

L'ASSOLUTA INDEROGABILITA' DELLA COMPETIZIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO QUALE REGOLA DI ORDINE PUBBLICO ECONOMICO

di GIUSEPPE LIMITONE

Sin dal diritto romano al debitore insolvente era sottratto il patrimonio, che il *praetor urbanus* assegnava ai creditori, che ne avrebbero deciso la sorte in assemblea con una *lex bonorum vendendorum*, affidando nel frattempo i beni a un *curator*, e poi, dopo la *lex bonorum vendendorum* (l'odierno programma di liquidazione) ad un *magister bonorum*, che provvedeva ad eseguire il disposto dei creditori alla stregua di un moderno liquidatore di una liquidazione concorsuale.

Appare evidente sin dagli albori del diritto che il debitore insolvente non è ritenuto più degno di disporre del suo patrimonio, di cui ha causato l'incapienza, cioè l'insufficienza di fronte alle legittime pretese dei creditori.

Sono questi, infatti, laddove il patrimonio sia divenuto insufficiente, a doverne disporre, onde evitare ulteriori depauperamenti.

Nessuna residua pretesa può avere in tale ambito il debitore, sia esso individuo o società, posto che, va ripetuto, il patrimonio non più sufficiente a soddisfare i creditori appartiene a loro, non più al debitore, rivelatosi inidoneo alla gestione¹.

Questo vale ogni volta che si apre un concorso, sia esso di tipo liquidatorio (concordato o anche fallimento, in cui la cosa si attua al massimo grado, attraverso lo spossessamento) oppure con la continuità aziendale, in cui lo spossessamento è attenuato

¹ “È ormai un comune sentire che l'impresa insolvente, dove non c'è più valore, è di fatto un bene destinato ad assolvere solo a funzioni di garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.), e quindi è in realtà un bene ormai nella piena disponibilità dei creditori.”: così FABIANI M., *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in IlCaso.it, sez. Crisi d'impresa e fallimento, 6 agosto 2015.

dal fatto che l'imprenditore continua a gestire, ma lo deve fare nell'interesse precipuo dei creditori, non più del proprio.

Ecco perché il Legislatore ha stabilito che dal patrimonio dell'insolvente deve potersi sempre trarre la massima utilità possibile, attraverso la competizione sul mercato, e ciò deve avvenire con regole che assicurino trasparenza e regolarità della procedura, evitando le situazioni in cui vi sia un qualsiasi impedimento all'ottenimento del massimo realizzo (come avverrebbe nei concordati cc.dd. bloccati, costruiti “*ad usum delphini*” del proponente)².

Nel concordato, ad es., dispongono in tal senso gli artt. 163 e 163-*bis* l.f. (e i corrispondenti articoli del Codice della Crisi, gli artt. 90 e 91 CdC), con norme, che, attesa la loro cogente finalità, non è difficile definire come di ordine pubblico economico, e pertanto inderogabili, cui consegue la nullità o – quanto meno - la non opponibilità ai creditori (ferma - se del caso - la validità *inter partes*, in quanto la norma è imperativa con riferimento alle sole finalità del concorso) di ogni disposizione negoziale contraria.

Lo stesso effetto di inopponibilità si produce per tutti i contratti, e “*a fortiori*” i negozi, che abbiano comunque la finalità e ovviamente l'effetto di realizzare (anche non immediatamente, quindi anche dopo l'omologazione del concordato) il trasferimento di *assets* dal debitore concordatario ad un terzo predeterminato, al di fuori di ogni confronto con il

² Per Trib. Alessandria 14 dicembre 2017 deve essere rilevata l'inammissibilità nell'ipotesi in cui il piano e la proposta concordataria, unitamente agli atti posti in essere nei mesi precedenti al deposito del ricorso dal debitore e da altri soggetti allo stesso collegati (affittuario d'azienda e istituto bancario), “costituiscano palese ed evidente “aggiramento” e violazione dell'art. 163bis L.F. che disciplina le cd. “offerte concorrenti”, norma quest'ultima pacificamente imperativa e perciò inderogabile, diretta ad impedire la presentazione di concordati cd. “chiusi” e cd. “preconfezionati” che sottraggono gli assets aziendali di maggiore rilevanza all'apertura e alla competizione sul mercato, in contrasto quindi con il fine di massimizzare la *recovery* dei creditori insito nella predetta norma”. Nel caso di specie il soggetto affittuario, dopo aver acquisito l'*asset* principale del debitore rappresentato dal marchio, si apprestava a divenirne sostanzialmente, anche se non formalmente, il gestore esclusivo dell'azienda, il tutto in contrasto con la disciplina dell'art. 163 bis. L.f., norma questa inderogabile che trova applicazione in ogni tipo di concordato (liquidatorio, in continuità indiretta e in continuità diretta per i beni non funzionali all'esercizio dell'impresa) in uno con plurimi pagamenti preferenziali che pure sono stati ritenuti dal Tribunale causa di inammissibilità.

mercato (art. 163-*bis*, co. 1, l.f. e art. 91, co. 2, CdC), ed anche se si tratti di contratti e/o negozi di diritto societario, che pure rientrano nella categoria generale³.

