

**I CONTRATTI BANCARI NEL CONCORDATO PREVENTIVO  
CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE ANTICIPAZIONI BANCARIE E  
QUALCHE SPUNTO SU FACTORING, MUTUO, DERIVATI, LEASING E NUOVA  
FINANZA**

**Giuseppe Rebecca  
Studio Rebecca & Associati - Vicenza - Schio**

## I CONTRATTI BANCARI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

### con particolare riferimento alle anticipazioni bancarie e qualche spunto su factoring, mutuo, derivati, leasing e nuova finanza

di Giuseppe Rebecca – Studio Rebecca & Associati di Vicenza / Schio (maggio 2015)

1. Premessa.....	4
2. Le problematiche in generale.....	6
2.1 Premessa.....	6
2.2 L'inadempimento contrattuale del richiedente in concordato preventivo. Effetti.....	6
2.3 Il momento della richiesta e decorrenza della sospensione/scioglimento e l'art. 169 bis l.f. ....	6
2.4 L'indennizzo.....	7
2.5 Il Contraddittorio e l'art. 169 bis l.f. ....	8
3. Linee di credito autoliquidanti .....	10
3.1 Art. 169 bis l.f. e concordato preventivo "in bianco".....	11
3.2 Perimetro applicativo dell'art. 169 bis l.f.....	145
3.3 Validità del c.d. "patto di compensazione" post scioglimento/sospensione del contratto .....	18
3.4 Orientamento del Tribunale di Milano, Decreto del 28 maggio 2014 .....	21
3.5 Tribunale di Venezia, Decreto 20 gennaio 2015, est Fidanzia e Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014, est Sentinello – La questione dell'affidamento .....	243
3.6 Caso pratico.....	25
3.7 La Corte di Appello di Venezia sulle anticipazioni bancarie e l'articolo 169 bis l.f.....	266
3.8 Tabelle riassuntive sulle anticipazioni bancarie e l'articolo 169 bis l.f.....	27
4. Altri contratti.....	29
4.1 Il factoring e l'art. 169 bis l.f.....	29
4.2 Il mutuo e l'art. 169 bis l.f.....	29

4.3 Il leasing e l'art. 169 bis l.f.....	31
4.4 Derivati e art. 169 bis l.f.....	32
4.4.1 Introduzione.....	32
4.4.2 Il close-out netting.....	34
4.4.3 Conclusione sui derivati.....	36
4.5 Nuova finanza e finanza interinale nel concordato preventivo e art. 169 bis l.f.....	37
4.5.1 Premessa.....	37
4.5.2 Il decreto del Tribunale di Verona del 21 luglio 2014.....	38
4.5.3 Altro sulla nuova finanza.....	39
5. Considerazioni conclusive.....	41
BIBLIOGRAFIA.....	43

## 1. Premessa

L'art. 33 D.L. 22 giugno 2012, n. 83 – c.d. Decreto Sviluppo – convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 183, ha introdotto nella legge fallimentare l'**art. 169 bis** (applicabile alle procedure iniziate dopo l'**11 settembre 2012**) avente ad oggetto la disciplina dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo<sup>1</sup>.

L'art. 169 bis l.f. consente al debitore concordatario di chiedere al Tribunale, o, successivamente al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, al giudice delegato, l'autorizzazione a sciogliere o sospendere i contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso.

In caso di sospensione e di scioglimento dei contratti pendenti è dovuto un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito – essendo considerato anteriore al concordato, non è soddisfatto in prededuzione, ma è soggetto alla falcidia concordataria (art. 169 bis, comma 2, l.f.).

La sospensione o lo scioglimento di concordato non trovano però applicazione per determinati contratti espressamente indicati al quarto comma del citato art. 169 bis:

- i rapporti di lavoro subordinato;
- i contratti preliminari di vendita di immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado che siano stati trascritti ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. (se il concordato è stato richiesto dal promittente venditore);
- i contratti preliminari di immobili ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente;
- i contratti di finanziamento destinati ad uno specifico affare;
- i contratti di locazione di immobili in cui il debitore concordatario sia il locatore.

Nel concordato preventivo, quindi, la continuazione dei contratti preesistenti rappresenta la regola, mentre lo scioglimento e la sospensione costituiscono l'eccezione.<sup>2</sup>

Tutto ciò deve essere coordinato con l'art. 186 bis, comma 3, l.f., che completa la disciplina stabilendo che il concordato preventivo con continuità non è di per sé causa di risoluzione dei

---

<sup>1</sup> **Art. 169 bis** Contratti in corso di esecuzione:

- Il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.
- In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato.
- Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.
- Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72 ter e 80 primo comma.

<sup>2</sup> Ante riforma lo scenario, in assenza appunto di una norma specifica, è sempre stato identificato nella **inapplicabilità al concordato preventivo delle regole dettate per il fallimento dagli artt. 72 e ss. l.f. ("rapporti pendenti")**.

contratti pendenti alla data di deposito del ricorso, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, con inefficacia di tutte le eventuali contrarie clausole contrattuali.

In questo approfondimento analizziamo i contratti bancari, con particolare riferimento alle anticipazioni bancarie, ma non solo. Tratteremo anche del factoring, dei mutui, dei derivati, del leasing e della nuova finanza.

