

Le procedure competitive di vendita

Auditorium Rino Ricci Pisa Piazza V. Emanuele II n.5

14 novembre 2022

III sessione

(Claudio Cecchella)

Il tema

Il tema principale della presente relazione è costituito dalla **disciplina della liquidazione concorsuale *ex lege***, essendo la disciplina dell'espropriazione, nella esecuzione individuale o comune, oggetto di **esame nei limiti in cui è applicabile al concorso.**

Il rinvio al codice di rito

Con l'intervento sull'art. 105 l. fall. (art. 204 cod.) non esiste più un **rinvio generale** alla disciplina del codice di rito, resta invece **un richiamo a singole disposizioni**, come tra breve vedremo.

Ne risulta un sistema che esalta **i principi della concorsualità e della specialità**, a scapito delle regole del codice di rito.

1. La liquidazione atomistica

La liquidazione era originariamente suggestionata dalle **regole dell'esecuzione individuale**, con la conseguenza di **una liquidazione frammentata ed atomistica dei beni**, nonostante che la sentenza dichiarativa di fallimento, *uno actu*, colpisse l'universalità dei beni da un vincolo giuridico pari a quello del pignoramento (e non vi fossero pertanto singoli atti autonomi destinati ciascuno a pignorare un particolare bene, mobile, immobile o credito, secondo la tripartizione tradizionale dei beni).

Il problema della liquidazione dell'azienda, di situazioni e di azioni

Ne risultava impossibile **la liquidazione unitaria della universalità di beni** di cui è costituito il patrimonio dell'imprenditore, particolarmente dell'azienda o di un ramo di essa, oppure la liquidazione di **situazioni soggettive, come diritti, obblighi o rapporti aggregati, sinanche ad azioni giurisdizionali**. Ciò, nel primo caso, **perché non era contemplata la vendita *uno actu* dell'azienda** e nel secondo caso per la mancata previsione di **un'espropriazione di beni immateriali** nella varia espressione originata dai rapporti commerciali ed economici.

La potenzialità della sentenza di fallimento

Il richiamo all'esecuzione individuale impediva di sfruttare nella sua pienezza la potenzialità di **efficacia della sentenza che dichiara il fallimento** destinata a produrre un vincolo materiale e giuridico, *uno actu*, su tutti i beni e componenti attive del patrimonio dell'imprenditore, anche immateriali, e dunque avrebbe potuto essere seguito da **un atto conclusivo dell'espropriazione, la vendita, ove ancora uno actu, fosse possibile la liquidazione dei beni nel loro complesso** organizzato per i valori intrinseci dell'**avviamento** che ne discendono, compresi i beni immateriali.

La reazione della prassi

Facendo leva sull'art. 106, 2° comma l. fall., nel tenore previgente, che ammetteva la **vendita in massa di beni mobili**, con una forzatura estrema nella norma, la giurisprudenza ebbe a perfezionare, come modalità liquidatoria, la **cessione forzata dell'azienda**, intesa come universalità dei beni organizzata dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa ex art. 2555 c.c.

2. La centralità del giudice

Il richiamo al modello dell'esecuzione individuale, poi, con una maggiore discrezionalità sancita dalle norme di richiamo della legge fallimentare nel tenore previgente (art. 106, 1° comma e 108, 1° comma, l. fall.) attenuava fortemente il ruolo ed i poteri del curatore nella gestione e liquidazione, a favore del giudice.

3. Vendita - ripartizione

Dell'esecuzione, infine, si attingeva il **modello bifasico vendita-ripartizione**, senza adottare modelli più avanzati come, ad esempio, effetto della cessione forzata dell'azienda o oggetto diretto della stessa, la **cessione di debiti o di rapporti del fallimento a terzi**. I quali **anziché** soddisfarsi in sede di riparto avrebbero avuto agio di agire nei confronti del terzo cessionario del debito.

Il problema della *par condicio*

- L'utilizzo di forme di soddisfacimento di alcuni creditori attraverso **pagamento diretto** da parte di un terzo, cessionario dell'azienda o del debito, laddove fosse conservata per altri creditori la ripartizione a seguito di vendita forzata, con la conseguente **falcidia fallimentare**, può porre il grave problema della violazione della *par condicio creditorum*, essendo solo i primi **soddisfatti per intero**.

