



Tribunale Ordinario di Vicenza

Sezione Fallimentare

Nel procedimento per concordato preventivo n. 46/2014

IL GIUDICE

Sciogliendo la riserva, osserva quanto segue.

Con ricorso del 03.07.2014 [REDACTED] presentava al Tribunale di Vicenza istanza di concordato con cessione di beni, contestualmente chiedendo ex art. 169 bis L.F. l'autorizzazione allo scioglimento da una serie di contratti, con proposta di indennizzo.

Con decreto del 31.07.2014 il Tribunale dichiarava aperta la procedura, fissando l'udienza del 26.09.2014 per l'adunanza dei creditori (poi differita al 31.10.2014).

Il C.G. depositava la propria relazione e, all'esito delle votazioni, confermava il raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 177 L.F. per l'approvazione della proposta e del piano (veniva in particolare raggiunta la percentuale del 83%), contenenti anche le proposte di indennizzo nei confronti dei contraenti colpiti dall'eventuale scioglimento dei contratti.

In attesa quindi dell'omologa, veniva reiterata l'istanza di scioglimento.

Veniva richiesto al C.G. un parere in ordine a tale istanza e convocata udienza per il 20.04.2015, onde sentire i contraenti interessati.

Si costituivano [REDACTED] che presentavano memorie ed osservazioni.

All'esito dell'udienza, il G.D. si riservava.

La riserva viene dunque oggi sciolta come segue.

MOTIVAZIONE

Occorre svolgere una breve premessa in ordine all'art. 169 bis L.F. e alla sua interpretazione.

Dal punto di vista processuale, occorre innanzitutto evidenziare i limiti dell'intervento del G.D., al quale è attribuito unicamente il potere di autorizzare o meno lo scioglimento richiesto.

Proprio il richiamo normativo all'autorizzazione consente di evidenziare due aspetti della disciplina e di ricavarne i conseguenti corollari.

Prendendo infatti a prestito definizioni e concetti più ampiamente sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza pubblicistica, si deve rilevare come l'autorizzazione venga normalmente definita come il provvedimento amministrativo col quale l'autorità rimuove un limite all'esercizio di un diritto.

Dal lato della parte istante dunque, deve rilevarsi come vi sia un vero e proprio diritto (potestativo) di sciogliersi dai contratti, che passa attraverso tre fasi: l'istanza al G.D.,

maggiormente adeguato il richiamo alla facoltà di sospensione dei rapporti, magari in vista di una futura istanza di scioglimento.

Data quindi la necessaria corrispondenza tra funzione e struttura, non risulta agevolmente giustificabile, nè sul piano logico, nè giuridico, la produzione di un effetto più esteso e più ampio, rispetto a quelli che sono gli effetti e le finalità tipiche di questa fase.

Del resto, anche in tema di espropriazione forzata, quando ci si è interrogati sugli effetti della presentazione di un ricorso prenotativo sulle esecuzioni in corso, in particolare per ciò che riguarda l'anticipazione a tale fase del divieto di azioni esecutive o cautelari di cui all'art. 168 L.F., è prevalsa l'opinione per la quale, nella fase del concordato, il divieto sarebbe da intendersi come sospensione della procedura e non già e subito come improseguibilità della stessa, producendosi quest'ultima solamente una volta che sia aperta la procedura di concordato pieno.

Quanto poi al problema della necessità o meno di instaurare il contraddittorio con la controparte contrattuale (come pure si è proceduto nel caso di specie, per le ragioni e nei limiti che si vanno ad esporre), la risposta al problema non pare possa farsi discendere sic et simpliciter dalla mancata previsione normativa (cui potrebbe tranquillamente sopperirsi facendo applicazione diretta dell'art. 111 Cost., da intendersi quale disposizione autoapplicativa in parte qua, come è stato ad es. fatto con riferimento al novellato art. 549 c.p.c. e al giudizio sommario ivi previsto), dipendendo piuttosto dai limiti e dai contenuti del provvedimento del G.D., nel senso che il contraddittorio postula una controversia tra due parti, nell'ambito della quale la soluzione (che normalmente contiene l'attribuzione di un bene della vita, che costituisce il petitum mediato di ogni domanda) viene demandata alla decisione di un soggetto terzo, segnatamente e normalmente alla giurisdizione, ed è adottata sulla scorta dell'applicazione di norme di legge (art. 101 Cost.).

