

Contratti pendenti nel concordato preventivo e nel fallimento, nozione e scioglimento dell'obbligazione accessoria di garanzia

Tribunale di Milano, 11 settembre 2014. Presidente Ciampi. Estensore D'Aquino.

Concordato preventivo con riserva - Contratti in corso di esecuzione - Scioglimento - Esclusione

Durante la fase cosiddetta pre-concordataria è ammissibile soltanto la sospensione dei contratti pendenti e non lo scioglimento, in quanto la fluidità della domanda concordataria, reversibile ed utilizzabile, all'esito del termine concesso, anche per la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti nonché non vincolante nella sua formulazione, appare incompatibili con la stabilizzazione e la irreversibilità degli effetti che lo scioglimento comporta nei confronti delle controparti contrattuali. (1)

Contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo - Nozione - Coincidenza con quella dei contratti pendenti nel fallimento

La nozione di contratti pendenti nel concordato preventivo di cui all'articolo 169 bis L.F. è sovrapponibile a quella dei contratti pendenti nel fallimento di cui all'articolo 72 L.F. Pertanto, un contratto può essere considerato pendente nel concordato se sarebbe pendente anche nel fallimento e quindi solo se si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive in cui le prestazioni siano ineseguite da entrambe le parti. Se, diversamente, il contratto è stato eseguito da una sola delle parti, lo stesso avrà generato un debito concorsuale oppure un credito della massa dei creditori. Sono, quindi, pendenti i contratti con riferimento alle prestazioni non ancora eseguite e da eseguire successivamente alla apertura della procedura concordataria, per cui può ritenersi che la sospensione opera per i contratti pendenti nei termini di cui all'articolo 72 L.F. con riferimento alle prestazioni che siano ancora "in corso di esecuzione" all'atto dell'apertura della procedura. Non potranno, inoltre, considerarsi pendenti i contratti a prestazioni unilaterali in cui una delle parti abbia già eseguito la propria prestazione dal contratto residuino solo crediti o debiti, come nei casi del contratto di mutuo e di finanziamento.

Concordato preventivo - Contratti in corso di esecuzione - Finalità - Tutela della par condicio creditorum

Una delle finalità perseguite dalla norma di cui all'articolo 169 bis

L.F. è quella di garantire la par condicio creditorum laddove il mantenimento del contratto e la sua conseguente esecuzione potrebbe favorire solo uno dei creditori a scapito degli altri.

Contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo - Scioglimento - Scioglimento dell'obbligazione accessoria di garanzia

Lo scioglimento del contratto operato ai sensi dell'articolo 169 bis L.F. comporta anche lo scioglimento della obbligazione accessoria fideiussoria prestata allo scopo di garantire l'esecuzione delle prestazioni successive non ancora eseguite.

(1) Fattispecie riguardante contratti stipulati tra due società ed aventi ad oggetto l'impegno a carico della seconda di partecipare al capitale sociale di altra società, con obbligo a carico nella prima società di acquisto dell'intera partecipazione ad una determinata scadenza od al verificarsi di determinate circostanze.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

VISTO

il ricorso con cui la società M. SPA IN LIQUIDAZIONE ha proposto domanda ex art. 161, comma 6, l.f., riservandosi di presentare entro un assegnando termine una proposta definitiva di concordato preventivo (con il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo di tale norma) o una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti;

VISTO

il provvedimento di concessione del termine fino al 5/12/2014 per la presentazione di una proposta definitiva di concordato preventivo o di una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti, depositato in data 8 agosto 2014;

VISTA

l'istanza con cui- nel corpo del ricorso per ammissione alla procedura di concordato preventivo- M. SPA IN LIQUIDAZIONE ha chiesto sospendersi per il termine di 60 giorni, salva ulteriore proroga ai sensi di legge, tre contratti e precisamente:

1. contratto sottoscritto tra M. e SI. in data 25 luglio 2006;
2. collegato contratto di fideiussione rilasciata da INTESA SAN PAOLO;
3. contratto di pegno sull'attivo di conto corrente n. 6152822140/34 aperto presso INTESA SAN PAOLO Filiale di Milano Porta Nuova n. 7 intestato a M.;

SENTITE

le parti in contraddittorio all'udienza di comparizione del 10 settembre 2014

OSSERVA

quanto segue.

Con due contratti stipulati tra M. SPA e SI. in data 25 luglio 2006, quest'ultima si è determinata a partecipare al capitale sociale della società estera "JJAF" nella percentuale complessiva del 10,64% (il 4,40%

in proprio in base al primo contratto e il 6,24% in qualità di gestore del Fondo Unico di Venture Capital in base al secondo contratto).

