Fallimenti e Società.it
OSSERVATORIO DI DIRITTO SOCIETARIO E FALLIMENTARE
Triveneto

LA SORTE DEI CONTRATTI BANCARI
NELLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO

di

Ilaria Della Vedova

(Comitato di Redazione "F&S" – Gruppo di Studio sul "Concordato Preventivo")

L'impresa insolvente che decide di utilizzare una procedura concordataria per comporre la crisi si trova a dover affrontare scelte decisive – rispetto alla tenuta e alla fattibilità, sia economica, sia giuridica, del piano di concordato – con riguardo alla sopravvivenza dei contratti. Come noto, infatti, l'art. 169*bis* L.F. consente alla società di sciogliersi, in determinati casi, dai vincoli contrattuali in essere. Per quanto riguarda i contratti bancari, la scelta su cui si orienterà l'impresa sarà fortemente condizionata dal tipo di procedura instaurata; ove, infatti, la stessa decidesse di proporre un piano di concordato in continuità, le valutazioni circa la sorte dei contratti bancari saranno strettamente legate alle necessità del soggetto di continuare ad accedere al credito bancario per continuare la propria attività; ove, per contro, l'impresa decidesse di accedere ad un concordato di tipo liquidatorio, essa potrebbe avere interesse a sciogliersi da alcuni contratti bancari per evitare che la banca incassi – in virtù di mandati all'incasso, piuttosto che di patti di compensazione, come vedremo meglio *infra* – somme che, diversamente, potrebbero andare a vantaggio dei creditori aumentando l'attivo concordatario.

Le considerazioni che seguono prenderanno, come punto di vista, quello di una società che abbia optato per una procedura di tipo liquidatorio.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Il soggetto che accede alla procedura concordataria dovrà innanzitutto decidere se chiedere la sospensione o lo scioglimento di uno o più contratti bancari in essere con gli istituti di credito. La scelta di domandare la sospensione o lo scioglimento ai sensi dell'art. 169*bis* ha significativi impatti sul passivo concordatario; tuttavia, non è sempre possibile ottenere lo scioglimento di un rapporto bancario, essendo possibile liberarsi dal vincolo contrattuale solo per i "*contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso*". Vedremo meglio *infra* quale sia l'ambito di applicazione dello strumento per i contratti bancari.

Analizziamo anzitutto l'esperibilità del rimedio rispetto alla tempistica della procedura concordataria. Quanto all'utilizzo dello strumento di cui all'art. 169*bis* L.F. già nella fase di concordato c.d. "con riserva", la giurisprudenza maggioritaria sostiene che sia possibile pronunciare la sospensione dei contratti in corso di esecuzione, ma non lo scioglimento degli stessi[1].

[1] Lo strumento della sospensione e dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione è ritenuto applicabile al concordato con riserva perché l'art. 169*bis* L.F. richiama l'art. 161 L.F. e, dunque, anche il comma 6 di tale norma. Oltre all'argomento letterale, si aggiunge la considerazione che "dal punto di vista sistematico deve essere valorizzata la finalità strumentale della misura siccome finalizzata al buon esito della procedura concordataria" (così App. Venezia, 11 marzo 2015).
La sospensione può quindi essere concessa anche nella fase di concordato con riserva se l'impresa in concordato abbia fornito all'organo giudicante gli elementi (quale, ad esempio, la tipologia di piano che l'impresa debitrice presenterà nel termine assegnato) necessari a valutare l'utilità della richiesta di sospensione rispetto alla riuscita del piano concordatario.
Nel senso dell'applicabilità dello strumento della sospensione dei contratti di cui all'art. 169*bis* L.F. nella fase di concordato con riserva, si vedano: App. Venezia, 11 marzo 2015, in www.ilcaso.it; App. Venezia, 23 dicembre 2014, in www.ilcaso.it; App. Trento, 16 dicembre 2014, in www.fallimentiesocieta.it; App. Venezia, 16 aprile 2014, in www.fallimentiesocieta.it; App. Venezia, 26 novembre 2014, in www.ilcaso.it; App. Genova, 10 febbraio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Treviso, 24 febbraio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Pavia, 24 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Trento, 16 ottobre 2014, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Vicenza, 14 luglio 2014, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Ravenna, 30 maggio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 28 maggio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Venezia, 27 marzo 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Padova, 7 gennaio 2014, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Terni, 27 dicembre 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Torino, 19 luglio 2013, in De Jure, www.iusexplorer.it; Trib. Vicenza, 25 giugno 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 6 giugno 2013, in De Jure, www.iusexplorer.it.
In dottrina, aderiscono all'orientamento maggioritario, favorevole alla sospensione ma non allo scioglimento dei contratti nella fase di concordato con riserva, A. DE PRA, *Concordato preventivo e*

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

A sostegno di tale soluzione le pronunce di merito pongono l'irreversibilità degli effetti dello scioglimento, irreversibilità che rende il rimedio dello scioglimento incompatibile con la fase di concordato con riserva, nella quale il Tribunale non ha ancora conoscenza, quanto meno, dei punti essenziali del piano, essendo detta fase caratterizzata da reversibilità e provvisorietà e potendo il ricorso per concordato tradursi, nel termine concesso, in una proposta di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182*bis* L.F.[2].

Se pur è vero che la distinzione tra sospensione e scioglimento del contratto, utilizzata dai Tribunali per stabilire l'ammissibilità della prima, e non della seconda, nella fase di

---

contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari), in *Giur. Comm*., fasc. 1, 2014, p. 43; P. CELLE, *La disciplina dell'Unione Europea sull'insolvenza transfrontaliera: riflessi nel settore dello* shipping, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 4, 2014, p. 853, in DeJure, www.iusexplorer.it; e P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo,* in www.ilcaso.it. Si vedano, infine, G. REBECCA E A. ALBÈ, *Sorte dei contratti bancari autoliquidanti nel concordato preventivo,* in www.ilcaso.it e G. REBECCA, *I contratti nel concordato preventivo con particolare riferimento alle anticipazioni bancarie e qualche spunto su factoring, mutuo, derivati, leasing e nuova finanza,* in www.ilcaso.it.

[2] Negano la possibilità di pronunciare lo scioglimento: Trib. Pavia, 24 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Vicenza, 14 luglio 2014, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Ravenna, 30 maggio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 28 maggio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Venezia, 27 marzo 2014, in www.ilcaso.it.

Alcune pronunce di merito hanno ravvisato la possibilità di concedere non solo la sospensione, ma anche lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nella fase di concordato in bianco, a condizione che sia effettuata "una *disclosure* da parte del debitore circa la tipologia di proposta di concordato che intenderà perseguire, se liquidatorio o in continuità, al fine di consentire al Tribunale il vaglio della sussistenza dei presupposti per lo scioglimento o la sospensione dei contratti in corso" (così Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in www.ilcaso.it). Ritengono ammissibile anche l'istanza di scioglimento e non solo di sospensione: App. Milano, 4 febbraio 2015, in www.ilcaso.it, secondo cui la *disclosure* riguardo al piano deve essere fornita non solo per il Tribunale che deve decidere sull'istanza, ma anche per l'esercizio del diritto di difesa dei "contraenti *in bonis* che devono poter organizzare le loro difese e motivare l'eventuale loro dissenso"; App. Genova, 10 febbraio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Genova, 15 novembre 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in www.ilcaso.it.

Si segnala altresì, per completezza, una pronuncia di merito in cui si dubita della possibilità di applicare l'art. 169*bis* L.F. al concordato con riserva: si veda App. Brescia, 19 giugno 2013, in www.ilcaso.it. La Corte sostiene l'inapplicabilità dello strumento dal dato letterale della norma, rilevando che manca – nel testo dell'art. 169*bis* – un richiamo specifico al sesto comma dell'art. 161 L.F., "come invece viene fatto nelle altre norme quando queste vanno applicate anche alla fattispecie del preconcordato (v. art. 182*quinquies*, comma quarto)". La Corte rileva, inoltre, "una certa contraddizione tra gli effetti provvisori impliciti in una domanda di concordato con riserva […] con la stabilità e definitività che determina una decisione sulla sorte dei contratti pendenti"; e ciò senza operare un distinguo tra l'ipotesi della sospensione e quella dello scioglimento.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

concordato con riserva, va oltre il dato letterale della norma, chi scrive ritiene che l'impostazione data dalla giurisprudenza maggioritaria rappresenti la soluzione più equilibrata tra l'esigenza di agevolare la buona riuscita del piano concordatario – e ciò in linea con la *ratio* della norma stessa – e quella di non pregiudicare definitivamente le ragioni dell'altro contraente in una fase in cui non sono ancora del tutto chiare le linee guida della proposta concordataria.

Ciò detto quanto alla possibilità di utilizzare lo strumento previsto dall'art. 169*bis* L.F. già nella fase di concordato con riserva, uno dei nodi maggiormente problematici rispetto alla possibilità di sospendere o di sciogliere i contratti bancari pendenti alla data di presentazione del ricorso per concordato è quello dell'ambito di applicazione della norma. Prima della modifica dell'art. 169*bis* L.F. ad opera del d.lgs. 83/2015 era discusso se la fattispecie delineata dall'art. 169*bis* L.F. coincidesse con quella dell'art. 72 L.F.. Non vi era, infatti, uniformità di opinioni rispetto all'individuazione della fattispecie dei "*contratti in corso di esecuzione*", posto che alcuni Tribunali ritenevano che essa coincidesse, appunto, con la fattispecie di cui all'art. 72 L.F. (rubricato "rapporti pendenti"), mentre altri tenevano distinte le due fattispecie.

Gli effetti che discendono dall'interpretazione della norma sono fortemente impattanti sull'estensione dello strumento ai fini della costruzione di un piano di concordato, perché nel primo caso – non nel secondo - si esclude l'applicabilità dell'art. 169*bis* L.F. ai contratti in cui una delle due parti abbia già eseguito completamente la propria obbligazione; esclusione che riguarda molti contratti di finanziamento, essendo frequente che la banca abbia già esaurito la propria prestazione, residuando solo un'obbligazione restitutoria in capo all'impresa in concordato.

La giurisprudenza maggioritaria precedente alla modifica della lettera della norma sosteneva che nella fattispecie "*contratti in corso di esecuzione*" di cui all'art. 169*bis* L.F. non potessero essere ricompresi quelli in cui gli effetti del contratto si fossero tutti verificati ad eccezione della prestazione di uno dei contraenti. Secondo tale impostazione, nell'ipotesi

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

in cui residuasse solo un debito non si poteva parlare di contratto in corso di esecuzione (il che equivaleva a sostenere che la fattispecie delineata dall'art. 169*bis* coincidesse con quella di cui all'art. 72 L.F.) e, quindi, non potevano trovare applicazione gli strumenti della sospensione e dello scioglimento[3]. Anche la dottrina che si era occupata del problema era per lo più concorde con questa impostazione[4].

Alcune pronunce di merito, per contro, negavano la coincidenza tra la fattispecie di cui all'art. 72 L.F. e quella prevista nell'art. 169*bis* L.F., sulla scorta *i)* dell'affermata "autosufficienza" di quest'ultima norma, che prevede espressamente le ipotesi escluse dal proprio ambito di applicazione; *ii)* del mancato richiamo, da parte dell'art. 169 L.F., dell'art. 72 L.F., che impedisce quindi di "utilizzare in via di interpretazione sistematica

[3] Sul punto si vedano App. Milano, 29 gennaio 2015, in www.ilcaso.it; App. Venezia, 23 dicembre 2014, in www.ilcaso.it; App. Venezia, 26 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Bergamo, 11 marzo 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Pavia, 24 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 4 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Treviso, 29 ottobre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 28 maggio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Padova, 7 gennaio 2014, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Vicenza, 25 giugno 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in www.ilcaso.it.

