

ISSN 1593-7305

N. 4 APRILE 2015 • Anno XXXI

RIVISTA MENSILE

de *Le Nuove Leggi Civili Commentate*

1985-2015

30^{anni}
di NGCC

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

a cura di
Guido Alpa e Paolo Zatti

*La Rivista contribuisce a sostenere la ricerca giusprivatistica
nell'Università di Padova*

PAOLO BONTEMPI

*I contratti bancari «autoliquidanti»
nel concordato preventivo: tra scioglimento
e retrocessione delle somme incassate dalla banca*



► TRIB. RAVENNA, decr. 14.11.2014

CONCORDATO PREVENTIVO - ISTANZA DI PRE-CONCORDATO - CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE - SCIoglimento - AMMISSIBILITÀ - SOSPENSIONE - PREFERIBILITÀ - CONTRADDITTORIO PREVENTIVO - NECESSITÀ - ESCLUSIONE (r.d. 16.3.1942, n. 267, artt. 161, comma 6°, 169 *bis*) (a)

CONCORDATO PREVENTIVO - CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE - CONTRATTI BANCARI - ANTICIPAZIONE SALVO BUON FINE - ANTICIPAZIONE EROGATA - CESSIONE DEL CREDITO ANTICIPATO - SCIoglimento - INAMMISSIBILITÀ (r.d. 16.3.1942, n. 267, artt. 72 e 169 *bis*) (b)

CONCORDATO PREVENTIVO - CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE - CONTRATTI BANCARI - ANTICIPAZIONE SALVO BUON FINE - CLAUSOLA DI COMPENSAZIONE - OPPOINIBILITÀ ALLA PROCEDURA - ESCLUSIONE - REGOLA DELL'«AUTOMATIC STAY» - OPERATIVITÀ (r.d. 16.3.1942, n. 267, artt. 168, 169, 169 *bis*) (c)

(a) **L'istanza di sospensione o scioglimento dei contratti in corso di esecuzione ex art. 169 *bis* l. fall. è percorribile anche nella fase preconcordataria, pur se normalmente essa darà luogo, precauzionalmente ed in relazione al materiale probatorio in quel momento presumibilmente censibile, ad un provvedimento di semplice sospensione e non di scioglimento del rapporto di cui dovrebbe altrimenti oppinarsi la definitività o revocabilità. Il contraddittorio con la controparte contrattuale – peraltro non previsto espressamente dalla norma – non appare adempimento necessariamente preventivo.**

(b) **La discrasia letterale che sussiste tra l'art. 169 *bis* l. fall. (in cui si parla di «contratti in corso di esecuzione») e gli artt. 72 ss. l. fall. (in cui si parla di «contratti non ancora eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti») è soltanto apparente e pertanto le due disposizioni si riferiscono allo stesso fenomeno che non**

ammette lo scioglimento per i contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti da uno solo dei due contraenti (le anticipazioni della banca al cliente erano avvenute non a fronte di mera girata per l'incasso o altra forma di mandato, ma dietro espressa cessione del credito).

(c) **Il meccanismo della compensazione di un credito della banca sorto prima del deposito della domanda di concordato preventivo con un corrispondente debito sorto dopo risulta essere *ope legis* bloccato dall'*automatic stay* connesso all'apertura del procedimento di concordato prenotativo, non essendo consentito ottenere mediante una compensazione patizia quello che non sarebbe consentito ottenere neppure mediante procedimento esecutivo.**

dal testo:

Il fatto. I motivi. Vista la richiesta di scioglimento di plurimi rapporti bancari e di alcuni contratti di leasing finanziario presentata dalla debitrice unitamente al ricorso ed al piano di concordato preventivo in data 8 settembre 2014, a sensi dell'art. 169 *bis* l.f. come novellato dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 di conversione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, in vigore dall'11/09/2012; detta domanda, è quindi stata reiterata in data 29 settembre 2014 dopo che il provvedimento collegiale di ammissione alla procedura concordataria aveva disposto che su tale richiesta si provvedesse separatamente, previa instaurazione del contraddittorio con gli interessati e previo parere del Commissario giudiziale;

concesso termine per notifica, ed ulteriore termine per memorie all'udienza del 15/10/2014, all'udienza del 12 novembre si è preso atto della costituzione dei seguenti contro interessati:

- C. s.p.a.) che si è opposta alla predetta richiesta di scioglimento;
- I. s.c., pure oppositiva sulla ricordata istanza;
- R. s.p.a., la quale si è rimessa a giustizia sulla richiesta di scioglimento opponendosi invece a qualunque domanda di restituzione di somme eventualmente *medio tempore* incassate;

– B.P. s.p.a., che ha dichiarato di non opporsi alla richiesta *ex art. 169 bis l.f.*;

rilevato preliminarmente che la nuova disposizione normativa prevede che “*Il debitore nel ricorso di cui all’articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato*”;

rilevato che la proposta di concordato presentata dalla società in epigrafe ha ricevuto l’ammissione di questo Tribunale in data 18 settembre 2014;

in esito alla menzionata udienza è quindi possibile provvedere sull’istanza che precede:

osserva

1. La norma di cui all’art. 169 *bis l.f.* costituisce indubbiamente uno degli elementi di maggiore novità della riforma del 2012 (assieme all’introduzione dell’*automatic stay* connesso alla concessione del termine di cui all’art. 161 co. 6 l.f.).

Si tratta di una disposizione che, pur nella varietà delle diverse interpretazioni offerte, evidenzia una *ratio* convergente nel favorire l’accesso alla procedura di concordato ed a perseguire soluzioni non puramente liquidatorie o comunque più efficienti rispetto all’alternativa fallimentare. Ed invero, tale norma pare da un lato effettivamente riconfermare la regola generale della prosecuzione dei rapporti giuridici pendenti (su cui già LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, ed. 2011, 437) nel senso che, diversamente dal fallimento – nel cui ambito si rinvengono le disposizioni degli artt. 72 e ss. l.f. – l’ammissione alla procedura di concordato non determina di regola effetti sospensivi od automaticamente interruttivi dei rapporti, ma comporta la sottoposizione dei rapporti pendenti alla disciplina di diritto comune in tema di obbligazioni e contratti, ivi comprese le disposizioni in tema di inadempimento, risoluzione e risarcimento del danno.

L’introduzione dell’art. 169 *bis l.f.*, che attribuisce ad una sola delle parti, quella del cui

concordato si tratta, il diritto potestativo di chiedere al Tribunale o al G.D. (post ammissione) lo scioglimento o la sospensione per non più di 60 giorni prorogabili soltanto una volta “dai contratti in corso di esecuzione”, pone effettivamente la controparte *in bonis* in una situazione di “soggezione” di fronte all’iniziativa giudiziale. Situazione che è lenita dal diritto di ottenere un indennizzo corrispondente “al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento” e, pur se non espressamente disciplinata, dalla facoltà di interlocuzione nel corso di questo procedimento o, meglio, sub procedimento da svolgersi con rito camerale.

