

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale di Milano

Sezione Fallimentare

II Civile

DECRETO ex art. 169 bis l.f. e decisione sulle istanze ad incassare svolte dalla concordataria nel procedimento per CONCORDATO PREVENTIVO N.93 Promosso su domanda depositata

DA

V. S.R.L. (...), elettivamente domiciliata in VIA VERDI, 4 nello studio dell'Avv. To CORTESI EMANUELE che la difende in forza di delega in atti

Vista l'istanza in data 3 febbraio 2017

**Svolgimento del processo - Motivi della decisione**

U. conto corrente con accrediti salvo buon fine n. (...), e finimport n. (...)

B.P. Contratti di conto corrente unico salvo buon fine n. (...), salvo buon fine dopo incasso n. (...), anticipo fatture Italia n. (...); Finimport n. (...) e fin export n. (...)

V.B. contratti di conto corrente unico salvo buon fine n. (...); Finimport n. (...); Anticipo fatture Italia n. (...);

B.P. contratti di conto corrente n. (...) salvo buon fine; Finimport n. (...); Anticipo fatture Italia n. (...);

Monte Paschi di Siena, conto corrente unico salvo buon fine n. (...); Anticipo fatture Italia n. (...) e Fin import n. (...);

Vista la istanza di autorizzazione ad incassare depositata il 23.02.2017 dalla concordataria relativa ad Euro 460.073,00 dovute da S. s.p.a. e già anticipate prima del deposito della domanda ex 161 comma 6 l.f.;

Vista la istanza di autorizzazione ad incassare il credito di A.L. s.r.l. di 190.300 Euro, relativa a somma già anticipata prima del deposito della domanda ex 161 comma 6 l.f., depositata in via telematica il 16.01.2017 ma senza copia di cortesia, apparentemente mai giunta al g.d. prima del colloquio con il commissario del 2.03.2017;

Dato atto che avendo in precedenza la società nell'ambito della procedura di concordato preventivo con riserva richiesto la sospensione dei contratti bancari menzionati, il Tribunale ha ritenuto essenziale l'integrazione del contraddittorio con le controparti contrattuali, atteso che lo scioglimento del contratto può ingenerare un pregiudizio per i contraenti in bonis;

Constatato che le controparti hanno avuto chiara comunicazione della richiesta di scioglimento e che due ( B.P. e Monte Paschi di Siena ) hanno depositato osservazioni che il Tribunale ha valutato tecnicamente procedendo poi a negare lo scioglimento richiesto perché inammissibile e non procedendo alla sola sospensione poiché essa non era stata chiesta nell'istanza, né è stata chiesta successivamente, come era sempre possibile all'interno della procedura ex art. 161 sesto comma l.f.;

Precisato che dopo l'ammissione alla procedura di concordato completa ai sensi del 163 l.f. la società ha immediatamente richiesto lo scioglimento dei contratti bancari ;

Rilevato che in particolare una delle banche ( B.P. ) per la estrema contiguità fra le operazioni di anticipazione presentate e il deposito della domanda di concordato ex art. 161 comma 6 della legge fallimentare ( per l'ultima presentazione pochi giorni ), ha affermato che lo scioglimento sarebbe inammissibile perché nel caso in esame la facoltà riconosciuta all'imprenditore concordatario dalla legge, di liberarsi dal vincolo contrattuale non più utile e strategico per l'impresa ,era stata usata in modo distorto, al fine di recuperare attivo in favore della procedura ed in danno della banca, realizzando asseritamente un abuso del diritto o comunque un utilizzo fraudolento dello strumento del 169 bis l.f.;

Preso atto che Monte Paschi ha rilevato che il contratto di anticipazione era assistito da cessione del credito, oltre che da patto di compensazione, per cui gli incassi non erano più problema di competenza della concordataria ( ma non ha dimostrato in proposito la opponibilità della cessione ai terzi di buona fede ) ;

Premesso che la norma in discussione, secondo la giurisprudenza consolidata di questa sezione , va intesa nel senso che un contratto può essere pendente nel concordato se è pendente anche nel fallimento e, quindi, solo se si tratta di contratto a prestazioni corrispettive in cui le prestazioni siano ineseguite da entrambe le parti. Diversamente, se il contratto è stato eseguito da una sola delle parti, lo stesso genera un debito (concorsuale), oppure un credito (della massa dei creditori). Pertanto sono pendenti i contratti con riferimento alle prestazioni non ancora eseguite e da eseguire successivamente alla apertura della procedura concordataria, cosicché deve affermarsi che la sospensione opera per i contratti pendenti a termini dell'art. 72 l.f. con riferimento alle prestazioni di tali contratti che siano ancora "in corso di esecuzione" all'atto dell'apertura della procedura concordataria.