## 2. Le problematiche in generale

### 2.1 Premessa

Pare opportuna una breve elencazione delle problematiche che sono nel frattempo emerse, circa l'applicazione ai concordati preventivi di queste nuove norme. Come si vede, c'è ancora molta incertezza e le soluzioni sono variegate. Tratteremo specificatamente:

- l'inadempimento contrattuale del richiedente in concordato preventivo. Effetti;
- il momento della richiesta e decorrenza della sospensione/scioglimento e l'art. 169 bis l.f.;
- l'indennizzo;
- il contraddittorio e l'art. 169 bis l.f.;

### 2.2 L'inadempimento contrattuale del richiedente in concordato preventivo. Effetti

In caso di inadempimento del debitore in concordato, mancava una disposizione<sup>3</sup> "esplicita o implicita che impedisca al contraente *in bonis* l'utilizzazione dei rimedi civilistici di autotutela, compresa la risoluzione del contratto per inadempimento comprese l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. e la sospensione dell'esecuzione contrattuale ex art. 1461 c.c.. Una disposizione impediente non è ravvisabile nell'art. 168, comma 1, l.f. e nel divieto di azioni esecutive e cautelari, perché l'azione di risoluzione contrattuale non è palesemente ed in alcun senso tale, se non nel paese in cui tutti i gatti sono grigi. Neppure è ravvisabile nell'art. 186 bis, comma 3, l.f., ove, per il caso di "concordato con continuità aziendale", si prevede (inutilmente, perché la cosa sarebbe comunque ovvia per ogni concordato: arg. a contrario ex art. 169 bis) che "i contratti in corso di esecuzione non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura", nonché (utilmente e con valenza questa volta sicuramente limitata ai soli "contratti con continuità aziendale") l'inefficacia di "eventuali patti contrari"<sup>4</sup>. E proprio per questo risulta ancora più importante la previsione della possibilità di sospendere o sciogliere il contratto, a richiesta del debitore.

### 2.3 Il momento della richiesta e decorrenza della sospensione/scioglimento e l'art. 169 bis l.f.

Secondo Giuseppe Bozza<sup>5</sup>, la norma è chiara "nella sua formulazione testuale, secondo la quale la richiesta di scioglimento deve essere contenuta nel ricorso introduttivo, per cui non può essere presentata successivamente al giudice delegato, che è indicato nella norma non come l'organo al quale può essere rivolta la richiesta, bensì quale l'organo che può dare l'autorizzazione una volta nominato, qualora non abbia già provveduto il tribunale al momento della decisione sul ricorso". E tale tesi è stata ribadita anche successivamente, da fallcoweb.it forum "noi abbiamo detto in altre occasioni che lo scioglimento di cui all'art. 169 bis deve essere richiesto con il ricorso introduttivo

<sup>3</sup> Nel caso di fallimento, invece, vedasi art. 72, c.5 l.f., che dispone relativamente alla procedibilità ed efficacia verso la curatela dell'azione di risoluzione promossa "prima del fallimento nei confronti della parte già inadempiente. *A contrariis* ne consegue la inammissibilità di una azione di risoluzione proposta dal contraente *in bonis* dopo il fallimento, per precedente inadempimento del fallito (così già la giurisprudenza precedente la riforma (Cass. 26 maggio 2000, n. 6952; Cass. 4 luglio 1990, n. 6952 e Cass. 30 maggio 1983, n. 3708)).

<sup>4</sup> Antonio Briguglio, *Il Fallimentarista*, 27/2/2014 – "Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all'inadempimento contrattuale del richiedente".

<sup>5</sup> Giuseppe Bozza, "I contratti in corso di esecuzione sul concordato preventivo", 2013, p. 1125.

sia per la chiara dizione letterale del primo comma della norma citata che per la natura concorsuale attribuita dalla legge alla indennità. Pare evidente la bontà di questa posizione, in quanto evidenzia i guasti che una tardiva richiesta di scioglimento determina, dal momento che il contratto è proseguito per un certo periodo dopo l'apertura del concordato<sup>6</sup>”.

Contra, Stefano Ambrosini<sup>7</sup>, “la formulazione letterale della norma (il debitore nel ricorso di cui all’art. 161 può chiedere...) parrebbe, a tutta prima, orientare in questa direzione, ma la soluzione preferibile, seppur *praeter litteran legis*, è quella di interpretare la norma nel senso che la richiesta è esperibile fin dal deposito del ricorso e che dopo l’ammissione alla procedura essa va rivolta, giocoforza, al giudice delegato non apparendo razionale in quanto inutilmente limitativa di opportunità la lettura che postula la necessaria contestualità fra istanza e ricorso”.

Secondo Maffei Alberti,<sup>8</sup> la richiesta può essere avanzata anche post presentazione del piano, il che a nostro avviso non può invece essere. Da parte nostra propendiamo per la tesi espressa dal professor Ambrosini.

Lo scioglimento definitivo dai vincoli contrattuali si determina in modo irreversibile, secondo l’orientamento maggioritario, al momento della manifestazione della volontà unilaterale del debitore. E tale volontà è formalizzata nella domanda di concordato ex art. 169 bis l.f.. Secondo il **Tribunale di Prato, 8 agosto 2014**, est. Raffaella Brogi, l’autorizzazione allo scioglimento del contratto in corso può essere disposta solo dal deposito del piano.

Appare interessante analizzare anche una voce contraria, il **Tribunale di Pistoia (decreto 23 gennaio 2014, ilcaso.it)**, secondo il quale, lo scioglimento non deve essere visto come un *quid pluris* autonomo e separato dal concordato, ma piuttosto come un suo elemento costitutivo. Ne deriva, secondo questa tesi, che lo scioglimento del contratto produce effetti definitivi solo con il provvedimento di omologa<sup>9</sup>.

#### 2.4 L’indennizzo<sup>10</sup>

Altro aspetto da analizzare è a chi spetti determinare l’importo dell’indennizzo, quando deve essere determinato e che poteri abbia il Tribunale (o il Giudice Delegato) in merito.

