

clusione del procedimento di revoca) abbia reso o renda impossibile il rispetto di tutte le successive scadenze.

App. Napoli, 6 agosto 2010. In tema di concordato preventivo, il *termine* stabilito dal tribunale per il *deposito delle spese* di cui all'art. 163, secondo comma, n. 4 l.f. *ha carattere perentorio*. Pertanto, in caso di omissione o di adempimento tardivo, il commissario è tenuto a riferire al tribunale che revoca la procedura e, in presenza dei presupposti di legge, può dichiarare il fallimento.

Trib. Terni, 26 aprile 2012. In tema di *deposito per le spese di procedura* ai sensi dell'art. 163, secondo comma, n. 4, l.f., le somme acquisite dopo l'ammissione del debitore in virtù di *mutuo* autorizzato dal tribunale non ineriscono a crediti aventi di per sé *natura prededucibile*, stante la natura tassativa delle disposizioni che, nell'art. 182 *quater* l.f., attribuiscono tale rango - in via diretta o parificata - ai crediti dei finanziamenti da parte di banche o intermediari finanziari, rispettivamente, in esecuzione di un concordato preventivo ovvero in funzione della sua presentazione - se previsti nel piano e come tali indicati nel decreto di ammissione - per cui il *finanziamento erogato* nel corso della procedura *non rientra in tale regime*, salva autonoma valutazione del tribunale in sede di eventuale formazione dello stato passivo fallimentare.

3. Creditori postergati.

Trib. Firenze, 26 aprile 2010. In relazione ad una proposta di ammissione al concordato preventivo è legittima la previsione di una *classe autonoma di creditori postergati*, ai sensi dell'art. 2467, primo comma, c.c., essendo concorsuali e non concorrenti che non hanno diritto di voto, perché, seppure genericamente qualificabili tali, la loro posizione assume il contenuto di partecipazione al capitale di rischio, ed il voto eventualmente espresso è invalido ai fini del raggiungimento delle maggioranze.

163-bis. Offerte concorrenti. 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 di-

sposizioni 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, nonchè all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda¹.

¹ Articolo aggiunto dall'art. 2, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in L. 6 agosto 2015, n. 132. Tali nuove disposizioni si applicano ai procedimenti di concordato preventivo introdotti anche anteriormente alla data di entrata in vigore del citato D.L. 83/2015 (27 giugno 2015).

■ Le novità.

La norma si inserisce nel capo II, che regola l'apertura alla concorrenza nel concordato preventivo, attraverso la disciplina delle *offerte concorrenti*, ancorata all'ipotesi che il piano di concordato, di cui all'art. 161, secondo comma, lettera e) l.f., comprenda una *offerta irrevocabile*, ovvero sia basato sulla già intervenuta conclusione di un contratto preliminare, con indicazione del prezzo per il trasferimento, anche prima della omologazione dell'azienda, o anche di uno o più rami di questa. o di specifici beni (c.d. *concordato chiuso*).

Sono state sollevate, con riferimento alla norma, dubbi di legittimità costituzionale sul presupposto che il tribunale, nel momento in cui dispone la ricerca di interessati all'acquisto, mediante procedimento competitivo, in realtà realizzerebbe una vera e propria espropriazione dell'azienda, non potendosi ritenere tale scelta giustificata dall'essere adottata sol perché maggiormente conveniente per i creditori.

La decisione non sembra contrastare con la norma di rango costituzionale, nel caso di insolvenza, atteso che tutti i beni del debitore costituiscono la garanzia per il ceto creditorio e, pertanto, in effetti, il complesso dei beni organizzato per l'esercizio dell'attività di impresa - sia esso costituito da un'unica azienda o da più rami - in realtà, non è più di proprietà, se non formale, del debitore, essendo esso destinato alla vendita, proprio per la realizzazione delle ragioni creditorie.

Diversa la soluzione qualora l'impresa sia in crisi e sia possibile, attraverso la ristrutturazione del debito, realizzare il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità, così come, d'altronde, dispone l'art. 186 *bis* l.f., con la conseguenza che ove sia stato presentato un concordato con continuità ed il piano abbia previsto la cessione dell'azienda in esercizio, ovvero il conferimento di questa in una o più società di nuova costituzione, le offerte concorrenti non sarebbero ammissibili.

Tale conclusione trova ragionevole ancoraggio nella stessa Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 e, in particolare, nell'obiettivo di essa, di cui al primo considerando, che è quello di garantire alle imprese sane, in difficoltà finanziaria, di ristrutturarsi in una fase precoce, in modo da evitare la insolvenza, "...*massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale*".