Nel caso dell'art. 169 bis L.F. non pare che alla decisione del G.D. sia attribuita una tale funzione, nel senso che il provvedimento di autorizzazione non è volto a risolvere una controversia con il contraente in bonis, tanto meno facendo applicazione di norme di legge, ma, come detto, a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto (che già sussiste ed è attribuito al debitore dalla legge stessa), attraverso un provvedimento che non costituisce applicazione di norme volte a regolare un conflitto, ma attraverso la spendita da parte del giudice di un potere connotato da discrezionalità, orientata al miglior soddisfacimento dell'interesse della massa, plasticamente rappresentato dalla adeguatezza dello scioglimento rispetto alla proposta e al piano.

In un tale contesto dunque, e alla luce dei poteri concretamente attribuiti al G.D., l'instaurazione del contraddittorio in senso tecnico con il contraente in bonis non parrebbe necessario, avendo parte della dottrina altresì osservato che costui ben poco avrebbe da rilevare rispetto all'esercizio di un potere che, in quanto tale, sarebbe caratterizzato da unilateralità e al quale dunque dovrebbe soggiacere, mentre l'intervento del G.D. non sarebbe previsto a tutela del suo interesse particolare, bensì dell'interesse complessivo del gruppo.

Rimane tuttavia l'opportunità che, in questi casi, il contraente in bonis venga coinvolto (e in tal senso si è proceduto anche nel caso di specie, conformemente all'orientamento del Tribunale di Vicenza), così come il medesimo potrebbe comunque intervenire spontaneamente, avendo ben chiaro comunque che la finalità di tale coinvolgimento, riguardando la vicenda da un punto di vista pubblicistico, risiede non già nella necessità di instaurare un contraddittorio tecnico, quanto



nell'opportunità di raccogliere nel procedimento decisionale il punto di vista di tutti i controinteressati, da un punto di vista processuale di un intervento ad adiuvandum.

Ad una tale visione potrebbe obiettarsi che l'art. 169 bis L.F., al comma II, dispone che al contraente che subisce lo scioglimento è dovuto un indennizzo, corrispondente al risarcimento del danno derivante dal recesso, sicchè vi è da domandarsi se una decisione del G.D. non sia imposta sotto tale profilo e se, dunque, a tali fini debba farsi ricorso all'instaurazione del contraddittorio, apparendo quanto meno singolare che l'istante possa autonomamente sciogliersi dai rapporti e determinarsi l'entità dell'indennizzo.

In realtà, a parte che la norma pare più di diritto sostanziale che processuale, e a parte altresì che la stessa non conferisce espressamente un potere decisorio sul punto al Tribunale o al G.D., la soluzione negativa si lascia preferire anche per la circostanza che l'art. 169 bis L.F. non descrive neppure un abbozzo di subprocedimento, all'interno del quale una tale decisione potrebbe essere presa, sicchè non si comprenderebbe in che limiti e con che poteri il G.D. potrebbe compiere un accertamento, quello in ordine all'entità dell'indennizzo, che appare semmai funzionalmente e strutturalmente demandato ad un ordinario processo di cognizione, e ciò a pena di inventarsi un procedimento e dei poteri al di fuori della riserva assoluta di legge imposta dall'art. 111 Cost.