La norma dà al debitore stesso la facoltà di determinare la cifra a titolo d’indennizzo che egli ritiene congrua, da inserire nel piano<sup>11</sup>. Comunque al giudice spetterà una valutazione dell’importo proposto dal debitore. E tale valutazione potrebbe anche portare, secondo taluno, a rigettare la domanda stessa qualora l’indennizzo dovesse risultare eccessivamente basso o comunque non bilanciato col sacrificio richiesto al terzo.

<sup>6</sup> Fallcoweb.it/forum del 3/5/2014.

<sup>7</sup> Stefano Ambrosini, “Gli effetti dell’ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione”, in Fallimentiesocietà.it 2014, p. 23.

<sup>8</sup> Maffei Alberti, “Commentario alla legge fallimentare”, Cedam.

<sup>9</sup> Per un approfondimento, vedasi Tomamso Stanghellini, Dallo scioglimento con concordato al concordato con scioglimento: un nuovo inquadramento sistematico dell’art. 169 bis l.f. in tema di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione (breve nota di commento a **Tribunale di Pistoia, 23 gennaio 2014**) ne Ilcaso.it 8 aprile 2014.

<sup>10</sup> Approfondimento tratto in parte dalla relazione dell’Avv. Andrea Seraglio Forti al convegno di Trento del 23 gennaio 2015 organizzato dalla Commissione Procedure dell’ordine dei Dottori Commercialisti di Trento.

<sup>11</sup> In questo senso anche **Tribunale di Vicenza, 14 luglio 2014** est. Paola Cazzola.

In caso di approvazione, se il contraente *in bonis* non dovesse essere soddisfatto di quanto a lui proposto potrà esperire i rimedi giurisdizionali, ovvero adire il giudice ordinario competente per instaurare un giudizio ordinario di cognizione a riguardo.

Il giudice delegato, nel corso della procedura, può soltanto quantificare provvisoriamente il *quantum* al fine dell'esercizio del diritto di voto; se dovessero sorgere contestazioni anche a tal riguardo, il terzo potrà ricorrere in sede di reclamo o in sede di opposizione all'omologa<sup>12</sup>.

Nello stesso senso la **Corte Appello di Trento** la quale con la sentenza di data **9 dicembre 2014** ha stabilito che "parimenti infondata è la censura di illegittimità del decreto reclamato per omessa determinazione dell'indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, da considerare quale credito concorsuale, come previsto dall'art. 169 bis, comma 2. Anche tale aspetto è stato esaminato da questa Corte con il decreto dd. 22 ottobre 2013 con il quale ha rilevato che la quantificazione dell'indennizzo, in mancanza di accordo delle parti, dovrebbe trovare soluzione in un giudizio di cognizione ordinario<sup>13</sup>".

L'offerta dell'indennizzo di cui all'art. 169 bis l.f. non costituisce presupposto per lo scioglimento o la sospensione del contratto, opzioni, queste, attivabili anche nell'ambito del concordato con riserva, fermo restando che la società proponente è tenuta ad indicare l'indennizzo che intende riconoscere al contraente *in bonis* al momento del deposito del piano (**Tribunale di Venezia 20 gennaio 2015, est. Fidanzia**).

Il criterio guida che deve improntare l'attività del tribunale nell'esercizio del potere autorizzatorio di cui all'articolo 169 bis l.f. non riguarda la sfera della tutela del contraente *in bonis* dell'inadempimento del debitore in crisi, bensì quella della funzionalità e strumentalità della richiesta di sospensione o di scioglimento dei contratti al modulo concordatario da lui prescelto (**Tribunale di Venezia 20 gennaio 2015, est. Fidanzia**).

## 2.5 Il Contraddittorio e l'art. 169 bis l.f.

La giurisprudenza è divisa, circa la necessità dell'estensione del contraddittorio alla parte contrattuale *in bonis*.

Per la necessità del preventivo contraddittorio, vedasi **Corte Appello di Milano 8 agosto 2013** (ildirittodegliaffari.it), con un approfondito commento, di Bruno Inzitari e Vincenzo Ruggiero (ildirittodegliaffari.it – 11/3/2014) e Tommaso Stanghellini, "Dallo scioglimento con concordato al concordato con scioglimento" – ilcaso.it 8/4/2014 e Alberto De Pra, "Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)" – iusexplorer.it.

Secondo i giudici di Milano<sup>14</sup> il provvedimento di autorizzazione alla sospensione dei contratti di apertura di credito emesso dal Giudice di prime cure *inaudita altera parte*, in difetto di contraddittorio con l'Istituto di credito interessato e, perciò, emanato in violazione del diritto di

<sup>12</sup> **Tribunale di Prato, 8 agosto 2014**, est. Raffaella Brogi. Il caso specifico della questione riguardava un contratto di leasing la cui sospensione/scioglimento era stata chiesta solo successivamente.

<sup>13</sup> **Tribunale Cassino 29 ottobre 2014, Tribunale di Modena 7 aprile 2014, Tribunale di Pistoia 9 luglio 2013, Tribunale di Piacenza 5 aprile 2013, Tribunale di Novara 27 marzo 2013, Tribunale di Padova, 26 marzo 2013.**

<sup>14</sup> Nello stesso senso la **Corte di Appello di Brescia, 11 marzo 2015**, est. Luciano Spina, inedito, la quale conferma la necessità del preventivo contraddittorio del contraente. Per un approfondimento, anche relativo all'indennizzo e anche altri aspetti, vedasi Federico Casa e Fabio Sebastiano, I contratti in caso di esenzione nel concordato preventivo, Il fallimento, 5/2014, p. 600. In tale intervento sono richiamati anche decreti e sentenze, tra cui **Corte di Appello di Venezia 20 novembre 2013 e 3 dicembre 2013**.

difesa della banca, quale controparte contrattuale interessata, e almeno astrattamente, pregiudicata dalla sospensione del contratto in corso è radicalmente viziato<sup>15</sup>.

