

R.G.N. 8961/10

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI BERGAMO
TERZA SEZIONE CIVILE

Seu. 718/12
Pop 2465/12

in persona del giudice unico, dott. Marina Cavalleri
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato, discussa all'udienza del 29/3/2012,
promossa con ricorso depositato in data 11 ottobre 2010

[REDACTED] SRL

con l'avv. Marco Bergamaschi del foro di Brescia e l'avv. Barbara Rita Brambilla del foro di
Monza, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Simone Crippa del foro di Bergamo

RICORRENTE

NEI CONFRONTI DI

[REDACTED]

con gli avvocati [REDACTED] del foro di [REDACTED] e [REDACTED] del foro di Bergamo,
elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima

NONCHE' NEI CONFRONTI DI

[REDACTED] HOLDING SA

con gli avvocati [REDACTED] del foro di [REDACTED] e [REDACTED] del foro di Bergamo,
elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima

RESISTENTI

OGGETTO: ricorso ex art. 447 bis c.p.c.

CONCLUSIONI: Come da note difensive finali in atti, richiamate in sede di discussione all'udienza
del 29/3/2012

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ex art. 447 bis c.p.c. depositato in data 11/10/2010 e notificato a controparte in data 2 novembre 2010, la [REDACTED] s.r.l., nella persona del Presidente del Consiglio di amministrazione conveniva in giudizio le società [REDACTED] s.r.l. in liquidazione, in persona del suo liquidatore, nonché la [REDACTED] Holding s.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, deducendo:

- di aver stipulato in data 19 dicembre 2006 con la società [REDACTED] srl un contratto di affitto di ramo azienda con il quale la [REDACTED] s.r.l.(locatrice) concedeva in affitto alla [REDACTED] s.r.l. (affittuaria) uno dei tre rami nei quali era articolata la sua attività, ed in particolare il ramo denominato "bruciatori". Per effetto di tale contratto, la affittuaria – che si era costituita in data 11 novembre 2006 proprio al fine di addivenire alla acquisizione in locazione del ramo di azienda in oggetto- acquistava il diritto di esercitare in via autonoma ed esclusiva l'attività di produzione, acquisto e vendita dei bruciatori e pezzi di ricambio con marchio [REDACTED], in tutto il mondo ad eccezione della Repubblica popolare cinese, ove la concedente operava autonomamente ed in via esclusiva;
- la locatrice si obbligava espressamente a non vendere a terzi il ramo di azienda ceduto, nella vigenza del contratto (art.12);
- veniva inoltre espressamente riconosciuta, da parte della [REDACTED], una opzione irrevocabile a favore della [REDACTED] srl, per l'acquisto del ramo di azienda al termine del contratto di affitto, secondo le modalità espressamente pattuite (art.13).

Lamentava tuttavia la ricorrente che nel corso del rapporto contrattuale la locatrice avrebbe sempre tenuto un atteggiamento volto ad osteggiare il pacifico godimento del ramo di azienda ceduto, mediante azioni di discredito nei confronti della clientela ed anche attraverso il compimento di atti di concorrenza sleale e di sviamento della clientela stessa, atteggiamento che era infine sfociato, in data 28/7/2009, nella vendita da parte di [REDACTED] s.r.l., del ramo di azienda già locato alla [REDACTED], alla società [REDACTED] s.a., di diritto svizzero, in palese violazione della clausola contrattuale con la quale si era a suo tempo impegnata a non alienare a terzi il ramo in oggetto, in vigenza del contratto di locazione. Proseguiva la deducente nei seguenti termini:

- tale contratto di cessione di azienda, a causa della incerta formulazione aveva creato oggettivi problemi di interpretazione in merito alla individuazione dell'oggetto della vendita stessa, e di conseguenza del creditore effettivamente legittimato a ricevere il pagamento dei canoni di locazione dovuti da [REDACTED] s.r.l.;

- peraltro, le fatture relative ai canoni di affitto di azienda nei confronti della conduttrice continuavano, anche successivamente alla richiamata cessione, ad essere emesse dalla [REDACTED] s.r.l. Nei confronti della [REDACTED], e ciò sino al luglio 2010;
- la concedente attivava poi la procedura di liquidazione volontaria, con atto del 26/10/2009, iscritto nel registro delle imprese il 4/11/2009;
- avvalendosi delle disposizioni contrattuali in punto di opzione, in data 22/6/2010 la [REDACTED] s.r.l. inviava alla concedente [REDACTED] s.r.l., oltre che alla società svizzera, lettera raccomandata di accettazione della opzione irrevocabile di acquisto della proprietà dell'azienda, convocandole avanti al notaio dott. [REDACTED], in [REDACTED], per il giorno 6 luglio 2010, al fine di giungere alla stipulazione del contratto di cessione del ramo in oggetto, con contestuale corresponsione del prezzo indicato nel contratto di affitto;

- a tale incontro nessuno si presentava per le due società convocate, come attestato anche dal notaio;

essendo interesse della ricorrente ottenere l'accertamento del passaggio di proprietà del ramo di azienda già condotto in locazione, in ragione dell'espressa accettazione dell'opzione, ovvero in subordine, previa risoluzione del contratto di affitto per fatto e colpa della Samla srl, in via solidale con la società svizzera, ed il risarcimento dei danni subiti e subendi, in forma specifica o per equivalente, la stessa chiedeva,

- in via principale: previa eventuale dichiarazione di nullità del contratto di cessione di azienda intercorso tra [REDACTED] srl. e [REDACTED] s.a., per indeterminanza o indeterminabilità dell'oggetto, ex art. 1421, 1418, 1346 c.c., l'accertamento della avvenuto passaggio di proprietà del ramo di azienda oggetto del contratto di locazione a favore di [REDACTED], per effetto del legittimo esercizio del diritto di opzione, dietro corresponsione del prezzo pattuito contrattualmente, compensato con i danni subiti dalla ricorrente per effetto della violazione della clausola contrattuale che prevedeva il divieto di alienare il ramo di azienda in oggetto durante la vigenza del contratto di affitto, quantificati in euro 300.000 ovvero nella misura maggiore o minore risultante in corso di causa, e la fissazione ex art. 614 bis c.p.c. della somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo successivo all'esecuzione del provvedimento;
- in via principale alternativa: l'accertamento dell'avvenuto passaggio di proprietà del ramo di azienda in oggetto a favore di [REDACTED], per effetto del legittimo esercizio del diritto di opzione, nei confronti della società [REDACTED] s.a., dietro corresponsione del prezzo pattuito contrattualmente, compensato con i danni subiti dalla ricorrente per effetto della violazione della clausola contrattuale che prevedeva il divieto di alienare il ramo di

