

Tribunale di Monza

Sezione Fallimentare Ufficio di Monza

8 /2016

Il giudice delegato a scioglimento della riserva

Premesso che:

Con istanza del 10 novembre 2016 LD ha chiesto, previo parere dei commissari, l'autorizzazione allo scioglimento *ex art. 169bis* l.f. dei seguenti contratti conclusi con

- il contratto di distribuzione datato 21.03.2015 nonché le sue successive

modifiche e/o integrazioni in data 24.03.2015, 23.07.2015, 11.11.2015,

18.11.2015 e 4.12.2015,

- il contratto di distribuzione (addendum del primo) datato 30.03.2015,

- il contratto di distribuzione datato 23.07.2015,

- il contratto di produzione del 09.10.2015,

riconoscendo la liquidazione dell'importo di € 300.000,00 a titolo di indennizzo, che verrà appostato al passivo chirografario della Società.

In data 18 novembre 2016 i Commissari depositavano motivato parere positivo in ordine alla predetta istanza.

Con decreto del 29 novembre 2016 il Giudice fissava udienza al 20 dicembre 2016 per la comparizione delle parti, disponendo che l'istante comunicasse a il ricorso e il decreto entro il giorno 5 dicembre 2016.

LD provvedeva alla notificazione a mezzo posta del ricorso e del decreto debitamente tradotti in lingua tedesca.

All'udienza del 20 dicembre 2016 comparivano: LD, - sia personalmente, a mezzo del legale rappresentante, sia con i propri legali - i Commissari, l'*advisor* della Società dott. Brivio e il legale della procedura, avv. Corno.

A tale udienza da una parte eccepiva che la traduzione in lingua tedesca del ricorso e del decreto notificati a in data 15 dicembre 2016 non risultava asseverata e dall'altra chiedeva termine per il deposito di una comparsa di risposta.

Il Giudice Delegato si riservava di decidere in ordine all'istanza, concedendo termine a sino al 10 gennaio 2017 per deposito di memoria e a LD sino al 17 gennaio 2017 per replica. Mandava all'avv. Regis di trasmettere copia asseverata del decreto e del ricorso via PEC all'avv. Bucci.

In data 3 gennaio 2017 il legale di LD inviava all'avv. Bucci via PEC copia del ricorso *ex art. 169* l.f. in lingua italiana con traduzione in lingua tedesca asseverata e copia del successivo decreto in



data 19 novembre 2016, con traduzione in lingua tedesca asseverata (doc. 1 del fascicolo della difesa della ricorrente).

In data 10 gennaio 2017 provvedeva a depositare in cancelleria la prescritta memoria, chiedendo: “che il Giudice Ill.mo, contrariis reiectis, 1. in via preliminare di rito: disponga la sospensione del presente procedimento ex art. 7 comma 3 L. 218 del 1995; in via subordinata di rito: disponga l’integrazione del contraddittorio nei confronti della Soc. BFG SPA ex art. 103 o, in via di ulteriore subordine, ex art. 107 cpc; nel merito: respinga l’istanza del debitore in data 10 novembre 2016”.

In data 17 gennaio 2017 LD depositava memoria di replica a cui seguiva l’irrituale deposito di una nuova memoria da parte di la quale pur avendo ulteriormente replicato alle argomentazioni della ricorrente, chiedeva una nuova udienza di discussione senza spiegare le ragioni di tale richiesta.

Richiesta del tutto priva di fondamento tenuto conto che le difese hanno ampiamente argomentato con più scritti difensivi, anche non autorizzati come nel caso di e che il legale rappresentante di era presente all’udienza del 20/12/2016.

Rilevato che:

il primo luogo solleva un’eccezione pregiudiziale in rito, con riferimento alla dedotta necessità che la presente controversia sia sospesa, in attesa della decisione del Giudice tedesco, già adito da per sentir accertare la sussistenza di una serie di presunti inadempimenti da parte di LD ai contratti oggetto della richiesta di scioglimento e per sentir condannare LD medesima al ristoro dei relativi danni.

Secondo la tesi di vi sarebbe il rischio di una situazione di conflitto tra la pronuncia del Giudice Delegato e quella del Tribunale tedesco.

L’eccezione non pare cogliere nel segno.