Tale tesi non è condivisa dall'approfondimento sopra citato: "allorquando il Tribunale si trovi di fronte ad un'istanza per lo scioglimento o la sospensione del contratto in corso di esecuzione ex art. 169 bis l.f., l'interrogativo che lo stesso deve porsi non è se vi sia un interesse della controparte contrattuale "lesa" dallo scioglimento e/o sospensione del contratto prevalente rispetto a quello del debitore concordatario, ma soltanto se sussista o meno un effettivo interesse del debitore stesso a sciogliersi dal contratto, come pure se l'istanza formulata in tal senso sia realmente funzionale e servente alla realizzazione del piano concordatario, in termini di riduzione dei costi di gestione dell'attività di impresa, al punto da giustificare il "sacrificio" del contraente *in bonis*<sup>16</sup>.

In questi termini, dunque, deve esse inteso il contemperamento di interessi operato dal legislatore con l'introduzione dell'art. 169 bis l.f..

Il Tribunale dovrà autorizzare lo scioglimento e/o la sospensione in tutti quei casi in cui la richiesta del debitore concordatario sia necessaria ed utile alla realizzazione del piano concordatario: in presenza di un siffatto interesse, l'autorizzazione dovrà essere accordata, senza che essa possa incontrare un limite nell'eventuale contro interesse specifico della controparte contrattuale *in bonis*. Come affermato dalla dottrina, infatti, il diritto ad ottenere lo scioglimento del contratto in corso di esecuzione di cui all'art. 16 bis l.f. è un diritto potestativo, attribuito dalla legge al debitore concordatario subordinatamente soltanto alla condizione dell'autorizzazione del Tribunale, che dovrà limitarsi a valutare se sia economicamente conveniente e sostenibile per il debitore concordatario la prosecuzione del contratto ovvero se quest'ultima si riveli eccessivamente onerosa.

La **Corte di Appello di Trento (22 ottobre 2013)** ha ritenuto che l'urgenza della decisione da assumere sarebbe incompatibile con la convocazione del contraente *in bonis*, richiamando la decisione del **Tribunale di Udine del 25 settembre 2013**. In tal senso, anche **Tribunale di Pordenone, 12 febbraio 2014**. Infine un terzo orientamento ritiene che nell'ambito del procedimento volto ad ottenere l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione di cui all'art. 16 bis l.f., l'audizione del terzo contraente è attività istruttoria rimessa alla valutazione discrezionale del Tribunale (**Tribunale di Rovigo 11 settembre 2014**). Particolare appare un recente intervento della **Corte di Appello di Genova, 24 aprile 2014**, che da un lato, aderendo al primo orientamento, ha ravvisato la necessità dell'instaurazione del contraddittorio in caso di pronuncia di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, dall'altro, ha riconosciuto la possibilità di decidere inaudita altera parte sulla diversa istanza di sospensione.

Il provvedimento di sospensione/scioglimento deve essere in ogni caso comunicato alla controparte, perché possa esperire i suoi effetti; in questo senso, **Tribunale di Modena, 7 aprile 2014**.

Per la non necessità del contraddittorio, vedasi anche Francesco Pedoja, I contratti pendenti nel concordato preventivo – Sospensione e scioglimento in [fallimentarista.it](http://fallimentarista.it). Nello stesso senso anche **Tribunale di Pordenone 12 febbraio 2014** e **Tribunale di Salerno 25 ottobre 2013**.

<sup>15</sup> In questo senso vedasi anche del **Tribunale di Piacenza, 5 aprile 2013**, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), **Tribunale di Novara, 27 marzo 2013**, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) e **Tribunale di Monza, 21 gennaio 2013**, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) e più recentemente **Corte di Appello di Trieste, 21 gennaio 2015**, nel [fallimentiesocieta.it](http://fallimentiesocieta.it), **Tribunale di Pavia 24 novembre 2014**, **Tribunale di Prato 8 agosto 2014**, **Tribunale di Pavia 4 marzo 2014**, **Appello Venezia 20 novembre 2013**, **Appello Milano, 4 febbraio 2015**, est. Monica Fagnoni, ne [ilcaso.it](http://ilcaso.it).

<sup>16</sup> Nel senso della non necessità del contraddittorio **Tribunale Ravenna 22 ottobre 2014**, **Tribunale Udine 25 settembre 2013**, e per la discrezionalità del Giudice **Tribunale Rovigo 11 settembre 2014**.

Per la necessità del preventivo contraddittorio, vedasi anche **Corte di Appello di Venezia, 4 febbraio 2014**, sia per anticipazioni che per operazioni in derivati; Rel. Liana Maria Teresa Zovo, in Fallimentiesocietà.it.

### 3. Linee di credito autoliquidanti

Iniziamo l'analisi<sup>17</sup> con la fattispecie più frequente e anche più trattata: la sorte del contratto di anticipazione bancaria relativamente a **linee di credito autoliquidanti**<sup>18</sup> con **annesso patto di compensazione** a favore della banca nel caso di apertura di una procedura di concordato preventivo in capo al debitore.

