

N. 1985/2013 R. G.

LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA

Sezione 1^a civile

composta dai Magistrati:

dott.	Vittorio ROSSI	Presidente
dott.	Daniela BRUNI	Consigliere
dott.	Guido SANTORO	Consigliere rel.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nella causa di reclamo *ex art. 26 l.fall.* promossa con ricorso depositato in data 7 ottobre 2013

da

EDISON ENERGIA S.P.A.

in persona dell'amministratore delegato, rappresentata e difesa in causa dagli avv.ti omissis, come da mandato in calce al ricorso;

- parte reclamante -

contro

O.R.V. Manufacturing s.p.a. in concordato preventivo
00977330257

con sede in Carmignano di Brenta (PD), via Postumia n. 1, omissis;

- parte resistente -

Oggetto: *reclamo ex art. 26 l.fall. avverso il provvedimento di autorizzazione ai sensi dell'art. 169 bis l.fall. pronunciato dal tribunale di Padova il 24-9-2013 e depositato in cancelleria il 25-9-2013.-*

Causa discussa all'udienza del 7 novembre 2013.

Premesso che

1. Con ricorso depositato in cancelleria il 7-10-2013 Edison Energia s.p.a. ha proposto reclamo *ex art. 26 l.fall.* avverso il provvedimento con il quale il tribunale di Padova, in data 24-25 settembre 2013, in accoglimento della relativa istanza del 23-9-2013, ha autorizzato ai sensi dell'art. 169 *bis l.fall.* a sciogliersi dal contratto di somministrazione di energia elettrica in essere con Edison Energia s.p.a., la società O.R.V. Manufacturing s.p.a., società che aveva in data 15-12-2012 depositato ricorso *ex art. 161, sesto comma, l.fall.*, diretto alla ammissione alla procedura di concordato preventivo con

continuità aziendale e in data 18-6-2013 il piano e la proposta di concordato.

1.1. Con il primo motivo di reclamo si deduce la violazione del contraddittorio, per non essere stata essa Edison Energia resa partecipe in alcun modo al procedimento che ha condotto all'autorizzazione *ex art. 169-bis* l.fall.

1.2. Con il secondo motivo si deduce la inapplicabilità al concordato “*con riserva*” della previsione di cui all'art. 169 *bis* l.fall. e comunque la inaccogliabilità di un'istanza di autorizzazione allo scioglimento dai contratti in corso non contenuta nel ricorso del 15-12-2012, ma neppure presente nel piano e nella proposta di concordato del 18-6-2013.

1.3. Il terzo motivo deplora che la decisione sull'istanza di autorizzazione sia stata assunta dal tribunale prima dell'ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo.

1.4. Con il quarto motivo si deduce la inammissibilità o infondatezza della istanza *ex art. 169 bis* l.fall. in quanto lo scioglimento del contratto di fornitura di energia elettrica non era previsto dal piano né era in alcun modo funzionale alla continuità aziendale.

1.5. Il quinto motivo si incentra sulla inammissibilità-infondatezza dell'istanza di autorizzazione allo scioglimento del contratto *de quo* siccome finalizzata ad “*aggirare la disciplina di cui all'art. 182 quinquies, co. 4, l.fall.*”.

1.6. La reclamante ha chiesto la revoca, l'annullamento e/o la declaratoria di nullità del provvedimento di autorizzazione del tribunale patavino e, in ogni caso, il rigetto dell'istanza presentata dalla società O.R.V.

2. Si è costituita in causa la società O.R.V., opponendosi all'accoglimento del reclamo e chiedendone il rigetto.

3. All'udienza del 7 novembre 2013, all'esito della discussione, la Corte si è riservata la decisione.

Considerato che

1. Il reclamo solleva una articolata serie di complesse questioni, fra di loro variamente collegate e interferenti, relative alla applicabilità dell'art. 169 *bis* l.fall. al concordato c.d. “*in bianco*” di cui al sesto comma dell'art. 161 l.fall., alla individuazione – in caso positivo – delle condizioni e dei limiti in cui una tale ammissibilità può essere ritenuta, ai criteri in base ai quali va

condotta la decisione sull'istanza di autorizzazione allo scioglimento, alla necessità della partecipazione del contraente *in bonis* al procedimento diretto al conseguimento dell'autorizzazione allo scioglimento del contratto.

2. Punto di partenza della disamina (trattandosi di questione che varrebbe a chiudere *ab imis* ogni ulteriore profilo) è la considerazione che non si può escludere, in termini generali e astratti, la compatibilità delle ipotesi di scioglimento del contratto di cui all'art. 169 *bis* l.fall. con l'istituto del concordato c.d. prenotativo e ciò alla luce del richiamo contenuto nella disposizione normativa indicata all'art. 161 l.fall. senza alcuna distinzione (e, dunque, anche al sesto comma di esso).

