



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE PRIMA CIVILE

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Baldo Marescotti

Presidente

dr. Maria Rosaria Sodano

Consigliere

dr. Francesca Fieconi

Consigliere Relatore

ha pronunciato la seguente

nella causa iscritta al n. r.g.

da

SENTENZA

promossa in grado d'appello

APPELLANTE

CONTRO

APPELLATA ed APPELLANTE INCIDENTALI

avente ad oggetto: Prestazione d'opera intellettuale
sulle conclusioni di cui ai fogli di seguito allegati:

CORTE D'APPELLO DI MILANO

(R.G., n. — sezione I - C.R. dott.ssa Fieconi)

FOGLIO DI PRECISAZIONE DELLE CONCLUSIONI

Nell'interesse di

I s.p.a. in liquidazione e in concordato preventivo - avv. *Andrea Marcinkiewicz* — appellante

in causa contro

— avvocati *Florenzo Principi e Massimo Di Marco* — appellata e appellante incidentale.

Il difensore di I s.p.a. in liquidazione e in concordato preventivo, insiste per l'accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI

In parziale riforma della sentenza appellata n. Sent. del Tribunale Ordinario di Como — Sezione distaccata di Cantù, previe le declaratorie di legge e del caso, rigettata ogni contraria domanda, eccezione e istanza,

- rigettarsi la richiesta di compensazione formulata da I s.p.a. per tutti i motivi indicati in atto di appello e condannarsi I s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a pagare a I s.p.a. in liquidazione (già I s.p.a. in liquidazione) in concordato preventivo, in persona del legale rappresentante *pro tempore* per i titoli meglio indicati in atti, la somma di € 457.500 (quattrocento cinquantasettemila cinquecento/00 euro) o quella diversa - maggiore o minore - che risulta comprovata in corso di giudizio, anche *ex art. 1226 c.c.* - oltre agli interessi legali composti ai sensi dell'art. 1283 c.c. e alla rivalutazione monetaria dalla data della fattura (5 luglio 2007) al saldo effettivo;

- condannarsi I s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a pagare a I s.p.a. in liquidazione e in concordato preventivo spese e competenze di lite di entrambi i gradi di giudizio;

- rigettarsi tutte le domande ed eccezioni formulate da I s.p.a., siccome inammissibili, improponibili e infondate in fatto e in diritto.

Quanto alle domande avversarie

Rigettarsi l'appello incidentale e tutte le domande proposte da controparte, siccome inammissibili, improponibili e — comunque — infondate in fatto o in diritto.

In via istruttoria, previa — occorrendo — revoca *in parte qua* dell'ordinanza

depositata il 25 gennaio 2010, senza però consentire all'inversione dell'onere della prova, insistiamo per l'ammissione della prova per interrogatorio formale del legale rappresentante di I s.p.a. sui capitoli di cui all'atto introduttivo del giudizio di primo grado, da intendersi qui di seguito trascritti preceduti dalla formula di rito "*vero che*".

CORTE D'APPELLO DI MILANO

Atto di precisazione delle conclusioni

IL CASO.it
- parte appellante

La difesa della parte appellante *spa*, nel riportarsi a tutto quanto ampiamente dedotto nei propri scritti difensivi, a mezzo dei sottoscritti procuratori e difensori, preliminarmente reitera la richiesta di ammissione dei mezzi istruttori ex art. 356 c.p.c., siccome richiesti nel giudizio di prime cure e non ammessi dall'adito Tribunale, previa – occorrendo – revoca in parte qua dell'ordinanza depositata il 25 gennaio 2010, senza che ciò costituisca inversione dell'onere della prova nonché precisa le proprie conclusioni come segue :

CONCLUSIONI

“Piaccia all’Ill.ma Corte adita, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa e reietta.