La questione che ci si pone è: la banca ha diritto ad incamerare le somme riscosse e portarle in compensazione con quanto anticipato prima dell'ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo?

La risposta a questo interrogativo è variegata, tenuto conto della **varietà di opinioni e pronunce** giurisprudenziali sul punto.

Le questioni di rilievo sono essenzialmente **tre**:

1. La richiesta di scioglimento/sospensione dei contratti in corso di esecuzione è **compatibile** con la fase del c.d. "**concordato in bianco**"?
2. I contratti bancari autoliquidanti devono essere considerati rapporti **unilaterali o bilaterali**? E quale **significato** deve attribuirsi all'espressione "**contratti in corso di esecuzione**"? Su entrambi gli interrogativi la giurisprudenza è **discorde**.
3. Qualora si aderisse all'orientamento secondo cui i contratti di anticipazione bancaria possano essere oggetto di scioglimento/sospensione ex art. 169 *bis* l.f., ci si porrebbe l'ulteriore interrogativo riguardante la sorte del c.d. "**patto di compensazione**" previsto contrattualmente. In altri termini, il mandato all'incasso con annesso "patto di compensazione" a favore della banca sarebbe anch'esso oggetto di scioglimento/sospensione insieme con il contratto principale o, viceversa, **rimarrebbe in vita** in quanto stipulato in un momento anteriore all'ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo (consentendo così alla banca di porre in essere la compensazione)? La giurisprudenza, anche su quest'ultimo punto, come vedremo, è **discorde**.

<sup>17</sup> La sessione di questa relazione relativa alla sorte delle anticipazioni bancarie è in parte tratta, con variazioni e integrazioni, da "Concordato preventivo e contratti bancari con patto di compensazione", ne il fallimentarista.it 16 febbraio 2015, di Giuseppe Rebecca e Amedeo Albè.

<sup>18</sup> Le **linee di credito autoliquidanti** si caratterizzano per l'anticipo effettuato dalla banca, entro un determinato plafond, di crediti commerciali a fronte della presentazione di idonea documentazione da parte del soggetto richiedente (tipicamente fatture). Il rimborso dell'anticipazione avviene in un **secondo momento** attraverso l'incasso diretto da parte della banca.

Tale fattispecie si distingue nettamente dall'istituto della "**cessione del credito**", il quale, in virtù dei suoi **effetti traslativi**, non viene intaccato dalla disciplina di cui all'art. 169 *bis* l.f. (cfr. sul punto **Tribunale di Genova, 4 novembre 2013**, in Il Caso.it, 10059; **Tribunale di Prato, 20 gennaio 2014**, in ilfallimentarista.it; **Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014**, in Fallimentiesocietà.it, il quale così commenta: "*la cessione del credito, a differenza del mandato all'incasso, integra un negozio traslativo, i cui effetti si esauriscono al momento di perfezionamento dell'accordo [...]*"). Tale istituto non verrà preso in considerazione nel presente contributo. Ricordiamo soltanto che per il perfezionamento della cessione del credito è richiesta la notifica al debitore ceduto.

In ogni caso le richieste dovranno essere adeguatamente motivate e illustrate, pena l'inammissibilità della domanda, salva comunque la possibilità di ripresentare la domanda con la documentazione relativa (**Tribunale di Rovigo, 27 marzo 2015**, rel. Martinelli, fallimentiesocieta.it).

Analizziamo le varie tesi ad oggi espresse, ed avizzeremo, infine, il nostro parere.

### 3.1 Art. 169 bis l.f. e concordato preventivo "in bianco"

Approfondiamo la questione relativa all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 169 bis l.f. anche al concordato preventivo "in bianco" o "con riserva", di cui all'art. 161, sesto comma, l.f..

La **dibattuta questione**, in realtà, riguarda non tanto la possibilità di richiedere la sospensione dei contratti nel concordato "in bianco" (accolta con favore dalla giurisprudenza maggioritaria<sup>19</sup>), quanto piuttosto la possibilità di **richiederne lo scioglimento**, stante il carattere di "definitività" che caratterizza tale azione.

Tre sono le tesi avanzate.

- a) applicabilità dell'art. 169 bis l.f. al "concordato in bianco" solo per quanto riguarda la sospensione del contratto, e non anche lo scioglimento (es.: **Tribunale di Milano, 28 maggio 2014**, **Tribunale di Treviso, 24 febbraio 2015**, rel. Alberto Valle in **unijuris.it**);
- b) applicabilità dell'art. 169 bis l.f. al "concordato in bianco", sia in merito alla sospensione che allo scioglimento (es.: **Corte Appello Genova, 10 febbraio 2014**, **Corte di Appello di Trento, 24 aprile 2015**);
- c) inapplicabilità dell'art. 169 bis l.f. alla disciplina del concordato in bianco (es.: **Tribunale Roma, 27 febbraio 2014**);

#### 3.1.a) Tesi *contro* lo scioglimento dei contratti

È stato affermato che *"durante la fase cosiddetta pre-concordataria è ammissibile soltanto la sospensione dei contratti pendenti e non lo scioglimento, in quanto la fluidità della domanda concordataria, reversibile ed utilizzabile [...] appare incompatibile con la stabilizzazione e la irreversibilità degli effetti che lo scioglimento comporta nei confronti delle controparti contrattuali"*<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. per tutti **Tribunale di Milano, 28 maggio 2014**, in Il Caso.it, 10592 (che verrà ampiamente ripreso più avanti in un apposito paragrafo): *"diversamente (dallo scioglimento) è ammissibile durante la fase cd. pre-concordataria una domanda di sospensione dei contratti pendenti"*.