Parlare di indennizzo corrispondente ad un risarcimento pieno non sembra possa costituire una svista del Legislatore od un “ossimoro”: si tratta di una responsabilità da atto lecito che determina un pregiudizio che la norma – pur in presenza di un’azione giudiziaria consentita – considera risarcibile. Tuttavia, ed ecco la vera novità della disposizione, ciò darà luogo ad un credito “anteriore” nel senso di dover essere soddisfatto secondo le previsioni del piano concordatario e coerentemente alla natura del credito. Si ritiene, infatti, che seppur normalmente ciò darà luogo ad un credito chirografario (come tale sottoposto alla falcidia prevista dalla proposta) non di rado vi potrebbero essere esempi di credito che comunque resta privilegiato (si pensi al credito risarcitorio derivante dallo scioglimento di un contratto di locazione di immobile: l’art. 2764 c.c. estende il particolare privilegio speciale ad “ogni altro credito dipendente” ed in questo può farsi rientrare, in senso obiettivo, anche quello derivante dall’inopinato ed unilaterale scioglimento del rapporto locatizio; la procedura verrà così sgravata dall’onere di pagamento di canoni in predeuzione rispetto ad un rapporto non più coerente con il piano, assumendosi per contro un onere di indennizzo del locatore privilegiato nei limiti di capienza dei beni indicati dalla citata disposizione).

Oltre a tale primo bilanciamento a favore della controparte contrattuale, la circostanza che lo scioglimento (e la stessa sospensione) siano affidate all’organo giurisdizionale implica una possibilità di valutazione del carattere abusivo del ricorso allo strumento e, quantomeno, la possibilità di verifica in ordine alla coerenza

dell'istanza di scioglimento rispetto al piano concordatario in concreto proposto.

Sotto questo profilo, pur se tale aspetto è in questa sede non rilevante, chi scrive ritiene che l'istanza sia percorribile anche nella fase pre-concordataria pur se normalmente essa darà luogo, precauzionalmente ed in relazione al materiale probatorio in quel momento presumibilmente censibile, ad un provvedimento di semplice sospensione e non di scioglimento del rapporto di cui dovrebbe altrimenti opinarsi la definitività o revocabilità (per questa conclusione, pur con diverse sfumature, sia Trib. Milano, 28 maggio 2014 che App. Genova, 10 febbraio 2014, in *www.ilfallimentarista.it*).

Il fatto che la norma parli di "ricorso" senza aggiungere l'espressione "anche ai sensi dell'art. 161 sesto comma" (che ad es. è utilizzata dall'art. 182 *quinquies* l.f.) non appare infatti decisiva:

a) il Legislatore della riforma del 2012 ha infatti concettualmente distinto fra ricorso e piano concordatario, posto che l'introduzione della fase "prenotativa" consente oggi una distinzione non solo ontologica ma diacronica fra i due adempimenti;

b) lo stesso Legislatore ha mostrato di utilizzare il termine "ricorso" senza altre aggettivazioni in modo non sempre coerente, abbracciando anche le stesse ipotesi del ricorso "in bianco" privo di proposta e piano concordatario, come è evidente, ad es. nell'aggiunta apportata all'art. 67 lett. e) l.f. (in cui si parla di esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161" senza altre specificazioni) ed ancora nel novellato art. 168 ult. co. l.f.;

c) pur se il contenuto del ricorso prenotativo è delineato in modo scarso ed essenziale, non di rado vi sono situazioni nelle quali lo stesso illustra i motivi della crisi, declina in modo esplicito la natura del piano che si andrà a predisporre e si indicano in vista di tale adempimento gli atti da compiere, anche di contenuto liquidatorio, ciò che rende possibile individuare sin da subito contratti dai quali sciogliersi immediatamente senza particolari incertezze in ordine alla relativa opportunità (si pensi ad onerosi contratti su derivati per garantirsi dal rischio di fluttuazione dei cambi o dei tassi di interesse, ma altre ipotesi non mancano: si pensi ad un leasing immobiliare ancora agli inizi del "piano di ammortamento" in

cui l'adempimento dell'intero onere restitutorio in prededuzione sia superiore al valore di liquidazione dello stesso bene);

d) i possibili abusi sono limitati sia dalla possibilità di nomina immediata del commissario giudiziale, introdotta dal c.d. Decreto del Fare del 2013, sia dall'ovvia sussistenza di profili risarcitori che possono comportare il riconoscimento di obbligazioni prededuttive (si pensi ad una sospensione che in seguito non venga confermata rigettandosi l'istanza di scioglimento dello stesso rapporto contrattuale in sede di concordato), sia dalla stessa possibilità – nei casi più estremi – di considerare l'intera operazione come un abuso dello strumento concordatario, con conseguente applicazione dell'art. 173 l.f. e giungere al fallimento del soggetto debitore.

Anche il contraddittorio con la controparte contrattuale – peraltro non previsto espressamente dalla norma – non appare adempimento necessariamente preventivo: se infatti può risultare necessario prima della pronuncia di scioglimento relativamente ad un rapporto di una certa complessità, lo stesso potrebbe utilemente integrarsi (per chi ammette il ricorso nella fase prenotativa) nel corso dell'udienza di cui all'art. 162 l.f. previa apposita notifica dell'istanza, non risultando contrario ai principi processuali (sia in rapporto agli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c., sia in rapporto alle norme sui procedimenti camerati) la scissione fra una fase d'urgenza *inaudita altera parte* ed una successiva, condotta nel contraddittorio e volta all'approfondimento del merito della vicenda. In corso di concordato, inoltre, anche l'udienza di cui all'art. 174 l.f. può costituire un utile momento di confronto da parte e con il creditore, anche in ordine all'entità della sua ammissione al voto (fermo restando che la decisione sul punto del G.D. non sarà vincolante rispetto ad un eventuale accertamento dell'indennizzo avanti al G.O. per il caso di contrasto fra le parti).

2. Quesito essenziale in ordine all'applicazione della norma invocata da P.C. s.p.a. attiene alla discrasia letterale che sussiste fra art. 169 *bis* l.f. (in cui si parla di "contratti in corso di esecuzione") e artt. 72 e ss. l.f. (ove si fa riferimento a "contratti non ancora eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti").

Chi scrive condivide la tesi prevalente in dottrina ed accolta anche in giurisprudenza, ad es.

dal già cit. Trib. Milano 28 maggio 2014, secondo cui la differenza lessicale è soltanto apparente e non può essere sopravvalutata:

a) in primo luogo va osservato che il Legislatore, nell'introdurre l'art. 169 *bis* l.f., ha voluto risolvere il problema storico della mancanza nel concordato preventivo di una disciplina degli effetti che derivano sui rapporti giuridici preesistenti analoga a quella prevista per il fallimento, dagli artt. 72 e segg. l.f. e, d'altra parte, in una chiave di lettura storico-genetica, le due espressioni (come pure altre similari, ad es. quella di "contratti ineseguiti") sono sempre state utilizzate dagli operatori quali sinonimi, con riferimento ai contratti ineseguiti o non completamente eseguiti da entrambi i contraenti.

b) Inoltre, come ha osservato la decisione cit. del Tribunale di Milano, l'art. 169 *bis*, l. fall. contiene all'ultimo comma il riferimento a tre norme sui contratti pendenti nel fallimento, ossia gli artt. 72, comma 8, 72 *ter* e 80, comma 1, l. fall., ai quali le disposizioni dell'art. 169 *bis* l. fall. "non si applicano". Questo richiamo espresso ha un senso solo se si accoglie la tesi che il legislatore, quando ha scritto la disposizione della cui applicazione si discute, intendesse riferirsi allo stesso fenomeno disciplinato dagli artt. 72 ss. l.fall.

c) Infine, si deve segnalare che, ove fosse accolta la diversa opzione interpretativa che vuole che anche i contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti da uno solo dei due contraenti possano essere sciolti ai sensi dell'art. 169 *bis* l.fall., allora il debitore potrebbe chiedere di sciogliere tutti i rapporti dai quali sono derivati i debiti che non ha pagato pur se la controparte ha già completamente eseguito la propria prestazione, magari proprio in prossimità della presentazione del ricorso per concordato e – quindi – già con la certezza di non volere adempiere, dando così luogo a quell'abuso del diritto che la giurisprudenza ha a più riprese stigmatizzato.