3. Ciò posto, si presenta allora come ineludibile la questione in ordine alla individuazione del modello procedimentale da adottarsi per pervenire alla autorizzazione *ex art. 169 bis* l.fall. e, in particolare, della natura di esso e della identificazione delle necessarie sue parti.

3.1. E con il primo motivo di reclamo si deduce proprio che la mancata partecipazione del contraente *in bonis* alla procedura all'esito della quale è stata disposta l'autorizzazione allo scioglimento del relativo contratto costituirebbe violazione del principio del contraddittorio, determinando la nullità del provvedimento autorizzatorio.

La parte reclamante, ricordato che l'art. 169 *bis* l.fall. non reca alcuna disposizione in ordine alla procedimento finalizzato all'autorizzazione, assume che trattandosi di procedimento diretto a incidere “*su rapporti giuridici pendenti, sciogliendoli*” esige il necessario contraddittorio di tutte le parti coinvolte nel rapporto giuridico stesso e menziona alcune pronunce di merito che hanno affrontato la questione, stabilendo la necessità della partecipazione del contraente *in bonis* al procedimento *de quo* (si tratta di Trib. Piacenza 4-4-2013 *Il Caso.it*; Trib. Monza 9-1-2013; Trib. Novara 4-4-2013, *Fall.*, 2013, 1002; App. Milano 18-7-2013).

3.2. La parte reclamata ha sul punto osservato che l'art. 169 *bis* l.fall. “*non introduce un procedimento contenzioso avanti il tribunale, ma – semmai – di volontaria giurisdizione*”, in quanto l'intervento del tribunale rappresenta un “*momento di gestione della procedura, dell'interesse della impresa in procedura, teso ad assicurare il buon esito del concordato e delle attività in continuità*”, nel mentre “*l'eventuale fase contenziosa si potrà aprire a valle in primo grado al momento della determinazione dell'indennizzo dovuto al terzo*”.

E, secondo la reclamata, proprio l'assenza di disciplina della fase procedimentale che conduce alla decisione sul rilascio-diniego della

autorizzazione allo scioglimento comproverebbe che non si tratta di un procedimento contenzioso, ma “*appunto gestorio del concordato*”, come insegnato da una giurisprudenza di merito (Trib. Udine 25-9-2013, in *Il caso.it*) e propugnato anche da una parte della dottrina.

4.1. Il collegio osserva che il richiamo alla circostanza che si tratti di un provvedimento di “*gestione della crisi*” non pare apportare decisivi elementi contrari alla necessità di assicurare nella fase che conduce alla autorizzazione allo scioglimento dei contratti ex art. 169 bis l.fall. il contraddittorio, in quanto si tratta di formula che non può valere di per sé sola e una volta per tutte a escludere l’obbligo del rispetto del principio del contraddittorio, esigendo invece che essa sia calata nella concretezza delle vicende che portano a “*gestire la crisi*” per verificare, avendo riguardo alla eventuale presenza di contrapposte posizioni soggettive tutelate dall’ordinamento e, dunque, alla presenza di controinteressati titolari di un diritto inciso dal provvedimento autorizzatorio assunto per il governo dell’insolvenza del debitore.

4.2. E, nella specie, alla corte appare indubitabile che il procedimento che conduce alla decisione sulla autorizzazione allo scioglimento dei contratti ex art. 169 bis l.fall. è un procedimento – sia pure di volontaria giurisdizione, ma – certamente *idoneo a incidere sul diritto soggettivo potenzialmente contrapposto* del contraente, con effetti anche tendenzialmente irreversibili (o comunque – nel caso di sospensione – certamente relevantissimi nell’ambito dell’economia dei singoli affari).

4.3. Va, innanzi tutto e subito, escluso che sia fondatamente predicabile la *disciplina in tema di scioglimento dai contratti pendenti prevista per il curatore del fallimento*: va constatato che non vi è alcun richiamo a tale disciplina. E ciò differentemente da quanto stabilito in tema di amministrazione straordinaria, laddove l’art. 50, co. 1, della l. 270/99, nello stabilire la disciplina dei rapporti pendenti ha espressamente previsto che “*i diritti dell’altro contraente nel caso di scioglimento o di subentro nel contratto del commissario straordinario nei contratti non ancora eseguiti o non interamente eseguiti alla data di apertura dell’amministrazione straordinaria, sono regolati dalle disposizioni della sezione IV del capo III del titolo II della legge fallimentare*”.