Vero è che il credito da indennizzo, sempre per espressa previsione di legge, è trattato come un credito anteriore e, dunque, il relativo contraente in bonis andrebbe corrispondentemente ammesso al voto, sicchè un intervento del G.D. potrebbe in ipotesi giustificarsi proprio al fine di valutare l'adeguatezza dell'indennizzo proposto e, corrispondentemente, la correttezza delle poste passive inserite nel piano e il peso attribuito nel voto al contraente in bonis (l'istante infatti ben potrebbe strumentalmente minimizzare l'indennizzo proposto al contraente in bonis di cui sa o prevede il voto negativo, al fine di ridurne il peso specifico nella formazione delle maggioranze).

Se però s'intende giustificare un più pregnante intervento del G.D. (con la conseguente instaurazione del contraddittorio) al solo scopo di valutare l'adeguatezza dell'indennizzo, a meri fini di controllo della correttezza dei meccanismi di voto e di formazione delle maggioranze, non si vede per quale ragione ciò debba avvenire al di fuori del meccanismo ordinario del voto delineato dal legislatore, che già attribuisce al creditore, in occasione dell'adunanza ex art. 174-175-176 L.F., la facoltà di sollevare tutte le contestazioni del caso, ivi compresa, deve ritenersi, quella relativa alla congruità dell'indennizzo e al peso specifico del proprio voto.

Il meccanismo eminentemente autonomistico di proposta e accettazione sul quale si fonda il concordato preventivo infatti, pare escludere in radice un intervento del G.D. e del Tribunale relativamente al merito della proposta, che non sia sollecitato nelle forme a ciò appositamente deputate e nei limiti in cui, nel nuovo CP, è concepito il controllo giurisdizionale.

Con la necessaria precisazione che, poichè le eventuali contestazioni del contraente in bonis avrebbero mera finalità di controllo della regolarità delle operazioni di voto (così come la decisione del G.D. non conterrebbe alcun accertamento in ordine all'an e al quantum del credito), il contraente in bonis che non abbia sollevato contestazioni in sede di adunanza dei creditori (esprimendo espressamente o tacitamente voto favorevole) e/o non si sia opposto all'omologa, rimane comunque legittimato ad instaurare autonomo giudizio ordinario per la determinazione dell'entità dell'indennizzo, da far valere eventualmente nel corso della fase liquidativa del concordato (con possibilità che la rideterminazione dell'indennizzo possa portare anche alla risoluzione del CP,

del connesso rapporto) ormai defunto, senza contare che una condizione che, anzichè risolvere l'efficacia di un atto giuridico, risolva la sua inefficacia, appare anche contraria alla definizione dell'art. 1353 c.c. e alla funzione tipica della condizione.

Pare invece da escludere che l'effetto dello scioglimento debba ricondursi al momento della presentazione della domanda di concordato o al momento della presentazione dell'istanza ex art. 169bis L.F., ciò che finirebbe con l'equiparare il ricorso o l'istanza ad una sorta di denuncia di inizio attività (denuncia di esercizio del recesso), rispetto alla quale il G.D. potrebbe negare l'autorizzazione, il che però non trova agganci testuali nella norma in commento e pare sovvertire l'ordine sul quale la stessa è costruita, che prevede un intervento positivo dell'autorità, non un intervento negativo (di non autorizzazione).

Del resto nel concordato non è prevista una norma che, come l'art. 72 L.F., riconnetta alla presentazione del ricorso l'effetto automatico della sospensione dei contratti in corso, dovendo invece pure quest'effetto essere oggetto di specifica richiesta al giudice, così che non si vede come potrebbe ricondursi alla data del ricorso l'effetto maggiore, ossia lo scioglimento, quando ad esso non consegue neppure l'effetto minore, ossia la sospensione.