3. Dalle considerazioni che precedono, con riferimento alla fattispecie in esame, si devono trarre le seguenti conclusioni, rilevandosi che differenziata appare la risposta rispetto alla domanda di scioglimento degli altri rapporti bancari elencati a p. 1 e 2 dell'istanza di scioglimento dep. il 29/09/2014.

3.1. In primo luogo, i docc. 10-57 prodotti dalla resistente C. s.p.a. infatti comprovano co-

me le anticipazioni concesse da detta banca alla società ora in concordato siano avvenute non a fronte di mera girata per l'incasso o altra forma di mandato, ma dietro espressa cessione del credito vantato dalla società affidata verso terzi, così come conferma la apposita clausola sottoscritta: "il Cliente conferma, per i casi di linea di credito per anticipo fatture e di apertura di credito a tassi differenziali (ipotesi che in precedenza risulta sempre scelta dal cliente mediante barratura del relativo riquadro: n.d.G.) a fronte di presentazione di fatture con cessione del credito che deve intendersi ceduto *pro-solvendo* in favore della Banca"; conseguentemente per tali anticipazioni, regolate su collegato conto corrente, la banca risulta aver completamente erogato la propria prestazione mediante l'accredito dell'anticipazione ed il cliente finanziato ha operato da parte sua la cessione del credito corrispondente, sicché in realtà il rapporto neppure può dirsi al riguardo "pendente" o almeno parzialmente ineseguito da entrambe le parti, nel senso che sopra si è precisato.

Non appare pertinente, in questa sede, l'eccezione di difetto di "data certa" che nel corso dell'udienza in data 12 novembre u.s. la ricorrente ha comunque fatto rilevare. In questa sede, infatti, non si tratta di decidere della natura prededuttiva o "anteriore" di un eventuale credito avanzato nei confronti della società in concordato (ed in modo non dissimile tale eccezione non appare proponibile di per sé – a differenza della procedura di fallimento – sia per l'assenza di terzietà che connota la curatela rispetto alla società debitrice *in bonis*, sia per l'assenza di una fase formale di verifica dello stato passivo che, come noto, connota la procedura minore concordataria. Né, ancora, si tratta di decidere della opponibilità di eventuali incassi che la banca abbia conseguito in forza di cessioni prive di data certa (del resto, la stessa stabilità o successiva revocabilità in caso di fallimento o ripetibilità qualora si intendessero indebiti non rileva in questa sede). Quello che qui rileva è unicamente l'aspetto probatorio che sottende l'area di operatività dell'art. 169 *bis* l.f. al fine di considerare il rapporto formalmente "pendente" o meglio quale *species* dei "contratti non ancora eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti". A fronte della eccezione dell'istituto di credito e della

produzione della documentazione citata, debitamente sottoscritta dalla debitrice (circostanza che la stessa non ha disconosciuto) l'onere probatorio di dimostrare, invece, la sussistenza dei presupposti per far luogo all'invocato scioglimento contrattuale ritorna sulla parte istante (così come del resto si afferma comunemente nel rapporto fra azione revocatoria ed eccezione di irrevocabilità condotta sulla scorta delle esenzioni previste art. 67 co. 3 l.f.).

La produzione dei citati documenti di anticipazione verso cessione del credito, inoltre, consente di rilevare come le operazioni si collocano tutte fra il 07/04/2014 ed il 15/05/2014, epoca immediatamente antecedente al deposito della domanda prenotativa, del 26 maggio 2014, aspetto che non può non rilevare nel vagliare – in assenza di disconoscimento della sottoscrizione ivi apposta – l'eccezione di carenza di data certa avanzata.

3.2. Non diverse devono essere le conclusioni rispetto alla ulteriore convenuta opponente Credito Coop. Ravennate e Imolese s.c., alla luce delle clausole contenute nel contratto quadro regolante l'apertura di credito collegata al conto corrente di P.C. s.p.a., nella parte in cui le stesse regolano l'erogazione di anticipi verso crediti oggetto di cessione (clausola n. 4 del contratto in data 27/07/2014). Anche qui valgono le precedenti considerazioni, in assenza di disconoscimento della sottoscrizione relativa e del fatto che il citato patto regola espressamente nei termini di una cessione del credito, *pro solvendo*, l'adempimento posto a carico della debitrice a fronte del ricevimento dell'anticipazione. Si tratta anche qui, conseguentemente, di un rapporto che – con l'accredito dell'anticipazione e la cessione del credito commerciale – non può essere ritenuto non ancora interamente eseguito da entrambi i contraenti.

Giova aggiungere che è peraltro evidente che la richiesta di scioglimento del rapporto di conto/corrente in assenza di quello sbf destinato all'operatività del richiamato meccanismo anticipazione/cessione/successivo incasso appare priva di interesse per la stessa società in concordato, potendo la stessa liberamente recedere secondo il diritto comune contrattuale.

Non si ritiene invece che il semplice richiamo a Cass. 17999/11 sia di ostacolo all'operatività dell'art. 169 *bis* l.f., considerato che detta

decisione, da un lato è anteriore all'introduzione della citata norma, dall'altro si occupa della particolare problematica della opponibilità del patto di compensazione alla procedura fallimentare che intenda agire in revocatoria, mentre nel caso che ci occupa il meccanismo della "compensazione" risulta essere *ope legis* "bloccato" dall'automatic stay connesso all'apertura del procedimento di concordato prenotativo, non essendo consentito a parere dello scrivente ottenere mediante una compensazione pattizia quello che non sarebbe consentito ottenere neppure mediante procedimento esecutivo (cfr. novellato art. 168 l.f. che rende inefficaci persino le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione del ricorso); per non tacere del fatto che l'art. 69 *bis* l.f. nel consacrare normativamente la "consecuzione" fra procedura minore e quella maggiore, fa decorrere il periodo "sospetto" dalla pubblicazione della domanda, anche se di "concordato in bianco", potendo perciò risultare *ex post* radicalmente inefficaci ed illegittime le decurtazioni operate dalla banca mediante il meccanismo di elisione/compensazione invocato.

Pertanto, in definitiva, vanno accolte le richieste di scioglimento avanzate dalla società ricorrente ed elencate a p. 1 e 2 dell'istanza dep. il 29/09/2014 eccetto le posizioni relative a I. s.c.r.l. e C. (*Omissis*)

[FAROLFI G. *Un.* – P.C. s.p.a.]

Nota di commento: «I contratti bancari "autoliquidanti" nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca» [★]

I. Il caso

Una società di capitali presenta domanda di concordato preventivo finalizzato alla continuazione, previa sua ristrutturazione, dell'impresa in crisi.

Mediante il predetto ricorso, la società istante chiede al Tribunale – tra l'altro – di autorizzare, ai sensi dell'art. 169 *bis* l. fall., lo scioglimento con effetto retroattivo (dalla data della domanda di ammissione al pre-concordato che era stata proposta inizialmente) dei rapporti di conto corrente banca-

[★] Contributo pubblicato in base a *referee*.

rio dettagliatamente elencati nell'istanza, unitamente ai finanziamenti a valere sugli stessi.