L’art. 169 bis l.fall. attribuisce al debitore la facoltà (che può essere esercitata con il ricorso introduttivo e con istanza rivolta al Tribunale ovvero, come nel caso in esame, anche successivamente al decreto di ammissione, con domanda rivolta al Giudice Delegato) di chiedere ed ottenere l’autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione che fossero reputati, anche con valutazione postuma all’introduzione del ricorso per l’ammissione al concordato preventivo, non più utili e non più confacenti al piano concordatario.

La Legge 132/2015 ha apportato una serie di modifiche all’istituto, prevedendo espressamente, per quanto interessa in questa sede, che la domanda di scioglimento del contratto pendente possa essere presentata anche successivamente al deposito del ricorso per l’ammissione al concordato preventivo e che la decorrenza degli effetti dello scioglimento coincida con la comunicazione del provvedimento autorizzativo all’altro contraente.

In definitiva una volta chiarita la decorrenza dello scioglimento autorizzato dal tribunale, la sua efficacia *ex nunc*, è di tutta evidenza che la disciplina può trovare applicazione solamente con riferimento alle prestazioni future e non alle pregresse.



Lo scioglimento del contratto autorizzato ai sensi dell'art. 169 bis l.fall. non ha quindi alcuna idoneità a incidere su qualsiasi questione attinente del corretto - o meno - adempimento del contratto nel periodo antecedente alla pronuncia di scioglimento, né, di conseguenza, sulla sussistenza o meno di profili risarcitori ricollegabili ad un pregresso inadempimento delle parti.

Ogni questione relativa alla pregressa esecuzione del contratto pendente rimane di competenza esclusiva del giudice ordinario dinanzi al quale ciascuna delle parti può, ricorrendone i presupposti, avanzare legittimamente pretese risarcitorie, a prescindere dalla successiva autorizzazione allo scioglimento ai sensi dell'art. 169 bis l.fall.

Il giudice chiamato a decidere sull'istanza ex art. 169 bis l.fall., non può valutare ed accertare la responsabilità contrattuale dei contraenti, se non incidentalmente, ai soli fini della fondatezza dell'istanza.

Ne deriva l'infondatezza dell'eccezione preliminare di rito sollevata dalla convenuta.

sostiene la necessità, sempre in via preliminare di rito, di integrare il contraddittorio con la società affittuaria del ramo d'azienda, ritenendo che l'avvenuta stipulazione del contratto determini un'ipotesi di litisconsorzio processuale necessario con riferimento al terzo, affittuario dell'azienda, il quale sarebbe, quantomeno per il diritto italiano, divenuto, per effetto del subentro previsto dall'articolo 2558 codice civile, parte del rapporto.

Per quanto concerne l'integrazione del contraddittorio, a prescindere da ogni questione circa l'ammissibilità di una vera e propria chiamata in causa del terzo in un procedimento, quale quello in esame, avente natura camerale è necessario interrogarsi sul fondamento della richiesta, il che si traduce nell'indagine sull'opportunità o meno di sentire BFG a sommarie informazioni, decisione che rientra sicuramente nei poteri di questo giudice.

Nel caso concreto, tale incombente appare del tutto superfluo posto che l'affittuaria BFG (per il tramite del Suo legale) ha già dichiarato espressamente essere "indifferente" e quindi di non opporsi alla richiesta di scioglimento dai contratti oggetto dell'istanza (doc. 26 del fascicolo della ricorrente).

Come noto, il Tribunale di Monaco di Baviera è chiamato a decidere, tra l'altro, sull'avvenuto passaggio o meno dei contratti di distribuzione con la conclusione del contratto d'affitto d'azienda con BFG.

Invero, il diritto tedesco statuisce che in caso di affitto di ramo di azienda passino solo i contratti in cui ci sia il consenso del ceduto.

Al contrario, la legge italiana ex art. 2558 c.c. determina il subentro di diritto in tutti i contratti eccetto quelli *intuitus personae*.

Proprio su questo assunto è sorta la controversia tra le parti a seconda che si ritenga

che:

(a) i contratti conclusi tra LD e sono passati a BFG con la conclusione del noto contratto di Affitto di ramo d'azienda; oppure



(b) i suddetti contratti sono rimasti in ogni caso in capo all'istante, nonostante fossero inclusi nel ramo d'azienda affittato stante l'assenza di un espresso assenso di

Ebbene *nella prima ipotesi* i contratti *de quibus* sarebbero passati a BFG e pertanto sarebbero nella temporanea titolarità di quest'ultima *ex art. 2558 c.c.* il che sottrarrebbe - ad avviso di - la facoltà di LD di chiederne lo scioglimento, in quanto la pendenza del contratto è in questo momento riferibile non all'imprenditore in crisi ma ad un soggetto diverso.

