

Tribunale di Pescara 15 febbraio 2009 – Pres. Rel. Filocamo.

Amministrazione straordinaria – Prosecuzione dei contratti preesistenti – Finalità – Facoltà di subentro del commissario – Diritto del contraente al risarcimento del danno – Esclusione.

In mancanza di subentro nel rapporto da parte del commissario straordinario, che ha invece manifestato la propria volontà di scioglimento dal contratto, nessun diritto può essere riconosciuto al contraente in bonis a titolo di risarcimento per inadempimento della clausola relativa ai livelli minimi di fornitura; deve essere infatti condivisa l'interpretazione secondo la quale l'art. 50 d.lgs. n. 270/1999 prevede la continuazione dei contratti preesistenti l'amministrazione straordinaria unicamente ai fini della conservazione aziendale e per assicurare al commissario uno spatium deliberandi per l'esercizio della facoltà di scioglimento o di subentro, per cui la continuazione di una precedente fornitura dopo la dichiarazione d'insolvenza, non accompagnata da una espressa dichiarazione da parte del commissario, non comporta il trasferimento del rapporto in capo alla procedura. (fb)

IL CASO.it

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 30/11/2006, la s.p.a. M.I. esponeva: che il 24/9/2001 aveva stipulato con la s.p.a. M. un contratto di fornitura in esclusiva di pianali in legno multistrato, il quale prevedeva l'impegno da parte sua a realizzare entro il 31/12/2001 un apposito impianto industriale e l'impegno della controparte ad acquistare in esclusiva i pianali necessari al proprio fabbisogno per volumi minimi di mc. 8.000 nel 2002, 15.000 nel 2003 e 20.000 negli anni successivi; che nel contratto era stato fissato il prezzo di € 32,28/mq franco destino per i pianali di dimensioni standard, soggetto ad adeguamento ISTAT e da pagare entro 60 giorni fine mese fattura con bonifico bancario; che il contratto prevedeva altresì il versamento da parte della s.p.a. M. di una cauzione di € 1.550.000,00 da rimborsare, in proporzione agli acquisti effettuati, a decorrere dall'anno in cui gli acquisti stessi avessero raggiunto volumi superiori a mc. 20.000; che la s.p.a. M., la quale aveva acquistato quantitativi minori rispetto ai minimi concordati a causa di difficoltà imprenditoriali, era stata dichiarata (con la nuova denominazione s.p.a. M.) in stato di insolvenza, ai sensi del d.lgs. 270/1999, con sentenza del Tribunale di Pescara, la quale affidava la gestione dell'impresa al commissario giudiziale, dott. G.L.; che con decreto depositato il 4/7/2003 il medesimo Tribunale aveva dichiarato aperta la procedura di amministrazione straordinaria; che il Ministero vigilante aveva nominato commissario straordinario il dott. G.L. ed aveva autorizzato, in data 29/10/2003, l'esecuzione del programma di cessione delle attività aziendali previa continuazione dell'esercizio di impresa, predisposto dal commissario; che anche dopo l'apertura della procedura concorsuale il rapporto contrattuale sopra indicato era rimasto in essere, ai sensi dell'art. 50 d.lgs. 270/1999, fino al 14/12/2004, data nella quale il commissario straordinario aveva esercitato la facoltà di scioglimento concessa dalla norma appena citata; che, peraltro, nel periodo in questione, la s.p.a. M. aveva acquistato quantitativi di merce (mc. 530,14) notevolmente inferiori a quelli minimi contrattuali (mc. 26.414), con una differenza di mc. 25.883,52; che tale inadempimento contrattuale aveva cagionato ad essa ricorrente un danno quantificabile (in base al margine ricavabile a metro cubo, pari ad € 150,00) in € 3.882.527,45. Chiedeva, quindi, ai sensi dell'art. 101 L.F., l'ammissione allo stato passivo della s.p.a. M. in amministrazione straordinaria del suddetto credito "in via di prededuzione".

Alla udienza di comparizione ex art. 101 L.F. il commissario straordinario, dott. G.L., si opponeva all'ammissione del credito, rilevando la inammissibilità e comunque la infondatezza della domanda ed il G.D. disponeva procedersi alla trattazione della causa a norma della seconda parte del secondo comma del citato art. 101.