Scopo della richiesta è quello di ottenere da ciascuna banca la retrocessione delle somme riscosse in pendenza di procedura in forza dei mandati all'incasso conferiti nell'ambito dei rapporti bancari da sciogliere.

Disposta la previa convocazione delle banche controinteressate, il Tribunale respinge la richiesta di scioglimento di quei contratti in cui vi era stata l'erogazione dell'anticipazione prima dell'apertura della procedura concorsuale minore, con contestuale cessione dei crediti anticipati dalla società istante alla banca accreditante.

Il Tribunale, mediante il decreto che qui si annota, affronta e risolve una serie di questioni nuove e non ancora risolte, tra le quali meritano particolare approfondimento: 1) *la questione dell'ammissibilità dello scioglimento dei contratti di anticipazione salvo buon fine* e 2) *il problema dell'operatività della compensazione volontaria tra il credito restitutorio dell'anticipazione concessa dalla banca, sorto prima del deposito della domanda di concordato preventivo, ed il debito di retrocessione delle somme incassate dalla stessa banca per conto del cliente dopo tale momento.*

II. Le questioni

1. L'APPLICABILITÀ DELL'ART. 169 BIS L. FALL. AI CONTRATTI BANCARI «AUTOLIQUIDANTI». A parte la questione dell'applicabilità dell'art. 169 bis l. fall. nel cosiddetto concordato «prenotativo» (sul quale esistono già numerosi commenti dottrinali e pronunce giurisprudenziali che qui non si esamineranno per ragioni di spazio), il problema centrale del decreto che si annota è se la sospensione o lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione possa ritenersi ammissibile anche con riferimento ai contratti di anticipazione di crediti ed in particolare a quelli in cui la banca abbia già eseguito la propria prestazione di erogazione del credito.

In questo caso, infatti, potrebbe ritenersi che la prestazione della banca sia già stata eseguita e che quindi non si sia in presenza di un contratto in corso di esecuzione, ma solo di un credito di una parte verso l'altra (della banca verso il cliente beneficiario dell'anticipazione che dovrà essere restituita).

Il decreto del Trib. di Ravenna che si annota ha reputato che vi sia perfetta coincidenza tra i contratti considerati dall'art. 169 bis l. fall. e quelli richiamati dagli artt. 72 ss. l. fall. e pertanto che sia possibile sciogliere o sospendere solo quei rapporti che non siano stati ancora completamente eseguiti da entrambi i contraenti, conformemente al pacifico orientamento in tema di rapporti pendenti nel fallimento.

La decisione ritiene cioè la nozione di «*contratti in corso di esecuzione*» nel concordato preventivo sovrapponibile a quella di «*rapporti pendenti*» nel fallimento, avendo considerato il legislatore l'esigenza di estendere al concordato preventivo la stessa disciplina già prevista nel fallimento, stabilendo in via eccezionale l'inapplicabilità della comune disciplina solo alle figure negoziali espressamente escluse dall'art. 169 bis, ult. comma, l. fall.

Un diverso orientamento ritiene invece che l'applicazione dell'art. 169 bis l. fall. non sia limitata ai contratti di cui all'art. 72 l. fall.

Si precisa in dottrina che l'art. 169 bis l. fall., diversamente dall'art. 72 l. fall., non richiede che entrambe le parti debbano ancora adempiere, ma solo che almeno una di esse debba ancora farlo. Il legislatore avrebbe quindi inteso disciplinare in modo autonomo lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nell'ambito del concordato preventivo, avendo voluto agevolare la definizione concordata della crisi di impresa, facilitando la fattibilità giuridica ed economica del piano concordatario, anche mediante la sospensione o lo scioglimento di contratti già eseguiti da una delle parti, in cui rimane pendente la prestazione a carico dell'altro contraente, come accade liberando l'imprenditore dall'esecuzione di una prestazione divenuta superflua o eccessivamente onerosa.

Ad escludere un'automatica estensione dell'applicazione degli artt. 72 ss. l. fall. al concordato preventivo contribuisce la regola generale secondo cui, nel concordato preventivo, i rapporti contrattuali proseguono, diversamente dal fallimento in cui i rapporti contrattuali di norma si sciogliono, salvo diversa scelta da parte del curatore o salvi i casi particolari previsti dalla legge in cui si verifica l'automatica prosecuzione del rapporto.

Il problema si pone in particolare nell'ambito di un rapporto di anticipazione salvo buon fine (d'ora innanzi anticipazione s.b.f.) o, in genere, di una linea di credito *auto-liquidante* ove la prestazione fondamentale in capo alla banca si è già consumata con la messa a disposizione del denaro, residuando solo quella di restituzione a carico del cliente anticipato.

Per risolvere la questione, occorre partire da una precisazione: il rapporto mediante il quale il cliente ottiene dalla banca l'anticipazione s.b.f. di un credito rappresentato da effetti che il cliente consegna all'istituto di credito affinché ne curi l'incasso presso i terzi debitori contiene un *mandato all'incasso*, ove la consegna dei documenti (ricevute bancarie, fatture, cambiali ecc.) serve soltanto a comprovare l'esistenza del credito garantito ed a consentirne la riscossione.

È vero che l'anticipazione s.b.f. su ricevute bancarie (da non confondere con il contratto di anticipazione bancaria previsto agli artt. 1846-1850 cod.

civ.) è stata ricondotta ad un contratto atipico di finanziamento, disciplinato dagli accordi delle parti e dalla prassi bancaria ove sia stabilito il carattere oneroso dell'utilizzazione da parte del cliente delle somme anticipate dalla banca prima della loro effettiva esazione presso il debitore (Cass., 23.11.1994, n. 7835, in *Giust. civ.*, 1995, I, 992).

Ciò tuttavia non esclude che tale figura negoziale, di regola inserita nell'ambito di un più ampio rapporto qualificabile come *conto corrente bancario*, abbia prevalente natura di mandato o quantomeno contenga anche elementi propri del mandato.

Lo dimostra il fatto che la banca non si limita ad erogare un finanziamento al cliente sotto forma di anticipazione di suoi crediti, ma svolge anche (e principalmente) un servizio di pagamento e continua a svolgerlo anche dopo l'erogazione del finanziamento, avendo un preciso interesse a riscuotere gli effetti anticipati, al fine di rientrare di quel finanziamento attraverso l'operatività della clausola di compensazione di cui si dirà al paragrafo che segue.

Allora, l'erogazione dell'anticipazione su crediti costituisce solo uno dei momenti dell'esecuzione del contratto.

Dunque l'anticipazione s.b.f. si inserisce in un rapporto di conto corrente bancario, partecipando della sua natura giuridica e ponendosi, rispetto ad esso, in una relazione di collegamento dipendente (tant'è vero che di regola il cosiddetto c/anticipi, sul quale sono annotate le anticipazioni concesse dalla banca, funge da mero conto di transito rispetto al c/c bancario).

Ora, va ricordato che il contratto di conto corrente bancario costituisce quell'accordo (qualificato come *contratto innominato misto, con prevalente funzione di mandato*), con cui la banca si impegna nei confronti del cliente, sul presupposto dell'esistenza di una disponibilità presso di sé, a prestare un servizio, consistente in sostanza in un servizio di cassa, ossia nel provvedere per conto del cliente correntista, su ordine diretto ed indiretto e con le sue disponibilità, ai pagamenti ed alle riscossioni.

