



Ponti & Partners

PONTI DE PAULI PANELLA SPADETTO

www.ponti-partners.it

 PONTI & PARTNERS
PONTI DE PAULI PANELLA SPADETTO

 Partner
24 ORE

PONTI & PARTNERS RAPPRESENTA L'EVOLUZIONE DELLO STUDIO LEGALE PONTI, FONDATA NEL 1995 DALL'AVVOCATO LUCA PONTI. NEGLI ULTIMI ANNI LO STUDIO HA RAFFORZATO LA PROPRIA STRUTTURA, TRASFORMANDOSI IN UN'ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE TRA IL FONDATORE E I SUOI COLLABORATORI, GLI AVVOCATI LUCA DE PAULI, PAOLO PANELLA E FRANCESCA SPADETTO.

PONTI & PARTNERS PRESTA LA PROPRIA ASSISTENZA NELLE PRINCIPALI AREE DEL DIRITTO DI IMPRESA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL DIRITTO COMMERCIALE E SOCIETARIO, AL DIRITTO BANCARIO, FINANZIARIO E FALLIMENTARE, NONCHÉ AL CAMPO DELLA CONTRATTUALISTICA NAZIONALE E INTERNAZIONALE. OPERA INOLTRE NEL CAMPO DEL DIRITTO PENALE D'IMPRESA E DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, NEL DIRITTO DELL'AMBIENTE E DELLA PIANIFICAZIONE TERRITORIALE E URBANISTICA E NEL DIRITTO DEGLI APPALTI PUBBLICI.

I SOCI, INSIEME AGLI ALTRI AVVOCATI DELLO STUDIO, SONO PARTE INTEGRANTE DI UNA STRUTTURA EFFICIENTE E DINAMICA, FONDATA SUL PATRIMONIO DIVERSIFICATO DI COMPETENZE E SULL'ELEVATA PERSONALIZZAZIONE DEI SERVIZI.

I DIECI COMANDAMENTI DEL RISCHIO ATIPICO NELLE ACQUISIZIONI DI AZIENDE E DI PARTECIPAZIONI DI AZIENDE IN CRISI

**Webinar Partner 24 ORE
1 dicembre 2020**

Relatore: Avv. Luca Ponti

E' SEMPRE
DIFFICILE
INDIVIDUARE
QUALE SIA
L'IDENTIKIT DI
SICUREZZA PER
DEFINIRE
UN'IMPRESA IN
CRISI. LE
DEFINIZIONI
DOGmaticHE DI
DOTTRINA E
GIURISPRUDENZA
NON SONO
ATTUALIZZABILI
ALLE FATTISPECIE
CONCRETE PER LA
DISTANZA ANCHE
FISIOLOGICA CHE
C'È TRA UNA CRISI
AZIENDALE IN
ASTRATTO ED IN
CONCRETO

1. INTRODUZIONE
2. EQUILIBRIO
3. CAUTELE
4. RICHIESTA DI AIUTI
5. FATTORI ESOGENI
6. DETERRENTI
7. POSTICIPARE I TEMPI
8. ANTICIPARE I TEMPI
9. RISCHI/COSTI
10. PATTUZIONI
11. INTERNAZIONALIZZAZIONE
12. COMPARTICIPAZIONE CRIMINOSA NEI REATI FALLIMENTARI
13. CONCLUSIONE

1. INTRODUZIONE

- E' sempre difficile individuare quale sia l'identikit di sicurezza per definire un'impresa in crisi. Diverse sono le definizioni di crisi a diverso titolo (per esempio la difficoltà di discernere le crisi di **liquidità** da quelle **patrimoniali**, magari anche già nella fase genetica della nascita di una società), spesso si ragiona con la consapevolezza di uno stato di crisi passibile di conseguenze anche in termini di coinvolgimento con il senno del poi, sulla base di indici non conosciuti ma solo conoscibili, quindi sostanzialmente avvicinando un **giudizio di colpa** (*id est* negligenza nel non aver accertato che) ad una corresponsabilità invece **di natura dolosa**.
- Le definizioni dogmatiche di dottrina e giurisprudenza non sono atualizzabili alle fattispecie concrete per la distanza anche fisiologica che c'è tra una crisi aziendale in astratto ed in concreto anche in ragione della circostanza che il capitale di rischio/di garanzia spesso dipende da **variabili estranee alle dinamiche aziendali accertabili**. Per esempio imprese in decozione falliscono a distanza di molto tempo da quando si ritiene si sia verificato la stessa crisi o insolvenza.