La riforma

Con la riforma, sia negli anni 2006/2007 e sia con il codice del 2019, cogliendo le potenzialità degli effetti della sentenza, si è

1. superato il modello atomistico e la scarsa sensibilità verso i beni immateriali;
2. accentuato il ruolo del curatore (a scapito del giudice) nelle scelte programmatiche contenute nel regolamento di liquidazione *ex art. 104 ter* (art. 213 cod.) e nei singoli atti esecutivi, autorizzati preventivamente in sede di regolamento di liquidazione;
3. superato il modello vendita-liquidazione.

La liberazione dal codice di rito

Per la prima volta, dopo la riforma del 2015 (La legge 132/15), il legislatore liberandosi, in parte, dal codice di procedura civile, enuncia **un modello discrezionale della fase liquidativa, per lo più abbandonato al curatore**, richiamando il solo limite di “**procedura competitiva ad evidenza pubblica**”.

L'oggetto della liquidazione. La vendita dell'azienda, di situazioni, di azioni

Ne è risultato, altresì, l'abbandono del modello atomistico nella vendita forzata, mediante più efficienti forme di **vendita dell'azienda** (art. 214, I c., cod.) o di ramo di essa oppure di beni immateriali, come **rapporti giuridici in blocco** (art. 214, IV c., cod.), **situazioni** attive o passive (art. 215, I c., cod.), **azioni della massa** (art. 215, I c., cod.), **nella prospettiva di una soddisfazione dei creditori mediante adempimento da parte di terzi, con accollo dei debiti.**

Forme queste tutte da esperire con preferenza rispetto ad ogni altra di carattere frazionato ed atomistica (art. 214, I c., cod.).

L'accollo dei debiti

L'accollo dei debiti, risultato di una cessione dell'azienda o di un ramo di essa, ovvero di rapporti contrattuali, pone il grave problema costituito dal rispetto della *par condicio creditorum*, poiché in caso di cessione parziale *alcuni creditori potrebbero essere soddisfatti senza la falcidia concorsuale*, perché pagati integralmente da un terzo, a differenza degli altri, non ceduti, soggetti alla falcidia dei riparti, per cui *il curatore nell'operare tale forma di liquidazione deve prestare attenzione ad un trattamento proporzionalmente identico alle due categorie di creditori, negli accordi con il terzo.*

La cessione dei crediti

La **cessione dei crediti** come modalità di liquidazione fuori dalla cessione dell'azienda e come effetto di essa, evidenzia l'opportunità di un **abbandono a terzi delle azioni per il recupero del credito**. A riprova della scarsa propensione del fallimento ad introdurre azioni, è l'ipotesi del **mandato a terzi** per la riscossione dei crediti e **della cessione dell'azione revocatoria concorsuale** (art. 215, I e III comma)

La cessione delle azioni revocatorie

L'istituto noto solo nel concordato fallimentare con assunzione nel tenore pre-riforma, oggi non solo è patto del concordato, ma **modalità di liquidazione fallimentare**. Con la cessione non si cede in realtà il bene oggetto dell'atto di disposizione da revocare, ma si **anticipa la liquidazione del bene quale effetto dell'accoglimento dell'azione revocatoria**, per cui l'acquirente in vendita forzata **acquista il bene con un contratto aleatorio condizionatamente all'esito dell'azione**, di cui diventa protagonista. In tale veste egli può intervenire ex art. 111 c.p.c. nella controversia. Sono cedibili solo le azioni revocatorie già introdotte dalla procedura, onde evitare il **mercato tra acquirente dell'azione e terzo contraente**.

La cessione indiretta ai creditori

L'art. 214, VII c., cod., prevede una modalità di cessione originale mediante **conferimento dei beni o dell'azienda ad una società, con conseguente cessione, più attenuata sul piano fiscale, delle quote.** L'istituto si presenta come alternativo alla gestione provvisoria o all'acquisto dell'azienda, facendo ricadere sul terzo gli effetti perversi dei crediti in prededuzione. L'istituto può ingenerare **una capitalizzazione del credito** ovvero una cessione a favore dei creditori delle quote della società ed è alternativo **al trust** che costituisce una modalità di intestazione dei beni fuori dalla procedura **con un mandato fiduciario alla loro liquidazione.**

Il ruolo centrale del curatore

Il **curatore ha un ruolo centrale** nelle modalità degli atti di liquidazione, a discapito dell'originaria prerogativa ed iniziativa del giudice delegato ed il **comitato ha un ruolo di coprotagonista** nell'approvazione del programma di liquidazione.