in via preliminare

- dichiarare inammissibile l'appello principale in quanto formulato in violazione della legge 134/2012, di conversione del decreto legge sullo sviluppo (D.L. 83/2012);

in via principale

- rigettare l'appello principale perché infondato in fatto ed in diritto per tutte le motivazioni esposte in narrativa;

in via incidentale

*la parziale riforma della sentenza appellata n. 123/2012 emessa dal Tribunale Ordinario di Como – Sez. distaccata di Cantù, condannare *spa* in liquidazione e in concordato preventivo a pagare le spese e competenze di lite di entrambi i gradi di giudizio per tutte le motivazioni esposte in narrativa”.*

Macerata - Milano li 20.04.2015

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Il Tribunale di Como, sezione di Cantù, con sentenza n. 123/2012 depositata il 20.05.2012, ha ritenuto non provata la proroga del termine di cui all'art. 6.2 del contratto concluso tra S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO, allora S.P.A. il 21.12.2004. Il giudice di prime cure ha, pertanto, dato applicazione alla clausola penale di cui all'art. 6.4 del suddetto contratto, compensando, tuttavia, il *quantum* così individuato, pari a € 457.500,00 , dovuto dalla convenuta S.P.A. alla controparte S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO, con un controcredito pari a € 549.087,55 , vantato da S.P.A. nei confronti dell'attrice S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO.
2. Avverso tale sentenza, con atto di citazione notificato il 18.12.2012, S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO svolge appello chiedendo, in parziale riforma della sentenza appellata, il rigetto della domanda di compensazione accolta in primo grado e la condanna di S.P.A. al pagamento di € 457.500,00, con vittoria di spese per entrambi i gradi di giudizio.
3. E' stato chiesto il rigetto dell'appello da S.P.A. che ha replicato ai motivi di impugnazione, proponendo altresì appello incidentale, e concluso come in epigrafe.
4. Trattata la causa, all'udienza del 07.02.2015 i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive conclusioni, come in epigrafe riportate; su di esse e sulle memorie successivamente depositate, verificata l'ammissibilità dell'appello, la causa è stata assunta in decisione il 4 novembre 2015.

MOTIVI DELLA DECISIONE

5. I punti su cui questa Corte è chiamata a decidere sono i seguenti:
 - Questione uno: sulla proroga del termine di cui all'art. 6.2 del contratto e sull'appello incidentale dell'appellata S.P.A.
 - Questione due: sull'applicazione della clausola penale *ex art.* 6.4 del contratto e sull'appello incidentale dell'appellata S.P.A.
 - Questione tre: sull'eccezione di compensazione
 - Questione quattro: sulle spese di lite e sull'appello incidentale dell'appellata S.P.A.

Sulla prima questione

6. Il giudice di prime cure ha ritenuto non fondata la proroga del termine della detenzione degli immobili di S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO da parte di S.P.A., oggetto di specifica pattuizione ai sensi della clausola 6.2 del contratto datato 21.12.2004 concluso tra le parti. Il giudice di primo grado ha, infatti, rilevato che, in assenza di una esplicita proroga, né la permanenza in godimento degli immobili da parte dell'appellata, né il rilascio di quietanze per le somme pagate a titolo di indennità, né le denunce di contratto verbale di locazione fatte a fini fiscali risultano sufficienti al fine di dimostrare la proroga di detto termine.
7. L'appellante S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO rileva che gli elementi addotti da controparte sull'asserita proroga tacita al contratto non provano la tesi sostenuta dall'appellata; invero, come correttamente affermato dal giudice di primo grado, l'asserita proroga non è stata dimostrata.
8. L'appellata S.P.A., in sede di appello incidentale, deduce che, in mancanza di diniego da parte di S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO entro il termine – 31 dicembre 2006 - di cui all'art. 6.2, sia stato oggetto di proroga sino al 31.12.2008. Detta proroga risulta provata considerando che: i) l'appellata ha agito nel rispetto di un regime espressamente autorizzato dagli organi della procedura, come dimostrato dal decreto di omologa che riporta, quale parte dell'attivo del concordato Cappellini s.p.a., l'importo dovuto a titolo di indennità da S.P.A. sia in relazione all'ultimo trimestre 2006, sia in riferimento all'intero anno 2007; ii) su espressa richiesta della dott.ssa Pusterla, liquidatore giudiziale, l'appellata ha pagato l'imposta di registro anche in relazione all'intero anno 2007; iii) la causale delle fatture emesse a pagamento dell'indennità dovuta dall'appellata richiama la comunicazione di proroga del 05.07.2006; vi) i pagamenti di cui sopra sono sempre stati accettati dall'appellante; iv) al momento della consegna degli immobili il liquidatore giudiziario non si è riservato di chiedere il pagamento della penale, rinunciando tacitamente alla stessa; v) il principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento incolpevole militano a favore della tesi sulla autorizzazione della proroga.