10

azienda in oggetto durante la vigenza del contratto di affitto, quantificati in euro 300.000 ovvero nella misura maggiore o minore risultante in corso di causa, e la fissazione ex art. 614 bis c.p.c. della somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo successivo all'esecuzione del provvedimento;

- in via subordinata, l'accertamento e la dichiarazione della risoluzione del contratto di affitto di ramo di azienda per grave inadempimento della [REDACTED] s.r.l., ex art.1453 c.c., e la responsabilità per illecito extracontrattuale della [REDACTED] s.a. ex art. 2043 c.c., con conseguente condanna in solido delle sue società al risarcimento del danno in forma specifica ex art. 2058 c.c., con immediato conferimento in proprietà del ramo di azienda affittato dalla ricorrente o in alternativa al risarcimento del danno per equivalente, quantificato nella misura di 1.000.000 euro, ovvero in quella minore o maggiore risultata in corso di causa ovvero da determinarsi in via equitativa e la fissazione ex art. 614 bis c.p.c. della somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo successivo all'esecuzione del provvedimento;

Si costituivano la [REDACTED] Srl in liquidazione e la [REDACTED] holding s.a., in persona dei rispettivi rappresentanti legali, chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato in fatto e diritto, ed articolando una serie di eccezioni di carattere preliminare:

- l'incompetenza per materia del Tribunale di Bergamo, a favore del Tribunale di Milano, sezione specializzata per la proprietà industriale ed intellettuale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 120 n. 4 d.lgs 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale) ed art. 3 d.lgs 27 giugno 2003 n. 168, istitutivo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, presso i Tribunali e le Corti di Appello: ciò sulla scorta della asserita riconducibilità della materia oggetto del ricorso a quella specificamente riservata alle sezioni specializzate, ovvero "marchi nazionali ed internazionali, nonché concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale";
- l'incompetenza anche per territorio dell'adito Tribunale di Bergamo, a favore di quello di Milano, ai sensi dell'art. 18.1 del contratto di affitto di azienda in oggetto, volto ad attribuire alla competenza del foro di Milano ogni controversia relativa al contratto;
- inesistenza della notificazione effettuata a [REDACTED] Holding s.a., in Italia, anziché in Svizzera, presso la relativa sede, tramite l'Autorità Cantonale, come richiesto dalle convenzioni internazionali; e ciò in virtù della considerazione che l'elezione di domicilio in Milano, via [REDACTED], presso la sig.ra [REDACTED], svolta dalla stessa società nell'atto notarile di cessione del ramo di azienda del 28 luglio 2009 non potesse ritenersi

idonea ai fini delle notifiche di atti giudiziari, limitando la propria vigenza ai soli fini fiscali e dell'atto de quo;

Nel merito, deducevano le resistenti:

- l'inesistenza di qualsiasi possibile tutela reale rispetto al diritto di opzione asseritamente violato e pertanto l'inammissibilità della domanda volta ad ottenere l'accertamento della proprietà del ramo di azienda de quo in capo alla ricorrente;
- l'inammissibilità della richiesta di compensazione tra il prezzo dovuto dalla ricorrente in forza dell'esercizio del predetto diritto e gli asseriti danni subiti e subendi (non essendo la stessa ammissibile tra crediti non ugualmente liquidi, certi ed esigibili - quali i richiesti danni "subendi" ancora del tutto indeterminati nel relativo an e quantum);
- il mancato perfezionamento della asserita opzione di acquisto, per mancanza di qualsiasi seria offerta sul relativo prezzo da parte di [REDACTED];

[REDACTED] l'inesistenza dei riferiti episodi di asserita concorrenza sleale, sulla scorta del disposto dello stesso contratto di affitto di ramo di azienda, che avrebbe sì attribuito alla conduttrice il diritto di utilizzare il marchio [REDACTED], ma non in via esclusiva;

[REDACTED] la determinatezza dell'oggetto del contratto di cessione di ramo di azienda, del 28 luglio 2009 tra [REDACTED] e [REDACTED] s.a., riguardante entrambi i rami di azienda "torec" e "bruciatori" indicati nelle relative premesse;

- l'assenza di violazione della clausola del contratto di affitto di azienda tra [REDACTED] e [REDACTED], prevedente il divieto di alienazione da parte della cedente a terzi del ramo di azienda nella vigenza del contratto di locazione, dovendosi l'intervenuta cessione del ramo di azienda a [REDACTED] interpretare, alla luce di quanto esplicitamente previsto nel relativo contratto, come subordinata a condizione sospensiva espressa, tale per cui l'effetto del trasferimento di azienda risulta improduttivo di effetti e "pacificamente sospeso" sino alla durata del contratto di affitto di azienda con [REDACTED], e cioè sino al 30.11.2011.

All'udienza del 3 marzo 2011, svoltasi in assenza dei legali rappresentanti delle società convenute, -essendo stato comunicato l'impedimento a comparire per motivi di lavoro del liquidatore di [REDACTED] s.r.l., il legale rappresentante della ricorrente formulava proposta transattiva, nei termini di cui al relativo verbale di udienza, consistente, in sintesi, nell'offerta *banco iudicis* del prezzo di acquisto del ramo bruciatori, (nella specifica somma di euro [REDACTED] individuata sulla base delle previsioni contrattuali) da parte della ricorrente, dietro impegno della resistente [REDACTED] srl a formalizzare il relativo trasferimento di proprietà, con conseguente abbandono della causa a spese

compensate; proposta che tuttavia non veniva in alcun modo riscontrata, nemmeno nelle successive udienze, da controparte.