Tali attività rientrano nella nozione di servizi di pagamento (disciplinati dal d. legis. 27.1.2010, n. 11 che ha introdotto il tit. V *ter* al t.u.b., comprendente gli artt. da 114 *sexies* a 114 *sexiesdecies*). Essa ricomprende l'incasso ed il trasferimento di fondi, la trasmissione o l'esecuzione di ordini di pagamento, gli addebiti o accrediti effettuati con qualunque modalità, la compensazione di debiti e crediti, l'emissione e gestione di carte di credito o di altri mezzi di pagamento (tant'è vero che il conto corrente bancario può rientrare nella nozione di conto di pagamento nei limiti in cui sia utilizzato per la prestazione di servizi di pagamento, come precisa il provvedimento della Banca d'Italia del 30.7.2011 sui servizi di pagamento, sez. I, par. 2, lett. b).

Appare quindi evidente che l'attività di incasso dei crediti anticipati presso i terzi debitori rientra nell'ambito di uno di questi servizi di pagamento e costituisce quindi un elemento naturale del contratto di anticipazione s.b.f., funzionante in simbiosi col conto corrente bancario o regolato in conto corrente.

Deve allora concludersi che il mandato assume una rilevanza essenziale nello schema causale della figura negoziale in esame e si affianca alla funzione finanziaria.

Chiarita la natura giuridica del contratto di anticipazione s.b.f. regolato all'interno di un conto corrente bancario e considerata la sua prevalente (o quantomeno concorrente) funzione di mandato, è agevole concludere che la concessione e l'effettiva erogazione delle anticipazioni a favore del cliente costituiscono solo uno dei momenti della fase di esecuzione del predetto contratto.

Pertanto, anche dopo la fase dell'anticipazione, resta ancora una residua fase esecutiva che si concretizza nello svolgimento, da parte della banca, del servizio di incasso commissionato dal cliente.

Quindi, se questa fase di esecuzione del mandato all'incasso è destinata ad essere portata a compimento dopo l'apertura della procedura di concordato preventivo, deve concludersi che il contratto non è stato compiutamente eseguito né dal cliente (che deve ancora restituire le somme anticipate) né dalla banca (che ha erogato l'anticipazione, ma deve ancora dare esecuzione al mandato all'incasso degli effetti anticipati, prestazione per la quale peraltro il cliente paga un corrispettivo, rappresentato dalle commissioni di incasso e dalle spese di tenuta del conto).

Per concludere, anche nell'ipotesi in cui si volesse ritenere applicabile l'art. 169 *bis* l. fall. solo ai rapporti pendenti intesi secondo la nozione ricavabile dall'art. 72 l. fall., l'anticipazione s.b.f., in cui si sia avuta l'erogazione dell'anticipazione, ma non ancora la riscossione del credito anticipato da parte della banca, rientra nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti, dato che le prestazioni gravanti sulla banca non si limitano alla messa a disposizione o all'accredito di fondi, ma consistono anche nella prestazione di un continuativo servizio di cassa.

Non può quindi ritenersi che – dopo l'anticipazione – sopravviva solo un debito restitutorio scaduto in capo al debitore concordatario.

Ciò premesso, il decreto annotato si pone giustamente il problema dell'abuso dello strumento in esame, che potrebbe condurre l'imprenditore in crisi a farsi anticipare dalla banca rilevanti somme per poi, subito dopo, presentare la domanda di concordato preventivo e chiedere lo scioglimento dei rapporti al fine di non pagare o di pagare solo in mone-

ta concorsuale un debito contratto con la volontà di non adempierlo.

Il problema esiste certamente, ma esistono anche gli strumenti giuridici per prevenire tale abuso: essi sono rappresentati dal preventivo vaglio autorizzatorio del tribunale o del giudice delegato e dalla necessità, ormai prevalentemente affermata, di convocare preventivamente i contraenti controinteressati.

2. L'OPERATIVITÀ DELLA CLAUSOLA DI COMPENSAZIONE CONTENUTA IN UN CONTRATTO BANCARIO

DI ANTICIPAZIONE S.B.F. La questione dell'applicabilità dell'art. 169 *bis* l. fall. ai rapporti bancari autoliquidanti è complicata dal fatto che, molto spesso, i rapporti di anticipazione s.b.f. contengono una clausola di compensazione (*pactum de compensando* o clausola di elisione o di annotazione), in forza della quale la banca che abbia anticipato, in tutto o in parte, crediti rappresentati da effetti presentabile dall'imprenditore in crisi prima della domanda di concordato preventivo affinché ne curi l'incasso ha diritto di trattenere quanto pagato dal terzo debitore, fino a concorrenza del proprio credito restitutorio derivante dalla concessa anticipazione (per questa ragione si parla di questi rapporti come linee di credito *autoliquidanti* o mandati all'incasso rafforzati).

Si tratta allora di valutare se la clausola di compensazione contenuta nei rapporti bancari in esame: a) sopravviva alla formale apertura di una procedura concorsuale o diventi in qualche modo inoperante dopo quel momento (ed in particolare dopo la domanda di ammissione al concordato preventivo), a prescindere dallo scioglimento del rapporto bancario in cui è inserita;

b) possa essere resa temporaneamente o definitivamente inefficace mediante la sospensione o lo scioglimento autorizzato del rapporto contrattuale nel quale si trova inserita.

Le due questioni presuppongono considerazioni diverse tra loro e pertanto occorre esaminarle distintamente.

La presentazione della domanda di concordato preventivo (sia in bianco che ordinario) produce gli effetti previsti dagli artt. 168 e 169 l. fall., tra i quali – riteniamo – il divieto per i creditori concorsuali di compensare i crediti sorti *prima* dell'apertura della procedura con i debiti sorti *successivamente*.

Conseguentemente, con specifico riferimento alle somme riscosse dalla banca per conto del cliente in forza di un preesistente mandato all'incasso, l'istituto di credito, di regola, non ha diritto di compensare il proprio debito di retrocessione al cliente delle somme riscosse dopo l'apertura della procedura di concordato preventivo con i corrispondenti crediti sorti prima della presentazione della domanda di concordato.

A quest'ultimo proposito va infatti ricordato che ai, sensi degli artt. 167, 168 e 169 l. fall., dalla data di pubblicazione o di deposito della domanda di concordato (prenotativo *ex* art. 161, comma 6°, l. fall. o ordinario), l'imprenditore conserva l'amministrazione del suo patrimonio, ma ha il divieto di porre in essere pagamenti di *crediti concorsuali* (cioè le cui ragioni di credito derivano da un titolo precedente il decreto di ammissione alla procedura), operando il principio della *crystallizzazione della massa passiva*.

La ragione dell'esclusione della compensazione tra un credito precedente l'apertura di una procedura concorsuale ed un debito successivo sta nell'esigenza di tutelare il principio della *par condicio creditorum* che «è violato non solo dai pagamenti eseguiti dal debitore successivamente alla dichiarazione di fallimento o nel c.d. periodo sospetto, ma da qualsiasi atto estintivo di un debito a lui riferibile, sia pur indirettamente, in quanto effettuato con suo denaro o per suo incarico (...) o in suo luogo. A quest'ultima categoria va ricondotto il pagamento eseguito dal terzo debitore in favore del creditore del fallito (...)» (CASS., 20.8.2014, n. 18051, in *Mass. Giust. civ.*, 2014).

Appare evidente come il pagamento che il cliente-debitore dell'imprenditore in concordato preventivo faccia, accreditando direttamente quanto dovuto sul c/c di quest'ultimo che rechi un saldo passivo o scoperto, in sostanza costituisca un pagamento a favore della banca che trattiene l'accredito compensandolo contabilmente col saldo debitore.