Circa infine i contratti per i quali può essere autorizzato lo scioglimento, l'orientamento maggioritario in dottrina e in giurisprudenza è che per contratti in corso di esecuzione debbano intendersi quelli di cui all'art. 72 L.F., ossia quelli che, alla data dell'istanza, siano ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti, nozione analoga a quella richiamata dall'art. 1406 c.c. in tema di cessione del contratto (contratti a prestazione corrispettive non ancora - completamente - eseguiti da entrambe le parti), nozione da calarsi poi nelle singole fattispecie.

Venendo quindi al caso di specie, occorrerà prendere in esame ciascuno dei rapporti per i quali la parte istante invoca lo scioglimento, onde verificare se si tratti appunto di un contratto rispondente ai requisiti sopra indicati e onde verificare altresì se il recesso sia funzionale agli interessi della massa e al piano proposto.

Con la necessaria precisazione che, con la domanda di concordato, la parte istante proponeva la liquidazione di tutti i propri beni.

Ebbene, con riferimento allo scioglimento dal contratto di appalto stipulato col Comune di ██████ in data 07.02.2013, trattasi di contratto avente ad oggetto la ristrutturazione di edifici ex ██████ in V.le ██████ a ██████, per il corrispettivo di euro 2.046.485,85, rispetto al quale, alla data di presentazione della domanda di concordato, risultavano eseguiti lavori per euro 515.158,56, pari al 25% del totale, il tutto come da stato di realizzazione e conto finale della stazione appaltante del 01.07.2014.

Il contratto rientra sicuramente tra quelli per i quali lo scioglimento è astrattamente ammesso, trattandosi di contratto a prestazioni corrispettive, non ancora eseguite da entrambe le parti.

Quanto alla funzionalità al piano e al miglior soddisfacimento dei creditori, nel proprio parere il CG fornisce risposta affermativa, osservando come la ██████ abbia cessato ogni attività, collocando il personale in CIGS e avviando anche le procedure di licenziamento collettivo, sicchè lo scioglimento del contratto consentirebbe di liberare il cantiere ed evitare il lievitare dei danni, sia nei confronti della committente, sia nei confronti dei vicini e confinanti.



In realtà nel caso di specie occorre rilevare, da un lato, che la debitrice aveva da tempo cessato di lavorare nel cantiere, dall'altro che, in presenza di un concordato liquidatorio puro, quale quello proposto da [REDACTED], lo scioglimento dal vincolo appare più la naturale e inevitabile conseguenza della dismissione dei mezzi per far fronte all'esecuzione dell'opera, piuttosto che il frutto di una scelta del debitore, manifestata col recesso.

La risoluzione del rapporto deve quindi ritenersi già avvenuta ex lege, ai sensi dell'art. 38 lette a) e dell'art. 41 D.Lgs. 163/2006, norme i cui effetti non dipendono da una manifestazione di volontà da parte dell'ente, che, una volta che dovesse intervenire, non avrebbe effetti costitutivi, ma dichiarativi, discendendo essa automaticamente dalla perdita dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche e non da un diritto potestativo della stazione appaltante rivolto a far valere ex art. 1453-1455 c.c. l'inadempimento dell'appaltatore e la conseguente risoluzione del contratto, sicchè il recesso oggi invocato dall'istante sarebbe del tutto inutile, anche al fine di paralizzare un incremento dei danni cagionati dall'inadempimento.

D'altro canto e più in generale occorrerebbe domandarsi se sia possibile invocare il recesso anche nell'ipotesi in cui il debitore si sia già reso responsabile di un grave inadempimento, per il quale peraltro non sia ancora intervenuta da parte del contraente in bonis denuncia di risoluzione.

La risposta parrebbe positiva, proprio in virtù del fatto che, tranne che nelle ipotesi di risoluzione di diritto, fintanto che non sia manifestata la volontà di scioglimento dal rapporto a causa dell'inadempimento, il rapporto stesso non può considerarsi sciolto; ciò che cambia in questi casi semmai è la prospettiva risarcitoria, nel senso che non potrà più parlarsi di mero indennizzo dovuto al contraente in bonis per effetto del recesso legittimamente esercitato, ma sarà dovuto l'integrale risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento.