Tale prospettiva non pare convincente.

Come è noto la retrocessione configura infatti una fattispecie di trasferimento il quale non si attua solamente nelle ipotesi di alienazione, usufrutto ed affitto, ma anche negli altri casi in cui si ha la sostituzione in forza di un fatto giuridico idoneo a produrla di un imprenditore ad un altro nell'esercizio dell'impresa. In tal senso un fenomeno circolatorio è ravvisabile anche nella retrocessione dell'azienda dall'affittuario al concedente con conseguente applicazione delle relative norme.

Come l'affitto d'azienda produce, secondo l'ordinamento italiano, il trasferimento in capo all'affittuario di tutti i contratti in essere a prestazioni corrispettive in tutto o in parte non eseguite, salvo che siano espressamente escluse per patto scritto tra le parti ovvero abbiano natura esclusivamente personale, così detta norma trova applicazione anche in presenza di un'eventuale retrocessione dell'azienda in capo all'originario imprenditore.

Con la conseguenza che anche volendo ritenere che i contratti in oggetto siano temporaneamente passati all'affittuario, essi sono comunque destinati a tornare in capo ad LD al momento della cessazione dell'efficacia del contratto d'affitto.

Cessazione che nel caso di specie è già espressamente prevista nell'ambito del procedimento competitivo *ex art. 163 bis l.fall.* con il quale è stata messa in vendita l'azienda.

Invero LD era stata autorizzata a sottoscrivere con l'affittuaria BFG spa una scrittura privata integrativa al contratto di affitto di ramo di azienda alle condizioni di cui alla lettera di impegno BFG (all. 1 alla domanda di concordato); scrittura privata con la quale, tra l'altro è stata convenuta la risoluzione automatica del contratto di affitto di ramo d'azienda in caso di aggiudicazione a terzi del ramo d'azienda (artt. 5 e 13 del Contratto di Affitto).

Il che rende evidente la legittimazione e l'interesse di LD di chiederne lo scioglimento.

Venendo al merito, posto che nel caso di specie non vi sono contestazioni sul fatto che i contratti in oggetto siano ancora pendenti ai sensi dell'art. 169 bis l.fall., il compito del Giudice è quello di verificare la sussistenza di un rapporto di funzionalità e di coerenza tra lo scioglimento (o la sospensione) dei contratti pendenti e la proposta concordataria, in relazione alla fattibilità giuridica del concordato.

La prospettiva nel quale va inquadrato lo strumento introdotto dal legislatore con la norma di cui si tratta non appartiene alla sfera della tutela del contraente in bonis dall'inadempimento del debitore in crisi, bensì a quella della sua funzionalità e strumentalità al modulo concordatario prescelto.



Poiché non si tratta comunque di un mero diritto potestativo, il Giudice investito dell'istanza è tenuto a sentire la controparte ed a valutare l'entità nel caso concreto del sacrificio che subirebbe il contraente *in bonis* anche in relazione all'entità dell'indennizzo quantificato nell'istanza stessa ed a verificare che tale sacrificio non sia del tutto sproporzionato rispetto al beneficio che dallo scioglimento o dalla sospensione ritraggono il debitore e i creditori concordatari. Tutto ciò per garantire l'ineludibile esigenza di salvaguardia della necessaria proporzione tra le posizioni coinvolte (cfr. C. Appello Milano 29/1/2015).

Nella presente procedura di concordato preventivo il piano prevede la vendita dell'azienda ed il Tribunale, in presenza di un contratto d'affitto d'azienda con offerta irrevocabile d'acquisto da parte della stessa BFG, ha disposto lo svolgimento di una procedura competitiva ai sensi dell'art. 163 bis l.fall., previa pubblicità e raccolta delle offerte concorrenti per l'acquisto del ramo aziendale.

Procedimento competitivo (inderogabile in presenza di offerte) diretto ad assicurare la massima *recovery* ai creditori garantendo il reperimento sul mercato della migliore soluzione per la vendita dei cespiti attivi della procedura, primo fra tutti il compendio aziendale.

Massima *recovery* assicurata dalla possibilità che alla procedura competitiva partecipino il maggior numero dei soggetti potenzialmente interessati in condizioni di assoluta parità tra loro.