La convenuta si costituiva in giudizio ed eccepiva preliminarmente la inammissibilità della

domanda, in quanto il credito di cui si chiedeva l'ammissione tardiva trovava fonte nel medesimo rapporto contrattuale in base al quale la ricorrente aveva già chiesto ed ottenuto in via tempestiva l'ammissione al passivo del credito di € 423.198,12 per corrispettivi e per risarcimento della "perdita dovuta ai minori volumi rispetto al minimo contrattuale" (sicché il giudicato così formatosi copriva anche il deducibile, oltre al dedotto). Nel merito, chiedeva comunque il rigetto della domanda sostenendone l'infondatezza, risultando, da un lato, che il commissario straordinario si era sciolto dal rapporto contrattuale -in stato di quiescenza, "essendone stata l'esecuzione anche de facto sospesa"- ai sensi dell'art. 50 d.lgs. 270/1999; dall'altro lato, che i modesti rapporti contrattuali intrattenuti tra le parti successivamente all'apertura della amministrazione straordinaria non erano inscrivibili nell'alveo del rapporto contrattuale originario.

Dopo il deposito di memorie autorizzate ai sensi dell'art. 183 c.p.c., parte attrice chiedeva la riunione della causa ad altra precedentemente instaurata (e pendente davanti ad altro giudice di questo Tribunale) nei propri confronti dalla s.p.a. M. in a.s. avente ad oggetto revocatoria di pagamenti e restituzione della cauzione di cui al rapporto negoziale dedotto anche nel presente giudizio. Procedutosi ai sensi dell'art. 274 c.p.c. e rigettata la richiesta di riunione dal giudice istruttore designato dal Presidente, la causa, istruita con sole produzioni documentali, perveniva a decisione sulle conclusioni precisate dalle parti nei termini in epigrafe riportati.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con la domanda di insinuazione tardiva ex art. 101 L.F., la ricorrente ha chiesto l'ammissione al passivo di un credito che assume essere sorto nel corso della procedura di amministrazione straordinaria a seguito dell'inadempimento da parte della società convenuta alle obbligazioni (ed in particolare a quella avente ad oggetto l'entità minima degli acquisti annui) derivanti dal contratto di "fornitura" (meglio: di somministrazione) stipulato il 24/9/2001, non ancora compiutamente eseguito alla data dell'apertura della procedura concorsuale (4/7/2003) e successivamente "proseguito", sino alla dichiarazione di scioglimento da parte del commissario straordinario (14/12/2004), ai sensi dell'art. 50 comma 2 d.lgs. 270/1999. Più esattamente viene chiesta l'ammissione -assumendosene la natura prededucibile- del credito risarcitorio corrispondente ai mancati ricavi conseguenti alla minore entità, rispetto a quella minima contrattualmente stabilita, degli acquisti effettuati dalla convenuta nel periodo compreso tra l'inizio della procedura concorsuale e lo scioglimento del contratto da parte del commissario straordinario.

La prima questione da esaminare concerne l'ammissibilità della domanda, contestata dalla convenuta sulla base della circostanza che l'odierna ricorrente ha già chiesto (ed ottenuto) l'ammissione tempestiva al passivo della procedura per un credito di € 423.198,12 a titolo non solo di corrispettivi di vendite eseguite in favore della s.p.a. M. in bonis, ma anche di risarcimento della "perdita dovuta ai minori volumi rispetto al minimo contrattuale" nel periodo antecedente l'apertura dell'amministrazione straordinaria.

Pur dovendosi condividere, in linea generale ed astratta, le considerazioni svolte dalla difesa della convenuta in ordine ai rapporti tra domanda tempestiva e domanda tardiva di ammissione al passivo e di effetti preclusivi endoconcorsuali del giudicato interno che si forma sul provvedimento trasfuso nel decreto di esecutività dello stato passivo divenuto definitivo (è, infatti, affermazione costante nella giurisprudenza di legittimità che l'ammissione ordinaria e quella tardiva al passivo di una procedura concorsuale sono altrettante fasi di uno stesso accertamento giurisdizionale, con la conseguenza che, rispetto alla decisione concernente un'insinuazione tardiva di credito, le pregresse decisioni riguardanti l'insinuazione ordinaria hanno valore di giudicato interno e che quindi un credito, per poter essere insinuato tardivamente, deve essere diverso -in base ai criteri del petitum e della causa petendi- da quello fatto valere nell'insinuazione ordinaria, fermo restando che ad integrare la diversità della domanda non è sufficiente il mero dato quantitativo e neanche una diversa connotazione del medesimo credito: si vedano, ad esempio, Cass., 21/5/1998 n. 3535; Cass., 24/1/1997 n. 751; 11/5/2001 n. 6543; 2/11/2001 n. 13590; 19/2/2003 n. 2476; 31/3/2006 n. 7661), deve tuttavia constatarsi che, nella specie, la domanda tardiva non presenta profili di identità rispetto a quella tempestiva già accolta, diversi essendo non solo i petitum, ma anche le causae petendi delle due domande (nel primo caso l'inadempimento contrattuale verificatosi dopo l'apertura della procedura, nel secondo caso quello verificatosi nel periodo precedente).