La richiesta di scioglimento quindi nel caso di specie va rigettata, salvo il risarcimento dei danni lamentati dalla Provincia di [REDACTED], dalla stessa quantificati in euro 133.000,00 circa iva inclusa.

Con riferimento alla richiesta di scioglimento dal contratto di appalto con [REDACTED] della Provincia di [REDACTED] valgono analoghe considerazioni: il contratto veniva stipulato il 06.02.2012 e prevedeva la realizzazione di tre palazzine, con 36 alloggi di edilizia popolare, in Comune di [REDACTED], per il corrispettivo di euro 2.958.845,07, lavori quasi integralmente eseguiti (96%) alla data di presentazione del ricorso per CP.

Peraltro per tale contratto risulta che la stazione appaltante avesse già provveduto alla esecuzione in danno del contratto, dopo alcuni ordini di servizio vanamente emessi, giusto verbale di consegna e presa di possesso del 20.08.2014, ex art. 136 co. IV-V D.Lgs. 163/2006.

Anche in questo caso dunque la richiesta di scioglimento appare inammissibile per totale carenza di interesse, salvo sempre il risarcimento dei danni in favore di [REDACTED], la quale quantifica gli importi dovuti nella somma di euro 540.000,00, che andrebbero comunque compensati con gli oltre euro 700.000,00 a credito della debitrice [REDACTED], danni comunque nettamente superiori all'importo dell'indennizzo proposto, pari ad euro 14.040,00.

Venendo al contratto di appalto con [REDACTED], trattasi di contratto concluso in data 14.10.2013, avente ad oggetto la sistemazione del piazzale di scarico fanghi del depuratore di [REDACTED], per il corrispettivo di euro 72.000,00 circa, lavori che, alla data di presentazione del ricorso e dell'istanza di autorizzazione al recesso (03.07.2014) risultavano

quale, nelle varie forme di apertura di credito (sia essa semplice, sotto forma di anticipo fatture o altro), la banca esaurirebbe la propria prestazione con l'utilizzo delle somme da parte del cliente, atteso che il contratto non è reale (come il mutuo), ma obbligatorio e, stando all'art. 1842 c.c., consiste nell'obbligo per l'istituto di tenere a disposizione della controparte una certa somma di denaro, per un certo periodo di tempo o a tempo indeterminato, per di più con la facoltà per il cliente, a maggior ragione qualora l'operazione sia regolata in conto corrente, ex art. 1852 c.c., di utilizzare in più volte la somma messa a disposizione e di ripristinare così la disponibilità con successive rimesse.

Il contratto dunque non si esaurisce, per la banca, nel momento in cui il cliente utilizza tutta o parte della provvista messa disposizione (residuando solo l'obbligo restitutorio del cliente), in quanto, nel primo caso, a parte l'eventualità di sconfinamenti, comuni peraltro nella prassi e tollerati, il cliente ben potrebbe ripristinare la provvista, nel secondo ben potrebbe continuare ad utilizzare le somme messe a disposizione dall'istituto (tenendo presente peraltro che, con la presentazione della domanda di concordato, quest'ultimo potrebbe procedere ad un congelamento di fatto del conto, del quale dovrebbe peraltro valutarsi la legittimità, alla luce della clausola generale di buona fede).

Un'opinione contraria - ossia che all'utilizzo di tutto o parte dell'affidamento corrisponda un immediato e corrispondente credito restitutorio della banca - del resto risulterebbe difficilmente conciliabile con l'ormai granitico orientamento della Cassazione sulle azioni di ripetizione di somme illecitamente addebitate dagli istituti di credito, in applicazione di clausole illegittime, orientamento a mente del quale *"l'azione di ripetizione dell'indebito...è soggetto all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto mera funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta..., ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto..."* (cfr SS.UU. 24418/2010), ciò che si giustifica unicamente sul presupposto che, fino alla chiusura del conto, non sussista alcun obbligo restitutorio.