Altrettanto deve dirsi poi per atti e negozi che vengano presentati come atti di straordinaria amministrazione, per i quali è comunque chiesta l'autorizzazione al tribunale, ex artt. 161, co. 7, e 167, co. 2, l.f. (cfr. art. 163-*bis*, co. 5, l.f.) e art. 94, co. 2, CdC.

La massima trasparenza ed il massimo realizzo si ottengono soltanto con procedure competitive, che è ormai il mantra categorico kantiano di tutta la legislazione concorsuale (oltre alle norme del concordato in esame, si vedano, per il fallimento, gli artt. 107, co. 1, l.f., 216, co. 2, CdC, e, per il sovraindebitamento, gli artt. 14-*novies*, co. 2, L. n. 3/2012, 71, co. 1, 81, co. 1, e 275, co. 2, CdC; queste regole sono state ribadite per il piano del consumatore e per il miniconcordato dal decreto correttivo al CdC del 6.11.2020).

Ne discende che qualunque negozio, diretto o indiretto o collegato o schema negoziale che dir si voglia non può mai comportare l'elusione di questo imperativo categorico, laddove l'effetto finale sia il trasferimento di *assets* aziendali, qualunque forma abbia il trasferimento e in qualunque momento esso sia destinato ad attuarsi, sia prima che dopo la votazione, sia prima che dopo l'omologazione del concordato⁴.

La *ratio* di ciò, è bene ripeterlo, è che il debitore insolvente non ha più diritto di disporre dei suoi beni, sia che li possieda direttamente, sia che li possieda per il tramite di azioni o quote

³ Secondo Trib. Padova 22 luglio 2019 ai sensi dell'art. 163-*bis* l.f., va disposta la procedura competitiva per la cessione della partecipazione nel capitale della debitrice qualora il piano concordatario preveda il conferimento della medesima partecipazione ad altra società con impegno di questa a: i) sottoscrivere e versare un aumento di capitale; ii) prestare le garanzie necessarie per l'ottenimento di linee di fido commerciale o bancario per un determinato importo minimo; iii) garantire il pagamento a favore della procedura, entro una data determinata, dei flussi derivanti dalla continuità fino ad un determinato importo.

⁴ Per Trib. Brescia 21 giugno 2018 è inammissibile la proposta concordataria la quale preveda l'acquisizione dell'azienda da parte di un soggetto determinato, evitando, mediante l'attuazione di un complesso percorso contrattuale, la gara con altri potenziali acquirenti prevista dalla norma di carattere imperativo contenuta nell'art. 163 bis l.fall.

sociali, perché quei beni appartengono ai suoi creditori, che potranno ricavarne comunque una soddisfazione inferiore alle loro pretese, atteso lo stato di insolvenza, il che giustifica il loro preminente potere di disporre.

E' necessario a questo punto il confronto con il diritto societario, con i poteri dei soci e/o degli amministratori (*governance*), chiedendosi se esista nel sistema concorsuale qualche norma che possa far pensare ad una preminenza del diritto societario (che è disciplina generale) sul diritto concorsuale (disciplina speciale, dunque prevalente su quella generale), tale che, nelle occasioni di cui ci si sta occupando, in cui vengono dismessi o trasferiti in qualsiasi modo dei beni, si possa fare a meno della pubblica gara, o comunque di una idonea forma di competizione.

Infatti, è stato proprio affermato che i soci sono liberi di decidere della sorte della società (perché appartiene a loro), attraverso le quote o le azioni, senza dover sottostare a tali regole, che sono imperative per la società laddove essa dismetta beni, ma non per loro, quando gestiscono le quote o le azioni (che non sono beni sociali).

Il diritto concorsuale sarebbe quindi recessivo rispetto al diritto societario.

Ebbene, a parte la semplice constatazione, per la quale non occorre certo fare nessun ragionamento comparativo, che la norma imperativa vuole evitare il risultato del trasferimento di beni senza gara, e che tale effetto si produce comunque anche quando il patrimonio sociale cambi di proprietà a seguito di operazioni sul capitale, in ogni caso non si ravvisa alcuna norma nel diritto concorsuale che possa far pensare che le operazioni sul capitale si sottraggano alla regola della competizione, anzi se ne rinvengono diverse che dimostrano il contrario, e cioè che il diritto societario cede il passo al diritto concorsuale, quando un concorso si è aperto a causa della incapienza del patrimonio, e dunque con la necessaria sottrazione ai soci della disponibilità su quel patrimonio da loro stessi impoverito, e ormai destinato ai creditori, nel cui interesse ogni operazione va infine fatta.