Pur ammissibile, la domanda tardiva è tuttavia nel merito infondata.

Come si è detto, essa (nella prospettazione della ricorrente) trova fondamento nell'assunto

che, essendo proseguita ex lege pur dopo l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria l'esecuzione del contratto stipulato il 24/9/2001 (la cui clausola n. 3 impegnava la s.p.a. M. ad acquistare dalla s.p.a. M.I. "tutti i piani necessari a soddisfare il proprio fabbisogno fino a concorrenza della capacità produttiva di quest'ultima, per un volume minimo di ottomila metri cubi nel 2002, di metri cubi quindicimila nel 2003 e di ventimila metri cubi annui negli anni successivi") ed avendo la s.p.a. M. in amministrazione straordinaria effettuato, nel periodo compreso tra l'apertura della procedura e lo scioglimento dal contratto da parte del commissario straordinario, acquisti di piani per soli 530,14 metri cubi, quest'ultima sia tenuta a risarcire il danno causato dall'inadempimento contrattuale, corrispondente ai mancati ricavi assicurati dai volumi minimi di acquisto (volumi quantificati, relativamente al periodo in questione, in 26.414 metri cubi). Sul piano giuridico, tale obbligazione risarcitoria discenderebbe, secondo la tesi attorea, dalla mera applicazione dell'art. 50 comma 2 d.lgs. 270/1999, a tenore del quale qualsiasi contratto ancora ineseguito o non interamente eseguito alla data dell'apertura della amministrazione straordinaria, "continua ad avere esecuzione ... fino a quando la facoltà di scioglimento non è esercitata". E' evidente che simile tesi presuppone una interpretazione della norma appena ricordata nel senso che essa sancirebbe l'automatico trasferimento in capo alla procedura di amministrazione straordinaria del rapporto in corso, suscettibile soltanto di cessazione ex nunc mediante esercizio della facoltà di scioglimento da parte del commissario straordinario. Si tratta, tuttavia, di una interpretazione superficiale e non condivisibile, alla luce della complessiva disciplina dei rapporti in corso desumibile dal d.lgs. 270/1999 (nonché dal recentissimo intervento legislativo di interpretazione autentica dell'art. 50 comma 2 operato dall'art. 1 bis del d.l. 28/8/2008 n. 201, convertito in l. 27/10/2008 n. 166, in base al quale "la disposizione di cui al comma 2 dell'articolo 50 del decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270, va interpretata nel senso che l'esecuzione del contratto, o la richiesta di esecuzione del contratto da parte del commissario straordinario, non fanno venir meno la facoltà di scioglimento dai contratti di cui al medesimo articolo, che rimane impregiudicata, né comportano, fino all'espressa dichiarazione di subentro del commissario straordinario, l'attribuzione all'altro contraente dei diritti previsti in caso di subentro del commissario straordinario dall'articolo 51, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 270 del 1999"). Invero, il d.lgs. n. 270/1999 contiene, agli artt. 50 e 51, una disciplina organica dei "contratti in corso" (questa la rubrica dell'art. 50), dei quali offre anzitutto una definizione generale, identificandoli nei "contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non ancora interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria". Il discrimine temporale è stato espressamente fissato dal legislatore delegato con riferimento alla data (da intendersi come data del deposito) del decreto previsto dall'art. 30, comma 1, prima parte, con il quale il tribunale che ha dichiarato con sentenza lo stato di insolvenza, entro trenta giorni dal deposito della relazione del commissario giudiziale prevista dall'art. 28, "dichiara... l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, se sussistono le condizioni indicate dall'articolo 27". Dai suddetti contratti (con le sole eccezioni previste dal quarto comma dell'art. 50, che riguardano contratti di lavoro subordinato e di locazione immobiliare) il commissario straordinario "può sciogliersi", ma essi, fino a che tale facoltà non sia esercitata, "continua[no] ad avere esecuzione" (art. 50 comma 2). Non vengono fissati limiti temporali all'esercizio della facoltà di scioglimento da parte del commissario straordinario, ma viene solo predisposto (con il terzo comma dell'art. 50) uno strumento a disposizione dell'altro contraente per costringere il commissario straordinario a "far conoscere le proprie determinazioni": a tal fine il contraente in bonis può indirizzare direttamente al commissario straordinario una intimazione scritta, dalla cui ricezione decorre un termine di trenta giorni all'esito del quale, in mancanza di diversa determinazione del commissario, "il contratto si intende sciolto". L'intimazione, tuttavia, non può essere rivolta al commissario se non dopo che sia stata autorizzata, ai sensi dell'art. 57 D.L.vo 270/99, l'esecuzione del programma secondo uno degli indirizzi previsti dall'art. 27 (cessione dei complessi aziendali o ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa).

