

DIRITTO DELL'ECONOMIA

www.quotidianodiritto.ilssole24ore.com

In breve



CONTI CORRENTI
Al fideiussore
un alert sul credito



Obbligo di informare il fideiussore se peggiorano le condizioni patrimoniali del debitore. Se, nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente, si manifesta un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore tali da mettere a repentaglio la sua solvibilità, la banca creditrice, che disponga di strumenti di autotutela che le consentano di porre termine al rapporto impedendo ulteriori atti di utilizzazione del credito che aggraverebbero l'esposizione debitoria, è tenuta ad avvalersi di quegli strumenti anche a tutela dell'interesse del fideiussore inconsapevole, alla stregua del principio cui si ispira l'articolo 1956 Codice civile, se non vuole perdere il beneficio della garanzia (Principio già espresso da Cassazione 21730/10).

Corte cassazione, Sezione VI-3, ordinanza n. 2132 depositata il 3 febbraio 2016.

REVOCATORIA

Ampie prove per il pregiudizio

La prova del requisito della consapevolezza, da parte del terzo acquirente, del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore può essere data con ogni mezzo e, quindi, anche presunzioni (ex multis anche Cassazione 7507/07 e 3676/11). Corte cassazione, Sez. VI-3, ordinanza n. 1908 depositata il 2 febbraio 2016.

A CURA DELLA REDAZIONE PLUS PLUS 24 DIRITTO
www.plusplus24diritto.ilssole24ore.com

Legge fallimentare. Mentre si discute la riforma si affinano nei tribunali le regole per la gestione delle crisi

Concordato efficiente con più offerte

La procedura competitiva contro possibili abusi del «pacchetto» chiuso

PAGINA A CURA DI
Angelo Busani
Alberto Guiotto

«Offerte concorrenti» per disinnesicare i rischi, le inefficienze o gli abusi che possono derivare dal cosiddetto **concordato** con «pacchetto preconfzionato». È la soluzione che oggi, imponendo una procedura competitiva, offre l'articolo 163-bis della **legge fallimentare**, norma derivata anche da alcune positive esperienze professionali e decisioni dei giudici (si veda Tribunale di Milano, decreto di omologazione 5401 del 10 maggio 2012).

Il principale filo conduttore dell'attuale disciplina della **crisi d'impresa** è quello della salvaguardia della continuità aziendale: in particolare, nel **concordato preventivo** alla tradizionale funzione liquidatoria si affianca quella di proteggere e preservare la continuità aziendale, normalmente attraverso il trasferimento dell'azienda in funzionamento a un soggetto terzo.

In questo ambito ha trovato ampia diffusione il fenomeno dei «concordati chiusi», ossia dei piani di concordato che si fondano su un'offerta o un accordo preliminare con un soggetto individuato dallo stesso debitore, in base al quale si attua a favore di costui il trasferimento dell'azienda, di rami d'azienda o di singoli beni. Questa soluzione ha consentito il salvataggio di numerose aziende destinate altrimenti a scomparire, se fossero state mantenute in capo al debitore. In taluni casi, però, il meccanismo si è prestato ad abusi in danno dei creditori, sia per conflitto di interessi tra il cedente e il cessionario, sia per la sostanziale mancanza di alternative all'approvazione del cosiddetto «pacchetto preconfzionato» (o proposta pre-pack) che non fossero l'estinzione dell'azienda e il fallimento dell'imprenditore.

Per contrastare il fenomeno del pacchetto preconfzionato, l'articolo 163 bis della legge fallimentare prevede un procedimento competitivo obbligatorio nel presupposto (peraltro non pacifico) che il market test si traduca sempre in una maggiore soddisfa-

zione dei creditori. La legge fallimentare, peraltro, sta per essere modificata con provvedimenti all'esame del Consiglio dei ministri: tuttavia nessun cambiamento è in vista sul tema qui trattato.

Con l'istituto delle offerte concorrenti si ha quindi che, quando il piano di concordato si fonda su un'offerta vincolante di acquisto da parte di un soggetto già individuato, il tribunale dispone automaticamente l'apertura di un procedimento competitivo per la ricerca di eventuali soluzioni alternative. Fondamentale, in questo frangente, è il ruolo del commissario giudiziale che deve consentire ai potenziali offerenti l'accesso alle informazioni rilevanti per la formulazione dell'offerta.

Qualora l'oggetto del trasferimento sia l'intera azienda o un ramo d'azienda, le funzioni del commissario sono assimilabili a quelle di una merchant bank, do-

venendo egli allestire una data room che contenga ogni informazione e documento rilevante, gestire l'accesso, rielaborare talune informazioni sensibili e garantire la tutela dei dati aziendali attraverso idonei patti di riservatezza.