Al termine degli 8 anni (stabiliti dalla legge istitutiva della SI. quale limite temporale massimo per la detenzione della partecipazione nella società estera) e comunque in caso di anticipata scadenza del termine per risoluzione del contratto o per altre cause contrattualmente stabilite, M. SPA si è contrattualmente obbligata al riacquisto dell'intera partecipazione detenuta da SI., con reciproco diritto di opzione a beneficio di entrambe le parti per la vendita e il riacquisto della partecipazione medesima (art. 8 scrittura privata proposta SI. del 24 luglio 2006 prot. N. 15553, "Il Partner sarà obbligato ad acquistare l'intera partecipazione societaria JJAF di proprietà della SI."; art. 9 "Il Partner si obbliga irrevocabilmente ad acquistare dalla SI., che si obbliga a vendere l'intera quota JJAF di proprietà della SI. stessa, alla data del 30 giugno 2013. Fermo restando il suddetto termine, il PARTNER da una parte e la SI. dall'altra parte si riconoscono espressamente ed irrevocabilmente il reciproco diritto di opzione relativo all'acquisto per quanto riguarda il PARTNER e alla vendita per quanto riguarda la SI. della suddetta partecipazione azionaria della SI. nella JJAF").

Come dato atto dalla difesa di SI. (circostanza pacifica), il termine di riacquisto delle quote detenute da SI. e dal Fondo di Venture Capital nel capitale sociale della JJAF è stato prorogato sino al 30 settembre 2014.

In data 12 marzo 2007- dando letteralmente atto che la SI. è divenuta nella decisione di stipulare il primo contratto di cui sopra (al quale soltanto accede la garanzia fideiussoria) e di assumere gli obblighi in esso previsti sulla base dell'intesa che fosse rilasciata una fideiussione bancaria avente ad oggetto gli obblighi di riacquisto di M.- INTESA SAN PAOLO ha dichiarato di costituirsi fideiussore solidale in favore di SI. (nell'interesse di M. richiedente il concordato) fino alla concorrenza dell'importo di € 2.015.000,00 "a garanzia dell'esatto e puntuale adempimento delle obbligazioni disciplinate nel contratto stipulato tra la SI. SPA e la M. SPA in data 8 agosto 2006 successivamente modificato il 10 novembre 2006...- di acquisto e di pagamento del prezzo relativo alla partecipazione societaria JJAF di proprietà della SI.". Il termine di efficacia finale della predetta fideiussione è stato prorogato fino al 31 gennaio 2015 con lettera di INTESA SAN PAOLO del 19 settembre 2013.

Va osservato preliminarmente come risulta essere ammissibile durante la fase cd. preconcordataria soltanto la domanda di sospensione dei contratti pendenti, correttamente richiesta da M..

Infatti, l'istanza di scioglimento ex art. 169-bis l.f. di qualunque contratto, proposta in sede di domanda di concordato ex art. 161, comma 6, l.f., non è ammissibile, non essendo conciliabile la fluidità della domanda concordataria, reversibile e declinabile all'esito del termine concesso anche quale proposta di accordo di ristrutturazione, nonché non vincolante quanto alla sua formulazione (che, in sede di domanda di concordato, consiste in una mera prospettazione) con la stabilizzazione e l'irreversibilità degli effetti che lo scioglimento comporta nei confronti delle controparti contrattuali.

Preliminare alla decisione sull'istanza sospensiva è, peraltro, la questione se la nozione di contratti pendenti nel concordato preventivo è sovrapponibile a quella di contratti pendenti nel fallimento. Benché la questione sia, allo stato, controversa nella giurisprudenza di merito, questo ufficio ritiene che le due nozioni tendano a coincidere, ritenendosi