IL CASO.it

L'art. 51, finalizzato a disciplinare i "diritti dell'altro contraente" (così la rubrica), prevede al comma 1 in generale che tali diritti, "nel caso di scioglimento o di subentro del commissario straordinario", siano regolati dalle disposizioni di cui agli artt. 72-83 L.F. Il comma 2 introduce una eccezione alla disposizione (a sua volta eccezionale, secondo l'orientamento affermatosi nella giurisprudenza dopo Cass., S.U., 22/5/1996 n. 4715) di cui all'art. 74 comma 2 L.F.,

sancendo la inapplicabilità della norma ai contratti di somministrazione "se il somministrante opera in condizione di monopolio". Il terzo comma, infine, contiene una previsione tesa a rendere possibile al contraente in bonis, nelle more della decisione del commissario straordinario circa lo scioglimento o il subentro, di fare valere i diritti che gli spettano e che debbano essere sottoposti al procedimento di verifica del passivo, consentendogli di chiederne l'ammissione "sotto condizione dello scioglimento o del subentro del commissario straordinario nel contratto, ... a norma dell'art. 55, terzo comma, della legge fallimentare".

Le ragioni che hanno indotto il legislatore delegato ad introdurre siffatta disciplina sono desumibili dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo 270/99, dove si legge che con essa si è inteso superare la inadeguatezza della corrispondente disciplina dettata in materia di fallimento ("in quanto costruit[a] nella prospettiva di una procedura di tipo liquidatorio 'puro', nel seno della quale la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa costituisce un evento extra ordinem, nel confronto con le ben diverse esigenze proprie di una procedura con finalità conservative dell'impresa, cui è viceversa coesistente la continuazione delle attività imprenditoriali") ed attuare una "mediazione tra l'interesse della procedura a che il commissario straordinario disponga di un termine congruo al fine della ricognizione dei contratti in corso e della verifica della loro utilità ai fini della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, in accordo con le direttive di programma (e ciò tenuto conto anche dei tempi previsti dagli articoli 54, 57 e 58 ai fini della redazione del programma stesso e della sua autorizzazione), ed il contrapposto interesse del contraente in bonis a non rimanere sine die, o comunque per un tempo eccessivamente lungo, in una situazione di incertezza circa la sorte definitiva del rapporto".

IL CACO.it

L'interesse della procedura ad una gestione dei contratti in corso funzionale alle esigenze connesse alla continuazione dell'esercizio dell'impresa ed alla realizzazione degli obiettivi del programma è stato tutelato non solo conferendo al commissario straordinario una generalizzata (salve limitate eccezioni) ed incondizionata facoltà di determinare unilateralmente lo scioglimento dei contratti medesimi, ma anche prevedendo la continuazione della esecuzione dei rapporti contrattuali de quibus fino al concreto esercizio di tale facoltà. Infatti, una soluzione di continuità nella esecuzione dei contratti stipulati prima della apertura dell'amministrazione straordinaria sarebbe suscettibile di determinare la impossibilità della effettiva prosecuzione dell'attività imprenditoriale, che il D.L.vo 270/99 configura come costante necessaria dell'amministrazione straordinaria. D'altra parte, la definitività della continuazione dei contratti in corso avrebbe comportato elementi di rigidità nella gestione dei costi dell'attività di impresa, tali da esporre a rischio la perseguibilità degli obiettivi di riequilibrio economico, cui la procedura di amministrazione straordinaria deve comunque tendere, e da vincolare il commissario straordinario alla prosecuzione di rapporti contrattuali non funzionali al programma predisposto ed autorizzato. Pertanto, è stato previsto che la stabilizzazione degli effetti dei rapporti contrattuali in corso al momento dell'apertura dell'amministrazione straordinaria conseguisse non al mero mancato esercizio della facoltà di scioglimento da parte del commissario straordinario, ma al suo subentro nei rapporti in questione. In tal senso è chiara la previsione dell'art. 51 comma 1 D.L.vo n. 270/99, secondo cui i diritti dell'altro contraente vanno determinati con riferimento allo scioglimento o al subentro del commissario, allorché il destino del rapporto contrattuale, che pure nel frattempo ha continuato ad avere esecuzione e quindi a produrre i suoi effetti, sia stato definitivamente determinato dalla scelta dell'organo della procedura cui è affidata la gestione dell'attività imprenditoriale.

