

Bassano del Grappa (VI), 26 ottobre 2019

COMUNICATO ASSOCIATI N.32

Cari Associati,

come anticipato nel comunicato n. 30 dell'11 ottobre scorso, sono ad inviarti, di seguito, la sintesi dell'analisi giuridica condotta sullo stato attuale delle procedure concorsuali.

La conclusione che si può agevolmente trarre dal documento è la concreta possibilità di chiedere la nullità dell'atto di cessione.

Gli effetti della nullità ristabiliscono la parità dei diritti dei fornitori dei dipendenti e dei consumatori nei confronti delle procedure con attribuzione delle responsabilità a chi ha operato per la realizzazione di un atto nullo.

Grazie e buon lavoro

William Beozzo

NULLITÀ DEL CONTRATTO IN GENERALE E APPLICAZIONE DELLA NORMA ALLA CESSIONE AZIENDA AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA MERCATONE UNO/SHERNON HOLDING S.R.L. (POI FALLITA)

Ai sensi della disciplina generale (art. 1418 c.c.) un contratto è affetto da nullità, tra l'altro, in caso di illiceità della causa o per illiceità dei motivi. A tale riguardo e più precisamente:

- ai sensi dell'art. 1343 c.c. la causa (cioè la funzione economico sociale del contratto) è illecita quando è contraria a norme imperative, ordine pubblico o buon costume; è altresì illecita la causa anche quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.);
- ai sensi dell'art. 1345 c.c. il motivo è illecito quando le parti si sono determinate a contrarre esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe.

Nel caso di contratto nullo, esso, come noto, non è in grado *ab origine* di produrre effetti e qualunque soggetto interessato è legittimato a farlo valere chiedendo al Giudice competente una mera pronuncia dichiarativa (art. 1421 c.c.). La nullità, oltre a determinare effetti restitutori del prezzo corrisposto ai sensi del contratto nullo, potrebbe anche avere effetti nei confronti dei terzi acquirenti dei beni in precedenza ed invalidamente acquistati.

Ciò premesso, relativamente alla vicenda in esame (concernente l'operazione di cessione del compendio aziendale di Mercatone Uno effettuata nell'agosto 2018 dalla Procedura di Amministrazione Straordinaria di Mercatone Uno (**AS**) in favore della società Shernon Holding S.r.l. (**SH**), poi fallita il 23 maggio 2019; la "**Cessione**"), occorre analizzare se sussistano o meno i presupposti per una possibile nullità del relativo contratto e, nel caso positivo, che effetti ciò possa determinare.

In primo luogo, fermo restando ogni opportuno approfondimento, appare utile iniziare tale disamina dai seguenti **fatti noti**, assumendo per il momento la fondatezza degli stessi e fermo restando che essi trovano comunque varie e ripetute menzioni in atti e documenti relativi alle vicende in questione:

a) SH, dopo la firma del contratto preliminare relativo alla Cessione (avvenuta in data 01 giugno 2018), risulta aver subito in data 25 luglio 2018 il ritiro improvviso del Fondo TPG che avrebbe dovuto finanziare l'operazione. Tale evento risulta aver portato i contraenti del predetto preliminare (AS e SH), invece che prendere atto della sopravvenuta impossibilità di procedere con la ipotizzata operazione, a tentare ugualmente ed a tutti i costi di salvare l'operazione, proponendo l'uno con l'accettazione dell'altro (con un ruolo apparentemente attivo e propositivo della AS che risulta aver proposto il coinvolgimento di Gordon Brothers) una nuova e diversa architettura dell'operazione (si veda al riguardo (i) quanto contenuto nelle pagine 9 e 10 del ricorso per concordato preventivo con riserva presentato da Shernon Holding S.r.l. al Tribunale di Milano in data 11 aprile 2019) e (ii) nessun riferimento a tale situazione nella Relazione Finale ex art. 61 Co III, Dlgs n.270/99 dei commissari);

b) tale nuova architettura, essendo evidentemente scarsa la confidenza sulla adeguatezza dell'acquirente SH, è avvenuta:

(i) con un acquisto dell'azienda da parte di SH con la clausola del **patto di riservato dominio** in capo alla AS (che quindi si è riservata di trasferire la proprietà del compendio aziendale messo in vendita solo all'esito del pagamento del prezzo rateizzato, evidentemente **dubitando essa stessa delle capacità patrimoniali del medesimo acquirente**); peraltro, la cessione con patto di riservato dominio risulta avvenuta **senza neppure la menzione espressa e diretta di ciò nel registro delle**

imprese (essendoci solo una conoscibilità indiretta attraverso la necessaria disamina del lunghissimo contratto di Cessione ivi iscritto), con ciò sostanzialmente determinando (o agevolando) il **legittimo affidamento** in capo ai fornitori che SH fosse la effettiva nuova proprietaria del compendio aziendale ceduto e non un mero utilizzatore dello stesso ancora di proprietà della AS (ciò non poteva ovviamente neppure essere evinto dal bilancio di SH in quanto non ancora terminato l'esercizio ed approvato il bilancio che avrebbe potuto evidenziare tale sotto capitalizzazione e patrimonializzazione di SH);

(ii) con la messa a disposizione di risorse finanziarie per l'acquisto del magazzino da parte di Gordon Brothers che non è avvenuto sotto forma di finanziamento a Shernonbensi tramite l'acquisto del magazzino da parte di una società costituita *ad hoc* (Commerce S.r.l.) dalla quale Shernon acquistava a consumo la merce;**modalità indiretta di finanziamento con la progettazione di una struttura legale atipica per la finalità dell'operazione;**

c) il forte sospetto che SH fosse di fatto in stato di sostanziale insolvenza (o comunque di incapacità a far fronte alla gestione del compendio aziendale in corso di acquisizione) già alla data di firma del contratto di Cessione, considerato il suo scarso livello di patrimonializzazione e di risorse finanziarie a fronte di un compendio aziendale che generava già circa 5 milioni di euro di perdite mensili; è la stessa SH che dichiara come il venir meno del supporto finanziario inizialmente ipotizzato da parte del Fondo TPG avesse fatto venir meno, a soli sei giorni dal rogito e dalla finalizzazione dell'operazione, due dei pilastri sui quali la stessa operazione si fondava, determinando così successive giornate di febbrili attività con anche la procedura di AS impegnata e volta a cercare di trovare una qualche soluzione alternativa che salvasse tale operazione (soluzione poi trovata nel citato coinvolgimento di Gordon Brothers) (si veda al riguardo quanto contenuto nelle pagine 9 e 10 del ricorso per concordato preventivo con riserva presentato da Shernon Holding S.r.l. al Tribunale di Milano in data 11 aprile 2019);

d) la verosimile circostanza che di tutto quanto precede ci fosse sufficiente consapevolezza, tanto da architettare sia la citata atipica o quanto meno anomala cessione di azienda con riservato dominio sia la citata atipica o quanto meno anomala forma di supporto finanziario attraverso l'acquisto del magazzino a sua volta tramite una apposita società poi ceduta allo stesso finanziatore (fonte Visure Camerali);

e) Parte di quanto sopra, peraltro, risulta confermato anche dalle dichiarazioni pubbliche dell'allora Ministro dello Sviluppo Economico Calenda (fonte:Intervento dell'ex Ministro Calenda alla trasmissione televisiva Porta a Porta del 29 maggio 2019).

Tutte tali circostanze risultano astrattamente poter integrare condotte penalmente rilevanti (oltre alla presenza di gravi e pericolose asimmetrie informative sulle circostanze sopra descritte e mai idoneamente rappresentate dai diretti responsabili) delle quali il contratto di **Cessione risulta essere il mezzo e/o l'oggetto**.

Appare evidente che, aver provveduto ugualmente e nonostante le tante perplessità (per non dire quasi certezze sulla inadeguatezza dell'acquirente) alla Cessione del compendio aziendale, da parte dell'Amministrazione Straordinaria (As) a SH, può rappresentare un grave travisamento della funzione della procedura di AS che non è certamente quella di vendere a tutti i costi l'azienda (e precipitarsi a fare dichiarare chiusa l'attività d'impresa della AS ed iniziata la fase liquidatoria come risultano aver fatto i Commissari Straordinari dopo la Cessione a SH **nonostante ci fosse un patto di riservato dominio**). Procedere ugualmente alla cessione anche in assenza di concrete prospettive di continuità e rilancio dell'impresa può invece determinare (come avvenuto nel caso in esame) un aggravamento del contesto ai danni sia dei creditori (che si trovano in tal modo ad aver dato credito

al soggetto acquirente successivamente fallito) sia del medesimo compendio aziendale (che si trova in tal modo a perdere ancora più valore). Per tale giudizio non occorre nemmeno applicare il criterio di prognosi postuma in quanto alcuni fornitori, alla data della cessione, risultano aver già informato con missive sia il MISE che il Tribunale di Bologna della temerarietà dell'operazione e sulle evidenze di insolvenza dell'Amministrazione straordinaria (vedi lettere al MISE e reclamo al tribunale di Bologna di due fornitori poi associati).