Opinione della Corte

9. La Corte rileva che la rinnovazione tacita della locazione o dell'affitto a tempo determinato è desumibile dall'univoco comportamento delle parti consistente nella continuazione del godimento della cosa da parte del conduttore e nell'inerzia del locatore dopo la scadenza del termine finale del contratto originario. La volontà di prorogare tacitamente il contratto

di locazione pervenuto a scadenza può, quindi, essere manifestata anche tacitamente, ma deve essere inequivoca (Cfr. Cass. n. 8729 del 15.04.2011).

10. Nel caso di specie l'essenziale comportamento univoco delle parti e, in particolare, l'inerzia del locatore S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO non risulta sussistere, avendo, invece, la parte chiesta espressamente il rilascio degli immobili in data 01.03.2007. Sul punto, infatti, la Corte rileva che l'aver S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO permesso S.P.A. il godimento degli immobili per l'ulteriore periodo di due mesi, dalla scadenza naturale del contratto pattuita al 31.12.2006 (l'art. 6.2 del contratto statuisce che: "*la cessionaria avrà facoltà di rimanere nel godimento degli altri due beni immobili ... per un periodo di ventiquattro mesi a decorrere dal 31 dicembre 2004* ") sino al 01.03.2007, data in cui l'appellante chiede il rilascio degli immobili, non risulta di per sé sufficiente a dimostrare un assenso tacito alla proroga del termine precedentemente pattuito. Si tratta, invero, di un periodo di semplice tolleranza finalizzata a fornire a S.P.A. il tempo necessario per poter individuare una soluzione alternativa agli immobili da rilasciare.

11. Pertanto, condividendo l'opinione espressa dal giudice di prime cure, la Corte ritiene infondato il motivo sollevato in sede di appello incidentale da S.P.A..

Sulla seconda questione

12. Il giudice di prime cure ha qualificato il contratto concluso tra le parti quale contratto atipico consistente nella concessione in godimento ad altri di un bene mediante corrispettivo, per un periodo provvisorio e a fini di custodia. Tale contratto prevede all'art. 6.4 l'applicazione di una penale nell'ipotesi di mancato rilascio degli immobili alla scadenza del contratto; ai sensi di detta previsione il giudice di prime cure ha accertato il credito di

S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO pari a € 457.500,00 a carico di
, quale debito di valuta.

13. L'appellante S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO sottolinea che l'art. 6.4 del contratto riconosce alla cedente la facoltà di chiedere il rilascio degli immobili tramite una "*semplice richiesta*". Come correttamente accertato dal giudice di prime cure, il mancato adempimento da parte della cessionaria della richiesta dell'appellante di rilasciare i locali comporta l'applicazione della penale di cui all'art. 6.4.

14. L'appellata S.P.A., in sede di appello incidentale, deduce l'erronea interpretazione dell'art. 6.2 del contratto in riferimento alla locuzione "*in via del tutto temporanea e a titolo precario*", avendo le parti concluso un contratto di concessione in

godimento e non un contratto precario oneroso, sussistente laddove il corrispettivo pattuito per il godimento dei beni sia esiguo e vi sia finalità di custodia, elementi entrambi assenti nel caso di specie. L'appellata sostiene che il costante pagamento delle somme a titolo di indennità e l'autorizzata proroga siano idonei ad escludere l'applicazione della penale di cui all'art. 6.4, non accertabile in mancanza di illiceità del comportamento tenuto da S.P.A..