[4] Sul tema si veda ARLENGHI, *Contratti in corso di esecuzione e contratti pendenti, ovvero prestazione interamente eseguita o da compiere, nozione rilevante ai fini dello scioglimento*, in www.ilfallimentarista.it. A parere di CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo,* in www.ilcaso.it, i termini utilizzati nei due diversi articoli sono da interpretare allo stesso modo e hanno dunque la stessa ampiezza. In senso conforme, DE PRA in *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari),* in *Giur. Comm.*, 2014, parte II pp. 43 ss.; e MAFFEI ALBERTI, commento *sub* art. 169*bis Commentario breve alla legge fallimentare,* Padova, 2013, p. 1138, secondo cui "per contratti in corso si devono intendere, evidentemente, quelli non ancora interamente eseguiti né dall'uno né dall'altro contraente". Concorde appare anche LO CASCIO, commento *sub* art. 169*bis*, in *Codice commentato del fallimento,* Torino, 2013, p. 2001, che esclude la possibilità di applicare l'art. 169*bis* L.F. ai contratti ad effetti reali ove sia già avvenuto il trasferimento del diritto. Secondo CELLE, *La disciplina dell'Unione Europea sull'insolvenza transfrontaliera: riflessi nel settore dello* shipping, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 4, 2014, p. 853, invece, deve essere tenuta presente la differenza terminologica tra l'art. 72 L.F. e l'art. 169*bis* L.F. ed anche la probabilità della maggior ampiezza dell'accezione che nel secondo è riportata.
Contrario alla sovrapposizione delle due fattispecie POLACCO, *Preconcordato: sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione in pendenza del termine per la presentazione del piano,* in www.ilfallimentarista.it, il quale sostiene che se il legislatore avesse voluto fare riferimento allo stesso concetto di cui all'art. 72 L.F. non avrebbe dovuto far altro che richiamarlo espressamente. Conclude inoltre ricordando i diversi termini utilizzati nei due articoli e sostenendo la maggior ampiezza di quello utilizzato nell'art. 169 L.F., il quale abbraccia "indubbiamente" anche l'ipotesi in cui una parte abbia eseguito la propria prestazione.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

l'art. 72 L.F per limitare l'area dei contratti oggetto dell'art. 169*bis* L.F."[5]. Dalla differenziazione delle due fattispecie quelle pronunce ricavavano la possibilità di sospendere e sciogliere anche i contratti unilaterali, quelli parzialmente adempiuti e, soprattutto, anche quelli in cui solo una parte aveva adempiuto (anche completamente) alle proprie obbligazioni.

Il contrasto dottrinale e giurisprudenziale riguardo l'ambito di applicazione dell'art. 169*bis* L.F. pare essere, oggi, definitivamente ricomposto. Tra le modifiche apportate dal d.lgs. 83/2015 all'art. 169*bis* L.F., infatti, quella che riguarda l'ambito di applicazione della norma è stata probabilmente la più importante. La nuova rubrica dell'art. 169*bis* recita "contratti pendenti"; il primo comma della norma, poi, stabilisce che "*il debitore con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente può chiedere che il Tribunale […] lo autorizzi a sciogliersi dai* ***contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti*** *alla data della presentazione del ricorso*" (evidenziazione di chi scrive). La formulazione letterale della norma ricalca esattamente quella dell'art. 72 L.F.[6], con ciò componendo – ad avviso dei più - il contrasto sul punto.

Chiarito così l'ambito di applicazione della norma, appare utile passare in rassegna le principali tipologie di contratti bancari maggiormente utilizzate dalle imprese per verificare quali possano essere oggetto di una richiesta di sospensione e/o di scioglimento; non prima, però, di aver ricordato che – come detto in precedenza – molte operazioni di finanziamento alle imprese passano attraverso la cessione dei crediti dell'impresa debitrice a favore della banca finanziatrice. Di conseguenza, è necessario capire quale sia la sorte della cessione del credito nel caso in cui il soggetto in concordato chieda la sospensione o lo scioglimento del contratto di finanziamento cui la cessione è

[5] Così Trib. Genova, 4 novembre 2013, in www.ilcaso.it. Sulla non coincidenza delle due fattispecie si vedano anche App. Genova, 10 febbraio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014, in www.ilcaso.it.

[6] Sulla considerazione che la modifica normativa abbia inteso far coincidere l'ambito di applicazione dell'art. 169*bis* L.F. con quello dell'art. 72 L.F. si veda Trib. Ferrara, 23 luglio 2015, in www.ilcaso.it e Trib. Reggio Emilia,8 luglio 2015, in www.ilfallimentarista.it.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

accessoria; in altre parole, è necessario capire se la cessione del credito *pro-solvendo* rientri o no nell'ambito di applicazione dell'art. 169*bis* L.F.

L'opinione maggioritaria sostiene che la cessione di credito sia un negozio traslativo i cui effetti si esauriscono contestualmente all'accordo. Essendo il credito diventato di titolarità della banca al momento della cessione, non si può applicare l'istituto della sospensione o dello scioglimento alla cessione del credito che, quindi, ove opponibile alla procedura continuerà ad operare i propri effetti a favore della banca cessionaria anche dopo l'ingresso dell'impresa cedente nella procedura concordataria[7].

E tale soluzione pare avvalorata dalla riformulazione dell'art. 169*bis*, comma 1, L.F., il quale - avendo ripreso la formulazione dell'art. 72 L.F. ed avendo reso applicabile lo

[7] In giurisprudenza si vedano sul punto App. Venezia, 11 marzo 2015, in www.ilcaso.it, secondo cui in caso di cessione di credito "non vi è mai spazio per l'applicazione dell'art. 169*bis* L.F. sia che si accolga una nozione conforme all'art. 72 L.F. (che fa riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive bilateralmente ineseguiti) sia che, in conformità all'opinione minoritaria, si intenda compreso anche un contratto unilaterale non ancora completamente eseguito, poiché al compimento delle formalità la banca è divenuta titolare del credito"; App. Venezia, 18 febbraio 2015, in www.fallimentiesocieta.it, secondo cui la cessione del credito presuppone che la titolarità del credito sia già stata trasmessa alla banca cessionaria; Trib. Verona, 31 agosto 2015, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Ferrara, 23 luglio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Bergamo, 11 marzo 2015, in www.ilcaso.it (nel caso deciso dal Tribunale la cessione era accessoria ad un contratto di finanziamento, avendo funzione di garanzia rispetto all'obbligo dell'impresa in concordato di restituzione della somma ricevuta a mutuo. Di conseguenza, le due operazioni – finanziamento e cessione del credito – sono state considerate unitariamente e la richiesta di scioglimento del contratto di cessione è stata ritenuta inammissibile, atteso che la banca aveva già completamente eseguito la propria prestazione); Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Padova, 7 gennaio 2014, in www.fallimentiesocieta.it, secondo cui "in caso di cessione il vero problema che si pone nell'ambito della procedura concordataria è viceversa quello dell'opponibilità o meno della stessa alla massa dei creditori ex artt. 45 e 169 L.F."; Trib. Genova, 4 novembre 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Como, 5 novembre 2012, in www.ilcaso.it (nel caso deciso dal Tribunale le cessioni di credito non sono state ritenute opponibili alla procedura perché non vi era la prova dell'avvenuto perfezionamento della cessione stessa); Trib. Bassano del Grappa, 12 ottobre 2010, n. 558, in www.diritto24.ilsole24ore.com/lex24.
In dottrina, su questo tema si vedano, in senso conforme alla giurisprudenza maggioritaria, FRIGENI, *Linee di credito autoliquidanti e (pre)concordato preventivo*, in *BBTC*, 2013, fasc.5, p. 537, nota 43, che conferma quanto *supra* ricostruito dalla giurisprudenza, incentrando il proprio ragionamento sull'operatività di linee di credito autoliquidanti, qualora queste fossero considerate come delle cessioni dei crediti oggetti di anticipo; si veda anche ARLENGHI, *Contratti in corso di esecuzione e contratti pendenti, ovvero prestazione interamente eseguita o da compiere, nozione rilevante ai fini dello scioglimento*, in www.ilfallimentarista.it, anch'egli concorde con la giurisprudenza maggioritaria.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

strumento della sospensione e dello scioglimento ai "contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso" - parrebbe ribadire l'esclusione della cessione di credito dal novero dei contratti per i quali si può applicare lo strumento della sospensione o quello dello scioglimento *ex* art. 169*bis* L.F.

In conclusione, laddove la cessione si sia perfezionata prima dell'ingresso del debitore in procedura e sia munita di data certa, essa non verrà travolta dal concordato preventivo.

Diversa dall'ipotesi di cessione del credito è, invece, quella del mandato all'incasso rilasciato alla banca. La giurisprudenza maggioritaria sostiene che si possa chiedere la sospensione o lo scioglimento di un mandato all'incasso, che viene considerato, quindi, quale contratto autonomo. Ove, poi, il mandato all'incasso sia accessorio ad un contratto di anticipazione bancaria, esso viene sospeso o sciolto assieme al contratto[8]. Anche la dottrina che si è occupata del problema accede alla soluzione data dalla giurisprudenza maggioritaria[9].

---

[8] Sul punto si vedano App. Venezia, 18 febbraio 2015, in www.fallimentiesocieta.it, che lega la sussistenza del patto di compensazione al mandato all'incasso; Trib. Milano, 28 maggio 2014, in www.ilcaso.it (sia in punto di assoggettabilità all'art. 169*bis* L.F. del singolo mandato all'incasso, sia in punto di decorrenza della sospensione del mandato stesso); Trib. Pavia, 24 novembre 2014, in www.ilcaso.it (in questa decisione il Tribunale illustra altresì come la sospensione del mandato all'incasso impedisca l'operare del meccanismo di compensazione); Trib. Padova, 7 gennaio 2014, in www.fallimentiesocieta.it, che considera il mandato irrevocabile all'incasso quale "contratto in corso di esecuzione", richiamando a conferma della tesi sostenuta anche l'art. 78 L.F., che stabilisce lo scioglimento del contratto di mandato in caso di fallimento (e, dunque, secondo il Tribunale di Padova, anche il mandato *in rem propriam*, difettando nella norma una previsione specifica per quel tipo di mandato); Trib. Genova, 4 novembre 2013, in www.ilcaso.it. In argomento si veda, poi, Trib. Pavia, 24 novembre 2014, in www.ilcaso.it; il Tribunale ha stabilito che il contratto di *factoring* e il mandato all'incasso non siano inscindibilmente legati; nel caso di specie, quindi, il Tribunale ha sospeso solamente il mandato all'incasso – impedendo così la compensazione da parte della banca con i propri crediti anteriori all'apertura della procedura concordataria – stabilendo, per contro, che il contratto di finanziamento (si trattava di un "finanziamento rotativo") continuasse, con possibilità per l'impresa debitrice di usufruire di ulteriori somme a titolo di finanziamento, nei limiti del fido.

[9] In senso conforme all'orientamento espresso dalla giurisprudenza maggioritaria si veda DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari),* in *Giur. Comm*., 2014, fasc. 1, p. 43, il quale sostiene che successivamente all'esecuzione del contratto di anticipazione cui il mandato all'incasso accede – nel caso considerato dall'autore, insieme al patto accessorio di annotazione ed elisione –, quest'ultimo mantiene vigore. È a seguito di questi contratti che la banca si trova, infatti, in posizione debitoria di modo da poter compensare il proprio credito, facendo ritenere dunque che la domanda di sospensione o scioglimento del contratto principale ricada anche sui contratti accessori, tra i

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Di conseguenza, di fronte ad un contratto di anticipazione bancaria, di sconto o a un rapporto di c.d. fido promiscuo o di c.d. castelletto di sconto e, comunque, ai contratti c.d. autoliquidanti, sarà necessario distinguere l'ipotesi in cui la banca, a fronte dell'anticipazione dell'importo portato dal singolo effetto (ad es., fattura), si sia resa cessionaria o meno del credito.

Nel primo caso, infatti, la cessione – ove perfezionata prima dell'ingresso del debitore in procedura concordataria con atto avente data certa – sarà opponibile alla procedura e la banca potrà trattenere la somma incassata, anche se l'incasso avvenga successivamente al deposito del ricorso per concordato preventivo.

Nel secondo caso, per contro, se l'impresa in concordato chiede la sospensione o lo scioglimento del contratto ed esso contiene un mero mandato all'incasso, la banca dovrà riversare alla procedura le somme pervenute sul conto corrente intestato alla società in concordato successivamente alla data della comunicazione, da parte della stessa debitrice, del provvedimento di sospensione o di scioglimento.