Le offerte concorrenti, che devono essere presentate in forma segreta, vengono poi rese pubbliche ed esaminate congiuntamente in occasione dell'udienza appositamente fissata dal tribunale. Qualora offerte migliorative siano più di una, viene obbligatoriamente disposta una gara tra gli offerenti da tenersi in quella stessa sede o in un'udienza successiva. L'intera procedura di assegnazione, peraltro, deve necessariamente concludersi prima dell'adunanza dei creditori in modo da consentire a questi ultimi un'espressione di voto adeguatamente informata.

Non è chiaro, in base alla lettera della legge, se la gara tra offerenti riguardi soltanto i terzi che abbiano presentato le offerte migliorative o se invece possa essere estesa anche all'offerente originario. In attesa di interpretazioni consolidate, appare opportuno che l'offerta originaria venga reiterata secondo i requisiti previsti dalla procedura competitiva, al fine della sua ammissione alla gara per l'aggiudicazione.

Un'ultima considerazione riguarda l'obiettivo che la norma si propone di perseguire. In assenza di un'apprezzabile campione statistico, non è agevole comprendere se la competitività forzatamente introdotta dall'articolo 163-bis della legge fallimentare si traduca effettivamente in un generalizzato vantaggio per i creditori o se, viceversa, essa generi una selezione avversa, disincentivando ogni concreto interesse a formulare offerte preliminari e vincolanti, con il rischio di impiegare risorse ed energie al solo scopo di originare un benchmark per le offerte successive: rischio, questo, che è solo parzialmente mitigato dal rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta originaria, nel limite del 3% del prezzo offerto.

OBIETTIVO TUTELA

Il superamento della proposta «pre-pack» consente ai creditori di avere alternative tra cui scegliere



Data room

Le Data room sono usate in numerosi tipi di transazione. Si tratta di uno spazio prima fisico ora spesso virtuale (Vdr, virtual data room) come un sito internet ad accesso riservato, che contiene una serie di dati riservati e confidenziali relativi a una società, necessari ai potenziali compratori dell'azienda o di un ramo di essa. La prassi vuole che venga sottoscritto un patto di riservatezza da tutti coloro che chiedono di accedere alla data room

Le decisioni più recenti

TRIBUNALE DI PADOVA,
16 OTTOBRE 2015

Ha deciso che in tutti i casi in cui il concordato preventivo si fonda su un'offerta di acquisto dell'azienda o di rami d'azienda già formulata da un terzo, il giudice delegato deve necessariamente disporre un procedimento competitivo per la ricerca di nuovi offerenti, stabilendone le caratteristiche, le regole di funzionamento e la pubblicità

TRIBUNALE DI UDINE,
16 OTTOBRE 2015

Ha deciso che in caso di offerta concorrente ex articolo 163 bis Legge fallimentare, con l'aggiudicazione di un'azienda già affittata il giudice delegato deve disporre anche lo scioglimento ex lege del contratto di affitto, liberando così il terzo aggiudicatario da ogni relativa obbligazione

TRIBUNALE DI ROVIGO,
17 NOVEMBRE 2015

Ha deciso che qualora già nel ricorso ex articolo 161, comma 6, Legge fallimentare (domanda di concordato «con riserva») sia dato atto della presenza di un'offerta di un terzo per l'acquisto dell'azienda, il tribunale può disporre immediatamente un procedimento competitivo per la ricerca di nuovi offerenti

TRIBUNALE DI PISA,
26 NOVEMBRE 2015

Ha deciso che in caso di successo dell'offerta concorrente ex articolo 163 bis Legge fallimentare, il credito dell'originario offerente per la restituzione della caparra versata ha natura di credito in predeuzione, da soddisfare per intero

TRIBUNALE DI BERGAMO,
23 DICEMBRE 2015

Ha deciso che durante la fase di concordato con riserva il tribunale può autorizzare in via d'urgenza l'affitto di un ramo d'azienda all'offerente originario e rimandare ad un momento successivo l'esperimento della procedura competitiva per l'individuazione di terzi offerenti, qualora ciò sia necessario per salvaguardare l'integrità e il valore del ramo aziendale

L'applicazione. I criteri di valutazione

Per il confronto ogni elemento va quantificato

Tra le prime e più note soluzioni giurisprudenziali a contrasto del **concordato preventivo pre-pack** c'è quella che ha riguardato la Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor (si veda «Il Sole 24 Ore» di ieri).

In quella vicenda il Tribunale di Milano aveva disatteso le previsioni del piano presentato dal debitore, disponendo forzatamente una procedura competitiva aperta a soggetti terzi. Sulla scorta del successo di quell'iniziativa giurisprudenziale, l'articolo 163-bis della legge fallimentare prevede ora che quando il piano di concordato comprenda un'offerta di acquisto da parte di un soggetto già individuato dal debitore, il tribunale disponga, con criteri pressoché automatici, un procedimento competitivo indicando le modalità del suo funzionamento, il regime di pubblicità richiesto e i requisiti delle offerte concorrenti, che devono essere incondizionate, irrevocabili e corredate delle garanzie disposte dal tribunale.

