creditori in prededuzione e privilegiati e la soddisfazione dei chirografari nella misura del 41,38%.

A quel punto una delle due società alla quale era stato aggiudicato in via provvisoria il ramo d'azienda richiede al Tribunale l'apertura di una seconda procedura competitiva ex art. 163- bis l.f. affinché si svolga una gara tra la nuova proposta concordataria con assuntore e la proposta migliorativa preannunciata dalla medesima società prevedente le seguenti condizioni: assunzione di tutte le attività della debitrice, accollo di tutte le passività con il limite del pagamento nella percentuale del 45% per i soli chirografari, con garanzia consistente nel deposito di assegni circolari per il valore di un milione di euro.

Ebbene, a fronte di una proposta, all'evidenza più vantaggiosa che il provvedimento in commento non esita a definire migliorativa di quella, modificata, presentata dalla società proponente il concordato, il Tribunale di Forlì attraverso una disamina attenta ed articolata degli istituti apparentemente affini delle proposte concorrenti e delle offerte concorrenti introdotti dal Legislatore del 2015 si interroga sulla qualificazione giuridica dell'istanza giunta al suo vaglio e sulla riconducibilità della medesima ad uno dei due istituti considerati.

Nel percorso argomentativo lucido e stringente condotto dal Tribunale forlivese, che riceverà, peraltro, il pieno avallo dal Giudice del gravame, si esaminano nel dettaglio i requisiti soggettivi ed i presupposti oggettivi per l'accesso, da parte di soggetti terzi, al circuito competitivo delineato dagli artt. 163 e 163-bis l.f., mediante un'attività di interpretazione delle norme che offre una sintesi di equilibrio tra l'esegesi formale del testo di legge e la ricerca del suo spirito riformatore.

E' ormai noto che la nuova competitività virtuosa tra piani e proposte concorrenti di cui all'art. 163 l.f. ha esteso al concordato preventivo una misura già prevista in materia di concordato fallimentare, ossia la possibilità per i creditori di fare proposte alternative rispetto a quella formulata dal debitore.

Se la *ratio* dell'istituto è chiaramente quella di apprestare strumenti di tutela per evitare che il debitore presenti proposte che non siano rappresentative del reale valore dell'azienda lucrando sul *surplus* di ristrutturazione, si è, tuttavia, mitigato l'effetto di una misura, che qualche commentatore non ha esitato a

definire quale forma di esproprio *extra ordinem*<sup>121</sup>, introducendo limitazioni soggettive alla possibilità di presentare proposte concorrenti e circoscrivendo il perimetro operativo della norma alle sole procedure concordatarie nelle quali il *default* sia particolarmente rilevante.

L'accesso all'istituto è riservato ai soli creditori concorsuali in senso stretto che superino la soglia legittimante del 10% ed è, comunque, precluso quando la proposta di concordato del debitore contenga l'impegno, certificato dall'attestatore, al pagamento, ancorché dilazionato, di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari o del 30% in caso di concordato con continuità aziendale.

L'architettura della gara competitiva, così come congegnata dal Legislatore del 2015, che rimette, comunque, la valutazione finale nelle mani dei creditori chiamati a pronunciarsi mediante l'esercizio del diritto al voto, introduce un equo bilanciamento tra la compressione che in taluni casi viene imposta alla capacità dispositiva del debitore che, sebbene *in bonis* a differenza di quanto accade nel concordato fallimentare, subisce, ciononostante, pesanti limitazioni riconducibili a forme di cd. spossessamento attenuato ed una sorta di rivincita del ceto creditorio che, anziché soggiacere passivamente ad effetti remissori e dilatori in conseguenza di un'accettazione della proposta del debitore che avviene a semplice maggioranza, è legittimato ed autorizzato a rilanciare costringendo l'antagonista ad una "competizione espropriativa".

Ovviamente, il sistema di confronto che si innesta ex art. 163 l.f. è orientato alla realizzazione della migliore soddisfazione possibile, così che la soglia di blocco prevista per la formulazione delle proposte gioca non solo in danno del debitore ma anche a suo vantaggio costringendo i creditori interessati a proporre un risultato soddisfattivo comunque maggiore di quello promesso dal debitore.

Partecipa della stessa finalità di assicurare ai creditori la massima *recovery* dalla liquidazione degli asset aziendali l'istituto delle offerte concorrenti di cui all'art. 163 l.f..

Ove il piano concordatario preveda la cessione dell'azienda, oltre che di altri beni, ed essa sia già stata oggetto di un pacchetto preconfezionato con l'individuazione di un compratore, si impone l'apertura al mercato con la fissazione di una gara competitiva che si svolge con il sistema delle offerte concorrenti.

L'ampia dizione della norma che ricomprende ogni situazione di accordo o trattativa e che prescinde dalla vincolatività dell'impegno all'acquisto è espressione di un principio di portata generale secondo il quale "gli atti dismissivi del patrimonio dell'azienda che ricorra al concordato devono obbligatoriamente essere

effettuati mediante il preventivo espletamento di procedure competitive mirate alla ricerca dell'acquirente nella prospettiva della ottimizzazione del realizzo nell'interesse dei creditori" <sup>131</sup>.