Conseguentemente deve escludersi che siano pendenti i contratti a prestazioni unilaterali in cui una delle parti abbia già eseguito la propria prestazione e dal contratto residuo solo crediti o debiti, come nel caso dei contratti di mutuo - finanziamento, in quanto ove tali contratti venissero considerati come pendenti si violerebbe la cristallizzazione dell'attivo concordatario e il divieto di compensazione tra crediti e debiti (artt.169, 56 l.f.) che la proposizione della domanda di concordato impone. I contratti di finanziamento/mutuo devono, quindi, considerarsi fonte di debito concorsuale per la massa dei creditori, sono scaduti ex art. 55, comma 2, l.f. con il rispettivo grado di privilegio se esistente.

Analogamente non possono considerarsi pendenti i contratti che siano risolti in epoca precedente la proposizione della domanda di concordato, perché non si ritiene, neppure in sede fallimentare, che i contratti risolti, ovvero oggetto di recesso unilaterale legittimo ovvero ancora caratterizzati dallo scioglimento per mutuo dissenso, debbano considerarsi pendenti essendo il vincolo contrattuale venuto meno prima dell'apertura del concorso, non avendo certo il provvedimento giudiziale di ammissione alla procedura (o di declaratoria di fallimento) effetto retroattivo rispetto a un momento precedente l'apertura del concorso.

Nel caso in oggetto vi sono numerosi contratti di conto corrente che, come contenitori neutri, possono tranquillamente essere oggetto di scioglimento.

Particolare attenzione, invece deve essere posta in relazione alle c.d. anticipazioni basate sulla presentazione di fatture Italia, ai Finanziamenti import, ai finanziamenti export.

Il contratto definito di Anticipo fatture Italia sostanzia una anticipazione bancaria conseguente alla disponibilità della banca di accreditare carta commerciale del cliente (cioè che in gergo un tempo si chiamava castelletto). Si tratta spesso di una apertura di credito, cui accede, quale meccanismo di garanzia della apertura, un mandato all'incasso. L'anticipazione genera accrediti al ricorrente in base e proporzionalmente all'accredito di fatture, ed a tale effetto si accompagna la gestione dell'incasso del relativo credito verso il terzo.

I suddetti contratti di anticipazione bancaria si configurano come si è detto, quale sottospecie del contratto di apertura di credito, accompagnati sempre dalla prestazione di una o più garanzie (mandato all'incasso e cessione del credito ad esempio) e, soprattutto, dalla proporzionalità della somma posta a disposizione dall'istituto di credito rispetto alla garanzia prestata (Cass., Sez. I, 14 giugno 2000, n. 8089; Cass., Sez. I, 15 giugno 1974, n. 1753), altra evidente caratteristica del contratto è la decorrenza di interessi passivi per ogni somma accreditata al cliente, secondo lo schema finanziario del mutuo. L'anticipazione si accompagna, considerato l'impegno della banca ad accettare nel castelletto la carta commerciale, l'obbligo dell'istituto di riscuotere i crediti del cliente, rientrante nella categoria del contratto di mandato, che è generalmente non nell'interesse esclusivo del cliente, ma principalmente nell'interesse dell'istituto di credito che, imponendo la domiciliazione sul conto del cliente presso di sé, ha il polso per monitorare con immediatezza gli insoluti. (Come nel caso del contratto concluso con B.P., con Monte Paschi di Siena, con V.B. ed U., mentre con B.P. vi era solo cessione del credito). A questo meccanismo di garanzia accede sempre, di regola anche una clausola di compensazione tra l'incasso del credito ed il preesistente debito del cliente per l'anticipazione ricevuta, clausola che in generale riguarda tutti i rapporti di conto corrente bancario, al momento del venir meno del rapporto di conto corrente (legittimando in tal caso la compensazione fra qualsiasi credito esistente verso la banca e qualsiasi debito verso il cliente) e che viene qui trasfusa una volta di più.