Caratteristica fondamentale delle offerte concorrenti è la loro **comparabilità con l'offerta originaria**. Se l'offerta per l'acquisto di un singolo bene non comporta particolari problemi di omogeneità, il discorso cambia nel caso in cui l'oggetto sia un'azienda in funzionamento o un suo ramo. In questo caso gli elementi essenziali dell'intera operazione sono non solo il prezzo offerto, ma anche i beni e i diritti che compongono il compendio aziendale, le modalità e la tempistica del suo trasferimento, il numero dei dipendenti coinvolti, le condizioni di pagamento, le garanzie offerte, i rapporti contrattuali mantenuti tra cedente e cessionario.

Per consentire la comparabilità delle offerte, dunque, è possibile che il tribunale disponga una procedura competitiva dettagliata, prevedendo uno scoring relativo a ciascun elemento dell'offerta (ad esempio, assegnando specifici punteggi al prezzo offerto, alle garanzie proposte, ai tempi di pagamento, al livello occupazionale garantito) al fine di

confrontare proposte altrimenti non sovrapponibili.

Un ulteriore elemento di criticità riguarda la possibilità che un'offerta diversa e contrapposta a quella già negoziata dal debitore sia considerata, da quest'ultimo, come ostile. Questo aspetto assume grande rilevanza in considerazione della necessità, prevista dal comma 5, articolo 163 bis, che il debitore modifichi il proprio piano e la propria proposta concordataria in conformità all'esito della gara, qualora l'offerta concorrente prevalga su quella originaria: questo, per consentire ai creditori di esprimersi, attraverso il loro voto, sui miglioramenti apportati dalla nuova offerta.

Non appare remota, infatti, la possibilità che il debitore non voglia adempiere spontaneamente a quest'obbligo, senza che vi sia certezza su quale sia il rimedio previsto dal legislatore. Una prima soluzione potrebbe consistere nell'applicazione analogica di quanto disposto con riferimento all'istituto delle proposte concorrenti: in quel caso, l'articolo 105 della legge fallimentare dispone che al commissario giudiziale siano attribuiti i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore o che, nei casi più gravi, sia sostituito l'organo amministrativo con un amministratore giudiziario ad acta.

Qualora, invece, questa interpretazione non sia ritenuta ammissibile, l'unica conseguenza dell'inadempimento del debitore potrebbe essere quella dell'interruzione della procedura di concordato ex articolo 173 della legge fallimentare, alla quale potrebbe seguire, su istanza di un creditore o del pm, il fallimento del debitore. Quest'ultima soluzione, peraltro, sarebbe certamente inadempiante ma priverebbe di ogni tutela il terzo aggiudicatario, che vedrebbe vanificati i suoi sforzi dall'impossibilità di perfezionare il trasferimento a suo favore dell'azienda o del singolo bene oggetto della sua offerta.

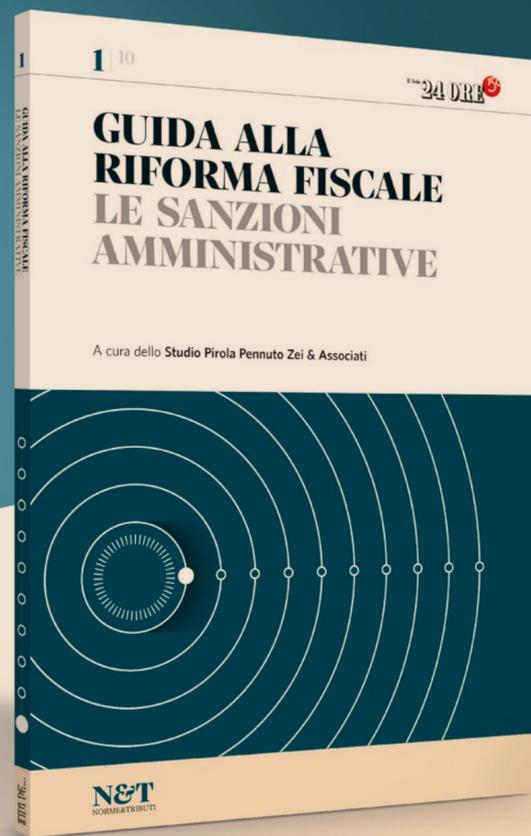
IN EDICOLA

IL FISCO CAMBIA, IL PROFESSIONISTA SI AGGIORNA.

MERCOLEDÌ 10 FEBBRAIO CON IL SOLE 24 ORE A SOLI 9,90€*

Guide alla riforma fiscale è la collana del Sole 24 ORE che spiega in dieci uscite tutte le novità introdotte dalla recente riforma. Il primo volume è dedicato alla recensione del sistema sanzionatorio amministrativo in vigore dal 1° gennaio 2016, con l'analisi delle condotte illecite che riguardano imposte dirette, IVA e riscossione dei tributi, tenendo conto del principio del «favor rei».

www.riformafiscale.ilssole24ore.com



Il Sole **24 ORE**
Il primo quotidiano digitale

www.ilssole24ore.com