



22274 17

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE**

C. I.

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

ANNAMARIA AMBROSIO

Presidente

ROSA MARIA DI VIRGILIO

Consigliere

MAGDA CRISTIANO

Consigliere - Rel.

ANDREA SCALDAFERRI

Consigliere

ALDO CENICCOLA

Consigliere

Artt. 104 u.comma
e 74 l.f.

Ud. 18/05/2017 PU

Cron. 22274

R.G.N. 19165/2011

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 19165/2011 proposto da:

Gascom S.p.a. c.f./p.i. 08382071002), in persona del legale rapp.te *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, alla via Tacito 41, presso lo studio dell'avvocato Luigi Garofalo, che la rappresenta e difende giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Fallimento di Itallav S.a.s. di Bongiovanni Teresa & C., in persona del curatore *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma, alla via Maria Adelaide 8, presso lo studio dell'avvocato Roberto Minutillo Turtur, rappresentato e difesa dall'avvocato Francesco Mazzi, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE di IVREA, depositato il 25/05/2011;

551
2017

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 18/05/2017 dal cons. MAGDA CRISTIANO;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale ZENO IMMACOLATA che ha concluso per il rigetto dei motivi dal primo al quinto, inammissibile il sesto;

udito, per il controricorrente, l'avvocato Andrea Cau, con delega verbale dell'avv. Mazzi, che si riporta.

FATTI DI CAUSA

Il Tribunale di Ivrea ha respinto l'opposizione allo stato passivo del Fallimento di Itallav s.a.s. di Bongiovanni Teresa & C. proposta da Gascom s.p.a. per ottenere la collocazione in prededuzione dell'intero credito insinuato, nascente dal contratto di somministrazione di energia elettrica stipulato con la società poi fallita e proseguito anche dopo il fallimento, nel periodo in cui il curatore era stato autorizzato all'esercizio provvisorio.

Il tribunale ha rilevato che la fattispecie era regolata dall'art. 104 l. fall. nel testo introdotto dal d. lgs. n. 5/06, che, a differenza del previgente art. 90, si occupa espressamente del regime dei contratti pendenti e stabilisce - con previsione analoga a quella contenuta, in tema di amministrazione straordinaria, negli artt. 50 e 52 del d. lgs. n. 270/99 - che solo al termine dell'esercizio provvisorio si applica la disciplina dettata in via generale, per i contratti in questione, dagli art. 72 e segg. della legge; ha pertanto ritenuto corretto il provvedimento del giudice delegato, che aveva riconosciuto collocazione in prededuzione unicamente al credito insinuato dall'opponente a titolo di corrispettivo delle forniture eseguite nel corso dell'esercizio provvisorio di Itallav, cessato il quale il curatore non era subentrato nel contratto, ma l'aveva ceduto ad un'altra impresa.

Il decreto, depositato il 25.5.011, è stato impugnato da Gascom s.p.a. con ricorso per cassazione, affidato a sei motivi, cui il Fallimento di Itallav s.a.s ha resistito con controricorso integrato da memoria ex art. 378 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1) I primi cinque motivi del ricorso, fra loro connessi e congiuntamente esaminabili, denunciano violazione degli artt. 72, 74, 104 e 111 l. fall.