Inoltre non può non risaltare ai fini che qui rilevano, ossia con riguardo alla sorte dei contratti in corso non esauriti, la diversità fra una procedura concorsuale definitivamente approdata all’esito liquidatorio affidato al curatore e una procedura di concordato ancora *in itinere* e del tutto incerta nei suoi esiti finali.

4.4. E' la legge stessa, del resto, a sancire il distinguo, laddove prevedendo la necessità che il debitore in concordato – diversamente dal curatore – si munisca dell'*autorizzazione dell'organo giudiziario* marca la differenza specifica fra le due ipotesi e rivela come l'intervento del giudice (salvo ridurlo – ma non pare in alcun modo ammissibile – a una mera presa d'atto dei *deliberata* del debitore) non possa che rappresentare il segnale non solo della presenza di un contro-interessato, ma soprattutto dell'esistenza di un procedimento che devolve al giudice il bilanciamento di interessi contrapposti.

In altri termini la necessità dell'intervento del giudice in tal caso in tanto si giustifica in quanto occorra prendere in disamina l'interesse della procedura al suo esito più favorevole e l'eventuale contrapposto interesse del contraente *in bonis* alla prosecuzione del rapporto per operare un contemperamento di tali antitetici interessi.

4.5. Che il principio del contraddittorio, sancito in linea generale dall'art. 101 c.p.c., debba essere applicato anche nei procedimenti di volontaria giurisdizione, tutte le volte che sia identificabile un controinteressato, è insegnamento ormai non più seriamente discutibile e più volte ribadito dalla s.corte, anche in consonanza con i principi costituzionali in tema di giusto processo, con riferimento a svariati procedimenti regolati dagli artt. 738 ss. c.p.c. (appello in materia di divorzio: Cass. 565/2007; Cass. 11319/2005; procedimento di dichiarazione di paternità naturale di minore: Cass. 11351/2005; procedimento per l'equa riparazione a seguito di violazione del termine di ragionevole durata del processo: Cass. 16053/2003; procedimento di liquidazione del compenso del curatore dell'eredità giacente: Cass. 12286/2002; procedimento di ammissibilità della dichiarazione giudiziale di paternità: Cass. 9084/2002).

Nell'ipotesi di cui all'art. 169 *bis* l.fall. si tratta, a ben vedere, di fattispecie autorizzatoria assimilabile – sotto l'indicato profilo – a quelle ipotesi di autorizzazioni che intervengono in una situazione di conflitto di interessi (come, ad esempio, quella prevista dall'art. 181 c.c. per l'autorizzazione al compimento di un atto di straordinaria amministrazione in presenza del rifiuto di un coniuge) e per le quali si riscontra la presenza di procedimenti bi o plurilaterali, tramite i quali viene al giudice demandata una valutazione di opportunità sulla conclusione del negozio.

E in dottrina si è ritenuto che si tratta di situazioni nelle quali l'esercizio del potere giudiziale di gestione incide su di un diritto altrui, con conseguente necessità di conformare il procedimento in termini di procedimento “*in confronto di più parti*” (art. 739, co. 2, ultima parte, c.p.c.).

4.6. Va inoltre rilevato che la *disposizione dell'art. 26 l.fall.* prevede espressamente in tema di “comunicazione” e “notificazione” del provvedimento, che essa vada compiuta con riguardo (oltre al curatore, al fallito e al comitato dei creditori) a “*chi ha chiesto o nei confronti di chi è stato chiesto il provvedimento*” e non par dubbio che il contraente nei cui confronti è stato chiesto lo scioglimento rientri in tale categoria di soggetti. La previsione della decorrenza del termine per il reclamo *ex art. 26 l.fall.* dalla comunicazione o dalla notificazione evoca così quella dell'art. 739 comma 2 c.p.c. e, in particolare, quella relativa al provvedimento dato “*in confronto di più parti*”, con la conseguenza che – pure sotto tale ulteriore profilo – si deve ritenere che anche il procedimento *a quo* debba seguire le regole del rito camerale e dunque prevedere l'attuazione del “*giusto processo camerale*”, con l'evidente conseguenza della necessità di instaurare il contraddittorio.

4.7. La stessa previsione di un *indennizzo* (in moneta concordataria) a favore del contraente in caso di rilascio dell'autorizzazione allo scioglimento postula che costui sia presente in quella fase di determinazione dell'ammontare del credito concorsuale che gli viene riconosciuto in conseguenza del venir meno del contratto del quale era parte (ferma restando, in caso di contestazione, l'esigenza di dar corso a un procedimento ordinario a cognizione piena).