In conclusione su questo punto, si ritiene corretta la differenziazione, operata dalla giurisprudenza maggioritaria, tra la cessione del credito e il mandato all'incasso. In questo secondo caso, infatti, non essendo la titolarità del credito passata in capo alla banca e trattandosi di un servizio erogato dalla banca in via continuativa, il mandato all'incasso ben può essere sciolto utilizzando lo strumento previsto dall'art. 169*bis* L.F. In questo modo, l'impresa in concordato si assicura che i pagamenti ricevuti dopo l'ingresso in procedura – *rectius*, dopo la comunicazione del provvedimento di autorizzazione alla

---

quali quello di mandato all'incasso, il quale non sarà più eseguibile in ragione del fatto che sia conferito *in rem propriam*: non essendo più legittimata ad incassare le somme del terzo, la banca non potrà nemmeno più ricevere dal cliente la sua contro-prestazione, da corrispondere solo a fronte dell'adempimento da parte della stessa. Inoltre, a parere dell'autore, a seguito dell'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento della parte del contratto relativa al mandato all'incasso, la banca non è più legittimata ad eseguire il mandato precedentemente conferitole.
Inoltre, per l'approfondimento, FRIGENI, *Linee di credito autoliquidanti e (pre)concordato preventivo*, in *BBTC*, 2013, fasc. 5, p. 537, nota 43, che tratta della possibilità di sciogliere o sospendere il mandato all'incasso concluso contestualmente a contratti relativi a linee di credito autoliquidanti.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

sospensione o allo scioglimento - non siano trattenuti dalla banca in violazione del principio della *par condicio creditorum*.

Accade di frequente, infatti, che dopo l'ingresso del debitore nella procedura di concordato la banca trattenga somme accreditate nei conti correnti intestati all'impresa stessa, e ciò in virtù non solo di mandati all'incasso, ma anche di patti di compensazione contenuti nei contratti sottoscritti tra le parti. Chi assiste professionalmente il debitore in concordato dovrà quindi capire se l'operato della banca sia corretto o meno e, soprattutto, dovrà verificare su quali contratti è possibile agire con lo strumento dell'art. 169*bis* L.F. per recuperare crediti dell'impresa a tutela della *par condicio creditorum*.

Quanto al patto di compensazione, la questione della sua sopravvivenza all'ingresso del debitore in procedura concorsuale è stata affrontata da Cass., 1° settembre 2011, n. 17999. Secondo la Suprema Corte, se il patto di compensazione è stato pattuito in data antecedente all'apertura della procedura concorsuale e le relative operazioni di anticipazione sono state parimenti eseguite prima dell'ingresso in procedura, allora la banca ha diritto ad incamerare le somme accreditate sul conto corrente del debitore, a nulla rilevando che l'incasso sia successivo all'ammissione alla procedura concorsuale[10].

La giurisprudenza di merito che si è occupata del problema applica il principio espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza sopra citata. Di conseguenza, la giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto che laddove il contratto prosegua dopo l'ammissione al concordato, allora anche il patto di compensazione manterrà la propria validità ed

[10] In senso contrario al principio espresso da Cass., 1° settembre 2011, n. 17999, si veda Trib. Lucca, 21 maggio 2013, in www.ilcaso.it, secondo cui "deve essere disatteso l'orientamento giurisprudenziale di cui alla Sentenza della Cassazione n. 17999/2011, in base al quale le banche hanno diritto di trattenere gli importi, relativi ad anticipi erogati "al salvo buon fine", ricevuti successivamente alla data di efficacia del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo. Ciò perché, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, esso risulta isolato e contrario ad altro orientamento ben più radicato e meditato (Cfr. Cassazione n. 10548/2009), in quanto massimamente rispettoso del principio generale enunciato dall'art. 56 L.F. e della *ratio* ad essa sottesa di cristallizzazione del passivo per il massimo soddisfacimento dei creditori concorsuali". Si segnala che tale pronuncia è rimasta isolata.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

efficacia, consentendo alla banca di trattenere le somme che vengono accreditate nei conti correnti intestati al soggetto in concordato successivamente all'ingresso in procedura.

Si consideri che per le pronunce di merito anteriori alla riforma del 2012 – e, dunque, all'introduzione dell'art. 169*bis* L.F. – non si poneva il problema della sopravvivenza del contratto bancario, posto che esso continuava fintanto che la banca non avesse revocato i fidi, non potendo l'impresa in concordato domandare lo scioglimento o la sospensione.

Dopo l'introduzione dell'art. 169*bis* L.F., però, il problema della sopravvivenza del patto di compensazione va risolto alla luce della possibilità per la società di sciogliersi dai contratti in cui detto patto è previsto. Secondo la giurisprudenza successiva all'introduzione della norma, dunque, il patto di compensazione viene meno in caso di istanza dell'impresa in concordato preventivo volta ad ottenere, *ex* art. 169*bis* L.F., lo scioglimento del contratto cui il patto è accessorio[11].

[11] Si vedano in tal senso App. Venezia, 18 febbraio 2015, in www.fallimentiesocieta.it, secondo cui il patto di compensazione sussiste (e può essere oggetto di sospensione o scioglimento) nel caso di mandato all'incasso (mentre ne è esclusa la sussistenza in caso di cessione del credito); App. Venezia, 23 dicembre 2014, in www.ilcaso.it (in questo caso la Corte ha ribadito il principio espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza sopra citata; inoltre, ha escluso che trovasse applicazione l'art. 169*bis* L.F. ad un rapporto in cui la banca aveva già eseguito integralmente la propria prestazione e in cui residuava solo un debito in capo all'impresa in concordato. Dalla sopravvivenza del contratto deriva, quindi, anche la sopravvivenza del patto di compensazione); App. Brescia, 19 giugno 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Verona, 31vagosto 2015, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Firenze, 14 ottobre 2014, in De Jure, www.iusexplorer.it; Trib. Monza, 15 gennaio 2014, in De Jure, www.iusexplorer.it; Trib. Monza, 27 novembre 2013, in www.ilcaso.it (in questo caso il Tribunale ha stabilito che la banca aveva legittimamente trattenuto e incamerato le somme accreditate sul conto corrente dell'impresa in concordato preventivo in virtù di patti di compensazione contenuti nei contratti bancari, e ciò fino alla data di deposito dell'istanza di scioglimento o sospensione dei contratti stessi); Trib. Cuneo, 14 novembre 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 6 giugno 2013, in De Jure, www.iusexplorer.it; Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Bergamo, 21 novembre 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Bergamo, 19 ottobre 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Roma, 21 aprile 2010, in www.ilcaso.it; App. Bologna, 31 gennaio 2007, n. 153, in www.diritto24.ilsole24ore.com/lex24.
Sul tema si veda anche Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014, in www.ilcaso.it, che si segnala a parte non tanto perché questa pronuncia si discosti dall'opinione maggioritaria, quanto perché il Tribunale ravvisa l'opportunità di autorizzare lo scioglimento proprio per impedire la prosecuzione del patto di compensazione, che – legittimando l'incasso di somme di denaro da parte degli istituti di credito - altererebbe la *par condicio creditorum*. Si precisa peraltro che la decisione è stata riformata da App. Venezia, 18 febbraio 2015, in www.fallimentiesocieta.it.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Anche la dottrina che si è occupata del tema è concorde con la giurisprudenza maggioritaria[12].

A parere di chi scrive, la soluzione del problema deve muovere, anzitutto, dall'analisi, da svolgersi caso per caso, dei rapporti intercorsi tra banca e debitore. Nel caso in cui siano state perfezionate le cessioni di credito, infatti, non si pone nemmeno un problema di sopravvivenza del patto di compensazione, posto che la banca avrà diritto ad incassare le somme di denaro di cui è divenuta titolare in forza della cessione. In assenza di cessione del credito, invece, il patto di compensazione contenuto in un contratto bancario sopravvivrà in tanto in quanto l'impresa decida di proseguire nel rapporto bancario. Ove la stessa decida di non chiedere la sospensione o lo scioglimento del rapporto, essa non potrà chiedere la sospensione o lo scioglimento del solo patto di compensazione, non trattandosi di un autonomo rapporto contrattuale, bensì di una pattuizione accessoria.

§§§

Ciò detto quanto ai meccanismi contrattuali che più di frequente si ritrovano nei rapporti bancari – ossia, cessione di credito, mandato all'incasso e patto di compensazione – passiamo ora in rassegna i vari contratti, per capire quali possano essere oggetto di sospensione e/o scioglimento. Mentre per alcuni contratti non si pongono problemi

[12] In senso conforme alla giurisprudenza maggioritaria si veda CASA – SEBASTIANO, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo,* in *Il fallimento*, 2014, fasc. 5, p. 600. Concorde anche ARLENGHI, *Scioglimento e sospensione dei contratti bancari in corso di esecuzione ai sensi dell'art. 169*bis *L.F.,* in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2013, fasc. 3, p. 681, la quale sostiene che la sospensione o lo scioglimento del contratto principale – di conto corrente – abbia sì come conseguenza anche la sospensione o lo scioglimento del patto di compensazione, ma solo per i debiti che non siano ancora scaduti; diversamente infatti, ove la cessione del credito sia stata validamente stipulata e perfezionata, la banca potrà validamente compensarli anche dopo che il soggetto sottoposto a concordato preventivo si sia avvalso della sospensione o dello scioglimento del contratto principale.
Si veda inoltre CEDERLE, *La Corte di Cassazione conferma la legittimità del* pactum de compensando *a fronte di anticipazioni nel concordato preventivo,* in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2011, fasc. 4, p. 931, e REBECCA, *I contratti nel concordato preventivo con particolare riferimento alle anticipazioni bancarie e qualche spunto su factoring, mutuo, derivati, leasing e nuova finanza,* in www.ilcaso.it.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

interpretativi – pensiamo, ad esempio, al contratto di conto corrente che, essendo un contratto riguardo al quale residuano obbligazioni in capo ad entrambe le parti e, quindi, suscettibile di essere sospeso o sciolto *ex* art. 169*bis* L.F. – per altri, *in primis* per i contratti di finanziamento, la soluzione è più complessa.

Quanto a quest'ultima categoria di contratti, il problema riguarda, infatti, sia la sopravvivenza del contratto di mutuo – e dei finanziamenti in generale – sia il trattamento del debito maturato fino al momento dell'ingresso del debitore nella procedura di concordato e del debito residuo.

Come già visto, la giurisprudenza maggioritaria non considera applicabile l'istituto della sospensione o dello scioglimento *ex* art. 169*bis* L.F. ai contratti nei quali una parte abbia già completamente eseguito la propria prestazione, residuando solamente debiti o crediti. Di conseguenza, l'impresa in concordato non può chiedere lo scioglimento del contratto di mutuo, che continuerà anche in pendenza di concordato. Il debito maturato alla data di pubblicazione della domanda presso il Registro delle Imprese va considerato debito concorsuale, mentre le rate del finanziamento che andranno a scadere dopo l'ingresso in procedura dovranno essere soddisfatte in prededuzione[13].

[13] Sui contratti di finanziamento in giurisprudenza si vedano Trib. Milano, 28 maggio 2014, in www.ilcaso.it, secondo cui "i contratti di finanziamento/mutuo devono, quindi, considerarsi fonte di debito concorsuale per la massa dei creditori scaduti *ex* art. 55, comma 2, L.F., con il rispettivo grado di privilegio (ove sussistente)"; Trib. Treviso, 29 ottobre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Vicenza, 25 giugno 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Marsala, 5 febbraio 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in www.ilcaso.it.
In dottrina, sull'argomento si vedano PATTI, *I contratti bancari nel concordato preventivo tra bilateralità e unilateralità di inesecuzione*, in *Il Fallimento*, 2015, fasc. 5, p. 557, il quale sostiene che possono essere continuati, sciolti o sospesi solo i rapporti giuridici non ancora interamente realizzati nel loro sinallagma, non cristallizzati a fronte dell'esaurimento della loro fase esecutiva. L'autore continua sostenendo come, a suo parere, sia impossibile ritenere che i contratti unilaterali, come il mutuo, possano continuare a realizzare i propri effetti, così come essere sospesi o sciolti, a fronte della necessità di assimilarli a quelli integralmente eseguiti per il gravare dell'obbligazione ancora inadempiuta su una sola parte. Concorde anche BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1124. In senso contrario CASA – SEBASTIANO, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo,* in *Il Fallimento*, 2014, fasc. 5, p. 600 e CEDERLE, *Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169 bis ai contratti bancari autoliquidanti*,

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Si ritiene condivisibile l'opinione maggioritaria secondo cui nel contratto di mutuo la banca ha esaurito la propria prestazione con l'erogazione della somma mutuata, impedendo, di conseguenza, la possibilità di applicare l'art. 169*bis* L.F. a tale tipologia contrattuale.