Il problema è se il principio appena enunciato possa venire derogato per effetto di una clausola di compensazione inserita in un contratto bancario di cui non si determini la sospensione o lo scioglimento per legge o per volontà (autorizzata *ex* art. 169 *bis* l. fall.) del cliente proponente un concordato preventivo.

Va precisato anzitutto che, in mancanza di uno scioglimento autorizzato ai sensi dell'art. 169 *bis* l. fall., nella procedura di concordato preventivo non è applicabile l'art. 78 l. fall. che prevede lo scioglimento di diritto del rapporto di conto corrente bancario.

Pertanto, quando – come si verifica frequentemente – si riscontri la presenza di una clausola di compensazione inserita nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario, l'inapplicabilità dell'art. 78 l. fall. lascia in essere il rapporto e, con esso, la clausola in esame.

Né la clausola di compensazione può ritenersi invalida, perché non è ravvisabile la violazione di una norma imperativa nel momento in cui essa è stata concordata. La regola della *par condicio creditorum* non costituisce infatti una norma imperativa e la sua violazione diviene tutt'al più motivo di revocatoria fallimentare se ed in quanto ne ricorrono i presupposti (per tutte CASS., sez. un., 25.10.1993, n. 10603, in *Corr. giur.*, 1994, 181).

Neppure può ritenersi inefficace quella medesima clausola per effetto dell'apertura della procedura di concordato preventivo, non essendo esperibile alcuna azione revocatoria fallimentare nell'ambito di quella procedura concorsuale minore.

Occorre però chiedersi se la clausola in esame non divenga inoperante perché contrastante con la regola della cristallizzazione del passivo a seguito dell'ammissione del correntista al concordato preventivo.

Recente dottrina ha sottolineato come, in difetto di una sospensione o interruzione della linea di credito auto-liquidante o del rapporto di conto corrente bancario in cui detta linea di credito si trova inserita, le pattuizioni contenute nel rapporto bancario (ed in particolare la clausola di compensazione) «continueranno a regolare i rapporti tra banca e il cliente, consentendo alla prima di trattenere le somme incassate in corrispondenza degli anticipi», concludendo così che merita «adesione l'orientamento che sta andando consolidandosi della giurisprudenza più recente, formatosi in relazione al nuovo concordato preventivo, che ritiene sussista in capo alla banca la legittimazione a trattenere le somme riscosse da terzi successivamente alla presentazione della domanda di (pre)concordato in presenza di una pattuizione di "elisione" o di "annotazione" nel mandato all'incasso» (FRIGERI, *infra*, sez. IV).

La conclusione suscita qualche perplessità quando l'anticipazione sia concessa prima, ma i crediti anticipati siano riscossi dalla banca dopo l'apertura della procedura.

La clausola di compensazione in questo caso risulta infatti contraria al prevalente principio della cristallizzazione della massa passiva al momento dell'apertura di una procedura concorsuale, invocabile anche nella nuova disciplina del concordato preventivo, ancor più se – come diremo – si ritiene non operante anche il meccanismo della compensazione di cui all'art. 56 l. fall.

Il principio della non compensabilità tra crediti sorti prima dell'apertura di una procedura concorsuale e debiti sorti dopo deve cioè ritenersi prevalente rispetto al *pactum de compensando* inserito in un rapporto bancario.

Si è ben precisato che, anche a voler ritenere l'indivisibilità della disciplina del conto corrente bancario e la sua prosecuzione nelle procedure concorsuali minori nella sua interezza, con estensione a tutte le clausole pattizie, ivi compresa quella di compensazione, tale prosecuzione appare ininfluente rispetto ai principi generali in materia fallimentare, non potendo comportare l'alterazione del corretto svolgimento della procedura concordataria, nel rispetto della *par condicio creditorum*.

Deve infatti ritenersi inderogabile il principio che richiede, ai fini della compensabilità delle opposte

ragioni di credito prevista dall'art. 56 l. fall. (espresamente richiamato per l'ipotesi di concordato preventivo dall'art. 169 l. fall.), la preesistenza, rispetto alla procedura concorsuale, di entrambi i fatti genetici dei rispettivi crediti contrapposti che si vogliono portare in compensazione.

Ora, nel mandato all'incasso, immancabilmente presente in un'operazione di anticipazione bancaria s.b.f., è solo al momento in cui viene incassata la somma da parte della banca-mandatataria che sorge, nei confronti del cliente, l'obbligo di restituire quanto riscosso. Pertanto, quando la riscossione dei crediti del cliente da parte della banca avviene dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo non potrà operarsi alcuna compensazione col credito restitutorio dell'anticipazione concessa prima di quel momento.

La prevalenza del principio della cristallizzazione dei crediti è così assorbente da aver indotto autorevole dottrina a ritenere inoperativa anche la cessione del credito in garanzia in fattispecie «a cavallo» delle procedure concorsuali (INZITARI, *infra*, sez. IV).

Non valgono a contraddire questo principio quelle sentenze che ammettono l'operatività della clausola di compensazione con riferimento ad incassi ottenuti dopo l'apertura di una procedura di *amministrazione controllata*, dato che questa era caratterizzata da tutt'altre finalità rispetto al concordato preventivo o al fallimento, non essendo soggetta al principio della cristallizzazione della massa passiva.

Anche la sentenza più volte richiamata a sostegno della tesi della operatività della clausola di compensazione inserita in un rapporto di anticipazione s.b.f. (CASS., 1°9.2011, n. 17999, *infra*, sez. III) si riferisce ad un'ipotesi di incasso dei titoli anticipati dalla banca in costanza di una procedura di amministrazione controllata e non dopo l'apertura di una procedura di concordato preventivo o di fallimento.

Pure nei meno recenti precedenti della Supr. Corte (CASS., 7.3.1998, n. 2539 e CASS., 5.8.1997, n. 7194, entrambe *infra*, sez. III), spesso richiamati sempre a sostegno della sopravvivenza della clausola di compensazione, l'incasso degli effetti anticipati dalla banca era avvenuto nel corso della procedura di amministrazione controllata.

Quei precedenti non smentiscono allora la regola secondo cui è inammissibile la compensazione, legale o volontaria, tra crediti bancari sorti prima della presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo e debiti della banca sorti successivamente, mancando la riconducibilità di entrambe le contrapposte ragioni di credito ad un fatto genetico antecedente quella domanda.

La conclusione appare a maggior ragione da confermare tenuto conto che l'utilizzo da parte della banca delle somme riscosse presso i terzi, in esecuzione del

mandato irrevocabile all'incasso per rientrare del credito restitutorio di precedenti anticipazioni, non avviene in forza di un meccanismo di compensazione, ma sulla base di una mera annotazione contabile o di elisione di partite di dare e avere.

L'art. 1853 cod. civ. disciplina infatti il regime della compensazione tra i saldi di più rapporti o tra i diversi conti stabilendo che, salvo patto contrario, i saldi attivi si compensano reciprocamente.

Deve però precisarsi che la compensazione di cui parla la norma appena citata (da intendersi come compensazione legale) opera solo quando tra la banca ed il correntista esistono più rapporti o più conti.

Diversamente, nel caso in cui esista un *unico conto*, gli annullamenti per quantità corrispondenti dei successivi versamenti e prelevamenti (che costituiscono il meccanismo contabile caratterizzante il conto corrente bancario) non costituiscono una vera e propria *compensazione*, ma semplicemente un *conguaglio contabile*, ossia una modificazione quantitativa del saldo volta per volta risultante dalle contrapposte annotazioni.