Il caso in parola è caratterizzato, come si è visto in premessa, dalla circostanza che prima del concordato sono state anticipate somme rilevanti su fatture Italia, in particolare sul credito vantato dalla V. nei confronti della debitrice S., nel rapporto con B.P., di cui una parte sono state oggetto di cessione alla Banca, cessione che è stata notificata, rendendo la garanzia opponibile senza ombra di dubbio ai creditori ed ai terzi, ed una parte no. Ora per tale parte, 460.073 Euro, la medesima S., invitata a canalizzare su altra banca il pagamento, sottraendolo alla domiciliazione originaria e diffidata a sua volta dalla Banca, ha richiesto espressamente che il Tribunale chiarisca chi deve incassare le somme indicate. (cfr. circostanza emergente dalla

istanza di autorizzazione ad incassare acquisita al giudice 23.02.2017). Analogamente ha domandato la A.L., s.r.l. (confronta altra istanza ad incassare somme depositata il 16.01.2017 ma conosciuta da questo giudice solo in febbraio come già indicato);

Trattandosi di anticipazioni già effettuate, in epoca precedente il deposito della domanda di concordato con riserva, non può affermarsi nessuna facoltà di scioglimento, posto che la singola anticipazione genera solo un debito del cliente verso la banca e deve ritenersi operazione esaurita all'atto dell'erogazione dell'anticipazione, non diversamente da un contratto di mutuo, per il quale la sospensione non era predicabile né, ad avviso di questo giudice, lo è lo scioglimento del rapporto di anticipazione su fatture Italia. La evidente preoccupazione del ricorrente di ottenere lo scioglimento del rapporto deriva, evidentemente, dalla convinzione secondo cui la banca potrebbe fare applicazione anche in sede concordataria della clausola di compensazione. E' chiaro che tale condotta è possibile poiché sussiste all'interno di tutti i contratti, compresi quelli con B.P. e Monte Paschi di Siena la clausola di compensazione, ma la sua esistenza lascia comunque impregiudicata la questione se tale compensazione sia legittima o meno, dovendo tale giudizio essere eventualmente emesso da un giudice autonomo quando la procedura promuova una ipotetica azione di restituzione per violazione della par condicio e del 168 l.f..

Il collegio intende qui chiarire che il non ancora intervenuto incasso dal debitore del credito, in base al mandato in rem propriam non differenzia la fattispecie in parola da quella in cui l'incasso sia già intervenuto prima della procedura. Questo giudice ha presente l'orientamento risalente che questa sezione ha assunto in proposito nel 2014 con una pronuncia, ritenendo che il contratto di apertura di credito su carta commerciale fosse caratterizzato anche dall'obbligo di incasso e non solo di anticipare, da parte della banca cosicché se pur fosse stata effettuata l'anticipazione e non ancora effettuato l'incasso, con il susseguente rendiconto, il contratto di finanziamento potevasi dire pendente. In realtà nel meccanismo contrattuale dell'anticipazione il momento della pendenza verso il finanziato è quello che si verifica prima che la carta commerciale sia presentata o anticipata, mentre dopo l'anticipazione il mancato perfezionamento del meccanismo esecutivo della garanzia prima della procedura, non determina la pendenza dell'operazione finanziaria, già perfezionatasi. Di certo la operatività della garanzia è un momento fondante del sinallagma contrattuale della anticipazione di carta commerciale di cui trattasi, nel senso che la banca certamente non avrebbe contratto il finanziamento se la garanzia implicita nel mandato all'incasso non fosse stata concessa, quindi senza il mandato all'incasso ed il patto di compensazione ed elisione la carta non sarebbe stata accettata e l'anticipazione non sarebbe stata eseguita. Lo scioglimento previsto del 169 bis l.f. è una facilitazione rilevante che il legislatore ha posto nelle mani del debitore concordatario, espressione di un favor molto accentuato, ma è uno strumento eccezionale, cui non può riconoscersi la capacità di distorcere completamente il sinallagma contrattuale originario. Consentire al debitore di operare inertizzando la garanzia, dopo avere pacificamente goduto della erogazione, equivarrebbe ad ampliare surrettiziamente le ipotesi di inefficacia di cui alla legge (art. 168) l.f. ed a consentire operazioni al limite della frode ove organizzate, come in definitiva lamenta la stessa banca B.P. nella sua memoria. La Suprema Corte ha chiaramente affermato, Cfr. Cass. 21.09. 2011 n. 17999 che "In tema di anticipazione su ricevute bancarie regolata in conto corrente, se le relative operazioni siano compiute in epoca antecedente rispetto all'ammissione del correntista alla procedura di amministrazione controllata, è necessario accertare, qualora il correntista - successivamente ammesso al concordato preventivo - agisca per la restituzione dell'importo delle ricevute incassate dalla banca, se la convenzione