<sup>20</sup> Cfr. **Tribunale di Milano, 11 settembre 2014** (Pres. Ciampi, Est. D'Aquino), in Il Caso.it, 11448. Nello stesso senso, **Tribunale di Pavia, 24 novembre 2014**, in unijuris.it; **Tribunale di Ravenna, 22 ottobre 2014**, in il Fallimentarista.it; **Tribunale di Trento, 20 ottobre 2014**, in FallimentieSocietà.it; **Tribunale di Prato, 8 agosto 2014**; **Tribunale di Treviso, 18 luglio 2014**, *cit.*; **Tribunale di Milano, 28 maggio 2014**, *cit.*; **Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014**, *cit.*; **Tribunale di Pordenone, 10 dicembre 2013**, *cit.*; **Tribunale di Vicenza, 14 luglio 2014 e 25 giugno 2013**, rispettivamente in FallimentieSocietà.it e Il Caso.it, 9300; **Tribunale di Udine, 25 settembre 2013**, in Il Caso.it, 9531; **Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012**, in Il Caso.it, 8079; **Tribunale di Verona, 31 ottobre 2012**, in Il Caso.it, 8381; **Tribunale di Ravenna, 24 dicembre 2012**, in Il Caso.it, 8272; **Tribunale di Prato, 20 gennaio 2014**; **Tribunale di Monza, 6 giugno 2013**, in dejure.it; **Corte di appello di Trento 16 dicembre 2014 e 22 ottobre 2013**,

Ad avviso della giurisprudenza citata, pare **difficile giustificare** nella fase “prenotativa” lo **scioglimento** dei contratti, che ha carattere definitivo, a motivo dell’**incertezza** circa l’effettivo avvio di una procedura di concordato preventivo.

Quanto alla sospensione del contratto, è stato rilevato<sup>21</sup> che “*deve escludersi che il provvedimento impugnato possa essere inteso come **sospensivamente condizionato** al deposito del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo pieno. Non v’è infatti alcun elemento normativo che legittimi una diversa interpretazione e il carattere provvisorio della misura ne consente l’efficacia immediata, dovendosi rilevare fra l’altro che altrimenti potrebbe risultare **vanificata la finalità della sospensione richiesta**”.*

È stato inoltre rilevato da più parti come l’assenza di distinzioni nel richiamo fatto dall’art. 169 bis l.f. al ricorso ex art. 161 l.f. “*sembra condurre ad una interpretazione più restrittiva della norma (non inclusiva del preconcordato), poiché quando il legislatore ha inteso estendere l’applicabilità di determinate norme al concordato con riserva, lo ha fatto in termini espliciti: si vedano gli artt. 182 quinquies e sexies l.f.*”<sup>22</sup>.

La sola sospensione del contratto, tuttavia, potrebbe presentare un **inconveniente** rappresentato dal possibile **disallineamento** dei termini rispetto a quelli che il Tribunale può concedere per il deposito del piano a seguito della domanda di concordato “in bianco”, nel senso che questi ultimi possono raggiungere un massimo di 180 giorni mentre quelli della sospensione non possono eccedere 120 giorni (60 giorni prorogabili una sola volta); **potrebbe rimanere scoperto**, in altri termini, un periodo di 60 giorni, nel quale il **destino** dei contratti pendenti sarebbe **tutto da stabilire**.

### 3.1.b) Tesi a favore dello scioglimento dei contratti

Viceversa, è stato osservato che “*La disciplina contenuta nell’art. 169 bis l.f. è applicabile anche al concordato con riserva, dovendosi ritenere che il riferimento al “ricorso di cui all’art. 161” contenuto nell’art. 169 bis l.f. possa riguardare non solo il primo, ma anche il sesto comma del citato articolo 161 [...]*”<sup>23</sup>.

---

*cit.*; Tribunale di Milano, 10 luglio 2014, in cui viene affermato che la richiesta di scioglimento dei contratti non può essere autorizzata in mancanza di deposito della proposta definita.

Di recente, cfr. Tribunale di Udine, 22 agosto 2014, in unijuris.it, dove la domanda relativa allo scioglimento di contratti bancari in corso di esecuzione è stata respinta in quanto “*nel caso di specie non vengono allegate specifiche circostanze a sostegno della richiesta di autorizzazione allo scioglimento di determinati contratti [...], bensì soltanto l’utilità di sciogliere in via generale tutti i contratti rientranti in certe tipologie astratte [...]*”.

<sup>21</sup> Cfr. Corte di Appello di Trento, 16 dicembre 2014, *cit.*

<sup>22</sup> V. Cederle, “Concordato con riserva: applicabilità dell’art. 169 bis l.f. ai contratti bancari auto liquidanti”, Il Fallimento n. 7/2014, p. 801, a commento delle sentenze del Tribunale di Genova, 4 novembre 2013 e Corte di Appello di Genova, 10 febbraio 2014. Sul punto, i Giudici genovesi hanno replicato che i richiami espressi contenuti in queste ultime norme si riferiscono in realtà a più fattispecie (art. 182 bis, primo e sesto comma l.f.) e non solo al concordato preventivo, rispondendo quindi all’esigenza di evitare dubbi interpretativi. Sul punto, cfr. anche Tribunale di Roma, 27 febbraio 2014, *cit.*, secondo cui sarebbe illogico che l’art. 169 bis l.f., ove intendesse riferirsi anche al preconcordato, non abbia subordinato la possibile autorizzazione al presupposto dell’urgenza.