Infatti, com'è ben noto, il presupposto della compensazione in senso tecnico è la reciproca autonomia dei contrapposti rapporti di credito e debito, mentre le variazioni del saldo derivanti da versamenti o prelevamenti operati sullo stesso conto corrente bancario non hanno origine da due distinti rapporti giuridici, ma da un unico rapporto bilaterale.

Nell'ambito di questo rapporto unitario gli accrediti e gli addebiti annotati sul conto corrente non corrispondono a debiti o crediti in senso giuridico, ma costituiscono atti d'esecuzione dell'unico rapporto di conto corrente bancario e pertanto rappresentano mere variazioni quantitative del saldo.

In mancanza di una compensazione in senso tecnico, le somme confluite su di un conto corrente di corrispondenza successivamente all'apertura di una procedura concorsuale che vadano a ridurre il saldo debitore prodottosi prima dell'inizio della procedura danno luogo ad un'annotazione inefficace nei confronti dei creditori *ex art. 44, comma 2°, l. fall.* in caso di fallimento e comunque integrano gli estremi di pagamenti non consentiti in caso di concordato preventivo.

In particolare, come già detto, gli accrediti su di un conto corrente bancario che provengono da un terzo debitore dell'imprenditore in stato di insolvenza successivamente alla dichiarazione di fallimento o all'apertura di altra procedura concorsuale costituiscono pagamenti riconducibili all'imprenditore stesso.

Essi infatti estinguono non solo il debito del terzo verso l'imprenditore ammesso alla procedura concorsuale, ma anche il debito di quest'ultimo verso la banca, andando a ridurre il passivo del conto cor-

rente di corrispondenza acceso a suo nome, con mezzi provenienti dal patrimonio del correntista.

Pertanto, le somme confluite sul conto corrente di corrispondenza dell'imprenditore che abbia chiesto l'ammissione al concordato preventivo e dopo la presentazione della relativa domanda, debbono essere retrocesse al debitore anche se derivanti dall'esecuzione di un mandato irrevocabile all'incasso (CASS., 26.2.1999, n. 1671, in *Fallimento*, 2000, 362), non potendo operare alcuna compensazione (CASS., 28.6.1985, n. 3874, *ivi*, 1986, 157).

Per concludere, a prescindere dalla sospensione o dallo scioglimento *ex art. 169 bis l. fall.* del contratto di anticipazione s.b.f. o meglio del rapporto di conto corrente bancario nel quale si inserisce la clausola di compensazione in esame, pare preferibile la tesi secondo cui detta clausola non dovrebbe più operare, una volta che il cliente abbia presentato domanda di concordato «con riserva» o di ammissione al concordato preventivo e sia poi stato ammesso, quantomeno con riferimento alle somme incassate dalla banca dopo la pubblicazione della domanda nel registro imprese.

A maggior ragione la conclusione vale ed anzi è rafforzata nel caso in cui il cliente-correntista chieda ed ottenga l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del rapporto *ex art. 169 bis l. fall.*, ammissibile sulla base delle considerazioni svolte nel paragrafo che precede.

Il decreto del tribunale di Ravenna arriva alla medesima conclusione, ma sulla base di un ulteriore ragionamento che si aggiunge ed avvalorava quello svolto in precedenza: il divieto di azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori concorsuali imposto dall'art. 168 l. fall. dopo la pubblicazione della domanda di concordato preventivo (regola del cosiddetto «*automatic stay*») esclude qualsiasi azione soddisfattoria in corso di procedura, *ivi* compresa quella derivante da una compensazione pattizia.

Non può infatti considerarsi consentito al creditore concorsuale ottenere, mediante una compensazione pattizia, un pagamento che non sarebbe possibile ottenere neppure mediante un procedimento esecutivo.

III. I precedenti

1. L'APPLICABILITÀ DELL'ART. 169 BIS L. FALL. AI CONTRATTI BANCARI «AUTOLIQUIDANTI». A favore dello scioglimento, anche nel caso in cui la banca abbia già erogato l'anticipazione sui crediti presentati dal cliente: APP. GENOVA, decr. 10.2.2014, in *Fallimento*, 2014, 793 ss.; TRIB. GENOVA, decr. 4.11.2013, *ibidem*, 793 ss.

In senso contrario si vedano: TRIB. VICENZA, 25.6.2013, in *www.ilcaso.it*, sez. giur., 2013, 9300,

che esclude lo scioglimento con riferimenti ai contratti di mutuo o di anticipazione bancaria in cui la provvista sia già stata erogata dalla banca, ammettendo invece la sospensione; TRIB. PADOVA, 23.5.2013, 30.4.2013 e 7.1.2014, tutte in *www.fallimentiesocietà.it*; APP. BRESCIA, 19.6.2013, in *www.ilcaso.it*, sez. giur., 2013, 9155. Pare nello stesso senso anche TRIB. MILANO, decr. 28.5.2014, *ivi*, 2014, 10592, anche se tale provvedimento conclude precisando che potrebbe applicarsi l'art. 169 *bis* l. fall. ai mandati all'incasso in corso di esecuzione che vanno a chiudere un'operazione di anticipazione s.b.f. con la riscossione del credito per effetto dell'operatività di una clausola di compensazione.

2. L'OPERATIVITÀ DELLA CLAUSOLA DI COMPENSAZIONE CONTENUTA IN UN CONTRATTO BANCARIO DI ANTICIPAZIONE S.B.F. Escludono la compensabilità tra un credito sorto prima dell'apertura di una procedura concorsuale ed un corrispondente debito sorto dopo: CASS., 23.7.1994, n. 6870, in *Giust. civ.*, 1995, I, 149 ed in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 666; CASS., 7.5.2009, n. 10548, in *Mass. Giust. civ.*, 2009; APP. MILANO, 2.3.2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 552; TRIB. NAPOLI, 4.12.2012, in *Fallimento*, 2013, 372 e, con specifico riferimento al mandato all'incasso, TRIB. LUCCA, 21.5.2013, in *www.ilcaso.it*, sez. giur., 2013, 9052; TRIB. TERNI, 12.10.2012, *ivi*, sez. giur., 2012, 8036.

In generale, sul principio secondo cui perché operi la compensazione, sia essa volontaria o legale, occorre che la «coesistenza dei reciproci debiti e crediti, liquidi ed esigibili, risalga ad epoca anteriore al pignoramento» (applicabile anche all'apertura di una procedura concorsuale) si veda, da ultimo, CASS., 15.5.2014, n. 10683, in *Mass. Giust. civ.*, 2014.

Sulla precisazione secondo cui le prestazioni gravanti sulla banca nell'anticipazione s.b.f. non si limitano alla messa a disposizione o all'accredito di fondi, ma consistono anche nella prestazione di un continuativo servizio di cassa, si veda APP. BARI, 11.11.2013, in *www.ilfallimentarista.it*.

Sulla operatività della clausola di compensazione si vedano: CASS., 1° 9.2011, n. 17999, in *Giust. civ.*, 2012, 1027; CASS., 7.3.1998, n. 2539, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 670; CASS., 5.8.1997, n. 7194, in *Fallimento*, 1998, 56; TRIB. REGGIO EMILIA, 18.12.2014, in *www.ilcaso.it*, sez. giur., 2015, 11920, con riferimento all'anticipazione di ricevute bancarie incassate dalla banca dopo l'ammissione del correntista alla procedura di amministrazione controllata: TRIB. ROMA, 21.4.2010, in *Fallimento*, 2010, 1300.