Opinione della Corte

15. L'applicazione della penale di cui all'art. 6.4 del contratto, in base al quale *"il mancato rilascio dei beni residui da parte della cessionaria comporterà il pagamento di una penale a carico della cedente pari a € 2.500,00 per ogni giorno di ritardo, salvo il maggior danno"*, deve delinearsi quale conseguenza dell'accertata mancata proroga del termine di cui all'art. 6.2 del contratto, stabilita dalle parti in via contrattuale.
16. Pertanto, la Corte rileva la corretta applicazione da parte del giudice di primo grado della penale di cui sopra e quantifica il conseguente ammontare dovuto da S.P.A. a favore dell'appellante S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO in € 457.500,00, calcolato considerando che dalla richiesta di restituzione degli immobili datata 01.03.2007 all'effettivo rilascio avvenuto in data 30.08.2007 sono decorsi 183 giorni.
17. Si precisa inoltre che in merito alla penale concordata non è sorta contestazione in ordine all'adeguatezza o meno della medesima in rapporto all'economia del contratto. Trattandosi di penale inserita in un contratto che riguarda la locazione di spazi destinati all'esercizio di un'attività imprenditoriale, la Corte ritiene che non vi sia motivo per applicare d'ufficio una riduzione ad equità dell'importo totale richiesto.
18. Tutto quanto sopra considerato, la Corte rileva che la contestazione, sollevata in sede di appello incidentale, relativa all'erronea applicazione della clausola penale è priva di fondamento.

Sulla terza questione

19. Il giudice di prime cure ha compensato l'importo dovuto da S.P.A. a S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO in applicazione della penale di cui all'art. 6.4 del contratto con un controcredito pari a € 549.087,55, non oggetto di contestazione. Il giudice di primo grado ha effettuato la compensazione in applicazione dell'art. 56 l. fall., applicabile ex art. 169 l. fall. anche ai casi di concordato preventivo, escludendo altresì la rilevanza degli artt. 167, 168 e 184 l. fall.. Considerando che: i) la procedura di concordato è stata omologata il 04.10.2006 su richiesta del 26.07.2004, ii) il fatto genetico del controcredito precede tale procedura, iii) il controcredito è

incontestato nel suo ammontare ed è superiore al credito vantato da S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO, il giudice ha compensato i crediti reciproci.

20. L'appellante S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO sostiene che il giudice di prime cure abbia erroneamente accolto l'eccezione di compensazione formulata da S.P.A., in considerazione della necessità di escludere l'applicazione degli artt. 56, 160, 167, 168, 184 l. fall. laddove credito e controcredito non siano sorti entrambi prima dell'apertura della procedura concorsuale. A detta dell'appellante, l'ammettere la compensazione tra un credito antecedente ed uno successivo alla domanda di concordato lederebbe la *par condicio creditorum*, quale inammissibile forma di pagamento di debiti anteriori alla procedura.

21. L'appellata S.P.A. sostiene l'ammissibilità della compensazione nel fallimento laddove il fatto genetico del credito opposto sia anteriore alla dichiarazione di fallimento e il credito sia liquido ed esigibile, non potendo rinvenirsi nessun limite alla compensazione ai sensi degli artt. 167, 168 e 184 l. fall.

Opinione della Corte

22. Per quanto concerne la compensabilità di crediti e controcrediti nel concordato preventivo, le tesi argomentate dalle parti divergono in relazione alla necessità o meno che il fatto genetico delle relative obbligazioni sia anteriore alla domanda di concordato preventivo. In merito alla rilevanza della collocazione nel tempo del fatto genetico delle situazioni giuridiche contrapposte, la Corte rileva che, dopo l'ammissione alla procedura del concordato preventivo, non sono consentiti pagamenti lesivi della "*par condicio creditorum*", nemmeno se realizzati attraverso compensazione di debiti sorti anteriormente con crediti realizzati in pendenza della procedura concordataria. Invero, l'art. 167 l. fall. comporta che il patrimonio dell'imprenditore in pendenza di concordato sia oggetto di un'oculata amministrazione perché destinato a garantire il soddisfacimento di tutti i creditori secondo la "*par condicio*". L'art. 168, nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori, poiché sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori.