E' inoltre evidente che in tal modo, si sia creata, volutamente o solo consapevolmente o comunque quale conseguenza delle predette condotte, **una violazione della par condicio creditorum**; infatti i fornitori che dall'agosto 2018 hanno proseguito a fornire e a dare credito al compendio aziendale in questione lo hanno fatto nella convinzione di interfacciarsi con un effettivo nuovo e terzo soggetto (SH); al contrario, stavano di fatto continuando a fornire il compendio aziendale ancora di proprietà della AS (in forza del citato patto di riservato dominio) e che era prevedibilmente destinato a tornare anche sostanzialmente oltre che formalmente in capo alla medesima AS (in forza della citata risultante consapevolezza della impossibilità per SH di proseguire nella predetta attività). Una tale **interposizione** risulta di fatto aver alterato le regole della par condicio in quanto: (a) se non vi fosse stata tale Cessione poi risoltasi, i medesimi fornitori sarebbero risultati quanto meno creditori in prededuzione della AS (a sua volta proprietaria degli asset di Mercatone Uno e delle azioni di responsabilità contro gli asseriti responsabili del dissesto della medesima Mercatone Uno); (b) con la predetta cessione poi risoltasi, invece, i medesimi fornitori si trovano ora creditori di un fallimento (Fallimento Shernon) che, a causa della citata clausola di riservato dominio (**neppure espressamente e direttamente pubblicizzata nel registro delle imprese**), non ha la proprietà di alcuno dei predetti asset di Mercatone Uno. Non si può inoltre sottovalutare il rischio che la AS fosse di fatto già in stato di fallimento alla data della Cessione (vedi contenuto lettere fornitori *supracitate*); esaminando e considerando quanto sopra esposto, sussistono elementi che rendono legittimo un siffatto dubbio; in tal caso, aver proceduto ugualmente alla Cessione, di fatto dando continuità ad un compendio in realtà decotto, avrebbe determinato un aggravamento del dissesto ed aumentato illegittimamente la massa dei creditori.

In considerazione di quanto sopra e laddove intervenisse conferma delle predette tesi anche da parte del Curatore di Shernon (che al riguardo può certamente aver avuto modo di condurre ogni necessario approfondimento), risulterebbero sussistere i presupposti di condotte penalmente rilevanti che vedono il contratto di Cessione come mezzo e/o oggetto delle stesse; la conseguenza di ciò non potrebbe che essere la nullità del Contratto.

Assunto e concluso quanto sopra, in considerazione del fatto che un atto nullo non può *ab origine* dispiegare effetti ed essendo quindi la Cessione *tamquam non esset*, ne deriverebbe **l'assenza di soluzione di continuità** tra il periodo precedente all'agosto 2018 (quando è stato sottoscritto il predetto contratto di Cessione) e il periodo successivo e la presenza quindi di un unico periodo concorsuale che non può veder interrotta la prededuzione in occasione della predetta Cessione. Fermo restando ogni altra conseguenza e tutela, in termini restitutori e di risarcimento dei danni comunque subiti e generati a causa delle predette condotte, la nullità del contratto di Cessione, ove effettivamente dichiarata, comporterebbe (i) di fatto un riallineamento (anche in termini equiparabili alla prededuzione ad oggi invece negata o comunque non concedibile dalla curatela del Fallimento SH) della posizione dei fornitori e creditori post Cessione alla posizione che essi avrebbero avuto qualora la cessione non si fosse mai verificata, (ii) la restituzione del magazzino merce all'Amministrazione Straordinaria da inserire nel contesto risarcitorio sopra descritto.

Resto inoltre inteso che, laddove da quanto sopra dovesse derivare un procedimento penale, i creditori danneggiati potranno valutare anche la propria costituzione come parte civile.



Tribunale Competente: Bologna o Milano a seconda del soggetto agente (il contratto di cessione è stato sottoscritto a Milano il 9 agosto 2018 con autenticazione delle sottoscrizioni da parte del Notaio Angelo Busani).