



## TRIBUNALE ORDINARIO DI UDINE

R.G. n. 3654/2017

### IL GIUDICE DESIGNATO

provvedendo a scioglimento della riserva assunta nel procedimento ex art. 700 c.p.c. suindicato, promosso da [redacted] S.R.L. contro [redacted] S.R.L.;

letti gli atti e i documenti delle parti;

sentite le parti in udienza;

ha pronunciato la seguente

### ORDINANZA

La società ricorrente ha esposto nel ricorso ex art. 700 c.p.c.: •di aver stipulato in data 25.3.2014 con [redacted] s.r.l. un contratto di affitto di ramo d'azienda, relativo all'esercizio di attività di commercio al minuto di prodotti fitoterapici, erboristici, dermocosmetici, di articoli sanitari e ortopedici, ecc., svolta all'interno di un'unità immobiliare sita al primo piano del centro commerciale " [redacted] " in [redacted] (Udine), concessa in locazione alla ricorrente dalla proprietaria del citato centro, [redacted] s.p.a., in data 19.9.2008; •attuale affittuaria del ramo d'azienda, a seguito di cessioni del contratto, era [redacted] s.r.l., che si era resa inadempiente all'obbligo di corrispondere i canoni per un importo complessivo di € 148.938,90, calcolato alla data del 7.6.2017; •all'intimazione di immediato pagamento, [redacted] s.r.l. aveva riscontrato comunicando di aver depositato, in data 7.6.2017, domanda prenotativa di concordato preventivo in continuità, ai sensi dell'art. 161 c. 6 L.F., con conseguente impossibilità di provvedere al pagamento ai debiti anteriori al 7.6.2017; •in data 10.7.2017 aveva comunicato a Pharma Family di avvalersi della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 23 del contratto, in ragione tanto dell'inadempimento all'obbligo di pagamento dei canoni che dell'assoggettamento a



procedura concorsuale, intimando la restituzione del ramo d'azienda. Sostenuta l'inapplicabilità dell'art. 168 L.F., in quanto il ramo d'azienda non faceva parte del patrimonio dell'affittuaria, allegati, a dimostrazione del *periculum in mora*, l'irreparabile pregiudizio per l'avviamento aziendale conseguente alla protrazione della gestione da parte dell'affittuaria insolvente, il rischio di propria responsabilità contrattuale nei confronti della locatrice ? s.p.a. conseguente alle violazioni del regolamento allegato al contratto di locazione (chiusure improvvise, variazioni degli orari, ecc.), la compromissione dei rapporti con i fornitori e dell'immagine commerciale, la ricorrente ha chiesto di ordinare a s.r.l. l'immediata restituzione del ramo d'azienda, con decreto *inaudita altera parte* o, in subordine, con ordinanza resa nel contraddittorio.

Il giudice designato, ritenuti insussistenti i presupposti per provvedere *inaudita altera parte*, ha fissato l'udienza di comparizione delle parti, prima della quale, nel termine all'uopo indicato, si è costituita ? s.r.l., eccependo: •in via preliminare, l'inammissibilità o nullità del ricorso cautelare, in ragione del deposito e della pubblicazione nel Registro delle Imprese, in data 8.6.2017, della domanda di concordato preventivo; l'art. 168 L.F., infatti, ricollegava alla citata pubblicazione l'impossibilità di promuovere o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, da intendersi come comprensivo di tutte le situazioni attive e passive facenti capo al debitore, compresi i diritti di obbligazione e le aspettative; •l'inefficacia della comunicazione di risoluzione del contratto di affitto di ramo d'azienda ai sensi degli artt. 45 e 169 L.F., in quanto avvenuta successivamente alla proposizione della domanda di concordato preventivo; •l'inefficacia ex artt. 186 *bis* e 169 *bis* L.F. dell'art. 23 del contratto d'affitto d'azienda, tenuto conto che l'affittuaria aveva esplicitato sin dalla domanda prenotativa il proprio intento di proporre ai creditori un concordato con continuità aziendale; •l'inefficacia della comunicazione di risoluzione da parte della concedente per inesistenza, alla data della stessa, di un inadempimento, stante l'impossibilità per l'affittuaria, dopo il deposito della domanda prenotativa di concordato, di provvedere al pagamento dei debiti pregressi. La resistente ha poi contestato la sussistenza del *periculum in mora*, tenuto conto della continuazione dell'attività sotto la vigilanza degli organi della procedura concordataria, per poi concludere per la declaratoria di inammissibilità o nullità del ricorso o per la sua reiezione.



Il procedimento cautelare è stato istruito mediante acquisizione della prova del deposito della proposta e del piano di concordato in continuità e della pendenza del procedimento concordatario avanti al Tribunale di Milano.