La causa, di natura essenzialmente documentale, veniva quindi istruita attraverso conferimento di CTU al fine di accertare il valore di mercato del ramo di azienda oggetto di causa, nei diversi momenti di rilievo ai fini dei rapporti tra le parti; a seguito del deposito dell'elaborato peritale, veniva fissata udienza di discussione, con autorizzazione alle parti al deposito di memorie conclusive.

Al termine della discussione il giudice pronunciava sentenza dando lettura del dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso di [REDACTED] s.r.l. appare fondato, nel merito, e meritevole di accoglimento con riferimento alla domanda proposta in via principale - con le precisazioni e nei limiti sui quali ci si soffermerà nel prosieguo.

Ciò premesso, devono innanzitutto essere affrontate le numerose eccezioni preliminari dedotte da parte resistente.

Quanto alla eccezione di incompetenza per materia dell'adito Tribunale, a favore delle sezioni specializzate del Tribunale di Milano, sulla quale ampiamente si sono soffermate le convenute, e fondata sull'asserita riconducibilità dell'oggetto della controversia a questioni inerenti a proprietà industriale, quali il marchio, che attrarrebbero a sé anche la cognizione degli atti di concorrenza sleale, da ritenersi perciò qualificata e non "pura", giova osservare come la stessa non possa trovare accoglimento, alla luce di una lettura complessiva e non strumentalmente parcellizzata del ricorso. Appare infatti linearmente desumibile dal tenore del medesimo, dal relativo sviluppo argomentativo oltre che dalle conseguenziali conclusioni, come l'oggetto del giudizio instaurato da [REDACTED] riguardi il contratto di affitto di ramo di azienda, stipulato a suo tempo con [REDACTED] s.r.l., nonché le relative, asserite violazioni imputabili a quest'ultima, in qualità di parte locatrice, ed individuate nel mancato rispetto del divieto di alienazione a terzi del ramo in oggetto, durante la vigenza del contratto in oggetto, ivi espressamente previsto (art.12), nonché nel mancato seguito dato al diritto di opzione convenzionalmente pattuito, a favore della affittuaria (art.13): opzione della quale il ricorrente chiede in principalità di accertare il legittimo esercizio, con conseguente dichiarazione di avvenuto trasferimento di proprietà del ramo di azienda in capo a sé - tale essendo, come evidenziato *expressis verbis*, il principale fine dell'azione giudiziaria intrapresa dalla ricorrente.

In tale contesto, anche i riferiti episodi di concorrenza sleale, funzionali al fine di supportare la domanda, svolta in via subordinata, di risoluzione del contratto di affitto per grave inadempimento

della locatrice (rispetto alla quale il trasferimento di proprietà viene richiesto sotto la diversa veste giuridica di risarcimento del danno in forma specifica) e che, pure, lambiscono la tematica inerente il marchio, non per ciò solo assumono quest'ultimo quale elemento qualificante, che legittimi la relativa attrazione nella categoria della concorrenza sleale riservata alla competenza delle sezioni specializzate, rientrando il marchio all'interno del complesso di beni il cui godimento è stato, per effetto del contratto di affitto in oggetto - che, lo si ribadisce delimita e qualifica in via esclusiva l'ambito dell'odierno giudizio - trasferito alla conduttrice (punto 2.2 del contratto, ove il "marchio Samia" compare quale parte di un'elencazione assai più ampia dei beni materiali ed immateriali compresi nel ramo di azienda concesso in locazione).

Così come, e conclusivamente sul punto, si osserva che alcuna, neppure indiretta conseguenza a favore della eccezione di parte resistente possa legittimamente trarsi dalla richiesta condanna nelle

forme di cui all'art. 614 bis c.p.c. in quanto la stessa non riveste affatto, come preteso dalla resistente, la natura di provvedimento qualificante e tipico delle cause in materia di proprietà industriale, ma rappresenta, in termini più ampi e neutri, un provvedimento la cui recente introduzione ha generalizzato la possibilità di imporre mezzi di coercizione indiretta (e c.d. "astreints") nei provvedimenti giudiziali condannatori, aventi ad oggetto obblighi di fare infungibili, come del resto recita la relativa norma, funzionale innanzitutto a favorire la conformazione a diritto della condotta della parte inadempiente, e, conseguentemente, ad evitare la produzione del danno o almeno a ridurne l'entità del possibile pregiudizio.

Analogamente priva di pregio appare l'eccezione di incompetenza territoriale dell'adito Tribunale, a favore di quello di Milano, sollevata sulla scorta del richiamato disposto dell'art. 18 delle condizioni del contratto di affitto di ramo di azienda in esame, asseritamente volto ad introdurre una deroga pattizia alla disciplina processualmente prevista in materia di competenza, in quanto è la stessa richiamata disposizione che, letta nella sua interezza, pur prevedendo la devoluzione alla "competenza esclusiva del foro di Milano di ogni controversia relativa alla conclusione, efficacia, validità esecuzione, interpretazione e scioglimento" del contratto di affitto in oggetto, esplicitamente fa salva "diversa disposizione inderogabile di legge".

Ovvero, esattamente l'ipotesi nella quale ricade la controversia in esame, in quanto alla luce del combinato disposto degli art. 21 e 447 bis c.p.c., le controversie in materia di affitto di azienda seguono il rito locatizio e la relativa competenza territoriale spetta inderogabilmente al giudice del luogo ove si trova l'azienda. (cfr, sul punto, Cass. sez. 3, ordinanza n. 4873 del 07/03/2005).

In ogni caso, peraltro, anche a prescindere dal riferito tenore della clausola di salvezza contenuta nel richiamato articolo, l'eventuale competenza ivi stabilita in termini convenzionali non avrebbe in ogni caso, alla luce dei principi generali in materia, potuto introdurre alcuna deroga pattizia a quella

che è una norma inderogabile in tema di competenza per le cause in materia di affitto d'azienda di cui all'art. 21 c.p.c: inderogabilità che è infatti prevista dalla legge ove, all'art. 447-bis c.p.c., si sancisce la nullità delle clausole derogative della competenza, tra l'altro, nella specifica materia in oggetto (circa l'inderogabilità del foro a proposito delle cause di locazione, v. Cass. 23 maggio 2002, n. 7566, Cass. 16 dicembre 2003, n. 581).