pendenti i contratti (che, quindi, proseguono in sede concordataria) negli stessi termini in cui gli stessi sarebbero soggetti alla disciplina dei contratti pendenti ex art. 72 l.f. Non è difatti decisiva la circostanza secondo cui le due disposizioni (artt. 72 e 169-bis) hanno diversa formulazione letterale (l'art. 169-bis si riferisce ai "contratti in corso di esecuzione" e l'art. 72 ai contratti ineseguiti). La norma dell'art. 169-bis ha voluto fare applicazione della disciplina dei contratti pendenti, propria storicamente della sede fallimentare e disciplinata dagli artt. 72 e ss., alla materia concordataria. La differente operatività della disciplina dei contratti pendenti, tale come individuata nel fallimento, nel concordato rispetto al fallimento è data dalla prosecuzione dei contratti nel concordato (salvo che il debitore in C.P. ne chieda lo scioglimento/sospensione) diversamente che nel fallimento (dove i rapporti sono generalmente sospesi, salve le norme speciali previste nella legge fallimentare), posto che la prosecuzione del contratto è coesistente allo stato di spossessamento attenuato dell'imprenditore concordatario. Alla conclusione secondo cui nel concordato i contratti pendenti sono tali negli stessi termini in cui lo sono nel fallimento induce, inoltre, il rinvio recettizio dell'art. 169-bis ad alcune specifiche norme previste in materia di contratti pendenti nel fallimento.

La conclusione che deve trarsi è, pertanto, che un contratto può essere pendente nel concordato se è pendente anche nel fallimento e, quindi, solo se si tratta di contratto a prestazioni corrispettive in cui le prestazioni siano ineseguite da entrambe le parti. Se, diversamente, il contratto è stato eseguito da una sola delle parti, lo stesso genera un debito (concorsuale), oppure un credito (della massa dei creditori). Sono, quindi, pendenti i contratti con riferimento alle prestazioni non ancora eseguite e da eseguire successivamente alla apertura della procedura concordataria, per cui può ritenersi che la sospensione opera per i contratti pendenti a termini dell'art. 72 l.f. con riferimento alle prestazioni di tali contratti che siano ancora "in corso di esecuzione" all'atto dell'apertura della procedura concordataria.

In applicazione delle predette coordinate interpretative, deve ritenersi che non possono considerarsi pendenti i contratti a prestazioni unilaterali in cui una delle parti abbia già eseguito la propria prestazione e dal contratto residuino solo crediti o debiti, come nel caso dei contratti di mutuo – finanziamento.

Tuttavia, nel caso di specie, deve ritenersi che la prestazione compiutamente eseguita da parte di SI. riguardi soltanto l'obbligazione di acquisto delle quote di JJAF (pattuita nel lontano 2006), mentre l'esercizio dell'obbligo di riacquisto da parte di M. con corrispettiva vendita delle medesime da parte di SI. rimane a tutt'oggi del tutto impregiudicato e ineseguito, stante anche il convenuto termine di scadenza fissato per il 30 settembre 2014. Pertanto, l'obbligazione di riacquisto risulta essere ancora ineseguita da entrambe le parti, ben potendo essere il contratto oggetto di scioglimento da parte di questo Tribunale ai sensi del combinato disposto degli artt. 169 bis e 72 L.F.

Tale argomentazione assorbe anche l'altra deduzione difensiva di SI.: trattandosi di contratto di riacquisto non ancora eseguito e nella pendenza del termine finale per il riacquisto, non viene in considerazione alcun debito pecuniario già liquido ed esigibile della società richiedente il concordato (con corrispettivo diritto di credito di SI.), che quindi non

può considerarsi scaduto alla data del deposito della domanda di concordato ai sensi dell'art. 55 L.F.

Né rileva la circostanza che la società ricorrente nel maggio del 2014 abbia preannunciato la volontà di onorare il contratto del 25.07.2006, in quanto dichiarazione precedente la proposizione della domanda di concordato, la quale appare in nuce e quanto meno in termini di mera prospettazione funzionale a una proposta concordataria di cessione bonorum nella quale (diversamente dalle precedenti soluzioni concordatarie poste in essere dalla ricorrente) gli asset vanno ceduti ai creditori.

Né, ancora, rileva la circostanza che M. non ha a tutt'oggi quantificato l'indennizzo da corrispondere a SI. (indennizzo che, peraltro, dovrà contemplare anche il periodo di sospensione), in quanto la quantificazione dell'indennizzo è materia propria della proposta concordataria.

Peraltro, il ricorrente ha preannunciato che, coerentemente con il proponendo piano concordatario liquidatorio, procederà a richiedere lo scioglimento del contratto in oggetto (che contempla il menzionato patto di riacquisto delle quote della società estera), scioglimento che risulterebbe (come prospettato dal ricorrente) economicamente vantaggioso per i creditori del concordato, in quanto libererebbe M. SPA dall'obbligo del versamento del prezzo della partecipazione, somma che verrebbe così a far parte dell'attivo distribuibile ai creditori a seguito dell'ammissione al concordato (che potrebbe avere ad oggetto la cessione bonorum con dismissione delle partecipazioni tra cui quella nella società estera, con finalità liquidatorie e di soddisfazione del ceto creditorio).