La disciplina generale dei contratti in corso desumibile dai ricordati artt. 50 e 51 può, quindi, schematizzarsi secondo le seguenti proposizioni:

- i contratti non ancora interamente eseguiti da entrambe le parti alla data dell'apertura dell'amministrazione straordinaria continuano ad avere esecuzione e, quindi, a vincolare le parti alle obbligazioni contrattuali;
- tale esecuzione è tuttavia provvisoria, nel senso che non impedisce al commissario straordinario di sciogliersi dal contratto, ancorché nel frattempo eseguito -in tutto o in parte- dal contraente in bonis;
- la provvisorietà della persistente esecuzione del contratto può venire meno ed assumere i caratteri della definitiva stabilizzazione (ostativa al successivo scioglimento unilaterale) a seguito di subentro da parte del commissario straordinario;
- solo a seguito della scelta del commissario straordinario nell'uno o nell'altro senso (scioglimento-subentro) è possibile individuare diritti del contraente in bonis non più

suscettibili di modificazione (o meglio: non più condizionati ai poteri di scelta del commissario straordinario).

Dunque, il contraente in bonis rimane vincolato dal contratto, che continua ad avere esecuzione, ma non può imporre alla procedura la definitiva ed integrale esecuzione dello stesso, potendo soltanto, dopo la predisposizione del programma da parte del commissario straordinario e l'autorizzazione del programma stesso da parte del Ministero vigilante, mettere in mora il commissario e determinare il suo subentro nel contratto o lo scioglimento di quest'ultimo (ipotesi che si verifica anche in caso di inerzia commissariale).

Che questo sia il significato complessivo della disciplina normativa e che, in particolare, la persistente esecuzione del contratto sia caratterizzata da provvisorietà e possa stabilizzarsi o venire definitivamente meno soltanto a seguito della scelta operata dal commissario straordinario, è confermato dal meccanismo di messa in mora del commissario straordinario predisposto dal comma 3 dell'art. 50 a tutela dello "interesse del contraente in bonis a non rimanere sine die, o comunque per un tempo eccessivamente lungo, in una situazione di incertezza circa la sorte definitiva del rapporto": se la spontanea esecuzione delle obbligazioni contrattuali gravanti sul contraente in bonis impedisse il successivo esercizio della facoltà di scioglimento conferita al commissario straordinario, la condizione di incertezza circa le sorti del contratto potrebbe essere unilateralmente eliminata dallo stesso contraente in bonis, il quale non avrebbe bisogno di provocare l'esercizio della scelta da parte del commissario. Inoltre, come si è già accennato, è significativo che il comma 1 dell'art. 51 D.L.vo n. 270/99 rimandi alle norme della legge fallimentare per individuare i diritti del contraente in bonis solo nel caso di scioglimento o di subentro del commissario straordinario (sicché tra tali diritti non può farsi rientrare quello contemplato dall'art. 72 comma 1 L.F. -nel testo vigente prima della riscrittura ad opera del d.lgs. 5/2006-, che consentiva al venditore in bonis di impedire, attraverso la cd. esecuzione in concorso, la scelta dell'organo della procedura per lo scioglimento o il subentro nel contratto, giacché si tratta, appunto, di un diritto che precede e non segue tale scelta). Urterebbe infine, oltre che con la lettera dell'art. 50 comma 2 D.L.vo 277/99, con la ratio della nuova disciplina una interpretazione che consentisse al contraente in bonis di precludere, dando esecuzione al contratto per parte sua, la facoltà di scioglimento concessa al commissario straordinario.

IL CASO.it

Deve pertanto ritenersi che, anche ove il contraente in bonis adempia le obbligazioni contrattuali a suo carico ancora inadempite alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria (come è, in linea di principio, costretto a fare dalla persistente esecutività del contratto), il commissario straordinario non perda la facoltà di sciogliersi dal contratto e che anche la integrale esecuzione di quelle obbligazioni non impedisca l'applicazione dell'art. 50 D.L.vo 270/99, giacché a tal fine deve farsi riferimento alla situazione esistente al momento della apertura della amministrazione straordinaria. Se invece il commissario straordinario, anziché esercitare la facoltà di scioglimento, fa proprio il risultato della prestazione resa dal contraente in bonis in adempimento del contratto, manifestando l'intenzione di subentrare nel contratto medesimo, gli effetti che ne conseguono andranno ricollegati a tale subentro e non alla volontà (espressa nel comportamento esecutivo) del solo contraente in bonis.