La volontà del Legislatore di porre fine al fenomeno delle proposte vincolate, troppo spesso strumentali al ritorno dei beni aziendali, attraverso variegate forme di interposizione soggettiva, nella sfera degli stessi debitori proponenti il concordato, è resa particolarmente stringente dalla imposta necessità di dar corso al binario competitivo ogni qualvolta si profili un'operazione economica di cessione d'azienda ad un soggetto determinato che abbia avanzato una offerta d'acquisto, tanto semplice quanto irrevocabile, o con il quale il debitore abbia stipulato una qualunque pattuizione traslativa.

Dunque, ogni prospettiva di accordo di cessione a titolo oneroso, ancorché già formalizzata in un contratto preliminare tipico dei pacchetti preconfezionati, determina automaticamente lo svolgimento della procedura di gara, senza poteri di arresto da parte del Commissario Giudiziale o del Tribunale alla quale ogni interessato può essere ammesso a partecipare senza alcuna preclusione soggettiva differentemente da quanto avviene per le proposte concorrenti.

Ebbene, proprio il discrimine soggettivo tra le due figure ha consentito al Tribunale di Forlì di escludere che l'istanza pervenuta al suo esame potesse qualificarsi quale proposta concorrente, non essendo in discussione tra le parti che la società istante non appartenesse al novero dei creditori della società proponente il concordato.

Peraltro, a prescindere dalla insussistenza del presupposto soggettivo, la proposta concordataria della debitrice nel prevedere il pagamento dei creditori chirografari nella misura del 41,38% ossia in una percentuale che seppur di poco era, comunque, superiore alla soglia del 40% costituiva un valido baluardo a garanzia della intangibilità della proposta stessa.

Più articolato e complesso, invece, il giudizio di rigetto dell'istanza per inammissibilità, al caso di specie, dell'art. 163- bis l.f. per il quale il Collegio fallimentare ha considerato, da un lato, la indiscussa peculiarità del concordato con assuntore, sebbene non destinatario di una normativa *ad hoc* ma regolamentato dalla stessa disciplina generale dettata dal Legislatore per il concordato preventivo ed ha valutato, dall'altro, la possibilità che il ricorso, in dette circostanze, alle offerte concorrenti potesse surrettiziamente convertirsi in uno strumento processuale per aggirare i vincoli di natura oggettiva e soggettiva posti dall'art. 163 l.f. alla presentazione di proposte concorrenti.

La figura dell'assuntore di un concordato non è ascrivibile alla categoria di un semplice acquirente di taluni asset aziendali od anche dell'intero patrimonio del debitore ma è colui che di fatto si sostituisce al proponente il concordato subentrando nella universalità dei rapporti attivi e passivi facenti capo a quest'ultimo secondo un fenomeno di tipo successorio. Al contrario, colui che partecipa alla procedura di gara con una offerta concorrente è semplicemente un aspirante acquirente dell'azienda o di singoli beni il quale intende succedere esclusivamente nella titolarità dei rapporti giuridici ed economici afferenti detti beni, null'altro.

Secondo il Tribunale di Forlì la comparazione tra i due soggetti non è possibile.

Lo snodo successivo dell'iter logico-giuridico con il quale si è giunti in conclusione a negare l'applicabilità dell'art. 163-bis l.f. è la considerazione che aprire il concordato con assuntore al sistema delle offerte concorrenti significherebbe, in prima battuta, alterare il piano e la proposta della società concordante per la ricerca sul mercato non già di altri possibili acquirenti di beni singoli o dell'azienda tutta ma sostanzialmente di altri *patners* finanziari, aggirando in tal modo i limiti oggettivi e soggettivi previsti dall'art. 163, commi 4 -7 l.f. sulle proposte concorrenti e determinando, di fatto, anche il superamento del diritto al voto dei creditori sulle proposte concorrenti ai sensi degli artt. 175 e 177 l.f.

Nel segnalare come la decisione in commento abbia aderito all'orientamento prevalente inaugurato dal Tribunale di Milano e fatto proprio anche da altri Tribunali non senza una isolata voce di dissenso<sup>141</sup>, si evidenzia, cionondimeno, come la conferma della inapplicabilità al concordato con assuntore dell'istituto delle offerte concorrenti sia stata saldamente ancorata dal Tribunale di Forlì, oltre che sulla inappuntabile interpretazione del dato letterale della disposizione di legge, su di una valutazione più ampia, sia di natura comparatistica, per il serrato confronto tra istituti che possono apparire affini ma che in realtà sono profondamente diversi, che di tenuta del sistema nel suo complesso nella prospettiva di costituire un argine rispetto a situazioni potenzialmente elusive della legge.

<sup>1</sup> Vedi Corte d'Appello di Bologna, 15 maggio 2019, decreto n. 2380

<sup>2</sup> Filippo Lamanna, commento a La Legge Fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n.83/2015 su Il Civilista

<sup>3</sup> Vedi Tribunale di Milano, sez. II, 31 maggio 2018 - Tribunale di Forlì, 3 febbraio 2016

<sup>4</sup> Vedi Tribunale di Milano, 15 giugno 2017 - Tribunale di Milano, 13 dicembre 2018 - Tribunale di Monza, 31 ottobre 2018 - in senso contrario Tribunale di Torino 19 giugno 2018.

<https://www.diritto.it/inammissibilita-delle-offerte-concorrenti-ex-art-163-bis-l-f-nel-concordato-preventivo-con-assuntore-nota-a-tribunale-fallimentare-di-forli-decreto-del-25-02-2019/>