Quanto alla eccepita inesistenza della notifica del ricorso introduttivo alla società svizzera, ci si riporta, condividendone contenuto e conclusioni, alla ordinanza con la quale in limine litis il g.i. già aveva rigettato tale eccezione, ritenendo che la notificazione a persona giuridica effettuata in luogo diverso dalla sede ufficiale od effettiva non sia inesistente bensì nulla, e che pertanto tale vizio risulti sanato con effetto *ex tunc* dalla successiva e tempestiva costituzione in giudizio della parte interessata, (sanatoria per raggiungimento dello scopo) – ai sensi dell'art. 156 comma 3 c.p.c. co (Cass. 9813/2002); e ciò in quanto la più grave e non emendabile sanzione della inesistenza deve ritenersi ravvisabile solo nell'ipotesi in cui l'atto sia stato notificato a persona che non sia in alcun modo e per nessuna via collegabile alla persona giuridica, e nei cui confronti non esiste elezione di domicilio (Cfr. Cass 91/12988): ipotesi che evidentemente nel caso di specie non ricorre, essendo stato l'atto introduttivo dell'odierno giudizio notificato presso quello che risultava essere il domicilio in Italia dalla società ██████████ Holdin s.a.- senza alcuna ulteriore specificazione ovvero delimitazione dello stesso- alla luce dall'atto notarile, datato 28 luglio 2009, di cessione di ramo di azienda stipulato con la ██████████ s.r.l., quindi nell'ambito di un contesto strettamente e funzionalmente collegato a quello relativo all'esercizio del diritto di opzione successivamente azionato.

Deve infine ritenersi non accoglibile anche l'ulteriore questione, di carattere invero preliminare ma sollevata da parte resistente solo in sede di memorie difensive conclusive, in punto di asserito difetto di rappresentanza processuale del presidente del consiglio di amministrazione di Samia.

In tema di rappresentanza processuale di persone giuridiche, è principio consolidato in giurisprudenza quello per cui la persona fisica che ha conferito il mandato al difensore e sia in giudizio, non ha l'onere di dimostrare la sua qualità, nemmeno nel caso – che nella fattispecie comunque non ricorre- in cui l'ente si sia costituito a mezzo di persona diversa dal legale rappresentante e l'organo che ha conferito il potere di rappresentanza processuale derivi tale potestà dall'atto costitutivo o dallo statuto, poiché i terzi hanno la possibilità di verificare il potere rappresentativo consultando gli atti soggetti a pubblicità legale, spettando dunque a questi ultimi fornire la prova negativa. Solo nel caso in cui il potere rappresentativo abbia origine da un atto della persona giuridica non soggetto a pubblicità legale, incombe a chi agisce l'onere di riscontrare l'esistenza di tale potere a condizione, però, che la contestazione della relativa qualità ad opera della controparte sia tempestiva, non essendo il giudice tenuto a svolgere di sua iniziativa accertamenti in

ordine all'effettiva esistenza della qualità spesa dal rappresentante, dovendo egli solo verificare se il soggetto che ha dichiarato di agire in nome e per conto della persona giuridica abbia anche asserito di farlo in una veste astrattamente idonea ad abilitarlo alla rappresentanza processuale della persona giuridica stessa. (C.S.U. ord. n. 20596 del 1/10/2007).

Ciò premesso, si osserva come nel caso di specie non risulti riscontrata alcuna delle richieste condizioni legittimanti l'eccezione sollevata da parte resistente: e ciò in quanto, in primo luogo, si verte nell'ipotesi in cui il potere di rappresentanza promana da atti soggetti a pubblicità legale, (quale è lo statuto di una società a responsabilità limitata) a fronte dei quali la contestazione della resistente non avrebbe dovuto limitarsi ad una generica contestazione, dovendosi sostanziare in una ben più consistente e specifica prova negativa dello stesso; inoltre, la stessa risulta di dubbia tempestività, essendo stata svolta solo in sede di memorie conclusive, rassegnate in vista della discussione finale, a fronte di una pregressa e prolungata non contestazione del punto, pure a fronte di un tutt'altro che remissivo od acquiescente atteggiamento processuale.

In relazione a tale ultimo profilo, in particolare, è stato infatti autorevolmente affermato che è onere della parte che si difende sollevare, *nella prima difesa*, la contestazione volta a sostenere che la persona fisica, che si è presentata come rappresentante processuale di una persona giuridica, manca del potere di farlo ed è allora onere dell'altra documentare tale qualità (Cass. Sez. Un. 1 ottobre 2007 n. 20596). Se tale documentazione non è offerta o non è dimostrativa, la domanda (o l'impugnazione) non potranno essere esaminate nel merito.

Ma, come si è detto, la mancanza di legittimazione processuale di una parte può essere dichiarata dal giudice se la parte che si difende solleva la relativa contestazione nella prima difesa e tuttavia la legittimazione processuale resti non dimostrata. Perciò, tale contestazione avrebbe dovuto essere sollevata, nel caso di specie, con la memoria difensiva ex art. 416 c.p.c.: questo non è avvenuto.

Ciò posto, si osserva peraltro, *ad abundantiam*, come la stessa appaia, nel merito, destituita di fondamento.

Risulta infatti già dalla visura camerale allegata sub doc. 1 al ricorso, ed è altresì confermato dalla documentazione prodotta in sede di udienza di discussione, a fronte della eccezione di controparte, - che il potere rappresentativo della ricorrente in capo al presidente del consiglio di amministrazione promana dall'art. 17.2 dello statuto di ██████████ srl, il quale espressamente prevede che "in caso di nomina del consiglio di amministrazione, la rappresentanza della società spetta al presidente del consiglio di amministrazione e ai singoli consiglieri delegati, se nominati, entro i limiti delle materie oggetto della delega": è infatti pacificamente e linearmente derivabile da tale disposizione statutaria come il presidente del consiglio di amministrazione, sig. ██████████, che ha conferito mandato ai difensori e rappresenta l'ente in questa sede, abbia la rappresentanza della

società in senso lato ed a prescindere dai limiti di delega, che vengono in rilievo, sulla base del tenore letterale della richiamata disposizione statutaria, solo con riferimento ai poteri rappresentativi di eventuali consiglieri "delegati" appunto).