Gascom sostiene che l'art. 74 l. fall. – a norma del quale il curatore che subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati – trova applicazione anche nell'ipotesi di esercizio provvisorio dell'impresa, posto che anche in questo secondo caso, come del resto riconosciuto dallo stesso tribunale, il subentro non è automatico, ma risulta comunque riconducibile ad una scelta del curatore, che, ai sensi del 7° comma dell'art. 104, può sempre sciogliersi dal contratto in corso alla data del fallimento e stipularne uno nuovo. La ricorrente osserva, ancora, che le differenze rinvenibili fra l'art. 72 e l'art. 104 l. fall. si arrestano nel momento in cui il curatore è chiamato a decidere delle sorti dei contratti pendenti, che, ai sensi della prima norma, sono sospesi sino a quando egli non manifesti espressamente la sua volontà di prosecuzione o di scioglimento, mentre, ai sensi della seconda, proseguono automaticamente salvo che egli non manifesti la volontà di sospenderne l'esecuzione o di scioglierli: con la conseguenza che, in entrambe le ipotesi, una volta che il rapporto sia proseguito, il contraente *in bonis* ha diritto ad essere pagato per intero in prededuzione, anziché in moneta fallimentare. Deduce, altresì, l'eccentricità dell'argomento che il tribunale ha tratto dagli artt. 50 e 52 del d. lgs. n. 270/99 e sottolinea come il giudice del merito abbia ommesso di considerare che l'art. 51 del d.lgs. cit. stabilisce che, se il Commissario Straordinario subentra nei contratti di somministrazione in corso, si applica l'art. 74 l. fall., salvo che il somministrante operi in condizioni di monopolio, in tal modo confermando la prededucibilità, oltre che dei crediti sorti nel corso della procedura, anche di quelli anteriori relativi a contratti ad esecuzione periodica o differita. Contesta, infine, che l'u. comma dell'art. 104 l. fall. costituisca norma di chiusura, che rende inapplicabili nel corso dell'esercizio provvisorio tutte le disposizioni comprese nella sez. IV del capo III del titolo II della legge (artt. 72/83 *bis*), che disciplinano gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, anziché norma con la quale il legislatore ha inteso evitare il dubbio interpretativo che si sarebbe potuto porre in ordine alla sorte dei contratti proseguiti o sorti *ex novo* nel corso dell'esercizio provvisorio, e che dunque

vale unicamente a chiarire che, al termine di detto esercizio, il curatore non rimane ad essi vincolato, ma può decidere di sciogliersene.

2) I motivi devono essere respinti.

2.1) Questa Corte, con la sentenza n. 4303/012, ha già affermato che, ai sensi dell'art. 104 l. fall., mentre sono sempre prededucibili i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio, quelli sorti anteriormente al fallimento che derivino da un contratto ad esecuzione periodica o continuata ancora pendente alla data della sentenza dichiarativa, sono o meno prededucibili a seconda che, al termine di detto esercizio, il curatore abbia scelto di subentrare o di sciogliersi dal contratto medesimo.

2.2) Il principio, al quale il collegio intende dare continuità, è stato enunciato in fattispecie identica alla presente e trova fondamento nel rilievo che l'art. 74 l. fall., nello stabilire che *«il curatore che subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente anche il prezzo delle forniture già avvenute o dei servizi già erogati»*, non costituisce attuazione concreta di un principio generale attinente alla natura del contratto, ma detta una disciplina di carattere eccezionale, che non può trovare applicazione in tutti gli altri casi di continuazione del rapporto, nel corso di procedure concorsuali, cui tale disciplina non sia espressamente estesa (in termini, seppure in relazione al regime di cui all'art. 74, 2° co. l. fall. anteriore all'entrata in vigore del d. lgs. n. 5/06, Cass. S.U. n. 4715/96). Infatti nei contratti di durata, quale quello di somministrazione - in cui all'unità sinallagmatica della fase genetica corrisponde la continuità o la periodicità della fase esecutiva - ogni atto di prestazione e controprestazione, pur non estinguendo il vincolo negoziale, non costituisce adempimento parziale, ma adempimento pieno delle obbligazioni che da essi sorgono (cfr., in motivazione, Cass. S.U. cit.): il subentro del curatore nel contratto, pertanto, non impedirebbe di per sé di operare una distinzione - che è preclusa unicamente dalla norma in esame - fra i crediti del somministrante aventi natura concorsuale perché sorti in data anteriore al fallimento e quelli aventi natura prededucibile perché sorti in data posteriore.

2.3) Tanto è sufficiente a disattendere la tesi della ricorrente.