Ammessa dunque la possibilità teorica dello scioglimento, quanto alla sua utilità per la massa, essa è stata ravvisata, nell'affidamento mediante anticipazione con cessione di crediti o mandato all'incasso e conseguente compensazione, proprio nell'opportunità di paralizzare tale meccanismo di rientro del debito, che, tramite l'incasso delle fatture da parte della banca e la compensazione da parte di questa con i propri crediti, finisce con l'alterare la par condicio creditorum, accordando all'istituto di credito una sorta di prededuzione non prevista dalla legge.

In effetti, alla luce della complessità del rapporto dianzi esposta, occorre domandarsi se uno scioglimento parziale non già dall'intero rapporto di conto corrente e collegato conto di affidamento, bensì solo da alcuni patti accessori, sia possibile.

In tal senso è bensì vero che, come premesso, i rapporti sembrano tutti funzionalmente e strutturalmente collegati, con la conseguenza che dovrebbe applicarsi la clausola simul stabunt simul cadent, ma questo non pare pregiudicare la possibilità di mantenere in vita gli stessi, pur quando venga meno qualche singola pattuizione, come insegnano gli artt. 1419-1446-1459 c.c., purchè la pattuizione stessa non debba ritenersi essenziale.



utilizzazione del fido parrebbe preclusa, sia dal fatto che l'anticipazione non potrebbe operare, per come negozialmente congegnata dalle parti ante concordato, senza l'anticipo/cessione, sia dal divieto di accensione di mutui, nel quale deve ritenersi inclusa non già e solo l'apertura di nuove linee di credito, ma anche la persistente e ulteriore utilizzazione dell'affidamento già in precedenza accordato, traducendosi comunque tale operazione in un apporto di nuova finanza e in un corrispondente, potenziale (la cessione dei crediti è pro solvendo), incremento dell'esposizione debitoria, caratterizzata da prededucibilità, che in quanto tale non pare trovare alcuna giustificazione in una società in concordato, sicchè dovrebbe ritenersi necessaria sempre l'autorizzazione del Tribunale o del G.D. per le operazioni straordinarie, al fine di valutare la conformità di tale aumento dell'esposizione, tra l'altro caratterizzata da prededucazione, con gli interessi della massa.

In conclusione dunque la domanda di scioglimento dai rapporti va rigettata, non ravvisandosi alcun concreto interesse per la massa.

Per le medesime ragioni va rigettata la domanda di scioglimento del contratto di conto corrente e anticipo fatture (in questo caso addirittura operante sul medesimo conto) stipulati con [REDACTED] contratto già peraltro risolto, come osserva il CG, in data 31.03.2014.

Lo stesso dicasi dei contratti di conto corrente ordinario n. 0710067842 e conto anticipi n. 0711000215 stipulati con [REDACTED], nonchè per i contratti di conto corrente n. 016003335413 e conto anticipi n. 016003335419 stipulati con [REDACTED] nonchè per i contratti di conto corrente n. 003000023854 e conto anticipi n. 003000023870 stipulati con [REDACTED] nonchè per i contratti di conto corrente n. 00004919853 e conto anticipi n. 000101928499 stipulati con [REDACTED]

Nulla questo infine con riferimento alla richiesta di scioglimento dai contratti di leasing n. 956075 e n. 5818222 con [REDACTED]

E' infatti ovvio che la permanenza in vita degli stessi in un concordato liquidatorio, per di più nel quale risulta cessata ogni attività, non riveste alcuna utilità.

P.Q.M.

Il Tribunale di Vicenza, in persona del giudice delegato dott. Giulio Borella, rigetta le domande di scioglimento, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di leasing sopra specificati.

Si comunichi.

Vicenza, 28.05.2015

Il Giudice
dott. Giulio Borella

www.unijuris.it