Vediamo queste norme.

Innanzitutto, già gli articoli in esame offrono diversi spunti nel senso della prevalenza del diritto concorsuale.

Nel caso delle offerte concorrenti il Tribunale ha un potere conformativo (art. 163-*bis*, co. 2, l.f.; art. 91, co. 4, CdC), da usare per rendere comparabili le offerte, così mettendo i creditori in condizione di scegliere correttamente, cosicché l'offerta del primo concorrente, quella prevista dal piano di concordato, dovrà per forza adeguarsi a quel che decide il tribunale nell'interesse dei creditori.

Inoltre, il debitore deve modificare il piano e la proposta in conformità all'esito della gara, altro momento in cui si evidenzia la sua carenza di potere rispetto agli interessi creditori (art. 163-*bis*, co. 4, l.f.; art. 91, co. 9, CdC), dovendo fare in modo che sia data piena attuazione, nel loro interesse, all'offerta concorrente.

Nel caso in cui il debitore non collabori nella fase esecutiva del concordato, la legge (art. 185 l.f e art. 118 CdC) prevede persino il suo completo esautoramento rispetto all'impresa, bene che va ritenuto ormai finalizzato ai creditori fino al pieno adempimento del concordato, nel senso che il tribunale “*può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti*”, come può giungere a revocare l'organo amministrativo inadempiente e nominare in sua vece un amministratore giudiziario, attribuendogli “*il potere di compiere ogni atto necessario*” a dare esecuzione alla proposta di concordato risultata vittoriosa rispetto alla proposta originaria del debitore.

Inoltre, qualora la proposta concorrente preveda l'aumento del capitale sociale del debitore, anche con esclusione o limitazione del diritto di opzione (cioè con l'estromissione dei vecchi soci, affinché non intralcino l'operato dei nuovi soci), il tribunale può conferire al commissario il potere di convocare l'assemblea, stabilire l'ordine del giorno, quindi costituire l'assemblea e infine votare, nel senso di dare piena attuazione alla proposta concorrente, davanti al notaio.

Si vede bene che qui il legislatore ha spazzato via ogni dubbio circa la prevalenza del diritto concorsuale sulla volontà della vecchia *governance* societaria, la quale può persino essere estromessa dalla società (che prosegue l'impresa per conto proprio, in mani di terzi), suo malgrado.

Se il patrimonio è perduto, le quote sociali non valgono più nulla, sicché i soci poco hanno da governare ancora, e quindi

perdono la possibilità di prendere decisioni vincolanti per i creditori.

L'operazione sul capitale fatta in funzione e a ridosso del concordato risulta sovente essere uno specchietto per le allodole, palesemente elusivo della regola della competizione, finalizzato solo a trasferire la proprietà dell'impresa e dei suoi *assets* col beneficio della falcidia concordataria, di cui beneficerebbe il terzo predestinato, visto che, se non ci fosse il concordato di mezzo, il prezzo dell'acquisizione sarebbe molto più elevato, dovendosi tenere conto del passivo integrale e non di quello falcidiato.

Un aumento di capitale effettuato con il *bonus* della falcidia concordataria si giustifica solo in ottica concordataria, cioè in favore dei creditori e non dei soci.

Perciò ben si comprende l'eteronormazione nella circolazione dell'impresa: non si può avere insieme la falcidia, il *bonus* concordatario, e conservare la *governance* ad ogni costo.

Pertanto, se per il trasferimento degli *assets* si vuol mettere sulla bilancia il *bonus* della falcidia concordataria, bisogna sottostare a tutte le regole del concorso, compresa la competizione, ed il rischio di un cambio di *governance*.

E ancora, si veda l'art. 84, co. 2, CdC, dove è a chiare lettere scritto che “*l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci*”: l'interesse dei creditori è indicato, comunque, come “*prioritario*” rispetto a quello dell'imprenditore e dei soci, sia nel caso di continuità diretta sia in quello della continuità indiretta, come ha precisato il decreto correttivo al CdC del 6.11.2020.

L'art. 90 del CdC prevede che chiunque, anche chi non è ancora creditore, possa diventarlo per potersi legittimare alla presentazione di una proposta concorrente, acquisendo all'uopo crediti fino al 10% del passivo dopo la domanda di concordato, il che vuol dire inequivocabilmente che una pubblicità deve essere fatta per attirare gli esterni a fare la proposta, visto che, non essendo creditori prima del concordato, di quest'ultimo ben possono non essere a conoscenza.

Ragion per cui, dovendosi (per far sapere del concordato a chi non è ancora creditore) disporre la pubblicità della proposta, la norma implica che una fase competitiva sia già stata necessariamente aperta dal tribunale, per ricercare possibili proponenti, che vogliano entrare nel capitale alle medesime condizioni del predestinato dal debitore, “*ad usum delphini*” del quale sia stata fatta la proposta.