Il giudice delegato conserva la prerogativa solo di verificare la **compatibilità del singolo atto liquidatorio con il programma di liquidazione** (art. 213, VII c., cod.) e l'eventuale potere ex art. 217 cod.) di **sospendere le operazioni di vendita** e/o il perfezionamento della vendita per “**gravi e giustificati motivi**” oppure **quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto**, su istanza del fallito, del comitato dei creditori e di altri interessati, ma può riacquistare prerogative **nell'alternativa offerta dall'art.216, III c., cod., laddove il curatore può provvedere secondo le disposizioni del libro III del c.p.c.**

Il potere discrezionale del curatore

Il **potere discrezionale** del curatore, limitato solo dall'inclusione dell'atto liquidatorio nel programma, autorizzato con l'approvazione del comitato, non ha limiti di forma e contenuto, salvo (art. 216, cod.):

- la **determinazione del prezzo con l'ausilio di uno stimatore**;
- **l'uso di forme di pubblicità della gara**;
- l'adozione di **un procedimento di gara ad evidenza pubblica**;
- il **rispetto dei termini** dettati nell'art. 216, cod.
- **informare** giudice delegato e comitato all'esaurimento delle operazioni con l'aggiudicazione (art. 216, IX c.,cod.).

La vendita confluenza dell'affitto

L'art. 212, V c., cod., nel prevedere il patto di prelazione nella vendita a favore dell'affittuario, costituisce **un ulteriore possibile sviluppo della liquidazione**, che esaurisce gli atti del curatore in sede di liquidazione.

Procedura competitiva

L'art. 216 cod. enuncia sostanzialmente un principio, ossia che tutte le vendite endoconcorsuali **devono essere volte alla competitività**; l'affermazione di un principio generale e l'assenza di una stretta regolamentazione, **come avviene ad esempio nel codice di rito**, impone all'operatore di dover configurare **un modello applicativo**.

Limiti ai modelli

Una vendita endoconcorsuale è sicuramente competitiva quando è caratterizzata da:

1. un'adeguata **forma pubblicità**;
2. un'adeguata forma di **trasparenza endoprocessuale**;
3. **regole prestabilite** e non libere di selezione dell'offerente. Anche se discrezionali
4. un sistema **incrementale di offerte**.

Il divieto di vendite private

A questi quattro pilastri portanti probabilmente se ne può aggiungere un quinto: **una completa ed assoluta apertura al pubblico**. Tale ulteriore elemento, ad esempio, consente di giustificare la perdurante dubbia legittimità, dal novero delle procedure di vendita considerate competitive, della **licitazione privata** (invito a soggetti predeterminati e di offerte segrete accompagnate da deposito cauzionale) o, peggio ancora, della **vendita privata** (conf. Cass., sez. I, 23 dicembre 2016, n. 26954. Est. Ferro)

L'esperienza dei piani di liquidazione: la vendita senza incanto

Il modello a cui riferire la procedura competitiva va espressamente indicato **nel programma di liquidazione**, così come previsto, dall'art. 213 cod.

Le vendite fallimentari, o almeno quelle mobiliari ed immobiliari, sono caratterizzate da una semplificazione dei modelli applicativi adottando sostanzialmente la **vendita senza incanto (non essendo prescritto l'incanto per le vendite immobiliari)** come modalità generalizzata, con alcuni correttivi applicativi.

Le ragioni

Vendita senza incanto è stata favorita in quanto istituto conosciuto da oltre 50 anni, che la giurisprudenza e la dottrina hanno contribuito a regolamentare definendone i confini e limitandone le estensioni applicative.

L'uso della delega

Nella sua discrezionalità il curatore potrà beneficiare dell'istituto della delega a professionisti abilitati delle operazioni di vendita oppure procedere direttamente alle stesse.

La pratica delle vendite rateali

Con la vendita senza incanto, si sono diffuse **vendite con “riservato dominio” e conseguente pagamento rateale**, in un modello caratterizzato da una proposta irrevocabile d'acquisto, e da una gara tra gli offerenti in presenza di più offerte valide (prassi oggi regolata nell'art. 216, 8° c., cod.).

Elementi questi che caratterizzano la vendita senza incanto come disciplinata dal codice di procedura civile .

Il richiamo all'art. 569 c.p.c.

Per le vendite rateali trattasi di un richiamo non rigido ma “**in quanto compatibile**”, il che consentirà al curatore di disporre rateizzi più dilazionati, oltre i dodici mesi, nei limiti temporali dell'esaurimento della fase di liquidazione, ovvero il biennio (213 cod.).

Altre sperimentazioni

Non è più da negare la possibilità
dell'assegnazione al creditore, quando gli
esperimenti di vendita competitiva **non danno**
esito e risulta esservi **una semplificazione dello**
stato passivo, con pochi creditori.