La richiesta sospensione, finalizzata al successivo scioglimento, inoltre, risulterebbe essere maggiormente coerente con la finalità sottesa all'art. 169 bis, norma volta a garantire la par condicio creditorum in caso di domanda di concordato, laddove il mantenimento del contratto e la conseguente esecuzione del patto di riacquisto favorirebbe nel caso di specie uno solo dei creditori della ricorrente (in specie SI.), con pregiudizio degli altri creditori concorsuali.

Sussistono, pertanto, i presupposti per la sospensione dei contratti di cui è parte la ricorrente, in quanto finalizzati al loro successivo scioglimento.

Il disposto scioglimento non può che riguardare anche l'accessoria obbligazione fideiussoria prestata da INTESA SAN PAOLO per garantire solidalmente l'adempimento dell'obbligo di riacquisto da parte di M., in favore di SI., fideiussione di cui non è parte formale l'odierna ricorrente.

E' priva di pregio l'argomentazione difensiva di SI. (secondo la quale il fatto che il ricorrente non sia parte del contratto fideiussorio ne precluderebbe la sospensione); dal tenore letterale della fideiussione si ricava che nella complessiva operazione negoziale M. è la società il cui adempimento dell'obbligo di riacquisto è garantito personalmente in modo solidale da INTESA SAN PAOLO, mentre SI. è il beneficiario della garanzia. La fideiussione non garantisce, difatti, il mancato adempimento del patto di opzione (riacquisto) ma l'adempimento dello stesso, nel senso che l'escussione della fideiussione sarà possibile nel caso in cui il patto di riacquisto sia sottoscritto e M. non adempia. Laddove, quindi, l'obbligazione di riacquisto venga sospesa deve ritenersi sospesa ulteriormente anche l'obbligazione fideiussoria accessoria all'obbligazione garantita.

Del resto tale soluzione si impone valorizzando l'istituto del collegamento negoziale, tra la fideiussione prestata a favore di SI. e il contratto che prevede il patto di riacquisto con opzione, sia sotto il profilo oggettivo della causa (unitaria per l'intera operazione), sia sotto il profilo soggettivo dell'intenzione dei contraenti (circostanza che emerge dalle intenzioni programmatiche di SI., che si è determinata a contrarre solo in considerazione della prestazione di garanzia da parte di INTESA SAN PAOLO). In tal senso, Cass. Sez. III n. 11974 del 17 maggio 2010 ha affermato che "affinchè possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.". Il suddetto collegamento negoziale fa sì che la sospensione del rapporto che include l'obbligazione garantita (e, quindi, la sospensione dell'adempimento dell'obbligazione garantita) comporti anche la sospensione della garanzia. Stante tale collegamento negoziale, la sospensione del rapporto che fa capo a M. non può che comportare la sospensione anche dell'obbligazione fideiussoria.

Risulta, inoltre, che l'intero importo della fideiussione prestata da INTESA SAN PAOLO è controgarantita da un pegno irregolare, insistente sulle somme di denaro depositate su un conto corrente vincolato di M. acceso presso la banca, rapporto ulteriormente collegato a quello oggetto di sospensione in quanto controgaranzia accessoria alla garanzia anch'essa oggetto di sospensione.

In ogni caso, a valle del disponendo scioglimento del contratto di investimento inter partes (in caso di deposito della definitiva proposta e di proposizione della domanda di scioglimento dei suddetti contratti, ove coerente con il piano concordatario), dovrà conseguire anche indefettibilmente lo scioglimento della controgaranzia pignoratizia sulle somme già vincolate (e non più nella materiale disponibilità di M.) da parte dell'istituto di credito, somma che sarà, poi, oggetto di svincolo a beneficio dei creditori nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

La sospensione, in ogni caso, non può operare retroattivamente dal deposito dell'istanza (nel caso di specie, dalla domanda di concordato), ma dal provvedimento giudiziale, posto che la sospensione si impone autoritativamente alla controparte in bonis.

P Q M

accoglie l'istanza di sospensione di entrambi i contratti di cui alle scritture private intercorse tra M. SPA e SI. in data 25 luglio 2006 nonché della fideiussione prestata da INTESA SAN PAOLO in data 12 marzo 2007 e del pegno irregolare sull'attivo del conto corrente n. 6152822140/34, con decorrenza dalla data del presente decreto per la durata di sessanta giorni.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni e gli altri adempimenti di rito.

Milano, 11 Settembre 2014