Il ricorso ex art. 700 c.p.c. deve essere dichiarato inammissibile.

La società resistente ha documentato di aver depositato presso il Tribunale di Milano, in data 7.6.2017, il ricorso per concordato preventivo ex art. 161 c. 6 L.F., nel quale, dato atto della pendenza di un'istanza di fallimento, ha esposto la propria determinazione di presentare ai propri creditori una proposta di concordato preventivo in continuità. Con decreto dell'8.6.2017, il Tribunale di Milano ha concesso a [redacted] s.r.l. termine sino al 7.8.2017 per il deposito della proposta concordataria, del piano e della documentazione di cui all'art. 161 c. 2, 3 L.F., nominando il commissario giudiziale per la vigilanza sull'attività sociale nelle more.

In data 23.6.2017 la ricorrente ha inviato a [redacted] s.r.l. una lettera di costituzione in mora, con la quale ha intimato il pagamento, entro e non oltre quindici giorni, del complessivo importo di € 148.938,90, di cui € 81.606,69 "*derivante dall'acquisto del ramo d'azienda*" stipulato il 30.6.2016 dall'odierna resistente in qualità di cessionaria e [redacted] s.r.l., ed € 67.332,21 a titolo di canoni di affitto e competenza per il periodo 1.10.2016-15.5.2017. Nel presente procedimento la ricorrente si è appellata all'inadempimento all'obbligo del pagamento dei canoni dovuti per l'affitto del ramo d'azienda (punti 9 e 11 del ricorso) e il relativo debito non è stato contestato dalla resistente nel presente procedimento. Il 12.6.2017 [redacted] s.r.l. ha inviato ai propri creditori la comunicazione dell'avvenuto deposito della domanda prenotativa di concordato, della conseguente impossibilità di pagare i debiti antecedenti al 7.6.2017, che sarebbero stati soddisfatti nei tempi e nella misura previsti dalla proposta concordataria in corso di elaborazione.

Con comunicazione a mezzo posta elettronica certificata del 10.7.2017, l'odierna ricorrente ha dichiarato di avvalersi della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 23 del contratto di affitto di ramo d'azienda tra [redacted] s.r.l. e [redacted] s.r.l. del 25.3.2014, trasferito da ultimo alla società resistente con il contratto di cessione di ramo d'azienda sopra citato, clausola che prevedeva che "*Il*



*presente contratto si intende risolto per fatto e colpa dell'AFFITTUARIA al verificarsi di uno dei seguenti casi: a) Ritardo nel pagamento anche di un solo canone mensile di affitto o rateo mensile di spese secondo la procedura indicata nei precedenti artt. 7 e 8. Il solo fatto del mancato pagamento anche di una sola rata o voce del canone di affitto, decorso il termine di 15 giorni da ciascuna scadenza, e non avendo un riscontro entro 15 giorni dalla ricezione della comunicazione del ritardo a mezzo lettera Raccomandata A.R. o PEC, costituirà l'AFFITTUARIA in mora e la CONCEDENTE avrà diritto di dichiarare risolto il presente contratto; (omissis) g) Assoggettamento dell'AFFITTUARIA a procedure concorsuali o esecutive che impediscano la prosecuzione dell'attività. La risoluzione opera di diritto nel momento in cui la CONCEDENTE dichiara di avvalersi della presente clausola ai sensi dell'art. 1456 c.c.”. Ha quindi intimato il rilascio del ramo d'azienda.*

In data 7.8.2017 l' *\_\_\_\_\_* s.r.l. ha depositato presso il Tribunale di Milano la proposta di concordato preventivo in continuità, il piano concordatario e la documentazione; con decreto dell'8.9.2017, il Giudice delegato ha richiesto alla ricorrente di fornire alcuni chiarimenti e integrazioni, assegnando termine sino al 19.9.2017. La società odierna resistente prevede, nella proposta, la prosecuzione dell'attività d'impresa, per preservare l'avviamento in vista della successiva cessione delle diverse parafarmacie gestite come distinti rami d'azienda presso gli spazi ubicati nei centri commerciali; tra i rami aziendali interessati alla continuità rientra anche quello gestito all'interno del *\_\_\_\_\_* di *\_\_\_\_\_* (doc. 10 allegato alla memoria di costituzione della resistente, pag. 48).

L'art. 168 c. I L.F. prevede che *“Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore”*.