Il meccanismo individuato dal legislatore permette al tribunale di adottare un provvedimento preciso, volto alla ricerca di interessati all'acquisto, "...*disponendo l'apertura di un procedimento competitivo*" che, partitamente, indicherà:

- le modalità di presentazione delle offerte, che dovranno essere irrevocabili;

- i criteri di comparabilità tra le offerte stesse, nonché i requisiti di partecipazione degli offerenti;

- la possibilità, per gli interessati, di accedere alle informazioni rilevanti, con obbligo di riservatezza, prevedendo limiti e modalità di utilizzo delle stesse;

- l'*iter* per lo svolgimento della procedura competitiva e la fissazione delle garanzie richieste perché si possa partecipare alla relativa gara, quante volte siano presentate più offerte migliorative, e che potrà aver luogo nell'udienza fissata, o in altra immediatamente successiva e, comunque, prima dell'adunanza dei creditori;

- la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche, prevedendo l'aumento minimo del corrispettivo che le offerte devono prevedere (art. 490 c.p.c.).

La norma, quindi, scandisce modalità e tempi del procedimento, ed attraverso questa il legislatore ha inteso, indiscutibilmente, ampliare i poteri dei creditori in relazione ai *concordati preventivi liquidatori*, nei quali sia prevista la cessione dell'azienda o di un ramo, ovvero di più rami, con l'obiettivo di massimizzare e mettere a disposizione del ceto creditorio una ulteriore possibilità, rispetto a quella di accettare o meno la proposta del debitore, così superando le criticità più volte sottolineate dalla giurisprudenza, relativamente al *c.d. concordato chiuso*, e rendere maggiormente proficuo l'accesso alla procedura, in condizione di generalizzata trasparenza, consentendo al proponente di modificare o integrare il piano, in conformità all'esito della gara, salva la revoca del precedente decreto di ammissione alla procedura, quante volte questi non vi provveda.

Seppur la legge nulla dice al riguardo, e sembra regolare il procedimento solo nell'ipotesi in cui pervengano manifestazioni di interesse, in aggiunta all'offerta contemplata nel piano, il tribunale potrebbe disporre l'apertura del procedimento competitivo con lo stesso decreto di ammissione, qualora il valore dell'azienda, ovvero degli "*specifici beni*", lascino ritenere possibile il conseguimento di un migliore risultato e, dunque, soddisfazione dei creditori, non essendo il relativo potere necessariamente condizionato dall'istanza del commissario giudiziale.

Sebbene la norma descriva *l'iter procedimentale*, sussistono perplessità in ordine all'ambito di applicazione della stessa e sull'operare del commissario giudiziale, in ragione della difficoltà, per questo, di ricerca di nuovi offerenti, per un adeguamento e miglioramento dell'offerta presente nel piano e, comunque, per la valutazione comparativa – così come nel caso delle *proposte concorrenti* - in termini di convenienza della congruità di quelle pervenute, e se debba tenersi conto unicamente del prezzo offerto e, dunque, del realizzo da un punto di vista quantitativo, ovvero anche delle garanzie di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

Tale seconda soluzione sembra essere più coerente, dal momento che l'articolo in commento stabilisce che identico *iter* si applica all'affitto di azienda, ovvero di uno o più rami di questa, oltre che da autorizzarsi ai sensi dell'art. 161, settimo comma, l.f.

Il tema merita attenzione, anche sotto altri profili del tutto ignorati dal legislatore, laddove si tenga conto della circostanza che *le vicende circolatorie* dell'azienda hanno avuto importanti evoluzioni, non solo da un punto di vista normativo, ma, anche, giurisprudenziale, di adattamento agli orientamenti comunitari e, in ragione delle pronunce intervenute in merito all'applicazione, da parte degli Stati membri, della direttiva n. 77/187/Cee e delle successive integrazioni o modifiche, apportate dalla direttiva n. 98/50/Cee e dalla successiva n. 2001/2003/Cee - che hanno operato una lettura degli obblighi discendenti qualora l'impresa sia in crisi, distinguendo l'ipotesi della insolvenza, in ragione della possibilità o meno per questa di sottrarsi, attraverso il raggiungimento delle intese con gli acquirenti, all'obbligo di assicurare la continuità giuridica del rapporto di lavoro e di garantire il trattamento economico e normativo acquisito.

La materia ha trovato una prima regolamentazione, nell'ambito del nostro ordinamento, attraverso l'art. 47 della legge comunitaria n. 428 del 1990, che ha, poi, subito delle successive modifiche, dapprima attraverso l'art. 19 *ter* con la legge n. 166 del 2009 e, quindi, con il d.l. n. 83 del 2012, convertito questo, con modificazioni, nella legge n. 134 del 2012.