Tale interpretazione risulta, oggi, confermata dalla ricordata interpretazione autentica operata dal legislatore con la l. 166/2008 (di conversione del d.l. 201/2008), secondo cui non solo l'esecuzione unilaterale del contratto, ma anche "la richiesta di esecuzione del contratto da parte del commissario straordinario", non pregiudicano l'esercizio da parte di quest'ultimo della facoltà di scioglimento e, d'altro canto, solo l'espressa dichiarazione di subentro del commissario straordinario attribuisce all'altro contraente i diritti in tal caso previsti (e cioè, in sintesi, i diritti conseguenti al trasferimento del rapporto contrattuale in capo alla procedura). Il che equivale ad affermare che la continuazione dell'esecuzione del contratto medio tempore ha carattere provvisorio e che la sorte del contratto stesso è destinata ad acquisire stabilità soltanto a seguito della scelta operata dal commissario (ed eventualmente sollecitata dall'altro contraente con il meccanismo di messa in mora di cui si è detto) nel senso del subentro o dello scioglimento. L'assunzione da parte della procedura di amministrazione straordinaria della medesima posizione contrattuale dell'imprenditore insolvente ed il conseguente integrale assoggettamento alle obbligazioni contrattuali e alla responsabilità in caso di loro mancato o inesatto adempimento è effetto esclusivo del subentro del commissario straordinario nel contratto e non già della mera prosecuzione provvisoria della sua esecuzione, la quale è idonea a determinare nei confronti della procedura l'insorgenza esclusivamente dei debiti (e nei confronti del contraente in bonis dei corrispondenti crediti) connessi direttamente ed

immediatamente alle prestazioni effettivamente eseguite dall'altro contraente e funzionali alla prosecuzione dell'attività di impresa.

A medesime conclusioni è giunta anche l'unica pronuncia di merito in materia nota al Collegio (Trib. Milano, 17/7/2008), secondo cui "l'art. 50 d.lgs. n. 270/1999 prevede la continuazione dei contratti preesistenti all'amministrazione straordinaria unicamente ai fini della conservazione aziendale e per assicurare al commissario uno spatium deliberandi per l'esercizio della facoltà di scioglimento o di subentro: conseguentemente, la continuazione di una preesistente fornitura dopo la dichiarazione d'insolvenza, non accompagnata da un'espressa dichiarazione di subentro, non comporta il trasferimento del rapporto in capo alla procedura".

Si tratta, peraltro, di conclusioni del tutto coerenti con la natura e gli effetti che secondo la dottrina e la giurisprudenza caratterizzano il subentro e lo scioglimento da parte del commissario straordinario nei e dai contratti in corso.

IL CASO.it

Subentro e scioglimento costituiscono, in generale, atti giuridici recettizi aventi ad oggetto manifestazioni di volontà cui conseguono effetti sostanziali (anche nei confronti dell'imprenditore in procedura), che si ripercuotono sul rapporto contrattuale, determinandone rispettivamente la continuazione o la caducazione. Come detto, non è previsto alcun termine entro cui simili manifestazioni di volontà debbano intervenire, fatta salva la facoltà del contraente in bonis di mettere in mora il commissario straordinario nei limiti segnati dal già ricordato terzo comma dell'art. 50 d.lgs. 270/1999. Neanche è prevista dalle norme la necessità che la volontà del commissario straordinario sia integrata da autorizzazioni dell'autorità amministrativa di vigilanza e tanto meno dell'autorità giudiziaria. Ed anche in ordine alla forma dell'esercizio della facoltà di scelta da parte del commissario straordinario mancano, ancora una volta, precisazioni normative, per cui deve ritenersi che non siano richieste né forme determinate, né formule sacramentali. Pertanto, dovrebbe conservare validità l'orientamento formatosi in relazione all'analogo potere di scelta rimesso al curatore dalla legge fallimentare, secondo cui la scelta dell'organo della procedura può essere manifestata anche implicitamente, per facta concludentia rivelatori di una chiara volontà in direzione di una delle possibili opzioni. Tanto più che nell'amministrazione straordinaria, come si è appena detto, non è richiesta alcuna preventiva autorizzazione da parte di altri organi della procedura. Il carattere recettizio della manifestazione di volontà del commissario impone, ovviamente, di conferire rilevanza esclusivamente a comportamenti esteriorizzati e percepibili da parte del contraente in bonis. Deve, tuttavia, precisarsi che nell'amministrazione straordinaria (a differenza che nel fallimento), il regime di temporanea esecutività dei contratti in corso rende scarsamente significative, quali manifestazioni implicite di una volontà commissariale di subentro, condotte di mera accettazione delle prestazioni contrattuali rese dal contraente in bonis e finanche condotte esecutive poste in essere dallo stesso commissario straordinario, essendo necessario che ad esse si aggiungano ulteriori comportamenti concludenti tali da rendere inequivoca la volontà ad essi sottesa. Una chiara indicazione in tal senso è rinvenibile anche nel recente intervento legislativo di interpretazione autentica già sopra ricordato (art. 1 bis l. 166/2008), che richiede una "espressa dichiarazione" di subentro e priva di rilevanza, a tal fine, la eventuale "richiesta di esecuzione del contratto da parte del commissario straordinario".