Non può sottacersi che, per lungo tempo, la norma citata è stata interpretata come comportante un divieto di aggressione dei soli beni di proprietà del debitore; più recentemente, tuttavia, è stato sottolineato come la nozione di *“patrimonio del debitore”* ex art. 168 L.F. vada



intesa come riferita a tutti i beni comunque organizzati in funzione dell'esercizio dell'impresa, cioè di tutte le situazioni giuridiche attive e passive facenti capo a un soggetto, comprese le aspettative e i diritti di obbligazione (così Tribunale di Milano, ordinanza del 17.7.2015, confermata dal medesimo Tribunale in composizione collegiale in sede di reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. con ordinanza del 19.8.2015, reperibile su [Il caso.it](#)). Quest'ultima interpretazione appare senz'altro preferibile, alla luce dello scopo della procedura concordataria, consentire la ristrutturazione dell'impresa in crisi, e del *favor* normativo per la conservazione dei complessi aziendali, che ha portato al riconoscimento normativo della cosiddetta continuità indiretta. L'interpretazione restrittiva del "*patrimonio*" come costituito dai soli beni di proprietà del debitore -anacronistica rispetto all'obiettivo perseguito dalle più recenti riforme della legge fallimentare e all'ampiezza dei casi di utilizzo di beni di proprietà di terzi nell'attività aziendale- depotenzierebbe fortemente il divieto delle azioni esecutive e cautelari, finalizzato alla cristallizzazione delle posizioni dei creditori e all'attuazione del principio della *par condicio*, compromettendo le possibilità di successo del concordato. Il divieto in parola deve necessariamente essere riferito a tutti i beni che, pur essendo di proprietà di terzi soggetti, sono funzionali all'attività d'impresa e alla sua ristrutturazione, quindi all'adempimento della proposta concordataria.

Più in generale, non pare nemmeno prospettabile, in particolare in relazione ai contratti che non siano a esecuzione istantanea, l'esercizio in via ordinaria dell'azione di risoluzione da parte del contraente *in bonis* dopo la presentazione della domanda concordataria, per un inadempimento verificatosi prima di tale presentazione, che ha quindi generato un debito concorsuale.

L'art. 169 *bis* L.F. detta il principio generale della continuazione dei contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso per concordato preventivo, quale quello di affitto di ramo d'azienda di cui si discute; in relazione al concordato con continuità aziendale, l'art. 186 *bis* c. 3 della L.F. -che, peraltro, secondo parte della dottrina, si applicherebbe a qualsiasi procedura concordataria- dispone che "*i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso... non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari*". Alla luce di tale norma è senz'altro inefficace la clausola di cui all'art. 23 lett. g) del contratto cui si



riferisce il presente procedimento, che prevede la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'accesso, da parte dell'imprenditore, a una procedura concorsuale.

E' vero che difetta nella disciplina del concordato preventivo una regolamentazione dell'azione di risoluzione dei contratti pendenti da parte del contraente *in bonis*; nel fallimento, l'art. 72 L.F. permette di ritenere che il citato contraente non possa proporre l'azione di risoluzione per inadempimento dopo la dichiarazione di fallimento, mentre può proseguire detta azione iniziata prima della dichiarazione. Né si può trascurare che, a differenza di quanto previsto per il fallimento, lo spossessamento che si realizza per effetto della proposizione della domanda concordataria è attenuato (ma pur sempre sussistente, a tutela dei creditori concorsuali).

Deve tuttavia rilevarsi che l'art. 169 *bis* L.F. risulta in generale significativo di una posizione di sostanziale soggezione del contraente *in bonis* funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori concorsuali, che rende difficile prospettare una indiscriminata facoltà di provocare la risoluzione del contratto pendente da parte del citato contraente, nel suo interesse esclusivo e in relazione a debiti concorsuali; ciò a maggior ragione deve affermarsi nel concordato con continuità aziendale, a fronte della valutazione dell'imprenditore di funzionalità del contratto alla prosecuzione dell'attività d'impresa, dovendosi peraltro tenersi conto che al contraente *in bonis* viene garantito il pagamento in prededuzione del corrispettivo a decorrere dalla data di presentazione della domanda concordataria e che l'attività dell'imprenditore è soggetta al controllo degli organi della procedura.

Ai sensi dell'art. 669 *septies* c. 2 c.p.c. deve provvedersi in ordine alle spese del procedimento cautelare *ante causam*; in ragione della scarsità di precedenti giurisprudenziali specifici sulle questioni giuridiche poste dal procedimento e della controvertibilità di queste ultime, s'impone l'integrale compensazione delle spese processuali tra le parti

**P.Q.M.**

- dichiara inammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c.;
- compensa integralmente tra le parti le spese processuali;



-manda alla cancelleria per la comunicazione alle parti.

Udine, 24 settembre 2017.

Il giudice

dott.ssa Annalisa Barzazi

www.unijuris.it