A ciò si aggiunga come dal verbale di assemblea ordinaria del 18/6/2010, del pari prodotto in sede di discussione, risulta espressamente "conferita al Presidente del consiglio di amministrazione signor [REDACTED], incarico di esercitare il diritto di opzione per l'acquisto del ramo di azienda bruciatori, con "delega a svolgere tutte le attività a ciò necessarie": delega dall'ampio contenuto, all'interno del cui ambito deve pertanto ritenersi ricompresa anche l'instaurazione della presente procedura, finalizzata ad ottenere il riconoscimento per via giudiziale del legittimo esercizio del diritto di opzione di cui alla delibera, e pertanto dell'intervenuto acquisto, per effetto della stessa, del ramo di azienda in questione.

Ciò posto, e passando a considerare il merito, cui attengono anche le ulteriori eccezioni di parte resistente, seppure qualificate come eccezioni di inammissibilità, si ritiene che legittimamente la [REDACTED] s.r.l. abbia esercitato il diritto di opzione riconosciutole dall'art. 13 del contratto di affitto di ramo di azienda, nei confronti di [REDACTED] srl.

E ciò sulla scorta del tenore dell'art. 13 del medesimo contratto, stipulato in data 19/12/2006 tra la [REDACTED] srl quale locatrice e [REDACTED] quale affittuaria, nonché del tenore del contratto di cessione del ramo di azienda, sottoscritto in data 28/7/2009, tra [REDACTED] srl e [REDACTED] holding sa, ed in particolare degli artt. art. 1 e 4.

Prendendo le mosse dal previsto diritto di opzione e dalle modalità del relativo esercizio, è innegabile che l'art. 13 abbia riconosciuto una opzione irrevocabile da parte della concedente [REDACTED] s.r.l. a favore dell'affittuaria [REDACTED] s.r.l., per l'acquisto del ramo bruciatori oggetto di contratto, diritto il cui esercizio lo stesso articolo si premura di disciplinare, stabilendone le specifiche modalità di esercizio- e quindi prevedendo che lo stesso dovrà essere esercitato a mezzo lettera raccomandata, da inviarsi alla concedente entro e non oltre la scadenza del contratto, ovvero il 30/11/2011, (art. 13.2) e stabilendo altresì specifici criteri per il calcolo del corrispettivo dovuto - art. 13.3 lett. a) b), integrati e parzialmente modificati dal contenuto della scrittura integrativa del 19/12/2006, tra le medesime parti, nella quale si viene ad attribuire un valore monetario alla lettera a) della clausola 13.3, pari alla somma di 1000 euro, in sostituzione di quello indicato originariamente.

Opzione che legittimamente la ricorrente [REDACTED] ha deciso di esercitare, inviando in data 22/6/2010, durante la vigenza del contratto in corso- nel rispetto quindi del limite temporale ivi previsto- a mezzo raccomandata la propria dichiarazione di accettazione, sia a [REDACTED] srl, ovvero

originaria concedente il diritto di opzione, sia a [redacted] holding sa. (doc. 18 e 19 allegati al ricorso), ovvero alla società che, successivamente alla stipula del contratto di affitto di ramo di azienda, ma precedentemente rispetto alla data di esercizio dell'opzione, risulta aver acquisito da [redacted] s.r.l. anche il ramo di azienda bruciatori in oggetto: formalizzando così, nei termini richiesti dall'art. 13 del contratto, la propria intenzione di esercitare il diritto di opzione per l'acquisto del ramo di azienda, con contestuale ed espresa dichiarazione che "il prezzo dell'opzione, secondo quanto contrattualmente previsto, e modificato con scrittura bilaterale successiva, da ritenersi parte integrante del contratto, è pronto e disponibile", e convocando sulla scorta di tali premesse le due società- nella oggettiva incertezza circa il soggetto nei cui confronti esercitare l'opzione, sulla quale a breve si tornerà- ad un appuntamento presso lo studio del notaio [redacted] in [redacted], al fine di addivenire alla formalizzazione dell'atto di compravendita.

Incontro, quello cui le parti odierne resistenti sono state così convocate (risultando dalla documentazione allegata al ricorso come le relative lettere raccomandate siano pervenute a destinazione in data 25 giugno 2010, per la [redacted], e in data 26 giugno 2010 per la [redacted] holding sa, presso il domicilio eletto a Milano) che, tuttavia, come emerge dal doc. 20, risulta essere stato dalle due società discitato: come attestato dal notaio [redacted], il presidente del consiglio di amministrazione di [redacted], unico presente all'ora indicata per l'appuntamento, rimasto tale anche nel corso della successiva ora, volto alla conclusione del contratto di cessione di ramo di azienda in oggetto, non si è limitato a proclamare la propria generica e vaga disponibilità a pagare quanto dovuto per l'acquisto dello stesso, ma risultava altresì munito di libretto di assegni bancari del "Credito [redacted]" al cui interno erano presenti due assegni non compilati, e risulta aver altresì dichiarato la propria disponibilità e possibilità di effettuare il pagamento, ove richiesto dalla parte venditrice, a mezzo di assegni circolari, dando assicurazione di essere in grado di ottenere tali titoli rapidamente, rivolgendosi ad una filiale del medesimo istituto bancario a pochi chilometri di distanza dall'ufficio del notaio.

Diritto di opzione che, pertanto, risulta aver rivestito, sotto il profilo oggettivo, tutti i caratteri previsti, sulla scorta degli impegni contrattualmente assunti dalle parti, oltre che alla luce delle indicazioni giurisprudenziali, al fine di potersi definire come legittimamente e validamente esercitato da parte della odierna ricorrente.