IL CASO.it

Quanto agli effetti, può in generale osservarsi che il subentro del commissario straordinario si iscrive nel quadro della sostituzione nell'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente, del quale il rapporto contrattuale pendente è e continua ad essere una componente gestita dall'organo cui è rimessa (dall'art. 40 d.lgs. 270/1999) la cura di tutte le componenti patrimoniali sottratte alla disponibilità dell'insolvente. Quest'ultimo, tuttavia, continua ad essere la parte sostanziale del rapporto, che come tale rimane vincolata dalle scelte del commissario anche dopo la chiusura della procedura. Non si tratta, quindi, di un fenomeno di successione nel contratto, ma della sostituzione del commissario straordinario nella medesima posizione contrattuale già appartenente al contraente in procedura, in seguito alla quale l'organo pubblico esercita i diritti ed attua le obbligazioni contrattuali. Deve, pertanto, ritenersi che in seguito al subentro abbiano effetto nei confronti della procedura tutte le originarie clausole contrattuali (anche quelle in ipotesi onerose) e che il rapporto si svolga secondo la sua ordinaria disciplina civilistica.

Lo scioglimento produce anch'esso effetti sostanziali che si ripercuotono definitivamente sul rapporto contrattuale e ne impediscono la reviviscenza dopo la chiusura della procedura concorsuale. Al di là del richiamo ad istituti quali la risoluzione o il recesso, è importante

notare che l'essenza dello scioglimento consiste nella definitiva ed originaria caducazione delle obbligazioni nascenti dal contratto, la quale non solo impedisce che esso possa avere effetti in futuro (così che le parti vengono liberate da ogni vincolo), ma fa anche venire meno le obbligazioni già eseguite e priva di causa le attribuzioni patrimoniali che ne erano derivate. In tal senso si sono espresse, relativamente al fallimento, le Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 2/11/1999 n. 755), le quali hanno affermato che la volontà di scioglimento manifestata dall'organo della procedura concorsuale agisce sul vincolo contrattuale "caducandolo sin dall'origine" e quindi opera rispetto alle parti con effetto retroattivo. A tale regola fanno eccezione, per il principio ricavabile dagli artt. 1458, 1373, 1360 c.c. i contratti di durata (ad esecuzione continuata o periodica), rispetto ai quali le prestazioni già eseguite restano immuni dagli effetti dello scioglimento.

L'esercizio della facoltà di scioglimento non comporta, in favore dell'altro contraente, alcun diritto al risarcimento dei danni per la cessazione del rapporto contrattuale, come si desume chiaramente dalla disciplina posta dagli artt. 72 e ss. L.F. (anche a seguito delle modifiche di cui al d.lgs. 5/2006 e al d.lgs. 169/2007) e dalla considerazione che lo scioglimento non costituisce un fatto illecito, essendo riconducibile ad una scelta attribuita direttamente dalla legge al commissario straordinario (o, nel fallimento, al curatore) a tutela degli interessi della procedura considerati preminenti rispetto a quelli del contraente in bonis. Ferma la irrisarcibilità dei danni, le conseguenze dello scioglimento per il contraente in bonis devono essere determinate sulla scorta della generale disciplina dell'indebitato, cui però si affianca, nella amministrazione straordinaria, la disciplina della prededucibilità (dettata dagli artt. 20 e 52 d.lgs. 270/1999), la quale comporta, in relazione ai contratti di durata, il diritto alla soddisfazione preferenziale dei crediti connessi alle prestazioni rese dal contraente in bonis nel periodo successivo alla dichiarazione dello stato di insolvenza.

Con riferimento al caso di specie, le considerazioni che precedono rendono evidente come la continuazione temporanea del contratto di fornitura del 24/9/2001 ai sensi dell'art. 50 comma 2 d.lgs. 270/1999 non abbia comportato l'efficacia nei confronti della amministrazione straordinaria di tutte le clausole contenute in quel contratto -ed in particolare, per quanto più direttamente rileva, quella che poneva a carico della s.p.a. M. limiti minimi di entità degli acquisti da effettuare annualmente-, del cui inadempimento possa oggi essere ritenuta responsabile la convenuta e come, al contrario, il positivo esercizio da parte del commissario straordinario della facoltà di scioglimento conferitagli dall'art. 50 comma 1 abbia determinato la caducazione ab origine di quel contratto, fatte salve soltanto le prestazioni già eseguite (trattandosi di contratto ad esecuzione continuata), con conseguente radicale inconfigurabilità, a carico della convenuta, di una responsabilità per inadempimento di obbligazioni contrattuali diverse da quelle aventi ad oggetto il prezzo delle prestazioni già eseguite dall'altra contraente.