2. EQUILIBRIO

- Nel caso concreto l'acquirente/affittuario deve proporre delle **soluzioni di equilibrio nel rispettivamente acquistare o affittare**, anche paradossalmente contro il suo interesse più immediato a stressare le sue convenienze, essendo le operazioni molte volte subordinate al buon esito del risanamento (che dipende a sua volta dalla "qualità" dell'acquisto/affitto).

Un eccesso di tutela del potenziale acquirente/affittuario corre il rischio di far tramontare uno dei presupposti dell'operazione e quindi rendere vano l'interessamento.

2. EQUILIBRIO

- Non solo, ma si sta insinuando nella giurisprudenza una tendenza che configura, soprattutto in caso di esito negativo, un **coinvolgimento del soggetto antagonista** per la natura dissipativa dell'operazione, laddove si verificano certi indici:

coinvolgimento del precedente gest./vendit. e quindi potenzialità di conflitto di interessi nelle valutazioni di trasferimento

fittizietà/interposizioni dei soggetti proponenti

irrisorietà dei canoni di affitto o dei prezzi di acquisto

assenza di logica di convenienza per l'interesse dei creditori ecc.

- Quindi **l'affittuario/l'acquirente deve guardare a 360° l'operazione**, fare in qualche modo anche gli interessi della controparte e quindi prendere consapevolezza dei numeri che fanno stare in piedi un risanamento.

3. CAUTELE

Nel contempo è necessario usare prudenza in questa attività di ingestione per evitare che, soprattutto in caso di esito negativo, si suppongano ruoli di fatto tali da generare **potenzialità di responsabilità.**

4. RICHIESTA DI AIUTI

- Spesso i risanamenti/dismissioni ruotano attorno a **sacrifici "di gruppo"**.
- Al di là di approfondire tutte le tematiche connesse alla nota questione dei vantaggi compensativi (esimente per i soli casi di infedeltà patrimoniale - quindi per i soli reati societari o anche applicabile in sede strettamente fallimentare?), resta il fatto che tutte le operazioni in qualche modo abdicative degli interessi di una società collegata o controllante sono sottoposte al vaglio, anche qui con il rischio del senno del poi, del buon esito della società rispettivamente abdicante, con il rischio che in caso di suo esito negativo possano essere sindacate con la difficoltà di poter dire, per esempio, che una rinuncia ai crediti infra gruppo da valutare *ex ante* abbia la stessa logica valutata *ex post*.

4. RICHIESTA DI AIUTI

- Eguale difficoltà laddove si ricorra al **credito bancario**, non solo per le problematiche di settore e/o per i requisiti funzionali e prodromici al rilascio di una garanzia bancaria in senso tecnico (solo se cauzionata/una cag), ma anche per tutti i rischi connessi a carico della banca sia sotto il profilo civilistico (revocatoria o illegittima erogazione del credito) che sotto il profilo penalistico (preferenziale o concorso nella bancarotta semplice per aver aggravato il dissesto ecc) laddove ancora una volta questo esito possa dipendere da eventi del tutto estranei o imprevedibili a quelli che hanno presieduto l'erogazione del credito.

Difficoltà di coinvolgere i terzi nel ruolo di finanziatore nonostante le attuali e più recenti modifiche legislative.

5. FATTORI ESOGENI

- L'appetibilità dei rami o delle partecipazioni in caso concreto spesso dipendono da altri fattori del tutto esogeni, o perché ci sono **autorizzazioni di terzi** (tipicamente PA) o perché ci vogliono **consensi di terzi** (uno per tutti il consenso dell'affittuario al rilievo dell'avviamento del conduttore in crisi). Vi è quindi necessità di raccogliere delle acquiescenze in ambienti già patologicamente viziati da diffidenze in ragione di pregressi rapporti del tutto estranei all'acquirente/ affittuario.