Come noto, secondo l'opinione dominante in dottrina e giurisprudenza, l'opzione è un negozio bilaterale, teso a rendere irrevocabile la dichiarazione (così già manifestata) di una delle parti relativa ad un contratto da concludere: con la conseguenza che il contratto cui l'opzione si riferisce si conclude con la semplice accettazione ed acquista efficacia ex nunc (l'opzione configurandosi come elemento di una fattispecie a formazione progressiva, costituita inizialmente da un accordo



ad oggetto l'irrevocabilità della proposta, e, successivamente, dall'accettazione del commissario che, saldandosi con la proposta, perfeziona il contratto).

In particolare, contrariamente a quanto sostenuto da parte resistente in relazione alla asserita messa in discussione del prezzo, tale da rendere inidonea la dichiarata accettazione alla conclusione del contratto, risulta dalla lettera raccomandata con la quale la [REDACTED] s.r.l. ha comunicato a controparte la propria accettazione, convocandola all'incontro per la formalizzazione della compravendita, come, contestualmente fosse altresì esplicitato lo specifico impegno a versare il prezzo pattuito, ovvero quello determinato *per relationem* e calcolabile sulla scorta dei criteri contrattualmente previsti (art. 13 lett. a) e b); circostanza peraltro confermata dal successivo svolgersi degli eventi, in quanto, come attestato anche dal notaio Seriola, il presidente del consiglio di amministrazione di [REDACTED] ha dimostrato la concreta disponibilità di mezzi di pagamento al fine di saldare il dovuto all'atto della formalizzazione della compravendita.

Somma, che quantificata in euro 145.201,103 sulla scorta di un prospetto di calcolo proveniente da parte ricorrente ed acquisito agli atti, è essere stata altresì confermata nel relativo ammontare dalla relazione dal consulente tecnico, quale valore del ramo di azienda contrattualmente pattuito, alla data in cui il diritto di opzione risulta essere stato esercitato da [REDACTED] s.r.l.

Somma, infine, che è stata altresì offerta *banco iudicis* all'udienza del 3 marzo 2011, da parte del legale rappresentante della ricorrente, senza tuttavia aver trovato, nemmeno in quella sede, alcun riscontro, ad indiretta conferma della strumentalità dell'argomento in esame, e della relativa inidoneità a giustificare il comportamento omissivo tenuto da [REDACTED] s.r.l.

È posto, si tratta di vagliare l'ulteriore questione inerente al profilo soggettivo, ovvero all'individuazione della società che, alla data dell'esercizio dell'opzione di acquisto da parte di [REDACTED] s.r.l. fosse da ritenersi vincolata alla stessa, e conseguentemente legittimata a ricevere la dichiarazione di accettazione di quest'ultima: se [REDACTED] s.r.l. o la società [REDACTED] Holding sa.

Infatti, alla luce della sequenza temporale ricostruibile anche sulla scorta della documentazione in atti, [REDACTED] srl risulta avere ceduto la proprietà del ramo di azienda bruciatori- ovvero quello precedentemente oggetto di affitto a [REDACTED], ed in relazione all'eventuale futuro acquisto del quale era stata pattuita l'opzione irrevocabile a favore di quest'ultima- in data 28.7.2009 alla società di diritto svizzero [REDACTED] Holding sa: cessione che, intervenuta in data antecedente l'esercizio del diritto di opzione, come già anticipato, risulta aver provocato una situazione di grave e reale incertezza circa il soggetto nei cui confronti esercitare la stessa - determinando la conduttrice ad inviare, cautelativamente, la propria dichiarazione di accettazione ad entrambe le società, ed in questa sede, correlativamente, ad agire nei confronti di entrambe al fine di

veder riconosciuto giudizialmente il proprio diritto.

Premesso che, in termini generali e dogmatici, è tutt'altro che pacifica la cedibilità a terzi dell'opzione, senza il consenso del contraente ceduto, così come è discusso se la stessa comporti o meno l'indisponibilità del diritto per il quale la stessa è stata concessa, con conseguente inefficacia di un'eventuale stipulazione tra il concedente ed un terzo, la soluzione nel caso di specie si ritiene possa ricavarsi dal tenore dello stesso contratto di cessione tra la [redacted] e la società di diritto svizzero, sulla scorta delle considerazioni che ci si appresta a svolgere - fermo restando, sul punto, il non lineare tenore letterale dello stesso - (in merito, condivisibili appaiono le osservazioni critiche di parte ricorrente, volte a stigmatizzare la non semplice individuazione dell'oggetto della cessione, - se limitata al ramo "bruciatori" ovvero comprendente altresì il ramo di azienda denominato "torce" - anche se si ritiene che le stesse non debbano condurre all'estrema sanzione della nullità del contratto

de quo, dovendosi concludere, sulla scorta del tenore complessivo del contratto in esame, superate le non limpide premesse, che la cessione sia relativa ad entrambi i rami di azienda).

In primo luogo, infatti, non risulta, nel richiamato contratto, alcun cenno all'esistenza, in capo alla cedente [redacted] s.r.l., del vincolo rappresentato dall'opzione irrevocabile concessa a favore di una terza società, per l'acquisto del "ramo bruciatori" - vincolo potenzialmente trasferibile (ipotizzando di superare i già riferiti dubbi interpretativi in punto di cedibilità dell'opzione senza il consenso del contraente ceduto) in capo alla cessionaria del medesimo ramo di azienda, sull'ovvio presupposto che quest'ultima ne sia messa al corrente, derivando dallo stesso un onere di non poco peso, volto a creare in capo all'acquirente non solo una situazione di soggezione, acquisita a seguito di subentro nella proprietà della azienda, e perdurante sino alla durata del termine del contratto di locazione stipulato con [redacted] ovvero il 30 novembre 2011, ma anche, laddove tale opzione dovesse trovare concreta attuazione e quindi sfociare in una accettazione da parte della terza - come è peraltro effettivamente avvenuto - tale da configurarsi in termini potenzialmente confliggenti con l'assetto di interessi e le finalità prese di mira dalla società acquirente nella operazione posta in essere - trovandosi, in altri termini, la stessa, a dover rivendere il ramo di azienda appena acquistato a terzi, con evidenti cadute in punto di utilità dell'intera operazione commerciale intrapresa.