La netta prevalenza del diritto concorsuale sul diritto societario si vede anche dalla norma (art. 116 CdC) per la quale i creditori possono opporsi alla trasformazione o fusione o scissione della società solo nel giudizio di omologazione, in cui l'operazione dovrà essere valutata alla luce del piano concordatario e della necessaria congruenza con esso, quindi al di fuori di parametri societari *tout court*.

Ove siano previste operazioni sul capitale da compiersi in ambito concordatario, giocoforza dovrà pertanto potersi aprire al mercato la possibilità di entrare nel capitale alla pari del predestinato, cioè a parità di condizioni, e nel caso in cui ciò non sia possibile, per la particolare posizione che è stata data al predestinato attraverso strumenti e clausole contrattuali, o per altro motivo, allora la proposta di concordato deve essere dichiarata inammissibile⁵, per la concreta non comparabilità della proposta con altre e per l'illiceità della causa⁶, salve le opportune modifiche alla proposta e al piano che siano ancora possibili, per assenza di istanze di fallimento.

Perciò, se i soci vogliono compiere operazioni sul capitale, lo facciano ben prima di entrare in una procedura concorsuale e in ogni caso non in stretta correlazione (funzionale e temporale) con essa⁷, perché, una volta apertasi questa, le regole del

⁵ Cfr. GALLETTI D., *Il difficile rapporto tra l'art. 163-bis e l'art. 182 l.fall.*, in *Il Fallimentarista*, 5 dicembre 2016, p. 3, secondo il quale ove la proposta concordataria, per la sua complessità, non consenta alcuna apertura al mercato, va dichiarata inammissibile.

⁶ Poiché con un mezzo formalmente lecito si vuole aggirare la sostanza della norma, come previsto dall'art. 1344 c.c. “*Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.*”.

⁷ Cfr. GALLETTI D., *Ancora sulle elusioni dell'art. 163-bis l.fall.*, in *Il Fallimentarista*, 9 gennaio 2018, p. 4.

concorso impongono senz'altro la competizione, ed il possibile ribaltamento della *governance*⁸.

Unica apparente eccezione nel sistema potrebbe sembrare quella prevista dall'art. 94, co. 6, CdC, per il quale “*il tribunale, in caso di urgenza, sentito il commissario giudiziale, può autorizzare gli atti previsti al comma 5 senza far luogo a pubblicità e alle procedure competitive quando può essere compromesso irreparabilmente l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento. Del provvedimento e del compimento dell'atto deve comunque essere data adeguata pubblicità e comunicazione ai creditori*”, ma, come ben si vede, l'eccezione è solo apparente, perché, anche in questo caso, ciò che viene tutelato al sommo grado è pur sempre “*l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento*”, al quale dev'essere funzionale sia la obbligatoria modalità competitiva che la eccezionale rinuncia alla stessa.

⁸ Come ben evidenziato da TARZIA G., *Intervento di terzi, proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo*, Fall. 10/2020, 1291, che così si esprime: “*.il debitore mantiene l'esclusiva per la domanda di accesso alla procedura, con la consapevolezza che la sua scelta, una volta esercitata nel senso della presentazione di quella domanda, aprirà la strada a possibili proposte concorrenti, e, ancor di più, come fra poco si dirà, se la debitrice è una società di capitali, ad un possibile “esproprio” dei soci da parte dei creditori*”, che però poi (*ibidem*, 1294) non ritiene applicabile all'art. 163 l.f. il meccanismo competitivo (né si comprende perché, date le premesse), con un non condivisibile distinguo tra competizione sui beni della società (163-*bis*) e competizione su quote/azioni (163), in quanto queste ultime non sono beni della società, ma che però, lo si deve ribadire, se movimentate, danno lo stesso risultato vietato dalla legge, e si torna sempre all'art. 1344 c.c. Poco rileva (questo l'altro distinguo dell'Autore, *ibidem*, 1294) che l'acquirente ex art. 163 l.f., a differenza di quello ex art. 163-*bis*, subentra anche nel passivo sociale, poiché questa è una mera conseguenza dell'operazione, liberamente accettata dal terzo offerente, e non può certo essere utilizzata come criterio legale di selezione del giusto *modus operandi* in ambito concorsuale, anche perché (lo stesso TARZIA, *ibidem*, 1299) ritiene pacificamente operante il meccanismo competitivo per i contratti (come previsto dallo stesso art. 163-*bis*, co. 1, l.f.) che abbiano la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, e non si comprende perché tra questi non debbano essere annoverati anche i contratti - di diritto societario - che prevedano, anche con patti parasociali, operazioni sul capitale, con finalità di trasferimento degli *assets* aziendali.