Diversa è la soluzione qualora la procedura di concordato tende al superamento dell'individuato squilibrio economico-finanziario e, dunque, l'impresa versi in una situazione di *crisi reversibile*, dall'altra in cui la proposta si sostanzia in una cessione dei beni e, dunque, abbia *contenuto tipicamente liquidatorio*.

Vi è, difatti, una sostanziale differenza fra il concetto di *conservazione e liquidazione*, se si considera che, invero, solo nell'ipotesi di una ristrutturazione economica e finanziaria si verifica il concreto superamento della crisi ed è possibile l'attuazione della conservazione del patrimonio; il che lascia dubitare, seriamente, della possibilità che il procedimento delineato dall'art. 163 *bis* possa trovare applicazione nel caso del *concordato con continuità* regolato dall'art. 186 *bis* l.f., sì da doversi ritenere esso limitato al solo *concordato liquidatorio con cessione dei beni*.

Non par dubbio, difatti, che la cessione, ove attuata nell'ambito di una *procedura di composizione concordata della crisi*, può consentire la conservazione del ramo ceduto o dell'intero complesso produttivo e, quando realizzata, comunque, allo scopo di soddisfare le ragioni dei creditori, non può essere influenzata unicamente dall'attivo che si presume di realizzare, ciò in quanto l'obiettivo economico non si sostanzia nella liquidazione dei beni, quanto, piuttosto, nella conservazione, che non potrà mai privare i lavoratori dei diritti che l'ordinamento conferisce loro.

Non si tratta, allora, di dover stabilire se la disciplina delle offerte concorrenti sia o meno conforme al Regolamento Europeo e volta al recupero dell'impresa per l'attuazione della tutela dei più generali interessi dell'economia, oltre che dell'occupazione, quanto, piuttosto, di verificare se il sistema ipotizzato, a fasi successive, per la individuazione dell'aggiudicatario, o acquirente, debba tener conto anche del trasferimento a questi degli obblighi del cedente risultanti dal contratto di lavoro e, in particolare, se la *flessibilizzazione* degli stessi possa trovare giustificazione nella condizione individuata a livello comunitario

di avere il nostro ordinamento assicurato una “...*protezione almeno equivalente*” a quella prevista nelle situazioni contemplate dalla direttiva 80/987.

Il meccanismo che subordina l'effetto di disapplicazione dell'art. 2112 c.c. è stato individuato dalla legge n. 166 del 2009, con riferimento al *concordato preventivo*, nella dichiarazione di crisi aziendale, prevista dall'art. 2, quinto comma, della legge n. 675 del 1977, ciò in quanto è stato ritenuto giusto operarne la *flessibilizzazione* in presenza di situazioni congiunturali contingenti che potessero giustificare il relativo procedimento.

Non può, al riguardo, tuttavia, essere ignorato il contenuto delle tutele individuali garantite dalla norma (art. 2112 c.c.), che assicura:

- la continuazione del rapporto di lavoro in capo all'acquirente;
- la conservazione dei diritti che discendono dal rapporto di lavoro, inclusi quelli discendenti dai contratti individuali;
- la responsabilità solidale del cedente e del cessionario per i crediti dei lavoratori nei confronti del primo, al tempo del trasferimento, potendo l'alienante essere liberato solo mediante rinuncia del lavoratore resa nella forme previste dagli artt. 410 e 411 c.p.c.;
- la conservazione dei trattamenti economici e normativi stabiliti dai contratti collettivi, nazionali ed aziendali, applicati dal cedente, fino alla loro scadenza, ferma la possibilità, ove l'acquirente applichi già un proprio e diverso contratto collettivo, che questo trovi applicazione nei confronti dei dipendenti dell'azienda alienata in sostituzione di quelli applicati dall'alienante.

Ed ancora, il quadro delle tutele previste dall'ordinamento comunitario, passa attraverso la mediazione delle OO.SS., ovvero la conclusione di un accordo che consenta la disapplicazione degli obblighi discendenti dalla norma, e che impone alle parti interessate alla realizzazione della *vicenda circolatoria* di darvi luogo prima della sua conclusione, sicchè la fase di informazione e consultazione deve essere avviata in data antecedente la conclusione del *negozio traslativo*, non essendo il sindacato legittimato ad avere notizie quante volte le trattative siano in corso ed il processo decisionale debba considerarsi ancora non concluso.

L'accordo, tuttavia, è necessario, perché esso deve riguardare le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori e le eventuali misure previste nei confronti di questi, sicchè non è solo il prezzo