relativa all'anticipazione su ricevute regolata in conto contenga una clausola attributiva del "diritto di incamerare" le somme riscosse in favore della banca (cd. patto di compensazione o, secondo altra definizione, patto di annotazione ed elisione nel conto di partite di segno opposto); solo in tale ipotesi, difatti, la banca ha diritto a "compensare" il suo debito per il versamento al cliente delle somme riscosse con il proprio credito, verso lo stesso cliente, conseguente ad operazioni regolate nel medesimo conto corrente, a nulla rilevando che detto credito sia anteriore alla ammissione alla procedura concorsuale ed il correlativo debito, invece, posteriore, poiché in siffatta ipotesi non può ritenersi operante il principio della "cristallizzazione dei crediti", con la conseguenza che nè l'imprenditore durante l'amministrazione controllata, nè gli organi concorsuali - ove alla prima procedura ne sia conseguita altra - hanno diritto a che la banca riversi in loro favore le somme riscosse (anziché porle in compensazione con il proprio credito)". Tale orientamento è stato di recente ribadito da cassazione 3336 del 19.2.2016 che ha nuovamente affermato: "In tema di anticipazione su ricevute bancarie regolata in conto corrente, qualora le operazioni siano compiute anteriormente all'ammissione del correntista alla procedura di amministrazione controllata, occorre accertare, nel caso in cui il fallimento (successivamente dichiarato) del medesimo agisca per la restituzione dell'importo delle ricevute incassate dalla banca, se la convenzione relativa a quella anticipazione contenga una clausola attributiva del diritto di "incamerare" le somme riscosse in favore della banca stessa (cd. patto di compensazione o di annotazione ed elisione nel conto di partite di segno opposto), atteso che solo in tale ipotesi quest'ultima ha diritto a compensare il suo debito per il versamento al cliente delle somme riscosse con il proprio credito in dipendenza di operazioni regolate nel medesimo conto corrente senza che rilevi l'anteriorità del credito e la posteriorità del debito rispetto all'ammissione alla procedura concorsuale, non operando, in tale evenienza, il principio della "cristallizzazione dei crediti". Sembra evidente perciò che il tema della lesione della par condicio e della cristallizzazione dell'attivo concordatario, cui ci si richiama per impedire la compensazione, non siano invocabili in questa sede in modo coerente, ma rischino di produrre un effetto iniquo, che la parte debitrice può "governare" e dirigere, come si dolgono almeno due banche nella ipotesi in esame. In proposito si richiama anche la decisione del 2013 di questo Tribunale Metalcom in concordato c Intesa San Paolo est. Simonetti.

Tutto ciò premesso :

**P.Q.M.**

Il Tribunale autorizza lo scioglimento dei contratti di conto corrente in oggetto,

Autorizza altresì lo scioglimento dei contratti di anticipazione fatture Italia, Finimport e Finexport conclusi con le banche oggetto della richiesta di scioglimento, U. s.p.a, B.P., V.B. s.p.a., B.P., Monte dei Paschi di Siena, sp.a. per le operazioni di anticipazioni future;

Non autorizza l'incasso delle somme di cui alle due istanze depositate e citate in premessa, in quanto susseguenti ad anticipazioni integralmente erogate nella esecuzione dei rispettivi

contratti di anticipazione di carta commerciale ,( cui accedeva mandato all'incasso e patto di annotazione in conto corrente ed elisione del passivo del cliente) prima del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva.

Si comunichi al debitore concordatario , al commissario ed alle controparti tutte a cura del commissario.

Così deciso in Milano, il 2 marzo 2017.

Depositata in Cancelleria il 2 marzo 2017.

Fallimenti e Società.it