La pendenza dei contratti in esame non potrebbe assicurare la miglior *recovery* per i creditori nell'incertezza della loro sorte al momento dell'aggiudicazione dell'azienda.

E ciò in quanto ove si ritenesse che i Contratti di Distribuzione siano regolati dalla Legge tedesca, la quale, come detto, prevede, a differenza della normativa di cui all'art. 2558 codice civile, che il trasferimento dei contratti possa avvenire solo a condizione che il terzo contraente esprima il proprio assenso al trasferimento dei contratti e tali contratti fossero mantenuti nel perimetro aziendale e quindi permanessero nel ramo di azienda offerto al mercato, potrebbe incidere sulla procedura competitiva, decidendo *a posteriori* se il terzo aggiudicatario sia o meno di suo gradimento, divenendo così arbitro circa il trasferimento dei suddetti contratti.

Il che potrebbe sicuramente scoraggiare la partecipazione di molti offerenti dato che il perimetro aziendale oggetto di procedura competitiva sarebbe, *ab initio*, incerto, non potendosi prevedere a priori se i suddetti contratti passeranno o meno in esito all'aggiudicazione, con ogni evidente problematica di valutazione del ramo d'azienda e di conseguente determinazione del prezzo.

Con l'effetto di assegnare a una sorta di diritto di gradimento dell'aggiudicatario del ramo d'azienda, così creando una potenziale disparità di trattamento tra i diversi partecipanti, a tutto vantaggio dei soli interessati all'acquisto riconducibili o comunque vicini a

In definitiva lo scioglimento dei contratti è coerente con il piano che prevede la vendita dell'azienda e con l'interesse dei creditori a massimizzare il risultato economico della cessione.

A tal proposito va rammentato che il criterio della "migliore soddisfazione dei creditori" (solo di recente espressamente codificato), individua una sorta di clausola generale applicabile in via analogica a tutte le tipologie di concordato (ivi compreso quello meramente liquidatorio), quale regola di scrutinio della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura (cfr. Cass. 3324/2016).



Miglior soddisfazione dei creditori che (per preventiva ed insindacabile valutazione del legislatore) prevede che le cessioni avvengano sempre con procedimento competitivo, procedimento competitivo che nel caso di specie, sarebbe ostacolato dalla permanenza dei contratti oggetto dell'istanza.

Rilevato infine con riferimento alla quantificazione dell'indennizzo, stimato dalla ricorrente in € 300.000,00, che allo stato le opposte ed inconciliabili prospettazioni circa la metodologia di calcolo del detto indennizzo, non consentono di ritenere tale quantificazione erronea.

Invero posto che il debitore ha sicuramente l'onere di dichiarare e quantificare l'indennizzo dovuto al terzo al pari degli altri debiti, allo stesso modo in caso di contrasto sulla quantificazione ogni questione va rimessa al giudice ordinario, in questo caso già adito.

La quantificazione del credito del terzo contraente *in bonis* nell'ambito del procedimento di concordato preventivo può rilevare ai soli fini della votazione ed in tale sede ogni controversia viene risolta in via provvisoria dal giudice, ai sensi dell'art. 176 l.fall., con un giudizio sommario che ha effetti esclusivamente con riguardo al voto e quindi al calcolo delle maggioranze, senza, come dice la norma, *che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi*.

L'indennizzo spettante a _____ va quindi determinato allo stato in € 300.000,00 , debito che dovrà essere inserito tra le poste passive nella proposta concordataria, che dovrà quindi essere modificata sul punto.

visto l'art. 169 bis l.fall.

IL CASO .it
P.Q.M.

Autorizza Living Design spa (già Gruppo Industriale Busnelli spa) c.f. 05915970155 in concordato preventivo a sciogliersi dai seguenti contratti conclusi con

- il contratto di distribuzione datato 21.03.2015 nonché le sue successive modifiche

e/o integrazioni in data 24.03.2015, 23.07.2015, 11.11.2015, 18.11.2015 e

4.12.2015,

- il contratto di distribuzione (addendum del precedente) datato 30.03.2015,

- il contratto di distribuzione datato 23.07.2015,

- il contratto di produzione del 09.10.2015.

Si comunichi al debitore, al commissario giudiziale ed al p.m.

25/01/2017

Il G.D.

Giovanni Battista Nardecchia



IL CASO.it