Precisano che il richiamo che l'art. 169 l. fall. fa all'art. 55 l. fall. anche per il concordato preventivo porta all'applicazione del principio della cristallizzazione della massa passiva: CASS., sez. trib., 14.3.2008, n.

6953, in *Mass. Giust. civ.*, 2008; CASS., 28.8.1995, n. 9030, in *Fallimento*, 1996, 69; APP. MILANO, 2.3.2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 552; TRIB. BERGAMO, 19.10.2011, in *Foro pad.*, 2012, 515.

Sull'inapplicabilità al concordato preventivo dell'art. 78 l. fall.: APP. VENEZIA, decr. 20.11.2013, in *Corr. giur.*, 2014, n. 7, 957.

IV. La dottrina

1. L'APPLICABILITÀ DELL'ART. 169 BIS L. FALL. AI CONTRATTI BANCARI «AUTOLIQUIDANTI». A favore dello scioglimento anche nel caso in cui la banca abbia già erogato l'anticipazione sui crediti presentati dal cliente si vedano: FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 2013; INZITARI, *Contratti in corso di esecuzione nel concordato: art. 169-bis l. fall., ibidem*, 1; CONFALONIERI, *Il nuovo concordato preventivo: domanda, contenuto, ammissione ed effetti*, in *L'impresa in crisi*, a cura di DISEGNI, Giappichelli, 2014, 62 ss.; REBECCA-ALBÈ, *Sorte dei contratti bancari auto liquidanti nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 20.9.2014, 23, dove si leggono anche ampi riferimenti giurisprudenziali.

2. L'OPERATIVITÀ DELLA CLAUSOLA DI COMPENSAZIONE CONTENUTA IN UN CONTRATTO BANCARIO DI ANTICIPAZIONE S.B.F. Esclude la compensabilità del debito di retrocessione delle somme riscosse dopo l'apertura della procedura di concordato preventivo con i corrispondenti crediti sorti in capo alla banca prima della presentazione della domanda di concordato PANZANI, *Le garanzie tipiche ed atipiche nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, 508, nt. 9.

A favore dell'applicabilità dell'art. 169 *bis* l. fall. per paralizzare l'esecuzione del mandato all'incasso della banca e l'operatività della clausola di compensazione sono: REBECCA-ALBÈ, *op. cit.*, 23 s.; in termini dubitativi CEDERLE, *Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169-bis L.F. ai contratti bancari aut liquidanti*, in *Fallimento*, 2014, 802 ss., soprattutto considerato che scopo dello scioglimento dovrebbe essere liberare il debitore da prestazioni future, non da debiti pregressi.

In senso contrario: AMBROSINI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*, in *www.fallimentiesocietà.it*, 2014, 23, secondo cui l'utilizzo dell'art. 169 *bis* l. fall. per bloccare l'operatività della clausola di compensazione contenuta in un contratto di anticipazione s.b.f. finirebbe col costituire un surrogato dell'azione revocatoria fallimentare, inammissibile nel concordato preventivo; FRIGENI, *Linee di credito «auto liquidanti» e (pre)concordato preventivo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, 557 ss.; nello stesso senso anche PATTI, *Rapporti pendenti nel*

concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento, in *Fallimento*, 2013, 271.

Sull'affermazione che la cristallizzazione dei crediti comporta la inoperatività anche della cessione del credito in garanzia in fattispecie «a cavallo» delle procedure concorsuali si veda INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia e inopponibilità ai creditori dell'incasso dal cessionario nel fallimento, nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 156.

Chiarisce che, nei precedenti della Cassazione favorevoli alla sopravvivenza della clausola di compensazione, l'incasso degli effetti anticipati dalla banca era avvenuto nel corso della procedura di amministrazione controllata: TARZIA, *Anticipazioni su ricevute bancarie ed accredito in conto delle somme*

riscosse durante l'amministrazione controllata, in *Fallimento*, 1998, 56; FRIGENI, *op. cit.*, 557, nt. 50.

Sull'opinione favorevole all'applicazione degli artt. 72 ss. l. fall. al concordato preventivo si veda CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *www.il-caso.it*, articoli, 11.3.2013, 2.

Sull'inapplicabilità al concordato preventivo dell'art. 78 l. fall. si veda invece MARINUCCI, *Concordato preventivo e autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti in corso: la (supposta) necessaria attuazione del contraddittorio nei confronti del contraente in bonis*, in *Corr. giur.*, 2014, 960.

PAOLO BONTEMPI

► TRIB. MILANO, 4.8.2014

CONTRATTI BANCARI - FORMA SCRITTA - ACCETTAZIONE DELLA BANCA - MANCANZA - IRRILEVANZA - DOCUMENTO FIRMATO DAL CLIENTE - PRODUZIONE IN GIUDIZIO - SUFFICIENZA - ESTRATTI CONTO - INVIO AL CLIENTE - PROVA DEL PERFEZIONAMENTO DEL CONTRATTO - SUSSISTENZA (cod. civ., artt. 1325, n. 4, 1326, 1327, 1333; d. legis. 1° 9.1993, n. 385, art. 117) (a)

CONTRATTI BANCARI - FORMA SCRITTA - FIDEIUSSIONE - PERFEZIONAMENTO - PROPOSTA DEL FIDEIUSSORE - MANCANZA DI RIFIUTO DELLA BANCA - SUFFICIENZA - ACCETTAZIONE DELLA BANCA - NECESSITÀ - ESCLUSIONE (cod. civ., artt. 1325, n. 4, 1333, 1936; d. legis. 1° 9.1993, n. 385, art. 117) (b)

CONTRATTI BANCARI - CONTO CORRENTE BANCARIO - CREDITO DELLA BANCA - PROVA - ESTRATTI CONTO - FIDEIUSSIONE - LIMITE DELLA GARANZIA INFERIORE AL SALDO - MANCANZA DI UN TRIMESTRE - IRRILEVANZA (cod. civ., artt. 1832, 1857, 1936, 1941, 2697; d. legis. 1° 9.1993, n. 385, art. 50, 119) (c)

CONTRATTI BANCARI - APERTURA DI CREDITO - COMMISSIONI DI MASSIMO SCOPERTO -

DISCIPLINA ANTERIORE ALLA L. N. 2/2009 - NULLITÀ PER DIFETTO DI CAUSA - ESCLUSIONE (cod. civ., art. 1346; d.l. 29.11.2008, n. 185 convertito nella l. 28.1.2009, n. 2, art. 2 bis) (d)

CONTRATTI BANCARI - PEGNO - STRUMENTI FINANZIARI - SCADENZA - RICAVATO - SOMME DI DENARO - PEGNO IRREGOLARE - CONVERSIONE - INCAMERAMENTO DELLE SOMME - DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO - VIOLAZIONE - INSUSSISTENZA (cod. civ., artt. 1851, 2744) (e)

(a) **La produzione, da parte della banca in fase monitoria, del documento firmato dal correntista con la dicitura «per la banca» fa ragionevolmente presumere che al cliente sia stata consegnata la copia con la sottoscrizione del funzionario della banca e che il contratto si sia perfezionato con lo scambio delle dichiarazioni sottoscritte da cliente e banca, non essendo necessaria ex art. 117 t.u.b. la simultaneità delle sottoscrizioni. Va aggiunto che la volontà della banca di volersi avvalere della dichiarazione negoziale sottoscritta dal cliente, volontà ribadita mediante la produzione dei documenti contrattuali in fase monitoria, si desume dall'invio degli estratti conto al correntista,**