<sup>23</sup> Cfr. Tribunale di Terni, 27 dicembre 2013, in Il Caso.it, 9856. Dello stesso avviso Tribunale di Genova, 4 novembre 2013, *cit.*; Tribunale Cassino, 29 ottobre 2014, in Il Caso.it, 11556; Tribunale Rovigo, 18 settembre

In altre parole, tale filone giurisprudenziale ritiene che si possa richiedere lo scioglimento del contratto (oltre che la sospensione) anche in presenza di concordato “in bianco”, poiché l’art. 169 bis l.f. – nel richiamare l’art. 161 l.f. – **non fa alcuna distinzione** fra le fattispecie di concordato “pieno” (primo comma) e concordato “in bianco” (sesto comma).

A sostegno di tale tesi, parte della giurisprudenza (cfr. **Tribunale di Genova, 4 novembre 2013, cit.**) ha affermato che *“anche la proposizione della completa domanda di concordato non stabilizza la situazione in quanto l’ammissione alla procedura di concordato può essere respinta dal Tribunale, la proposta può essere modificata dal proponente ex art. 175, secondo comma l.f., la proposta concordataria ammessa può non essere approvata dall’adunanza dei creditori, il Tribunale può rigettare la richiesta di omologazione, il concordato preventivo omologato può essere risolto”*. In definitiva, secondo tale orientamento, anche la proposizione della domanda completa può **non** assumere caratteri di **definitività** (per le motivazioni sopra esposte) e dunque la richiesta di scioglimento nel concordato “in bianco” non può essere negata assumendo come motivazione l’incertezza della fase preconcordataria.

Si ritiene sufficiente, ai fini dello scioglimento, che l’imprenditore esponga nel ricorso **concreti** elementi di fatto e di diritto idonei a consentire al Tribunale di apprezzare l’utilità che la richiesta di scioglimento avrebbe ai fini della procedura concordataria, rendendo altresì noti gli **elementi essenziali della proposta**<sup>24</sup>.

---

2014, in FallimentieSocietà.it; **Tribunale Venezia 27 marzo 2014**, in Il Caso.it, 10910; **Corte di Appello di Genova, 10 febbraio 2014, cit.**; **Tribunale di Modena, 7 aprile 2014 e 30 novembre 2012**, in Il Caso.it, rispettivamente 10335 e 8196; **Tribunale di Mantova 27 settembre 2012**, in Il Caso.it, 7874; **Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012, cit.**; **Tribunale di La Spezia, 24 ottobre 2012**; **Tribunale di Como, 5 novembre 2012, cit.**; **Tribunale di Biella, 13 novembre 2012**, in Il Caso.it, 8359; **Tribunale di Salerno, 25 ottobre 2012**, in Il Caso.it, 8499; **Tribunale di Monza, 16 gennaio 2013 e 21 gennaio 2013**, in Il Caso.it, rispettivamente 8351 e 8530; **Tribunale di Catanzaro, 23 gennaio 2013**, in ilfallimentarista.it; **Tribunale di Roma, 20 febbraio 2013**; **Tribunale di Piacenza, 27 marzo 2013**; **Tribunale di Novara, 3 aprile 2013**, in Il Caso.it, 8830; **Tribunale di Vercelli, 20 settembre 2013**, in Il Caso.it, 9504; **Corte di Appello di Venezia, 20 novembre 2013**, in Il Caso.it, 9081; **Corte di Appello di Bari, 11 novembre 2013**; **Tribunale di Bologna, 26 aprile 2013**.

Per la dottrina, cfr. Franco Benassi, “I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell’imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente”, Il Caso.it, 11 aprile 2014, p. 14 e ss., Il Diritto Fallimentare, settembre-ottobre 2014 n. 5 p. 554 e ss..

<sup>24</sup> Cfr. **Tribunale Cassino, 29 ottobre 2014, cit.**: *“L’istanza di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione ex art. 169 bis l.f. proposta nella fase precedente il deposito della proposta e del piano, presuppone la necessaria, seppure sintetica, disclosure sulla finalità della procedura e ciò allo scopo di consentire un vaglio consapevole da parte del tribunale”*; Cfr. anche **Tribunale di Rovigo, 6 marzo 2014**, in Il Caso.it, 10170 e con nota di A. Di Iulio ne Il Fallimentarista 18 novembre 2014, secondo cui: *“La richiesta di scioglimento del contratto pendente prevista dall’art. 169 bis l.f. non può essere rigettata se non per motivi di incongruenza con il piano e con la proposta di concordato. Ogni diversa ed ulteriore valutazione sulla opportunità economica e sulla convenienza esula dal sindacato del Tribunale”*; **Tribunale di Piacenza, 5 aprile 2013**, in Il Caso.it, 8798; **Tribunale di Catanzaro, 23 gennaio 2013, cit.**; **Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014, cit.**, secondo cui *“lo scioglimento/sospensione ex art. 169 bis L.F. appare autorizzabile soltanto laddove, nel contemperamento degli interessi, i benefici potenzialmente ritraibili alla massa dei creditori “superino” il sacrificio imposto dal contraente in bonis”*; **Tribunale di Busto Arsizio, 24 luglio 2014**, in Il Caso.it, 11008: *“L’istituto di cui all’art. 169 bis l.f. [...] è applicabile anche alla domanda di concordato con riserva, non potendosi escludere che, a fronte di una proposta già sufficientemente delineata e tenuto conto delle circostanze concrete, sia da subito possibile individuare contratti da far cessare allo scopo di evitare il prodursi di costi da porre in prededuzione”*.