A diversa conclusione si dovrà giungere, invece, nel caso di apertura di credito e in ogni caso in cui la banca sia tenuta a protrarre nel tempo l'impegno di credito (non essendo, appunto, esaurita la prestazione della banca, che è obbligata fino alla scadenza del contratto -obbligatorio, per giunta, non reale, a differenza del mutuo - a mettere a disposizione dell'impresa somme di denaro fino all'importo massimo del fido). In tale caso, quindi, la debitrice potrà chiedere ed ottenere la sospensione o lo scioglimento del contratto[14].

---

in *Il Fallimento*, 2014, p. 798, sulla base del diverso significato da attribuire all'art. 169*bis* L.F. rispetto all'art. 72 L.F., perché nella previsione di cui all'art. 169*bis* L.F. rientra ogni contratto in cui permane almeno in capo a una delle parti un'obbligazione ancora da eseguire, propendendo quindi per la possibilità di sciogliere o sospendere i contratti di mutuo pendenti al momento dell'avvio della procedura di concordato. Si segnala tuttavia che tale contributo dottrinale è precedente alla modifica della lettera dell'art. 169*bis* ad opera del d.lgs. 83/2015. Si vedano anche GALLETTI, *La disciplina dei rapporti in corso di esecuzione nel concordato si applica anche ai contratti di finanziamento*, in www.ilfallimentarista.it e FRÈ, *Mutuo ipotecario – possibile conservazione nell'ambito di un concordato preventivo in continuità,* in www.ilfallimentarista.it.; quest'ultimo sostiene la possibilità di prosecuzione del contratto di mutuo – e la non applicabilità dell'art 55 L.F. previsto per il caso del fallimento, relativo alla sorte dei crediti successiva all'apertura della procedura concorsuale, richiamato dal disposto dell'art. 169 L.F. - e dei contratti di finanziamento in generale, i quali non prevedano ulteriori prestazioni in capo al finanziatore. Per un ulteriore approfondimento si veda inoltre LAMANNA, *Mutui ipotecari pendenti nel concordato con continuità aziendale e scadenza immediata del debito di restituzione ex art. 55 L. Fall.,* in www.ilfallimentarista.it.

[14] Sulla possibilità di applicare l'art. 169*bis* L.F. al contratto di apertura di credito si vedano Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 28 maggio 2014, in www.ilcaso.it; il caso deciso dal Tribunale riguarda un contratto di anticipazione bancaria, che viene definito come una "sottospecie del contratto di apertura di credito"; Trib. Genova, 4 novembre 2013, in www.ilcaso.it.
In dottrina ritiene applicabile l'art. 169*bis* L.F. all'apertura di credito FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, secondo il quale quanto disposto dall'art. 169*bis* L.F. non deve essere ritenuto inapplicabile a tutti i contratti con causa finanziaria; anzi, proprio la formula usata in questa disposizione - ovvero quella di "contratti in corso di esecuzione" -, pare volervi ricomprendere anche quei contratti in cui la prestazione è unilaterale ma pendente e non esaurita, come ad esempio per il contratto di apertura di credito.
Secondo REBECCA, *I contratti nel concordato preventivo con particolare riferimento alle anticipazioni bancarie e qualche spunto su factoring, mutuo, derivati, leasing e nuova finanza,* in www.ilcaso.it, la banca è obbligata a mettere a disposizione del cliente gli importi che giungano fino

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Considerazioni analoghe a quelle svolte fin qui valgono pure per l'anticipazione bancaria. Anche in questa ipotesi non si può sostenere che la banca abbia esaurito la propria obbligazione: di conseguenza, il contratto potrà essere sospeso o sciolto, ferma la validità delle operazioni perfezionatesi prima dell'ingresso in procedura concorsuale se sostenute da valida cessione di credito[15].

Chi scrive ritiene condivisibile l'opinione espressa dalla giurisprudenza maggioritaria secondo cui il contratto di anticipazione bancaria può essere sospeso o sciolto su istanza dell'impresa in concordato, essendo, quello della banca, un obbligo di durata e non potendosi, quindi, sostenere che l'obbligazione della medesima si sia esaurita (come per il mutuo, ad esempio) istantaneamente con la concessione della somma a prestito.

---

al limite contrattualmente stabilito, e ciò finché le linee di credito ad esse relative non siano revocate; ferma, però, la possibilità di un'eventuale sospensione o scioglimento, se richiesti dal debitore *ex* art. 169*bis* L.F.

[15] Sul punto si veda Trib. Verona 31 agosto 2015, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 28 maggio 2014, in www.ilcaso.it; in questa pronuncia il Tribunale precisa come l'anticipazione bancaria possa essere sospesa limitatamente alle operazioni future, non alle singole operazioni di anticipazione perfezionatesi prima dell'ingresso del debitore in concordato, perché in tali ipotesi residua unicamente un debito del cliente verso la banca; Trib. Genova, 4 novembre 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 27 novembre 2013, in www.ilcaso.it. Nega la possibilità di applicare l'art. 169*bis* L.F. al contratto di anticipazione bancaria Trib. Vicenza, 25 giugno 2013, in www.ilcaso.it; e ciò sulla scorta della considerazione che la prestazione fondamentale della banca si è già esaurita.
In dottrina, e*x multis,* si veda TARZIA, A*nticipazioni bancarie e art. 169*bis *L.F.,* in www.ilfallimentarista.it. Secondo l'autore il contratto di anticipazione bancaria è solitamente concluso in applicazione delle disposizioni contenute in un contratto quadro precedentemente perfezionato tra le parti. Se questo è ancora in corso quando il debitore chiede ed ottiene l'ammissione ad una procedura di concordato preventivo, ben può ipotizzarsi una sua sospensione o scioglimento ai sensi dell'art. 169*bis* L.F., che, rispettivamente, sospenda o faccia definitivamente venir meno la possibilità di presentazione alla banca di ulteriori crediti per la loro anticipazione. L'autore pare condividere l'opinione giurisprudenziale in tema di anticipazione bancaria che non ritiene di poter applicare l'art. 169*bis* L.F. a tale contratto per le operazioni già eseguite, in quanto, similmente a quanto accade nel caso del mutuo, della cessione del credito, del mandato di incasso, la prestazione della banca si conclude con l'erogazione e rimarrà da eseguire solo la controprestazione restitutoria.
Contra, DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari),* in *Giur. Comm*., 2014, fasc. 1, p. 43, che ritiene che, qualora il contratto di anticipazione sia corredato di mandato all'incasso o patto di annotazione e elisione, a seguito dell'avvio della procedura concordataria esso viva una sorta di "seconda fase di esecuzione del complessivo rapporto contrattuale" tra banca e cliente, con la permanenza di obbligazioni non ancora interamente eseguite in capo a entrambe le parti (si veda in tema quanto precisato *supra* relativamente al mandato all'incasso e alla sua sorte a seguito dell'avvio della procedura di concordato preventivo).

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

L'interesse dell'impresa in concordato non è tanto quello di sciogliersi dal contratto di anticipazione bancaria, quanto quello di bloccare l'operatività del patto di compensazione e del mandato all'incasso (su cui vedi *supra*, rispettivamente). Tuttavia, la modifica della lettera dell'art. 169*bis* L.F. e la condivisibile opinione giurisprudenziale maggioritaria portano a ritenere che il soggetto in concordato debba tenere conto – nella costruzione del piano di concordato – del fatto che le somme portate dagli effetti anticipati, ove sussista un patto di compensazione o un mandato all'incasso, saranno trattenute dalla banca e portate in compensazione[16] con il maggior credito vantato dall'istituto di credito nei confronti della debitrice.

Per quanto riguarda il contratto di *factoring* e la sua sorte a seguito dell'ingresso in procedura concordataria dell'imprenditore cedente, la questione è più complessa perché coinvolge due aspetti differenti ma parimenti importanti, ovvero la possibilità di sospendere o sciogliere il contratto di *factoring* e la sorte dei crediti del *factor* maturati fino al momento dell'ingresso del debitore nella procedura di concordato.

Cominciamo dalla prima questione, che è di facile soluzione. Come già detto, l'istituto della sospensione o dello scioglimento *ex* art. 169*bis* è applicabile ai contratti nei quali entrambe le prestazioni in capo ai contraenti sono ancora, in tutto o in parte, inadempiute. Di conseguenza, l'impresa in concordato può chiedere lo scioglimento del contratto di *factoring*[17].

[16] *Contra*, Trib. Verona, 31 agosto 2015, in www.ilfallimentarista.it, secondo cui la banca non può trattenere le somme accreditate nel conto corrente intestato all'impresa successivamente al suo ingresso in concordato, in quanto non può mai operare l'art. 56 L.F. (nemmeno se l'esigibilità del credito dell'impresa debitrice era venuta ad esistenza prima della pubblicazione del ricorso per concordato nel Registro delle Imprese) perché "la regolazione dell'incasso sul conto corrente non si traduce in una compensazione in senso tecnico ma in un'operazione contabile di riduzione del passivo"

[17] Sullo scioglimento del contratto di *factoring* si veda Trib. Pavia, 24 novembre 2014, in www.ilcaso.it; il Tribunale ha affrontato il tema dell'applicabilità dell'art. 169*bis* L.F. al contratto di *factoring*, ammettendola, anche se poi nel caso di specie ha sospeso solo il mandato all'incasso sulla scorta della considerazione che il finanziamento "rotativo" era funzionale alla continuità aziendale.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Più complessa, per contro, è la questione della sorte dei crediti vantati dal *factor*, la cui soluzione passa necessariamente attraverso l'analisi del problema dell'opponibilità delle cessioni di credito alla procedura concordataria.

Fino alla riforma della legge fallimentare attuata con il d.lgs. 5/2006 si poneva il problema dell'applicabilità dell'art. 45 L.F. al concordato preventivo e, in particolare, il problema dell'opponibilità alla procedura di concordato preventivo del credito ceduto. Tale problema, tuttavia, è stato risolto a seguito della modifica dell'art 169 L.F. ad opera, come detto, del d.lgs. 5/2006, che ha risolto il problema interpretativo, richiamando l'art. 45 L.F. tra le norme applicabili al concordato preventivo.

Di conseguenza, nel caso della cessione del credito, ove le formalità previste per l'opponibilità ai terzi – ovvero la notifica o l'accettazione dell'avvenuta cessione – siano intervenute prima dell'ingresso dell'impresa in procedura concordataria, la cessione del credito sarà opponibile ai creditori concorsuali.

Il dubbio interpretativo sembrerebbe, quindi, definitivamente risolto; tuttavia, rimane vivo il dibattito circa la possibilità di applicare quanto prescritto dall'art. 45 L.F. alla cessione del credito realizzata all'interno di un contratto di *factoring*, ovvero in quella cornice contrattuale entro la quale vengono realizzate, in veste di atti negoziali attuativi di quanto convenzionalmente disposto, plurime cessioni relative a tutti i crediti presenti e futuri dell'imprenditore cedente, il quale vedrà il soggetto cessionario, cioè il *factor*, impegnarsi, oltre al pagamento di un compenso pattuito, a svolgere una serie di servizi accessori quali la contabilizzazione, la gestione, la riscossione ed eventualmente la garanzia dei crediti ceduti.

Il problema circa l'applicabilità al *factoring* della disciplina contenuta nella Legge Fallimentare e prevista per la cessione del credito, nel caso di ingresso in procedura concordataria del cedente, nasce a fronte della necessità di coordinare quanto previsto dalla Legge Fallimentare con la normativa speciale in materia di *factoring*, contenuta nella L. 52/91, la quale disciplina espressamente l'ipotesi in cui il cedente che abbia concluso un

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

contratto di *factoring* sia dichiarato fallito, ma non contempla l'ipotesi del concordato preventivo. È necessario comprendere, allora, se le disposizioni in tema di cessione del credito d'impresa contenute nella L. 52/91 per il caso di fallimento dell'imprenditore cedente, in particolare gli artt. 5 e 7, si applichino anche nel caso di ammissione dello stesso a concordato preventivo.

L'art. 5 L. 52/91 stabilisce i requisiti necessari a rendere opponibile una cessione di credito ai terzi; l'art. 7, poi, prevede che è sufficiente – ai fini dell'opponibilità della cessione dei crediti al fallimento del cedente – che il *factor* abbia dato esecuzione all'obbligazione del pagamento del corrispettivo pattuito nei confronti del cedente, salvo che non venga dimostrata, ad opera del curatore, la conoscenza in capo al cessionario dell'insolvenza del cedente, se il pagamento sia stato realizzato nell'anno anteriore alla sentenza dichiarativa del fallimento e prima della scadenza del credito ceduto, e ciò a prescindere dall'avvenuta notifica o accettazione da parte del ceduto.