23. Sicché è lecito ritenere che art. 184, nel prevedere che il concordato sia obbligatorio per tutti i creditori anteriori, implica che non possa ammettersi l'ipotesi di un pagamento di debito concorsuale al di fuori dei casi e dei modi previsti dal sistema di tutela della *par condicio*

creditorum. A tale regime deroga il pagamento di debiti che, per la loro natura o per le caratteristiche del rapporto da cui discendono, assumano carattere prededucibile e si sottraggano quindi alla regola del concorso, ma questo può avvenire soltanto per il tramite dell'autorizzazione del giudice delegato, nelle forme previste dall'art. 167 l. fall. (Cfr. Cass. n. 578 del 12.01.2007; Cass. n. 14067 del 28.05.2008; Cass. n. 825 del 20.01.2015).

24. In ragione di quanto suesposto, nel concordato preventivo, la compensazione determina - a norma del combinato disposto degli artt. 56 e 169 l. fall. - una deroga alla regola del concorso ed è ammessa purché il fatto genetico delle rispettive obbligazioni sia sempre anteriore a detta domanda.
25. Considerando che la domanda di concordato preventivo è datata 26.07.2004 e che il credito in favore di S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO è sorto in applicazione della clausola penale di cui all'art. 6.4 del contratto del 21.12.2004 in un momento certamente successivo alla domanda di concordato, il fatto genetico di una delle obbligazioni considerate ai fini della compensazione non risulta antecedente a detta domanda.
26. Pertanto, la Corte rileva la non compensabilità del credito vantato da S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO pari a € 457.500,00 con il controcredito di cui risulta titolare S.P.A. pari a € 549.087,55.
27. Tutto quanto sopra considerato, la Corte accoglie il motivo d'appello sollevato da S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO sull'erroneo accoglimento dell'eccezione di compensazione.

Sulla quarta questione

28. Il giudice di prime cure ha disposto la compensazione delle spese di lite.
29. L'appellante S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO insiste per la riforma della sentenza impugnata e la condanna di S.P.A. a pagare spese e competenze di lite di entrambi i gradi di giudizio.
30. L'appellata S.P.A., in via di appello incidentale, chiede che, in conseguenza della riforma della sentenza, le spese di lite siano poste a carico dell'appellante,.

Opinione della Corte

31. In base al principio della soccombenza, le spese di primo grado sono poste a carico dell'appellato S.P.A. e a favore dell'appellante S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO, come di seguito indicate, sulla scorta dei parametri indicati dal DM 5/2014.

32. Pertanto, l'appello proposto da S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO deve essere accolto anche in riguardo alle spese di lite.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando sulla controversia R.G. 4315/2015:

- I. accoglie l'appello proposto da S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO e, per l'effetto, riforma la sentenza n. 123/2012 emessa dal Tribunale di Como, sezione Cantù e depositata in data 20.05.2012;
- II. respinge l'appello incidentale proposto da S.P.A.;
- III. condanna, conseguentemente, l'appellata S.P.A. al pagamento di € 457.500,00, a favore di S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO in applicazione della clausola di cui all'art. 6.4 del contratto stipulato tra le parti in data 21.12.2004;
- IV. respinge, per l'effetto, le ulteriori domande;
- V. condanna l'appellata S.P.A. al pagamento della spese processuali del primo e del presente grado di giudizio in favore dell'appellante S.P.A. IN LIQ. E IN CONCORDATO PREVENTIVO che liquida rispettivamente in € 8.000,00 e in €12.000,00, oltre IVA, CPA e spese forfetarie pari al 15%.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio della prima sezione civile della Corte, il 4 novembre 2015.

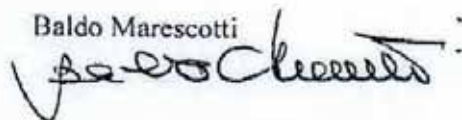
Il Consigliere Relatore

Francesca Fieconi



Il Presidente

Baldo Marescotti



CORTE D'APPELLO DI MILANO
Depositato in Cancelleria
23 FEB 2016

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Maria Concetta SERIO