L'art. 104 l. fall., che disciplina l'istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa, contempla infatti, al 7° co., - secondo il quale « *durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli*» - una speciale ipotesi di prosecuzione automatica (anche) del contratto di durata nell'ambito della procedura concorsuale, che si pone quale eccezione all'opposta regola generale, dettata dal 1° co. dell'art. 72, mentre non contiene l'espressa previsione dell'applicabilità, in tale ipotesi, della norma eccezionale di cui all'art. 74 ed anzi, in contrario, stabilisce, all'ultimo co., che le disposizioni in ordine agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, di cui alla sez. IV, capo III, titolo II (in cui è incluso l'art. 74 cit.) « *si applicano al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio* ».

2.4) Non pare dubbio, poi, che quest'ultima sia una norma di chiusura, che vale a rimarcare come il subentro del curatore nei contratti pendenti a seguito dell'autorizzazione del tribunale, o del giudice delegato, all'esercizio provvisorio sia soggetto ad un'autonoma regolamentazione e non coincida, né nei presupposti, né negli effetti, con le varie ipotesi di subentro contemplate dagli artt. 72 *bis* e segg. l. fall.

Del resto, se così non fosse, un'eventuale, elevata incidenza dei debiti nascenti dai contratti di durata pendenti alla data di dichiarazione di fallimento renderebbe assai problematica l'autorizzazione del giudice all'esercizio provvisorio (che dovrebbe invece essere frutto di una valutazione immediata e complessiva del danno - in termini di perdita di valore dell'impresa del fallito - derivante dall'interruzione dell'attività, incompatibile con la necessità di verificare se la prosecuzione di ciascuno dei singoli rapporti non ancora definiti si ripercuota in senso favorevole o negativo sulle future prospettive di riparto, fra i creditori concorsuali, del ricavato dalla liquidazione) e finirebbe col porre nel nulla la previsione di favore del 7° co. dell'art. 104, in quanto, sostanzialmente, obbligherebbe il curatore a sciogliersi da quei contratti ed a stipularne altrettanti nuovi, per non gravare la procedura di crediti prededucibili.

Inoltre, come correttamente osserva il Fallimento controricorrente, poiché l'art. 104 non assegna al curatore uno *spatium deliberandi*, la tesi di Gascom condurrebbe alla paradossale conclusione che, in caso di esercizio provvisorio (quantomeno se autorizzato dal tribunale con la stessa sentenza dichiarativa), l'organo di gestione della procedura non avrebbe alcun mezzo per evitare la collocazione in prededuzione di tutti i crediti anteriori al fallimento aventi titolo nei contratti di durata ancora pendenti, posto che la sospensione o lo scioglimento di tali contratti non potrebbe intervenire se non in data successiva all'autorizzazione, che ne avrebbe già reso automatica la prosecuzione.

2.5) Val la pena di segnalare, infine, la piena pertinenza dell'argomento che il tribunale ha tratto dall'analoga disciplina dettata in materia dal d. lgs. n. 270 del 1999. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, infatti, nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, l'art. 50 del d. lgs. cit. prevede, al 2° co., la continuazione dei contratti, anche di durata, preesistenti all'apertura della procedura e non ancora interamente eseguiti, unicamente ai fini della prosecuzione aziendale ed allo scopo di assicurare uno *spatium deliberandi* al Commissario Straordinario per l'esercizio della facoltà di scioglimento o di subentro; con la conseguenza che la continuazione di un precedente contratto di somministrazione, non accompagnata da un'espressa dichiarazione di subentro del Commissario, non comporta il trasferimento del rapporto in capo alla procedura anche per le prestazioni pregresse, né la prededucibilità del credito ad esse relativo (Cass. nn. 3193/016).

3) Con il sesto motivo del ricorso Gascom sostiene in subordine, sotto il profilo del vizio di motivazione, che il giudice del merito avrebbe errato sia nell'ammetterla in prededuzione per il solo corrispettivo delle forniture eseguite nel periodo di durata dell'esercizio provvisorio (24.5.2010/20.6.2010), e non anche di tutte quelle eseguite in data successiva alla dichiarazione di fallimento (20.5.2010), sia nell'ammetterla al chirografo per l'intero residuo credito preteso, comprensivo di prestazioni effettuate (dal 23 al 30.6.2010) in