Non si sono rinvenute pronunce di legittimità su questo punto; tuttavia, al fine di identificare alcuni principi di diritto applicabili al tema di cui si tratta, è interessante esaminare una sentenza resa in tema di opponibilità delle cessioni del credito al fallimento; come detto, infatti, a seguito della riforma del 2006 la disciplina è applicabile anche al concordato preventivo.

Sul punto si veda quanto sancito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 19199 dell'11 settembre 2014. Secondo la Corte Suprema sono opponibili al fallimento le cessioni di credito notificate o accettate dal ceduto prima dell'avvio della procedura fallimentare.

Applicando il medesimo principio al concordato preventivo – applicazione resa possibile, come detto, dal richiamo all'art. 45 L.F. contenuto nell'art. 169 L.F. - saranno opponibili alla procedura concordataria solo le cessioni di credito accettate o notificate al debitore ceduto, con atto avente data certa, prima dell'ammissione dell'imprenditore cedente al concordato preventivo.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Tale principio trova poi applicazione non solo nei confronti della massa dei creditori concorsuali, ma anche nei confronti del debitore ceduto, il quale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1264, co. 2, c.c., non è liberato se paga al cessionario in mancanza delle formalità previste dalla legge ai fini dell'opponibilità della cessione alla procedura. Di conseguenza, se anche il debitore ceduto sia a conoscenza dell'intervenuta cessione, egli potrà dirsi liberato nei confronti della procedura concorsuale se pagherà a fronte di una cessione valida ed opponibile (quindi notificata o accettata con atto avente data certa), non semplicemente conosciuta o resa nota in altre forme.

Quanto finora ricostruito in tema di fallimento – e, di riflesso, in tema di concordato preventivo e cessione del credito, per le ragioni anzidette - va raccordato con la disciplina in tema di *factoring,* che dispone, per contro, ai fini dell'opponibilità alla procedura fallimentare, la sufficienza del pagamento da parte del *factor* del corrispettivo pattuito convenzionalmente[18]. È necessario capire, infatti, se prevalgano le disposizioni della Legge Fallimentare o quelle previste in materia di *factoring* e contenute nella L. 52/1991.

In argomento non vi sono pronunce di merito che stabiliscano se sia la normativa fallimentare oppure quella speciale relativa al *factoring* a prevalere; tuttavia, le pronunce di merito confermano quanto deciso dalla Corte di Cassazione in tema di cessione del credito, sancendo l'opponibilità al concordato preventivo delle cessioni di credito solo se siano state notificate o accettate dal ceduto prima dell'avvio della procedura concorsuale[19].

---

[18] Sul punto si vedano Cass., 23 giugno 2015, n. 12994, in *Giust. Civ. Mass*., 2015; Cass., 8 luglio 2015, n. 14260, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015.

[19] Si veda in tema la sentenza resa dal Tribunale di Modena il 5 marzo 2015 (in www.ilcaso.it), la quale ha precisato che gli artt. 169 e 45 L.F., in combinato disposto con l'art. 2914 n. 2 c.c., sanciscono la possibilità di opporre ai creditori dell'imprenditore cedente solo le cessioni di credito che siano state notificate al debitore ceduto o dal medesimo accettate con atto avente data certa ed intervenuto precedentemente rispetto alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo. Inoltre, viene precisato che il disposto dell'art. 2914 n. 2 c.c. – che prevede che siano inefficaci nei confronti del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione le cessioni di credito che, seppur anteriori al pignoramento, siano state notificate al debitore o da lui accettate in data successiva rispetto allo stesso - opera anche nei casi in cui il creditore cedente sia in fallimento o in concordato preventivo. In senso analogo si veda anche Trib. Udine, 23 settembre 2011, in www.ilcaso.it.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

La dottrina che si è occupata del tema dell'opponibilità della cessione alla procedura concordataria ha sottolineato la necessità di prendere in considerazione non solo il momento in cui la cessione si è perfezionata, ma anche il momento della procedura concorsuale rispetto al quale la cessione debba essere ritenuta anteriore.

A tal proposito, gli autori che si sono occupati del tema ritengono che l'anteriorità della cessione debba essere valutata rispetto alla data del provvedimento del Tribunale di ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo e non a un momento precedente. Considerato che l'ingresso nella procedura concordataria non comporta lo scioglimento automatico dei contratti in corso – fatta salva la disposizione di cui all'art. 169*bis* L.F. in tema di sospensione e scioglimento dei contratti pendenti – se ne ricava, in tema di *factoring*, che l'imprenditore sarebbe obbligato a dare corso alle cessioni convenute[20].

Analoghe considerazioni valgono rispetto alla possibilità di operare una compensazione tra debiti e crediti. La compensazione sarà opponibile alla procedura se tutti i rapporti che si vogliono compensare siano stati conclusi prima dell'ammissione al concordato preventivo, cioè tra due soggetti ancora solvibili; diversamente, l'avvio della procedura concorsuale cristallizzerebbe i rapporti giuridici pendenti.

Secondo altri autori, però, per la reciprocità di debiti e crediti il fattore temporale è irrilevante, poiché è sufficiente che i rapporti contrapposti facciano riferimento ad un'attività negoziale conclusa prima dell'inizio della procedura concorsuale[21].

In base all'opinione dominante in dottrina, il patrimonio del soggetto sottoposto a concordato preventivo viene cristallizzato quando è decretata l'ammissione alla procedura stessa, così come accade al patrimonio sottoposto a pignoramento; al fine di opporre ai creditori concorsuali la cessione del credito è necessario, quindi, provarne con data certa

[20] A. PATTI, *Contratto di factoring e condizioni per la compensazione del debito,* in *Il Fallimento,* 2004, fasc. 4, p. 674.
[21] Così CARNEVALI, *Problemi giuridici del factoring,* in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, fasc. 1, p. 319.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

la notifica o accettazione in un momento precedente proprio all'ammissione del cedente a concordato preventivo.

Per l'avvio della procedura di concordato preventivo e per l'opponibilità di un credito rispetto alla massa è rilevante, però, non solo la data della nascita del rapporto giuridico, ma anche quella dell'esigibilità dell'obbligazione che dovrebbe sempre precedere l'avvio di detta procedura[22].

Coordinando quanto previsto dalla L. 52/91 - che prescinde, per l'opponibilità della cessione del credito ai creditori del fallito, dalle formalità descritte come necessarie dall'art. 45 L.F. perché ritiene sufficiente la corresponsione di quanto pattuito per la cessione del credito - con la normativa della Legge Fallimentare in tema di concordato preventivo è possibile svolgere alcune considerazioni finali.

A parere di chi scrive, la disciplina prevista in tema di *factoring* e fallimento dell'imprenditore cedente non è applicabile per analogia all'ipotesi di ammissione di questo stesso soggetto a concordato preventivo; ciò, sia alla luce della specialità della L. 52/91, non suscettibile di interpretazione estensiva, sia della diversa sorte dei contratti in caso di fallimento e di concordato (nel primo caso si sciolgono per legge; nel secondo caso proseguono, salva la possibilità di chiederne la sospensione o lo scioglimento; anche tale differenza non depone a favore della possibilità di applicare in via analogica quanto previsto dalla L. 52/91), sia in forza delle considerazioni sull'opponibilità della cessione alla massa dei creditori nel concordato preventivo, che prevedono – ai fini dell'opponibilità della cessione ai creditori concorsuali - non solo il perfezionamento della cessione del credito prima dell'ammissione al concordato preventivo, ma anche la realizzazione delle formalità necessarie per l'opponibilità alla procedura.

In conclusione su questo punto, chi scrive ritiene che il *factor* dovrà dimostrare di aver perfezionato le cessioni di credito sottese al meccanismo del *factoring* con atto avente data certa anteriore alla pubblicazione del ricorso per concordato preventivo nel Registro delle

[22] Così M. ROTA, *Osservazioni sul rapporto tra la disciplina del "factoring" e del concordato preventivo, in tema di compensazione,* in *BBTC*, 2014, fasc. 4, pt.2, pp. 500-506.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Imprese, non potendo invocare la tutela prevista dall'art. 7 L. 52/1991 per sottrarsi a tale dimostrazione.

Passando, ora, ad analizzare il contratto di *leasing*, anche in questo caso è necessario soffermarsi sulla possibilità di sospendere o sciogliere il contratto e sul trattamento del debito maturato fino al momento dell'ingresso del debitore nella procedura di concordato e del debito residuo. Sul primo punto, non sembra esservi alcuna ragione ostativa all'applicabilità dello strumento di cui all'art. 169*bis* L.F. al *leasing*, trattandosi di contratto nel quale entrambe le prestazioni in capo ai contraenti sono ancora, in tutto o in parte, inadempiute[23].

L'art. 184 L.F. stabilisce che l'omologazione del concordato ha effetti obbligatori nei confronti dei creditori. È controversa, però, la questione relativa alla sorte dei crediti, maturati prima dell'ingresso in procedura, relativi ai contratti che continuano dopo l'ammissione a concordato; in particolare, è controversa la natura dei debiti maturati nei confronti della società di *leasing*, sia nel caso si tratti di *leasing* di godimento, che qualora si tratti di *leasing* traslativo.

Secondo l'opinione dominante, il debito maturato alla data di pubblicazione della domanda presso il Registro delle Imprese va considerato debito concorsuale, mentre le rate del finanziamento che andranno a scadere dopo l'ingresso in procedura dovranno essere soddisfatte in prededuzione[24].

---

[23] Sulla possibilità di sciogliere il contratto di *leasing* si veda Trib. Ravenna, 28 gennaio 2014, in www.ilcaso.it.

[24] Quanto alla falcidia concordataria subita dai canoni maturati e non corrisposti fino alla pubblicazione presso il Registro delle Imprese del ricorso per concordato, si veda Trib. Parma, 10 marzo 1998, in De Jure, in www.iusexplorer.it (sentenza resa in tema di fallimento), secondo cui al *leasing* di godimento deve applicarsi la disciplina della locazione relativamente ai crediti maturati prima dell'inizio della procedura di concordato; di conseguenza, questi ultimi subiscono la falcidia concordataria.
In dottrina si veda LOVATO, *Concordato preventivo e contratti pendenti dopo il 169*bis, in *Il Commercialista Veneto*, n. 219, maggio-giugno 2014. Inoltre, SPEROTTI – ALBÈ, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing pendenti*, in www.ilfallimentarista.it.
Per quanto riguarda, invece, l'applicabilità della falcidia concordataria ai canoni maturati e non corrisposti fino alla pubblicazione presso il Registro delle Imprese del ricorso per concordato, in dottrina si confrontano opinioni contrastanti. Si veda PATTI, *Il* leasing *nelle procedure concorsuali*

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

In tema di *leasing*, poi, vi è un altro aspetto importante da tenere in considerazione. Con la riformulazione dell'art. 169*bis*, L.F., attuata nel 2015, è stata introdotta, all'ultimo comma dello stesso, una norma che ha avrà riflessi importanti sui rapporti debitori e creditori tra l'impresa in concordato e la società di *leasing*. L'ultimo comma dell'art. 169*bis*, L.F., prevede, infatti, che "*in caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare al debitore l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale. La somma versata al debitore a norma del periodo precedente è acquisita alla procedura. Il concedente ha diritto di far valere verso il debitore un credito determinato nella differenza tra il credito vantato alla data del deposito della domanda e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato*"[25].

L'interpretazione di questa norma pone non pochi problemi interpretativi, in particolare per quanto riguarda i criteri di determinazione del "valore di mercato" e i soggetti legittimati non solo a stabilirlo, ma anche a contestarlo.

Ciò nonostante, il concetto di "valore di mercato" di un bene oggetto di un contratto di *leasing* non è nuovo nell'ambito della legge fallimentare. Si pensi, infatti, a quanto previsto dall'art. 72*quater* L.F. in tema di fallimento: "*in caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto*

---

minori, in *Giur. Comm*., 1996, parte I, p. 933, il quale ritiene che i canoni dovuti già prima dell'avvio della procedura concorsuale siano sottoposti a falcidia.
Per l'opinione contraria si vedano invece MAFFEI ALBERTI, Leasing *e* factoring *nell'amministrazione controllata e nel concordato preventivo*, in *Il Diritto Fallimentare*, 1994, fasc.4, p. 597 ss. e RAGO in *Il concordato preventivo. Dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998, p. 273.
Con riguardo al *leasing* traslativo si veda FILOCAMO in *La Legge fallimentare. Commentario teorico pratico,* a cura di M. Ferro*,* Padova, 2011, p. 1907, ma anche DIMUNDO e PATTI in *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori,* Milano, 1999, p. 334, per i quali si ritiene applicabile la normativa della vendita a rate con riserva di proprietà, e dunque deve ritenersi che le prestazioni reciproche siano uniche nonostante il frazionamento del pagamento del debito dell'utilizzatore. Secondo questi autori il credito è, quindi, interamente sottratto agli effetti del concordato.