La loro sede, le vendite disposte dal curatore

Ovviamente quanto appena riferito vale solo ed esclusivamente nelle ipotesi in cui **la vendita venga posta in essere dal curatore o da un suo delegato** così come previsto dall'art. 216, II c., cod.

Il ritorno all'antico

L'art. 216, III c., cod, dovuto alla novella del 2007, che aveva modificato l'art. 107, II c., l.f., è indice di restaurazione del potere del giudice delegato, **offrendo al curatore la facile alternativa delle forme del libro III** (facile perché deresponsabilizza l'organo degli effetti delle scelte discrezionali)

Le vendite del giudice delegato

Se il curatore chiede al **giudice delegato**, ai sensi dell'art. 216, III c., cod., di procedere lui stesso alle vendite, il legislatore impone nelle ipotesi di delega *ex art. 591 bis c.p.c.* delle operazioni di vendita, che la liquidazione dei beni avvenga **“secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili”** e quindi con modelli prestabiliti e fissi.

Il richiamo all'art. 574 c.p.c.

Esiste inoltre il richiamo alla disciplina **anticipata di immissione nel possesso dell'aggiudicatario**, con fideiussione a prima richiesta del 30% del prezzo (art. 216, 8° c., cod.)

La garanzia

Fideiussione (contratto autonomo di garanzia),
ovvero **svincolata dalle vicende di validità
dell'aggiudicazione, irrevocabile** da parte del
garante e infine senza beneficio di previa
escussione o eccezione, **a “prima richiesta”**.

Il problema relativo alla vendita dei beni mobili

Nella **vendita mobiliare** è dubbio il possesso **anticipato** (che potrebbe integrare acquisto a titolo originario), bensì **è certamente applicabile la disciplina del rateizzo** (salvo forse garanzia per l'intero pagamento del prezzo).

Nel caso di vendita aziendale

Qualche difficoltà interpretativa pongono le **vendite aziendali**, che costituiscono novità assoluta già nella legge fallimentare della riforma degli anni 2006/2007, ribadite nel Cod. Crisi, e che non sono contemplate nel codice di rito, anche in tal caso la discrezionalità dei modelli **può consentire la vendita rateizzata, più dubbia l'immediata immissione nel possesso senza garanzia di pagamento integrale.**

Il senso del nuovo art. 216 cod.

Si può ritenere tuttavia che il nuovo 216 cod., come già il vecchio art. 107 l.f., abbia **una funzione di “mero manifesto” delle volontà del legislatore, più che di vero è propria norma di dettaglio**; in realtà la disposizione ha lo scopo di rappresentare nuove ed importanti possibilità attribuite al curatore, **per avvicinare le vendite coattive endoconcorsuali alle normali transazioni commerciali**, senza limitarlo nei ristretti ambiti della disciplina analitica prevista dalle esecuzioni immobiliari, salvo la procedura competitiva.

Art. 587 c.p.c.

Il mancato pagamento anche di una sola rata entro 10 gg. implica la decadenza dagli effetti della vendita e l'incameramento delle somme versate a titolo di multa.

Applicazione discrezionale del giudice delegato:
il giustificato motivo del ritardo non imputabile.

Forme di pubblicità telematiche

*«Il curatore effettua la pubblicità, **sul portale delle vendite pubbliche**, dell'avviso contenente tutti i dati che possono interessare il pubblico o della ordinanza di vendita e di ogni altro atto o documento ritenuto utile e può ricorrere anche a **ulteriori forme di pubblicità idonee** ad assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati, da effettuarsi almeno trenta giorni prima della vendita» (art. 216, V c., cod.)*

Il vecchio art. 105 c.p.c.

Il vecchio art. 105 era la norma di collegamento tra la legge fallimentare ed il codice di rito; in sostanza la norma **prevedeva espressamente che per tutto quanto non disciplinano dalla legge fallimentare si applicava quanto previsto nel codice di rito.**

L'abrogazione della norma

L'eliminazione di tale norma e, quindi, dell'appena citato collegamento, aveva portato i primi commentatori ad ipotizzare ad una sorta di “privatizzazione” delle procedure liquidative endo concorsuali.

Il richiamo alla disciplina generale

La temuta frattura con il codice di rito non c'è mai stata, consentendoci ancora di procedere **con interpretazioni di sistema**, attraverso il collegamento con una normativa con maggiore procedimentalizzazione come quella relativa alle esecuzioni individuali.