Costo nel ripristino dei rapporti di buon vicinato

6. DETERRENTI

- Non è facile trovare dei deterrenti perché quelli che talvolta vengono adottati nella fisiologia (vedi "La vendita garantita delle partecipazioni sociali" Cedam — Ponti-Masetti) non sono ancora una volta atualizzabili per le difficoltà di individuare le responsabilità o i relativi accoli connessi alle gestioni interinali *medio tempore* anche per **l'assenza di soggetti garanti** (una procedura non lo è mai come un contraente *in bonis*).

L'assunzione di garanzie infra gruppo può essere sindacata come atto non inerente all'interesse della controllante ovvero sotto il profilo della direzione coordinamento ecc ecc

7. POSTICIPARE I TEMPI

- Utile potrebbe essere allora **posticipare i tempi** (prima verifico che ci sia il "minimo sindacale" per fare l'operazione) attendendo gli esiti del 67, del 182 bis LE o le omologhe ma talvolta il ritardo può essere fatale nella logica di perdere il valore aziendale connesso all'avviamento.

Tardi è bello ma non è sempre efficace

8. ANTICIPARE I TEMPI

- Allora può essere utile **anticipare i tempi**, anche con l'affitto accollandosi i rischi della gestione prima della verifica degli eventi di cui sopra e anche qui pre o post procedura, pre o post ammissione alla procedura con tutti i rischi connessi alla gestione interinale magari assunta senza una preventiva *due diligence* e un po' alla cieca?

Subito è efficace ma non sempre è bello

9. RISCHI/COSTI

- Vi sono i rischi di accollarsi i costi di start up anche nella prospettiva poi di subire una gara che profila un intervento di un “cavaliere bianco” che prende il meglio senza essersi accollato i rischi/costi.
- La verità è che spesso **c'è un'antitetività tra i tempi di gestione della trasparenza** che è tra le missioni delle procedure **e il rispetto delle esigenze del mercato.**

L'automatismo e la velocità confliggono con i tempi della burocrazia per la trasparenza.

10. PATTUZIONI

- Da qui l'utilità che il contratto di affitto contenga nel suo interno delle **pattuizioni, che nel rispetto della *par condicio della gara*** (anche qui con tutti i dubbi di diversa applicazioni giurisprudenziali, quando la si fa, più volte in sede di affitto? In sede di vendita? previe perizie ecc, ecc), **tengano conto del rischio accollato dal soggetto che per primo si è candidato**, che talvolta possono essere colti come disincentivi alla gara stessa.
- Anche la soluzione ponte per non perdere l'avviamento che è quella dell'affitto deve contemperare in sede di concordato le problematiche dell'art. 2560 c.c..

10. PATTUZIONI

- Idem da approfondire le tematiche connesse ai **concordati di gruppo** che beneficiano di una disciplina *ad hoc* nel Codice della Crisi la cui entrata in vigore è ora prevista per settembre 2021, mancando nella Legge Fallimentare una disciplina di insolvenza di gruppo come nell'amministrazione straordinaria.
- Da non dimenticare i rischi connessi alla successione di procedure con la possibilità che pattuizioni valide vengano invalidate per tale ragione.

11. INTERNAZIONALIZZAZIONE

Anche per le imprese in crisi ci sono rischi connessi all'internazionalizzazione

Alla gestione poi si mettono dei "gladiatori" che non sono passibili, anche per nazionalità, di subire delle conseguenze terrorizzanti, con il rischio quindi che il venditore precedente gestore risponda in qualche modo di fatti non propri

Per esempio è frequente che ci siano degli affittuari/acquirenti solo apparenti che una volta acquisita l'azienda o le partecipazioni deliberino scientemente di fare morire le dinamiche aziendali perché magari interessati a distrarre l'avviamento/produzione sulle madrepatria estera (cinesi tipicamente)

In pratica si compra per uccidere il mercato, è una tecnologia di cui ci si se ne appropria illegittimamente al solo fine poi di riposizionare la logistica più conveniente

11. INTERNAZIONALIZZAZIONE

- Va considerato che spesso la stessa lettura delle dinamiche aziendali che hanno generato *trend* diversi può essere equivoca.
- I rischi aziendali possono essere non conosciuti o conoscibili dall'acquirente, ovvero possono essere rischi penali per definizione non conoscibili non dipendenti dal venditore/gestore ovvero dall'ultimo gestore e dipendere dai precedenti gestori ovvero possono dipendere da terzi, senza dimenticare appunto che possono dipendere anche dallo stesso acquirente che cambia le politiche commerciali o sindacali o quelle di lavoro ecc.