[25] La disposizione prevista dal d.l. 83/2015 - al quale la legge di conversione 132/2015 non ha apportato modifiche - si applica, come previsto dal suo art. 23, co. 8, solo alle istanze di scioglimento depositate dopo il 27 giugno 2015, data di entrata in vigore del citato decreto legge.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

al credito residuo in linea capitale; per le somme già riscosse si applica l'articolo 67, terzo comma, lettera a)". La norma prosegue, poi, stabilendo che "*il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. In caso di fallimento delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria, il contratto prosegue; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito*".

La formulazione dell'art. 72*quater*, comma 2, L.F., è, nella sua prima parte, pressoché identica rispetto a quella della disposizione inserita all'ultimo comma dell'art. 169*bis* L.F. Vista l'identità della *ratio* delle due norme, si ritiene che – ferme le necessarie distinzioni dovute alla diversità delle procedure – l'interpretazione del nuovo art. 169*bis* L.F. possa essere agevolata dall'esame di quanto osservato dalla dottrina e deciso dalla giurisprudenza in tema di fallimento[26].

[26] Si veda a proposito del valore di mercato quanto stabilito da Trib. Udine, 24 aprile 2012, in www.ilcaso.it, relativamente a una fattispecie, appunto, di fallimento. In tale decisione il Tribunale ha affermato che il valore di mercato cui fa riferimento l'art. 72*quater* L.F. deve essere determinato in contraddittorio tra procedura fallimentare e concedente, per esempio con valutazione redatta in sede di inventario o nell'istruttoria per l'ammissione al passivo o nella causa di opposizione.
Tale principio è particolarmente rilevante, soprattutto se valutato congiuntamente con quanto espresso in dottrina circa la necessità di determinare il valore di mercato ancorandolo a parametri oggettivi, e alla possibilità di ricorso dell'utilizzatore alla determinazione fattane dal concedente. Tali principi sembrano potersi applicare anche al concordato preventivo. Si veda Trib. Padova, 2 marzo 2007, in Il Fallimento, 2007, pp. 821 ss., il quale ha previsto che, a seguito del fallimento dell'utilizzatore, è ammissibile al passivo fallimentare il credito pari alla differenza tra l'importo dei canoni scaduti e a scadere – questi come penale, a titolo dunque di forfettizzazione del risarcimento del danno attualizzato – e il totale dei canoni incassati e la somma ricavata dalla vendita dei beni restituiti, con una riduzione in via equitativa volta a riequilibrare la posizione delle parti ed evitare indebiti arricchimenti del concedente in danno della massa dei creditori. Anche il principio espresso dal Tribunale di Padova ed incentrato sul rispetto della *par condicio creditorum* sembra applicabile al concordato preventivo. Ancora. Trib. Pordenone, 3 novembre 2009, in www.ilcaso.it, ha previsto che, qualora il prezzo conseguito dalla vendita sia inferiore al prezzo di mercato, il concedente dovrà risarcire i danni alla massa se, qualora avesse agito con la dovuta diligenza, avrebbe potuto conseguire un prezzo superiore.
La dottrina si è espressa relativamente al concetto di "valore di mercato" di cui all'art. 72*quater*, comma 2, L.F. rilevando che tale disposizione è stata introdotta per evitare che il residuo valore del bene venga deprezzato o svalutato a causa del concedente, interessato solo a soddisfare il proprio credito, spesso tramite l'inserimento nel contratto di apposite clausole per la determinazione convenzionale del valore del bene o per accordi con terzi acquirenti; sul punto si veda DEMARCHI, *Lo scioglimento del contratto di leasing a causa del fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2008, p. 423 ss.;

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

A parere di chi scrive, le opinioni che sono maturate in dottrina e le soluzioni date dalla giurisprudenza che si è formata in tema di art. 72*quater* L.F. potranno essere utilizzate quali validi punti di partenza per determinare la portata applicativa della nuova disposizione introdotta nell'art. 169*bis* L.F.

L'introduzione – anche nell'ambito del concordato preventivo – di questa norma, che si applica da più di cinque anni alle procedure fallimentari, è da accogliere favorevolmente, perché scongiura il pericolo che il concedente, una volta sciolto il contratto e ripreso il bene, lo svenda, essendo titolare di un credito residuo inferiore al valore del cespite e, dunque, essendo interessato a rientrare rapidamente della propria esposizione, e ciò anche a detrimento della massa dei creditori. È innegabile che la norma non avrà particolare impatto sui beni scarsamente appetibili sul mercato, per i quali oggettivamente residuerà la

---

NICOLINI, *La riforma organica delle procedura concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, 2008, p. 282; APICE e MANCINELLI in *Diritto Fallimentare: normativa e adempimenti*, Torino, 2008, p. 160, nt. 9.

Si è giunto, inoltre, a ritenere che il valore residuo del bene debba essere determinato attraverso parametri oggettivi, i quali possono essere tratti, ad esempio, dalle stime di un perito nominato dal giudice delegato, da pubblicazioni specializzate, dai criteri di cui all'art. 1474 c.c. In tal senso, APRILE, in *La Legge fallimentare. Commentario teorico pratico,* a cura di M. Ferro*,* Cedam, Padova, 2011, p. 864 e BERSANI, *La disciplina del* leasing *nel fallimento tra interpretazioni giurisprudenziali e nuove norme fallimentari*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 311.

La determinazione di questi valori è, però, dipendente dal momento in cui essa è realizzata; di conseguenza, taluni autori ritengono che essa possa essere verificata dagli organi del fallimento, diventando tale verifica una condizione affinché il concedente possa far valere i suoi diritti nella procedura. Si potrebbe dunque ritenere che il curatore ha diritto, qualora vi sia controversia circa l'importo ottenuto a seguito della vendita, a nominare un consulente tecnico che accerti la corrispondenza di quanto ottenuto rispetto al valore di mercato; si veda sul punto, *ex multis*, JORIO, in *Trattato di Diritto Commerciale,* diretto da Cottino, Cedam, Padova, p. 484, nt. 59.

Qualora la vendita sia avvenuta a valori inferiori a quelli di mercato, la dottrina è divisa su quali siano le conseguenze per il concedente: se, da una parte, si ritiene – si veda CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, volume III, Utet, 4 ed., p. 151 - che questi debba restituire tutto ciò che abbia ricavato senza poter trattenere la parte relativa al proprio credito, dall'altra parte, come statuito dalla sentenza del Tribunale di Pordenone sopra citata*,* c'è chi ipotizza un dovere di risarcire il danno alla massa – così TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. Fallimentare*, 2006, p. 294 – o, ancora, chi esclude la possibilità di ammettere il concedente al passivo per la differenza tra minor prezzo e credito residuo in linea di capitale alternativamente all'obbligo di versare la differenza tra il ricavo ottenuto, corrispondente al proprio credito residuo, ed il maggior valore di mercato del bene (in tal senso IVONE, in *Fallimento e altre procedura concorsuali,* a cura di Fauceglia Panzani, vol. I, Torino, 2009, p. 763).

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

difficoltà di determinare il reale "valore di mercato" (che necessariamente coinciderà con quanto offerto da un potenziale acquirente, posto che se ne trovi uno). Ciò nonostante, tale disposizione potrebbe rivelarsi vantaggiosa per la massa dei creditori in caso di beni appetibili sul mercato. Fondamentale sarà l'affermazione della tesi, che qui si propone, che il "mercato" è negato in radice da una trattativa bilaterale.

Quanto al meccanismo di determinazione del valore di mercato, a parere di chi scrive potrebbe rivelarsi utile la redazione di un accordo con il concedente in forza del quale – a fronte della risoluzione del contratto e della restituzione del bene – viene demandata agli organi della procedura (il Commissario Giudiziale) la vendita, mediante procedura competitiva, del bene o, quanto meno, la determinazione del valore attraverso la raccolta di offerte, in modo tale da far fuoriuscire da una logica privatistica la raccolta di offerte finalizzata alla vendita e, dunque, ricreando una dinamica di mercato – sotto la vigilanza del Commissario Giudiziale – a tutela della massa dei creditori.

Una soluzione di questo tipo incontrerà probabilmente parecchie resistenze da parte delle società di *leasing* concedenti – che difficilmente accetteranno di abdicare alla gestione della fase di vendita di un proprio bene –; non di meno, se a fronte di siffatta soluzione si pattuisse che gli organi della procedura non contesteranno la determinazione così ricavata del "valore di mercato", ecco che ciò potrebbe rappresentare un vantaggio anche per le società di *leasing* stesse (specie in un periodo in cui, complice l'infausta congiuntura economica, è frequente assistere a vendite a prezzi assai inferiori a quelli indicati nelle perizie di stima).

In conclusione su questo punto: l'introduzione di questa previsione normativa nell'ambito del concordato preventivo potrebbe rivelarsi una buona occasione per "contrattualizzare" – nel senso di inserire all'interno della costruzione del piano anche la negoziazione e l'accordo con la società concedente su questo punto – un aspetto importante della realizzazione dell'attivo concordatario su cui spesso si creano distonie tra le risultanze del piano concordatario e quelle della relazione *ex* art. 172 L.F. e, dunque, su cui si annidano incertezze rispetto alla fattibilità del piano stesso.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

§§§

Esaurita l'illustrazione della sorte dei contratti bancari maggiormente utilizzati nella prassi, appare utile soffermarsi anche su alcune questioni relative non a contratti bancari ma, comunque, a contratti che le imprese concludono con le banche. Pensiamo, ad esempio, ai contratti relativi a strumenti finanziari derivati e chiediamoci se rimangano efficaci a seguito dell'ammissione di una delle parti (nel nostro caso, l'impresa che ha utilizzato tali strumenti con finalità di copertura) a concordato preventivo.

È frequente, infatti, che la società che chieda l'ammissione al concordato preventivo abbia stipulato contratti su strumenti finanziari derivati, che in molti casi si rivelano molto onerosi per il debitore che, quindi, ha interesse a sciogliersi dagli stessi.

Si tratta di capire se, in caso di plurimi contratti derivati retti dal medesimo contratto quadro, l'impresa possa chiedere lo scioglimento solo di alcuni strumenti finanziari derivati – quelli, *in thesi*, divenuti onerosi, ovvero che non soddisfino un'apprezzabile esigenza di copertura da un rischio rispetto ad altri contratti di finanziamento per cui non si chiede lo scioglimento in funzione della continuità aziendale o, comunque, delle esigenze del piano concordatario – o se la banca o l'intermediario finanziario possano chiedere di chiudere tutti i rapporti in essere, facendo applicazione della clausola di *close-out netting*[27], ove prevista nell'accordo quadro.

[27] Sulla clausola di *close-out netting* si veda U. MINNECI, *La stabilità degli effetti indotti dalle clausole di close-out netting*, in www.ilcaso.it, sezione II – Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 140. Sulla sorte degli *swap* in caso di procedura concorsuale si veda CAPUTO NASSETTI, *La disciplina fallimentare degli swap*, in *Giur. Comm.*, 2012, fasc. 3, p. 431. Interessante anche il contributo della BCE (BANCA CENTRALE EUROPEA, *Parere del 13 giugno 2001 su richiesta del Consiglio dell'Unione europea in merito a una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai contratti di garanzia finanziaria (CON/2001/13) (2001/C 196/09)* in tema di *close-out netting*; la Banca Centrale Europea si è, infatti, pronunciata circa la rilevanza del riconoscimento delle clausole di cui si tratta, evidenziando che l'introduzione normativa è considerata positivamente in quanto, considerate dette clausole come forma di escussione di una garanzia atipica, esse vanno protette e incentivate nella loro effettività in caso di inadempienza del debitore.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

La giurisprudenza di merito ha rilevato in varie occasioni come ai contratti su strumenti finanziari derivati e, in particolare, ai contratti di *swap*, si applichi l'art. 169*bis* L.F.[28]. Leggendo le pronunce di merito sul tema, lo scioglimento dei contratti su strumenti finanziari derivati (si trattava sempre di *swap*) è stato autorizzato sulla scorta della considerazione che lo scioglimento consentiva di eliminare l'alea insita negli strumenti derivati e di cristallizzare i rapporti di debito e credito tra impresa in concordato e intermediario finanziario.