IL CASO.it

Una simile responsabilità presuppone, invero, non la mera continuazione temporanea e provvisoria dell'esecuzione del contratto, ma il subentro del commissario straordinario nel contratto medesimo, con conseguente assunzione dell'intero fascio delle situazioni giuridiche (anche passive) che nel contratto medesimo trovano fonte. Subentro che, però, nella specie non si è verificato (e non è stato neanche esplicitamente prospettato dalla difesa della ricorrente) essendo mancata (o comunque non emergendo dal materiale istruttorio) una espressa dichiarazione in tal senso dell'organo gestorio della procedura e non potendo riconnettersi valenza di *facta concludentia*, ai fini della individuazione di un subentro implicito (nei limiti in cui una simile fattispecie è in astratto configurabile), alle forniture effettuate dalla ricorrente alla convenuta in corso di procedura. Anche tralasciando il tenore letterale della interpretazione autentica dell'art. 50 comma 2 d.lgs. 270/1999 da parte dell'art. 1 bis l. 166/2008, infatti, emerge con chiarezza dai documenti prodotti dalla convenuta come quelle forniture costituiscano l'esecuzione non del contratto quadro del 24/9/2001, ma di diversi ed autonomi contratti di volta in volta stipulati tra le parti a seguito di richieste di offerta rivolte dal commissario straordinario alla s.p.a. M.I. e di specifiche proposte da quest'ultima formulate, a condizioni diverse (quanto ad entità e modalità di pagamento del prezzo) da quelle previste dal richiamato contratto del 2001 (nonché dal successivo accordo dell'11/9/2002, già posto dalla odierna ricorrente a base della domanda tempestiva di ammissione al passivo più sopra ricordata, nella quale non è dato riscontrare alcun riferimento al contratto del 24/9/2001): basti rilevare, in proposito, che mentre il contratto del 24/9/2001 prevedeva il pagamento a "60 giorni fine mese data fattura con bonifico bancario" (clausola n. 4) e l'accordo dell'11/9/2002 prevedeva il pagamento entro 30 giorni

dalla data della fattura mediante ricevuta bancaria, le proposte contrattuali inviate dalla s.p.a. M.I. al commissario straordinario (e da questi accettate) per le forniture successive all'apertura della procedura prevedevano il pagamento mediante bonifico bancario a fine mese data fattura. Né prive di rilievo appaiono le missive inviate dalla s.p.a. M.I. al commissario straordinario in data 9/9/2003 e in data 31/3/2004 (docc. 10 e 11 del fascicolo di parte convenuta), nelle quali non viene fatto alcun riferimento al contratto del 24/9/2001, ma vengono rappresentate, da un lato, la volontà della Margaritelli di "favorire la prosecuzione dell'attività di M. s.p.a. anche nella attuale fase di amministrazione straordinaria" e, dall'altro lato, la necessità di concordare condizioni di vendita adeguate ai ridotti volumi di fornitura.

Poiché non vi è stato subentro del commissario straordinario e poiché quest'ultimo ha, invece, espressamente manifestato la propria volontà di scioglimento dal contratto del 24/9/2001, nessun diritto può essere riconosciuto alla ricorrente a titolo di risarcimento per inadempimento, da parte della contraente in amministrazione straordinaria, della clausola contrattuale contenente la previsione di livelli minimi annui di fornitura (essendo già stato ammesso al passivo il credito avente ad oggetto il corrispettivo delle forniture costituenti esecuzione di quel contratto ed essendo pacifico e documentato che anche il prezzo delle successive forniture, peraltro costituenti esecuzione di diversi ed autonomi contratti, sia stato integralmente pagato).

La domanda deve pertanto essere rigettata, con conseguente condanna della ricorrente soccombente al rimborso in favore della convenuta delle spese del presente giudizio, liquidate -in conformità alla nota specifica depositata, nella quale gli onorari vengono esposti nel minimo tariffario- in complessivi € 17.994,50, di cui € 5.037,00 per diritti, € 12.900,00 per onorari ed € 57,50 per esborsi, oltre spese generali come da Tariffa Forense ed IVA e CAP come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale di Pescara, definitivamente pronunciando, sul ricorso per insinuazione tardiva proposto da s.p.a. M.I. contro la s.p.a. M. in amministrazione straordinaria, così provvede:

- rigetta la domanda;
- condanna la s.p.a. M.I., in persona del legale rappresentante pro tempore, a rimborsare alla s.p.a. M. in amministrazione straordinaria, in persona del commissario straordinario pro tempore, le spese del presente giudizio, liquidate in complessivi € 17.994,50, di cui € 5.037,00 per diritti, € 12.900,00 per onorari ed € 57,50 per esborsi, oltre spese generali come da Tariffa Forense ed IVA e CAP come per legge.

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del 22/1/2009.