4.8. Ne viene che la partecipazione di quel necessario contraddittore al fine di interloquire sulla sorte del contratto del quale è parte appare imprescindibile, in quanto anche condizione dell'adozione di una decisione che, per essere il risultato dell'apporto conoscitivo e argomentativo di tutte le parti coinvolte, possa risultare tendenzialmente “giusta”.

4.9. Nè il carattere di *urgenza* che potesse ritenersi connotare o essere comunque presente nelle fattispecie *de quibus* potrebbe rappresentare un effettivo ostacolo alla attuazione del principio del contraddittorio nel procedimento di autorizzazione allo scioglimento dei contratti *ex art. 169 bis l.fall.*, non fosse altro in quanto anche per i procedimenti cautelari è sancita la medesima necessità di rispetto del principio di cui all'art. 101 c.p.c., prevedendosi anche le forme processuali idonee a contemperare l'esigenza dell'urgenza con la garanzia del contraddittorio (e certamente mutuabili, se del caso, anche alla fattispecie qui di interesse).

4.10. La possibilità che il *contraddittorio si attui soltanto in fase di gravame* appare una compromissione dei diritti del contraente *in bonis* non solo in contrasto con l'art. 111 Cost., ma anche contraria agli interessi dei creditori concorsuali (non risultando funzionale la previsione generalizzata che in sede di gravame, allorquando il giudice possa contare sull'apporto della

controparte, si pongano le basi per una riforma di quel provvedimento adottato *inaudita altera parte*).

4.11. *In definitiva*, sul punto, l'affermazione della resistente, secondo la quale «non è ancora un “processo su diritti”, ma amministrazione della crisi. Nessuna violazione del contraddittorio è quindi ipotizzabile, perchè, a monte, non vi è qui alcun interesse confliggente che dal dovuto contraddittorio deve essere garantito» (comparsa difensiva ORV, pag. 22) non appare in alcun modo condivisibile, in quanto in manifesta contraddizione con la posizione del contraente *in bonis*, con il suo potenziale interesse in contrasto con quello del debitore concordatario, con la pacifica natura di diritto soggettivo connessa e conseguente alla esistenza di un rapporto contrattuale e all'interesse al mantenimento di esso, con la previsione di un intervento giudiziale proprio in merito alla concessione dell'autorizzazione, con l'incidenza di tale provvedimento autorizzatorio sulle posizioni del terzo contraente.

5. La riscontrata mancata evocazione in giudizio del necessario contraddittore impedisce l'instaurazione, in primo grado, di un rapporto processuale tra le parti, comportando la radicale nullità del procedimento e del provvedimento conclusivo di esso, non senza rilevare che la mancata notificazione non può costituire motivo per la rimessione della causa al primo giudice, dato che l'elencazione delle ipotesi in cui, ai sensi degli artt. 353 e 354 c.p.c., la causa deve essere rimessa dal giudice (di appello, ma anche in sede di reclamo *ex art. 739 c.p.c.*) a quello di primo grado ha carattere tassativo (Cass. 22.5.1995, n. 5612) con la conseguenza che allorché, il giudice di secondo grado rileva non la nullità della notifica dell'atto introduttivo del giudizio (ipotesi contemplata dall'art. 354 c.p.c., comma 1), ma l'inesistenza della stessa notificazione (ipotesi non contemplata dalla predetta norma), deve limitarsi a dichiarare la nullità del primo giudizio e del conseguente provvedimento, senza rimettere la causa al primo giudice, come invece previsto, per i casi di nullità della notificazione, dal combinato disposto dell'art. 354 c.p.c., comma 1 e art. 160 c.p.c. (Cass. 12-1-1999 n. 259; Cass. 12-4-2006, n. 8608; Cass. 19358/2007; Cass. 3547/2009).

Il provvedimento reclamato va, dunque, revocato, ferma la pacifica reiterabilità dell'istanza accolta con il provvedimento qui fatto oggetto di impugnazione.

6. La novità delle questioni sollevate con il reclamo induce la corte a ritenere ricorrenti nella specie quelle eccezionali ragioni alla presenza delle quali è concessa al giudice la facoltà di disporre la integrale compensazione delle spese processuali.-

per questi motivi

in accoglimento del reclamo come sopra proposto avverso il provvedimento di autorizzazione ai sensi dell'art. 169 *bis* l.fall. pronunciato dal tribunale di Padova il 24-9-2013 e depositato in cancelleria il 25-9-2013, *revoca* il predetto decreto;

dichiara integralmente compensate fra le parti le spese processuali.-

Venezia, così deciso il 20 novembre 2013.-

Il presidente

IL CASO.it