La possibilità per la società di sciogliersi dai contratti su strumenti finanziari derivati non pare destare particolari dubbi interpretativi, posto che i contratti derivati rientrano nella categoria dei contratti non ancora completamente eseguiti da parte di entrambi i contraenti (questo vale sicuramente per gli *swap*, che sono notevolmente i più diffusi tra le imprese).

Più problematica appare, invero, la questione dell'applicabilità delle clausole di *close-out netting* che dovessero essere inserite nei contratti quadro nell'ipotesi di procedura concordataria. Qualora nel contratto quadro fosse previsto anche un *collateral* che si configuri quale garanzia finanziaria e che, dunque, rientri nell'ambito di applicazione del d.lgs. 170/2004, allora si dovrà verificare se le norme contenute in tale decreto legislativo prevalgano su quelle della Legge Fallimentare. L'art. 7 d.lgs. 170/2004 (su cui torneremo

[28] Sul punto, si veda quanto deciso da Trib. Vicenza, 25 luglio 2013, in www.fallimentiesocieta.it., che ha, appunto, autorizzato lo scioglimento del contratto di *swap* (dal provvedimento non si ricava se l'impresa fosse stata ammessa al concordato con riserva o al concordato c.d. "pieno"). Si veda anche Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it, che ha sottolineato come, ai sensi dell'articolo 169*bis* L.F., la richiesta di scioglimento dei contratti di investimento in strumenti derivati (nel caso di specie, *interest rate swap*) possa essere accolta quando la natura degli *swap* sia incompatibile con il procedimento di concordato nonché con il carattere liquidatorio della domanda di concordato. Ancora, Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in www.ilcaso.it, ha precisato che la domanda di sospensione può essere avanzata anche qualora il concordato sia ancora nella fase "in bianco" ai sensi dell'articolo 161, co. 6, L.F., purché accompagnata da alcune informazioni necessarie per il vaglio, da parte del Tribunale, circa l'esistenza dei presupposti per lo scioglimento o la sospensione, le quali evidenzino i benefici per il debitore ma anche i sacrifici per la controparte, in modo tale da realizzare un contemperamento degli interessi di tutte le parti. In senso conforme Trib. Piacenza, 5 aprile 2013, in www.ilcaso.it, che ha autorizzato la sospensione di alcuni contratti di *swap* (ma ne ha negato lo scioglimento, perché la procedura di concordato era ancora nella fase c.d. "in bianco") e ha disposto che gli istituti di credito non addebitassero alcuna posta passiva relativa a detti rapporti successivamente al provvedimento di sospensione.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

infra, quando parleremo delle garanzie finanziarie) stabilisce la validità della clausola di *close-out netting* anche nell'ipotesi di ingresso del debitore in procedura concordataria. Il problema, però, a parere di chi scrive, non sta tanto nella validità della clausola, quanto nella sua possibilità di operare nel caso concreto.

Mentre nel caso del fallimento i contratti su strumenti finanziari derivati si sciolgono automaticamente, e ciò per effetto del combinato disposto dell'art 76 L.F. e dell'art. 203 T.U.F., nel caso del concordato preventivo – come visto – opera il principio della prosecuzione dei contratti, tanto che il contraente che accede alla procedura concordataria deve attivare lo strumento dell'art. 169*bis* L.F. per ottenere la sospensione o lo scioglimento dei contratti su strumenti derivati.

Così ricostruito il quadro normativo, a questo punto il debitore potrebbe anche porre in essere una scelta opportunistica – che è proprio ciò che si voleva evitare con la clausola del *close-out netting* – chiedendo lo scioglimento solo dei derivati diventati troppo onerosi o inutili e mantenendo in essere, per contro, strumenti derivati (ad esempio, di copertura dal rischio di oscillazione dei tassi su un determinato finanziamento per cui non si chiede lo scioglimento, essendo esso strategico per la prosecuzione dell'attività aziendale o per la realizzazione del piano) che assicurino un vantaggio all'impresa debitrice.

A fronte di una simile scelta del soggetto in concordato – opportunistica sì, ma non illecita e, dunque, vietata – chi scrive non ritiene che ci sia spazio per far operare la clausola di *close-out netting*, caducando così tutti gli strumenti derivati in essere e facendo operare il meccanismo di compensazione insito in tale pattuizione contrattuale.

Una simile soluzione potrebbe essere percorribile se si ritenesse che il contratto tra le parti è unico, essendo la sottoscrizione dei singoli strumenti finanziari mero atto esecutivo di unico accordo (il contratto quadro, appunto), e che, dunque, nel momento in cui l'impresa in concordato insta per lo scioglimento del contratto, tale richiesta travolge necessariamente tutte le operazioni rette dal contratto quadro stesso.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Ove, per contro, si acceda – come chi scrive fa – alla tesi per cui ciascun strumento finanziario derivato rappresenti un contratto a se stante essendo il contratto quadro un mero accordo normativo che contiene le regole che disciplineranno i singoli contratti su strumenti finanziari che saranno negoziati, allora non è sostenibile che la richiesta di sciogliersi da uno solo dei contratti travolga tutti gli strumenti finanziari in essere tra le parti grazie all'attivazione del meccanismo compensativo di cui alla clausola di *close-out netting*.

E se è vero che l'art. 8 d.lgs. 170/2004 richiama un criterio di ragionevolezza nelle modalità con cui viene fatta operare la suddetta clausola, non di meno tale criterio è espressamente stabilito per l'attività di realizzo delle attività finanziarie (che si pone in un momento successivo e ben distinto rispetto allo scioglimento del contratto sulla singola attività finanziaria) e, quindi, a parere di chi scrive, non è dirimente rispetto alla possibilità di bloccare una scelta - pur opportunistica - dell'impresa in concordato; ferma, però, la necessità di rispettare anche nella fase di esecuzione del contratto il principio di buona fede contrattuale.

Ove, poi, non sia previsto alcun *collateral* accessorio al contratto quadro su strumenti finanziari derivati, ma quest'ultimo preveda comunque una clausola di *close-out netting*, non troveranno applicazione le norme del d.lgs. 170/2004 e si dovrà, dunque, valutare l'opponibilità della clausola contrattuale solamente alla luce della Legge Fallimentare; in tal caso, chi scrive ritiene che le conclusioni tratte sopra non cambino, posto che ciascuna operazione su uno strumento finanziario derivato rappresenta un autonomo contratto e spetta all'impresa chiedere la sospensione o lo scioglimento di ciascun singolo derivato.

Il richiamo al d.lgs. 170/2004 ci porta al tema delle garanzie finanziarie e al problema se una garanzia finanziaria possa essere realizzata anche a seguito dell'avvio della procedura di concordato preventivo.

Le garanzie finanziarie sono disciplinate nel d.lgs. 170/2004, che contiene alcune disposizioni per l'ipotesi di *default* del debitore; tali disposizioni devono essere raccordate con le norme dettate dalla Legge Fallimentare in tema di concordato preventivo, al fine di

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

comprendere se il creditore garantito da una garanzia finanziaria possa o meno realizzarla a seguito dell'ammissione del debitore alla procedura concordataria.

La disciplina della garanzia finanziaria – che viene qualificata come garanzia reale atipica, istituto assai particolare e apparentemente in contrasto col principio, a lungo propugnato dal legislatore del nostro ordinamento, della tipicità della garanzia reale - è stata, come detto, introdotta dal d.lgs. 170/2004, che ha recepito la Direttiva comunitaria n. 47del 6 giugno 2002.

Al fine di analizzare la disciplina speciale e coordinarla con la legge fallimentare, è necessario, anzitutto, esaminare quali siano i contratti di garanzia finanziaria. Essi sono definiti all'art. 1, lett. d), d.lgs. 170/2004, come "Il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie […]".

Così individuata la fattispecie della garanzia finanziaria, va ora analizzato l'art. 4 del d.lgs. 170/2004 per comprendere la sorte dell'escussione in caso di debitore sottoposto a procedura concorsuale. L'art. 4 attribuisce, infatti, al creditore pignoratizio la facoltà, *anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione*, di procedere, osservando le formalità previste nel contratto, alla vendita, appropriazione - qualora previsto dal contratto e quando esse siano diverse dal contante - e all'utilizzo, quando l'oggetto sia invece denaro, delle attività finanziarie oggetto della garanzia finanziaria.

L'art. 1, lett. s), del suddetto decreto legislativo ricomprende tra le procedure di risanamento anche il concordato preventivo.

Di conseguenza, l'ingresso del debitore nella procedura concordataria non impedisce al creditore di escutere la garanzia finanziaria.

In tal caso, sempre secondo l'art. 4, il creditore pignoratizio deve informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia o gli organi della procedura di

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza.

L'art. 4 d.lgs. 170/2004 sembra porsi in contrasto con l'art. 168 L.F., che non pare soffrire limitazioni di sorta. Tuttavia, va tenuto in considerazione che il d.lgs. 170/2004 recepisce la Direttiva comunitaria 47/2002 che, all'art. 4, comma 5, stabilisce che "*Gli Stati membri garantiscono che un contratto di garanzia finanziaria abbia effetto conformemente ai termini in esso previsti nonostante l'avvio o il proseguimento di una procedura di liquidazione o di provvedimenti di risanamento nei confronti del datore o del beneficiario della garanzia*".

Vista la gerarchia delle fonti, si deve concludere nel senso che la disciplina contenuta nel d.lgs. 170/2004 prevalga sul disposto dell'art. 168 L.F. Sul punto si veda anche la sentenza del Tribunale di Ravenna del 25 ottobre 2013.

Ancora, l'art. 5 del d. lgs. 170/2004 stabilisce che il creditore pignoratizio può disporre delle attività finanziarie oggetto del pegno se previsto nel contratto e conformemente a quanto ivi previsto; qualora ne disponga, però, egli è obbligato a ricostituire la garanzia equivalente in sostituzione a quella originaria entro il termine di scadenza dell'obbligazione di garanzia; se, tuttavia, prima della ricostituzione si verifichi un evento che porti all'escussione della garanzia, la ricostituzione mediante sostituzione può essere a sua volta sostituita dal ricorso alla clausola di *close-out netting* o, in assenza di tale previsione contrattuale, dall'escussione della garanzia nelle forme ordinarie, così come disciplinate all'art. 4 d.lgs. 170/2004.

Per quanto riguarda la clausola di *close-out netting* (detta anche clausola di interruzione dei rapporti e pagamento del saldo netto), il d.lgs. 170/2004 la definisce, all'art. 1, lett. f) quale "clausola di un contratto di garanzia finanziaria o di un contratto che comprende un contratto di garanzia finanziaria oppure, in mancanza di una previsione contrattuale, una norma di legge in base alla quale, in caso di evento determinante l'escussione della garanzia finanziaria:

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

1) le obbligazioni diventano immediatamente esigibili e vengono convertite nell'obbligazione di versare un importo pari al loro valore corrente stimato, oppure esse sono estinte e sostituite dall'obbligazione di versare tale importo, ovvero

2) viene calcolato il debito di ciascuna parte nei confronti dell'altra con riguardo alle singole obbligazioni e viene determinata la somma netta globale risultante dal saldo e dovuta dalla parte il cui debito è più elevato, ad estinzione dei reciproci rapporti".

L'art. 7 d.lgs. 170/2004 prevede che tali clausole siano valide anche a seguito dell'apertura di una procedura di risanamento o liquidatoria.

A fronte dell'inserimento di una clausola di *close-out netting*, quindi, l'inadempimento o l'insolvenza del debitore fa sì che i vari rapporti obbligatori in essere si concentrino in uno solo, nuovo, che ha ad oggetto l'esposizione netta (calcolata sulla base del debito di ciascuna parte nei confronti dell'altra) del debitore nei confronti del creditore, e ciò a prescindere dalla valuta o dalla scadenza dell'obbligazione originaria. L'esito di tale sostituzione è quello di prevedere una conclusione immediata dal contratto di garanzia finanziaria[29].