Da tale omessa indicazione si ritiene desumibile un primo indizio a favore della tesi del non intervenuto subentro, per effetto della mera cessione del ramo di azienda, della società cessionaria nella posizione già rivestita dalla cedente in riferimento all'opzione in oggetto.

Trattasi di considerazioni che trovano peraltro implicita ed indiretta conferma nel combinato disposto degli artt. 1 e 4 del contratto in esame, nei quali rispettivamente: all'art. 1 si fa esplicito riferimento, (in termini invero non particolarmente limpidi) con riguardo al ramo di azienda

"bruciatori" "all'impegno di locazione assunto da [redacted] s.r.l. con la società [redacted] srl, che terminerà in data 30 novembre 2011"; riferimento il cui significato si comprende comunque a pieno leggendo il disposto del successivo art. 4, che testualmente recita "gli effetti giuridici ed economici della presente cessione, per quanto riguarda il godimento del ramo dell'azienda ceduto, hanno inizio dal giorno successivo a quello della stipula, ad eccezione del ramo di azienda già affittato a [redacted] "come sopra specificato."(...)

Clausola che si ritiene di poter interpretare, seguendo sul punto la tesi proposta dalle stesse società resistenti, quale condizione sospensiva espressa della stipulata cessione del ramo "bruciatori", volta a subordinarne gli effetti al termine del contratto di locazione, sullo stesso ramo esistente, in atto con [redacted]

E pertanto sulla scorta di tale clausola, e della chiave interpretativa che dalla stessa appare ricavabile, che deve concludersi come la proprietà del ramo di azienda "bruciatori", già concesso in locazione all'odierna ricorrente, sia rimasto, anche successivamente alla cessione, in capo all'originaria locatrice, fino alla sua naturale scadenza.

Conclusione che appare confermata anche dalla disciplina dettata dal legislatore all' art.2558 c.c., laddove si prevede che, salvo diversa pattuizione, l'acquirente dell'azienda subentri (solo) nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale: posto che il contratto di affitto del ramo di azienda in esame rientra, alla luce del relativo contenuto, nella categoria prevista dalla citata norma, quale funzionale all'esercizio della azienda stessa (evidenziandosi nelle relative premesse come l'affitto si inserisca all'interno di un piano di ristrutturazione aziendale di [redacted] srl teso ad affidare a terzi in via autonoma la gestione dei rami di azienda "torce" e bruciatori" "al fine di raggiungere migliori risultati di efficienza organizzativa e reddituale"), ed appare altresì qualificabile come avente carattere personale- in senso soggettivo, alla luce delle emerse rispettive volontà ed assetti di interessi delle parti- essendo previsto che "lo concedente ritiene opportuno che il ramo bruciatori venga esercitata in via autonomia da parte di una neocostituita società del settore", quale la [redacted] srl risulta essere, e che, quest'ultima, come rilevato nel rispettivo atto di costituzione in giudizio, e confermato dalla successione temporale degli eventi documentata, risulta a sua volta essersi costituita in data 11/10/2006, ovvero poco prima della sottoscrizione del contratto in oggetto, allo scopo di realizzare la predetta operazione commerciale, si ritiene non ravvisabile alcun subentro della società [redacted] holding s.a. nello stesso, nella posizione già rivestita da [redacted] s.r.l. per effetto dell'acquisto dell'azienda.

Carattere personale, quello rivestito dal contratto di affitto del ramo "bruciatori", evidenziato altresì, si ritiene, dalle condizioni di prezzo nello stesso stabilite per l'esercizio del diritto di opzione. le

quali, come evidenziato dal CTU (p. 8 dell'elaborato) facevano assumere all'operazione "di fatto i contorni di una cessione di azienda a pagamento rateizzato": infatti, ove esercitato il diritto in esame, il valore attribuito al ramo di azienda sulla scorta dei criteri di calcolo di cui all'art. 13.3. "doveva essere pari alle rate mancanti attualizzate, e, al termine del contratto, il valore del ramo di azienda risultava tendere a 1000 euro".

Anche alla luce delle svolte considerazioni deve pertanto escludersi, in assenza di alcuna diversa patuizione sul punto, un subentro automatico del cessionario dell'azienda, nella posizione del cedente con riferimento al contratto di affitto del ramo di azienda da quest'ultimo precedentemente sottoscritto con [redacted] s.r.l.

Trattasi, peraltro, di conclusione indirettamente suffragata, nei fatti, dalla provata prosecuzione del rapporto di locazione in essere tra [redacted] e [redacted] srl, senza soluzione di continuità,

anche dopo l'intervenuta cessione della azienda, così come testimoniata: dal fatto che [redacted] srl risulta aver continuato ad emettere le fatture con riferimento ai canoni corrisposti dalla conduttrice, sine al luglio 2010- (doc. 13 di parte ricorrente); dalla documentazione (doc. 15) attestante la richiesta, datata 25/11/2009 e pertanto successiva alla cessione dell'azienda, dai legali di [redacted] s.r.l. alla [redacted] s.r.l. al fine di ottenere la restituzione dell'archivio storico, nonché la cessazione di non meglio precisati comportamenti di uso improprio e contraffazione del marchio, e dallo stesso doc. 16, inerente l'atto di pignoramento presso terzi promosso da Equitalia, a fronte dell'esposizione debitoria di [redacted] s.r.l. in data gennaio 2010, nei confronti di [redacted], giustificato alla luce della qualità, di quest'ultima, "di debitrice di canoni di affitto del ramo di azienda" nei confronti della [redacted] stessa.

Le esposte considerazioni e relative conclusioni, in accoglimento della domanda svolta in principalità dal ricorrente, esimono dall'affrontare nello specifico le ulteriori domande, dedotte l'una in via "principale alternativa" (in quanto fondata sulla ipotesi del riconoscimento - viceversa, come visto, da escludersi - dell'avvenuto trasferimento in capo alla società di diritto svizzero della proprietà del ramo di azienda già concesso in locazione, e del relativo vincolo all'opzione riconosciuta a favore di [redacted] s.r.l.) l'altra in via subordinata (e volta ad ottenere, in via gradata, a fronte dell'ipotizzato mancato accoglimento della tesi relativa al valido esercizio del diritto di opzione, la risoluzione giudiziale del contratto di locazione per gravi inadempimenti della locatrice, consistenti in episodi di concorrenza sleale ed in violazioni di specifiche disposizioni contrattuali - quali il divieto di alienazione del ramo bruciatori in pendenza di contratto).