12. COMPARTECIPAZIONE CRIMINOSA NEI REATI FALLIMENTARI

La giurisprudenza più recente tende a punire a titolo di concorso nella bancarotta fraudolenta distrattiva dell'**intraneo** (cioè l'imprenditore/amministratore dell'impresa fallita) anche la condotta del **soggetto che**, in posizione antagonista in quanto controparte contrattuale, **acquista dall'imprenditore beni facenti parte del patrimonio dell'impresa**, spuntando magari un affare perché evidentemente gli conviene.

Secondo questa interpretazione l'acquirente risponderebbe, addirittura penalmente, **di avere fatto gli interessi suoi o della sua impresa**, a danno ovviamente del venditore poi fallito magari per altre cause. Tutto ciò è in contrasto con la logica del profitto che anima l'imprenditore nel muoversi nella sua attività e quindi coerentemente anche negli acquisti.

In questa situazione inconsueta e un po' "contro natura", l'imprenditore acquirente dovrà capire, con tutte le difficoltà del caso, se il soggetto venditore sia effettivamente in una crisi reversibile o irreversibile o se sia già in uno stato di insolvenza, non avendo egli ovviamente diretto accesso allo stato economico/patrimoniale/finanziario del venditore.

12. COMPARTECIPAZIONE CRIMINOSA NEI REATI FALLIMENTARI

Va prestata quindi una grande attenzione da parte dell'imprenditore di un'impresa *in bonis* cioè in attivo, quando si accosta a degli acquisti o comunque delle relazioni che comportino anche acquisizioni di partecipazioni/aziende, laddove la controparte sia appunto un soggetto annoverabile tra quelli che un domani possono fallire.

In questa corresponsabilità può essere coinvolto quale **“extraneus”**, cioè concorrente ancorché privo del requisito formale tipico di essere l'imprenditore primo responsabile cioè venditore, anche **il professionista il quale**, mediante una consulenza e nella consapevolezza della pregiudizialità dell'atto suggerito alle ragioni dei creditori, **agevoli il proprio cliente nella realizzazione del proposito criminoso**.

Su queste esatte premesse appare evidente la **necessità per l'imprenditore/professionista di accostarsi al mondo degli affari con le imprese in stato di pre-decozione con tutte le cautele giuridiche e prudenze del caso**, conoscendo tutte le insidie relative, al fine di non incorrere in responsabilità **“osmotiche”** per il fatto del venditore ancorché agendo nel proprio legittimo interesse.

13. CONCLUSIONI

- Ci sono poi delle *new entry* giurisprudenziali che introducono specie sotto il profilo penale, innovativi profili di rischio di cui non si può non tenerne conto soprattutto se si frequentano aree geografiche diverse dalle autoctone proprie (contestazioni delle operazioni a leva, si vedano le recenti pronunce di legittimità sul fenomeno del *Leveraged Buy out*, le bancarotte fraudolente residuali per operazioni dolose d'incerta coloritura, le ricettazioni ex art 232 L.F. ecc.).

Come si vede i comandamenti, vista la materia trattata, sono di più dei 10 sacralizzati... e non è un caso!

BIBLIOGRAFIA



La vendita garantita delle partecipazioni sociali
di L. Ponti - M. Masetti

Editore: Cedam

Collana: Biblioteca Giuridica
raccolta da G. Alpa
e P. Zatti

BIBLIOGRAFIA



La trasmissione del valore

di L. Ponti

In

Impresa familiare e passaggio generazionale. Casi a Nord Est. Il modello TRA.SME's

di M. Popolani

Editore: Il Sole 24 Ore

Collana: Studi

 PONTI & PARTNERS
PONTI DEPAULI PANELLA SPADETTO

 Partner
24 ORE

Ponti & Partners

PONTI DE PAULI PANELLA SPADETTO

www.ponti-partners.it

VIA VITTORIO VENETO, 39
33100 UDINE
T. +39 0432 507321 R.A
F. +39 0432 507418
WWW.PONTI-PARTNERS.IT
INFO@PONTI-PARTNERS.IT

 PONTI & PARTNERS
PONTI DePAULI PANELLA SPADETTO

 **Partner**
24ORE