La *ratio* della Direttiva comunitaria 47/2002 sulle garanzie finanziarie e, in particolare, il quinto considerando - secondo cui "*per migliorare la certezza giuridica dei contratti di garanzia finanziaria, gli Stati membri devono garantire che talune disposizioni delle legislazioni nazionali sull'insolvenza non si applichino ai predetti contratti, in particolare quelle che ostacolerebbero il realizzo delle garanzie finanziarie o che porrebbero in dubbio la validità di tecniche attualmente in uso come la compensazione bilaterale per close-out, l'integrazione della garanzia e la sostituzione della garanzia*" – portano a concludere senza alcun dubbio nel senso che la disciplina speciale prevista nel

[29] Sul punto si veda F. SARTORI, *I contratti di garanzia finanziaria nel d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170: prime riflessioni,* in *Rivista di Diritto Bancario*, 2005. Riguardo al concetto di prestazione di garanzia e all'ambito di applicazione del d.lgs. 170/2004 si veda Cass., 27 dicembre 2011, n. 28900.
Per l'approfondimento del quadro normativo e delle disposizioni in esame si segnalano, oltre a F. SARTORI, *cit*., i contributi di MASTROPAOLO, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002)*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 2003, pp. 525 e ss. e di ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla Convenzione dell'Aja alla Collateral Directive (Direttiva 2004/47/CE")*, in *BBTC*, 2003, p. 205.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

d.lgs. 170/2004 prevalga sull'art. 168 L.F., consentendo quindi al creditore garantito attraverso una garanzia finanziaria di realizzare la garanzia anche a seguito dell'ingresso del debitore in una procedura concorsuale[30].

§§§

Un'ultima annotazione che si ritiene utile inserire in questa disamina dei rapporti tra la procedura di concordato preventivo e i crediti delle banche e dei enti finanziatori riguarda la natura del credito di SACE S.p.A. e la sua sorte a seguito dell'avvio della procedura di concordato preventivo.

Si verifica di frequente, infatti, che, nel caso in cui uno dei finanziamenti contratti dall'impresa sia garantito da SACE S.p.A. (Servizi Assicurativi per il Commercio Estero S.p.A.), quest'ultima chieda – a seguito dell'escussione della garanzia - che il proprio credito sia soddisfatto in via privilegiata ai sensi dell'art. 9, comma 5, d. lgs. 123/1998 – il quale stabilisce che: "per le restituzioni di cui al comma 4 i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751*bis* del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi. Al recupero dei crediti si provvede con l'iscrizione al ruolo, ai sensi dell'articolo 67, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1988, n. 43, delle somme oggetto di restituzione, nonché delle somme a titolo di rivalutazione e

[30] In giurisprudenza si veda Trib. Brescia, 27 gennaio 2015, in www.ilcaso.it, con riguardo alla possibilità di procedere all'escussione della garanzia finanziaria senza che questa possa essere assoggettata ai meccanismi previsti dalla Legge Fallimentare (nel caso di specie, ammissione al passivo del fallimento del debitore). Si noti che il Tribunale richiama, a sostegno della propria decisione, l'art. 4, comma 4, della Direttiva 47/2002.
Sulla deroga all'art. 168 L.F. contenuta nell'art. 4 d.lgs. 170/2004 si veda Trib. Ravenna, 25 ottobre 2013, in www.ilcaso.it, che tratta dell'escussione della garanzia costituita dalla dazione di pegno – espressamente ricompresa *ex* art. 1, lett. d), d.lgs. 170/2004 nella definizione di garanzia finanziaria – quando questa abbia ad oggetto attività finanziarie e sia volta a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, se le parti rientrino nelle categorie elencate dalla norma.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

interessi e delle relative sanzioni" - nonché ai sensi dell'art. 11 *quinquies*, comma 4, del c.d. Decreto competitività (convertito con L. 80/2005), il quale stabilisce che i crediti rilasciati da SACE siano garantiti da garanzia dello Stato.

Si tratta, quindi, di capire se il credito vantato da SACE nei confronti di un'impresa che accede alla procedura di concordato preventivo vada inserito o no tra i crediti da soddisfarsi in via privilegiata.

Con riguardo alla natura del credito SACE, in giurisprudenza è stato escluso che tale credito sia garantito da privilegio speciale[31].

[31] Così Trib. Tolmezzo, 11 marzo 2013, in www.ilcaso.it, che esclude la natura privilegiata di detto credito e stabilisce che esso sia da considerarsi come chirografario. Il Tribunale ha argomentato muovendo dalla considerazione che difettano i presupposti che l'art. 9, co. 5 del D. lgs. 123/1998 richiede ai fini della sua applicazione, ovvero che il finanziamento sia stato erogato al fine di sostenere le imprese. Nel caso deciso dal Tribunale, avendo SACE rilasciato una garanzia a favore di un istituto bancario, era esclusa l'applicabilità del d.lgs. 123/1998, trovando piuttosto applicazione il d.lgs. 143/1998, che non riconosce alcun privilegio speciale al credito di SACE, la quale – per effetto dell'escussione della garanzia - si surrogherà nella posizione della banca garantita *ex* art. 1203 c.c. In senso analogo anche Trib. Pistoia, 21 maggio 2015, in www.ilcaso.it, resa però in tema di fallimento. Anche in questo caso si è sottolineata l'impossibilità di applicare l'art. 9, co. 5, d.lgs. 123/1998, che è norma applicabile solo alle ipotesi di crediti derivati da finanziamenti erogati e revocati ai sensi di tale decreto legislativo e non suscettibile di interpretazione analogica, a fronte della tassatività delle ipotesi di privilegio previste normativamente e di un'interpretazione sistematica delle norme relative a ciò di cui si tratta, in particolare agli interventi di sostegno alle imprese intese come erogazioni dirette di denaro. Secondo il Tribunale di Pistoia, se si ritenessero applicabili le disposizioni di cui all'art. 9, d.lgs. 123/1998 si realizzerebbe un effetto abnorme rispetto a quanto previsto dalla norma perché, a fronte della surroga, SACE (quale garante escussa) acquisirebbe una posizione più favorevole rispetto a quella del creditore originario, generandosi in questo modo dall'applicazione della norma su richiamata un privilegio altrimenti inesistente. Si veda anche Tribunale di Milano, 2 luglio 2014, in www.ilcaso.it, precedente reso in materia di finanziamenti a carico del fondo PMI quale fondo di garanzia. Il Tribunale milanese fonda la propria decisione sui medesimi argomenti spesi dai Tribunali che si sono occupati specificatamente della questione della natura del credito di SACE.
In dottrina, sulla natura del credito di SACE e sulla possibilità di qualificarlo come credito privilegiato si veda GALLETTI, *Il privilegio generale, anzi speciale, di SACE nel concordato preventivo omologato,* in www.ilfallimentarista.it. Secondo l'autore, non si può ritenere fondata la pretesa di SACE sulla scorta dell'assunto di quest'ultima che il credito sarebbe assistito da privilegio *ex* d.lgs. 123/1998, posto che la garanzia è generalmente prestata ai sensi e per gli *effetti del d.lgs. 143/1998*. Di conseguenza, secondo Galletti, precisato che il privilegio di cui all'art. 9 sembra potersi qualificare come privilegio di carattere speciale, non generale, risulta, a fronte della nuova struttura del concordato, "l'efficacia "obbligatoria" del concordato omologato *ex* art. 184 L.F. (in passato limitata alla riduzione delle ragioni obbligatorie entro la percentuale promessa, la c.d. "falcidia" concordataria) oggi […] assai più ampia, che può comportare modificazioni ben più radicali dell'obbligazione: l'art.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

A parere di chi scrive, l'assunto secondo cui i crediti assistiti da garanzia SACE sono privilegiati perché rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. 123/1998 – non può essere condiviso perché non vi è alcun rinvio, nelle norme che disciplinano l'attività della stessa, alle previsioni di cui al richiamato decreto legislativo. Né il d.lgs. 143/1998, né l'art. 6 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, né, infine, l'art. 11 *quinquies* del c.d. Decreto competitività, infatti, richiamano le disposizioni del d.lgs. 123/1998. Neppure la previsione contenuta nell'art. 11 *quinquies*, comma 4, del c.d. Decreto competitività che attribuisce la garanzia dello Stato alle garanzie rilasciate da SACE è sufficiente ad attribuire un privilegio speciale a queste ultime; tale disposizione attribuisce, infatti, una controgaranzia, non un privilegio speciale.

In assenza di una norma che attribuisca espressamente un privilegio speciale alla garanzia rilasciata da SACE, chi scrive ritiene che questa potrebbe essere assistita da privilegio speciale laddove lo fosse il credito della banca cui SACE si surroga, ad esempio perché credito nascente da un finanziamento erogato ai sensi del d.lgs. 123/1998.

Questa conclusione trova sostegno nel principio secondo cui il soggetto che si surroga ad altro subentra nei diritti del creditore liberato *senza alterarne la natura*, con il risultato che se

---

160 L.F. consente addirittura forme di *dationes in solutum*, e sicuramente forme di "conversione" del credito in forme tecniche diverse, azioni obbligazioni o strumenti finanziari".

Altra parte della dottrina si è concentrata su quali siano gli effetti della qualificazione del credito di SACE, prendendo come spunto la sentenza resa dal Tribunale di Pistoia in tema di fallimento di cui *supra*. Si veda MANCINI-STANGHELLINI, *L'ambito di applicazione del privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998: le garanzie rilasciate da Sace spa,* in www.ilcaso.it. Gli autori confermano la tassatività dei privilegi e il mancato riferimento, nell'art. 9, co. 5, d.lgs. 123/1998, al credito di SACE, nonché le diverse modalità di escussione della garanzia di cui al d.lgs. 123/1998 rispetto alle pattuizioni proposte ai beneficiari della garanzia rilasciata da SACE. Gli autori proseguono, poi, con alcune considerazioni in tema di *par condicio creditorum*.

In particolare, con riferimento a quanto disposto dagli artt. 61 e 62 L.F. relativamente all'ammissione a passivo di più coobbligati, e vista la cristallizzazione del passivo prevista *ex* art. 52 L.F., il fideiussore può essere ammesso al passivo solo se la soddisfazione del creditore principale sia completa. Infatti l'art. 61, comma 2, L.F. prevede che se il creditore non riceve integralmente il dovuto, il regresso non è ammesso. Laddove sia SACE sia il soggetto garantito fossero ammessi al passivo (ad esempio perché la garanzia di SACE copriva, com'è prassi, solo parte del credito erogato), attribuendo rango privilegiato al credito di SACE si arriverebbe al risultato abnorme – oltre che contrario al disposto dell'art. 1203 c.c. - di scindere in due classi (una chirografaria, una privilegiata) lo stesso credito.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

il credito era originariamente chirografario, tale resterà in caso di surroga; nonché nel disposto dell'art. 184 L.F., che esprime il medesimo principio.

Al fine di stabilire la natura del credito di SACE, quindi, si dovrà verificare, caso per caso, a che titolo sia stato erogato il finanziamento garantito, nonché il motivo della revoca del finanziamento. Motivo che assume rilevanza al fine dell'attribuzione del privilegio speciale perché l'art. 9, comma 5, d.lgs. 123/1998 lo prevede "*per le restituzioni di cui al comma 4*" (così l'incipit della disposizione). Il comma 4 di tale disposizione disciplina l'ipotesi di "*restituzione dell'intervento* (di sostegno, *ndr*) *in conseguenza della revoca di cui al comma 3*", revoca prevista "*qualora i beni acquistati con l'intervento siano alienati, ceduti o distratti nei cinque anni successivi alla concessione, ovvero prima che abbia termine quanto previsto dal progetto ammesso all'intervento*". Dalla lettura del combinato disposto dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 9 d. lgs. 123/1998 si ricava, dunque, che il privilegio che SACE vorrebbe invocare sempre è, in realtà, garantito dalla legge solo in ipotesi molto limitate.

§§§

In conclusione su quanto illustrato fin qui, chi scrive ritiene che queste brevi note sul tema della sorte dei contratti bancari in caso di procedura concordataria abbiano fatto emergere come l'analisi di tutti i rapporti bancari (intesi in senso lato, come visto sopra) che l'impresa insolvente ha in essere nel momento in cui accede alla procedura sia di fondamentale importanza rispetto alla corretta costruzione del piano di concordato ma, soprattutto, anche rispetto alla possibilità di utilizzare gli strumenti offerti dalla Legge Fallimentare – e, segnatamente, dall'art. 169*bis* L.F. – per recuperare somme all'attivo concordatario utili ad una migliore soddisfazione del ceto creditorio, nonché al pieno rispetto della *par condicio creditorum*.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Ilaria Della Vedova | Dir. Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it