Deve infine essere disattesa l'eccezione di inadempimento di parte resistente, tardivamente e dunque inammissibilmente proposta, avendo fatto la propria comparsa, in termini davvero inediti, non

essendo mai stata anticipata, nemmeno in sede di contatti tra le parti precedenti l'instaurazione del presente giudizio, in sede di note conclusive, a fronte di un inequivoco disposto dell'art. 416 c.p.c. volto a limitare temporalmente la proponibilità di eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (categoria nella quale rientra l'eccezione in oggetto - cfr. Cass. 13746/02; 11728/02; 10764/99) all'atto della costituzione in giudizio del convenuto, a pena di decadenza.

Ciò posto in relazione all'avvenuto trasferimento di proprietà in capo alla odierna ricorrente a far data dalla dichiarazione di accettazione dell'opzione di acquisto del ramo di azienda - la presente sentenza rivestendo natura dichiarativa dell'avvenuto trasferimento di proprietà, sulla scorta dell'accertato legittimo esercizio del diritto di opzione, e non già attributiva, come sostenuto da parte resistente, di un'indebita tutela reale a fronte di una riconosciuta violazione del patto di opzione - tutela che peraltro mai è stata oggetto di domanda da parte del ricorrente, deve tuttavia escludersi che alla luce delle allegazioni di [redacted] s.r.l. possa dirsi provato un qualsiasi danno dalla stessa asseritamente subito: non per effetto della contestata violazione del divieto di alienazione a terzi, da parte di [redacted] s.r.l. - essendo lo stesso da escludersi, sulla scorta delle svolte argomentazioni in punto di efficacia sospensivamente condizionata della cessione del ramo di azienda, e nemmeno per effetto del ritardo nell'acquisizione della proprietà del ramo di azienda in oggetto: sul punto, anche la disposta ctu, chiamata a determinare il valore del ramo di azienda all'atto dell'intervenuto esercizio del diritto di opzione, al momento precedente della cessione del ramo di azienda alla società svizzera ed, infine, alla data di naturale scadenza del contratto di locazione, nonché la prospettabile chance di profitto per la società ricorrente nel caso di esercizio entro tale ultimo termine del diritto di opzione, non risulta in grado di colmare quella che appare una lacuna probatoria che incombeva, alla luce dei principi generali in tema di onere della prova, su parte attrice, chiamata a fornire specifica allegazione e prova dei fatti costitutivi del lamentato danno di cui chiede il risarcimento: danno che non può infatti ritenersi *in re ipsa*, risultando peraltro che la stessa società abbia continuato a godere del ramo di azienda a lei concesso in locazione, a prescindere dalla acquisita proprietà formale dello stesso, sino alla naturale scadenza del contratto di affitto, e quindi anche successivamente all'intervenuta cessione di azienda a favore della società di diritto svizzero, alle medesime condizioni quo ante, (anzi, senza nemmeno più corrispondere i relativi canoni di locazione, alla luce del contenzioso nel frattempo sorto con la locatrice) non essendo stati allegati né provate modifiche o pregiudizievoli ricadute rispetto a tale conduzione derivanti dal citato atto di compravendita.

Non appare infine accoglibile l'istanza di condanna "accessoria" ex 614 bis c.p.c., della quale non si rinvencono nel caso di specie i presupposti applicativi, non potendosi ricondurre l'emananda sentenza - alla luce del tenore della stessa domanda azionata - entro la categoria dei provvedimenti

di condanna ad un *facere infungibile*, che rappresentano e limitano, per esplicito dettato normativo, l'ambito operativo della disciplina richiamata.

Alla luce dei principi generali in tema di soccombenza, nonché sulla scorta della specifica disposizione di cui all'art. 91 c.p.c. come novellato dalla legge 69/2009, ed applicabile ai provvedimenti instaurati successivamente al 4 luglio 2009, le resistenti in solido devono essere condannate alla rifusione delle spese di lite a favore della ricorrente, liquidate nella misura di cui in dispositivo, avendo senza giustificato motivo rifiutato - per comportamenti concludenti, non dando in alcun modo seguito alla stessa - la proposta transattiva formulata in sede di prima udienza di comparizione dal rappresentante legale della società ricorrente, ovvero quella di ricevere il prezzo stabilito contrattualmente, pari ad euro 145.20103, addivenendo alla formalizzazione della cessione a favore della stessa, del suddetto ramo di azienda.

Devono altresì porsi a carico delle soccombenze, con vincolo di solidarietà, le somme definitivamente liquidate nella misura di cui in dispositivo, relative al compenso del CTU.

Il Giudice del Tribunale di Bergamo, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando,

in parziale accoglimento del ricorso di [REDACTED] s.r.l.,

- accerta e dichiara la proprietà in capo a [REDACTED], nei confronti della [REDACTED] s.r.l. in liquidazione, del "ramo bruciatori" oggetto del contratto di affitto di ramo di azienda stipulato in data 19 dicembre 2006, in ragione dell'intervenuto esercizio del diritto di opzione, dietro corresponsione del prezzo pattuito contrattualmente;
- condanna le resistenti in solido alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidate in complessivi euro 11277,94 di cui euro 4354 per diritti, euro 4200 per onorari, euro 1323,94 per spese, ed euro 1400 per compensi di avvocato per l'attività svolta dopo il 24 gennaio 2012, oltre rimborso forfetario per spese generali, i.v.a. e c.p.a., nonché al rimborso delle spese relative alla CTU, definitivamente liquidate in euro 3800, oltre al dovuto per legge.
- indica in giorni 60 il termine per il deposito della motivazione della sentenza.

Bergamo, 29 marzo 2012

Il Giudice
Mara Lattuada

TRIBUNALE DI BERGAMO
Depositato oggi 22 MAG. 2012
IL CANCELLIERE
Drs.ssa Marianna Grasso