Sul punto anche **Tribunale di Udine, 22 agosto 2014, cit.**: *“l’applicazione dell’art. 169 bis l.f. presuppone che il ricorso esponga concreti elementi di fatto e di diritto idonei a consentire al Tribunale di apprezzare l’utilità della richiesta [...] che deve consistere nella prospettiva di realizzare un attivo non altrimenti realizzabile o quella di evitare il futuro insorgere di debiti prededucibili [...] e non di regolare il potenziale conflitto tra creditori circa la destinazione di una parte dell’attivo, intervenendo in favore di alcuni e a scapito di altri (le banche)”*; nel caso

Riproduzione riservata

Parte della dottrina<sup>25</sup> ha avanzato una **tesi singolare** quanto innovativa; si potrebbe ammettere infatti che nella fase pre-concordataria vi possa essere uno **scioglimento dei contratti con effetti provvisori**, “cioè destinati a venire meno, con efficacia ex tunc, in caso di esito patologico della fase stessa”. Ad avviso dell’autore tale interpretazione sarebbe “*pienamente in linea con la natura prenotativa della fase del pre-concordato, perché se vi può essere prenotazione degli effetti del concordato preventivo con il deposito di una domanda ex art. 161, comma 6, l.f. [...] non si vede perché non vi possa essere anche prenotazione dello scioglimento dei contratti con la medesima disciplina [...]*”.

### 3.1.c) Tesi **contro** sia lo scioglimento che la sospensione dei contratti

Parte della giurisprudenza (peraltro minoritaria) ha affermato che, in pendenza di una procedura di concordato preventivo “in bianco”, sarebbe preclusa sia la possibilità di sciogliere che di sospendere un contratto.

In particolare, è stato sostenuto che “*proprio il fatto che l’autorizzazione in oggetto debba essere necessariamente richiesta nel ricorso, e non con successiva istanza, sembra confermare che il legislatore abbia inteso riferirsi solo al ricorso “completo” di cui al primo comma dell’art. 161 [...]*”<sup>26</sup>.

Inoltre, “*il testo dell’art. 169 bis non fa alcun riferimento alle domande presentate ai sensi del sesto comma dell’art. 161, come invece viene fatto nelle altre norme quando queste vanno applicate anche alla fattispecie del pre-concordato (v. art. 182 quinquies, comma quarto). Inoltre vi è una certa **contraddizione** tra gli effetti provvisori impliciti in una domanda di concordato con riserva – tesa a creare gli effetti protettivi per il patrimonio del debitore in attesa di formulare una adeguata proposta e un piano ai creditori – con la stabilità e definitività che determina una decisione sulla sorte dei contratti pendenti*”<sup>27</sup>.

Tali considerazioni, alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali e dottrinali – come avuto modo di approfondire – sono tuttavia rimaste isolate.

### 3.2 Perimetro applicativo dell’art. 169 bis l.f.

Come anticipato in premessa, la questione primaria riguarda il **perimetro applicativo** dell’art. 169 bis l.f., ovvero quali contratti possono rientrare in tale ambito normativo; risulta necessario, in altre parole, stabilire se i contratti bancari con annesso patto di compensazione **possano o meno essere considerati** “in corso di esecuzione”.

Sul punto, sia la giurisprudenza che la dottrina sono giunte a conclusioni **contrastanti**.

---

specifico, il Tribunale rigettava la richiesta di scioglimento dei contratti bancari, in quanto questa non veniva in alcun modo giustificata, né venivano allegate specifiche circostanze a sostegno della richiesta stessa.

<sup>25</sup> E.S.Polacco, “Preconcordato: sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione in pendenza del termine per la presentazione del piano”, ne *Il Fallimentarista*, 21 ottobre 2014.

<sup>26</sup> Cfr. Tribunale di Roma, 27 febbraio 2014, in *ilfallimentarista.it*.

<sup>27</sup> Corte di Appello di Brescia, 19 giugno 2013, *cit.*; ciò precluderebbe, secondo tali giudici di merito, sia lo scioglimento che la sospensione dei contratti nel concordato “in bianco”.

La quasi totalità della giurisprudenza considera **unilaterali** i contratti bancari con annesso patto di compensazione, dove la banca ha interamente adempiuto alla prestazione ed il debitore no; proprio il carattere unilaterale del rapporto è alla base delle **divergenze** che vengono di seguito analizzate.

- a) il contratto bancario è considerato rapporto **unilaterale** e con l'espressione "in corso di esecuzione" il legislatore ha voluto riferirsi:
- a1)** ai **contratti non eseguiti** o non compiutamente eseguiti da **entrambe** le parti (analogamente alla definizione di "rapporti pendenti" ex art. 72 l.f. – es.: Tribunale di Milano, *cit.*): ne consegue che il contratto di anticipazione bancaria **non potrebbe essere oggetto di sospensione/scioglimento**, stante la natura unilaterale del contratto (come vedremo, la pronuncia del Tribunale di Milano, pur non ammettendo l'applicabilità dell'art. 169 *bis* l.f. a tale fattispecie contrattuale, ha introdotto una interpretazione innovativa, consentendo comunque lo scioglimento/sospensione del **mandato all'incasso** previsto dal contratto);
- a2)** ai contratti eseguiti **solamente** da una delle parti, quindi anche gli stessi rapporti "**unilaterali**" (es.: Corte di Appello Genova, *cit.*): ne consegue che tale contratto bancario **potrebbe** essere oggetto di sospensione/scioglimento;
- b) il contratto bancario viene considerato rapporto **bilaterale** (es.: **Corte di Appello di Trento, 16 dicembre 2014 e 22 ottobre 2013**, in FallimentieSocietà.it): ne consegue che per i contratti bancari in questione è **sempre possibile** richiedere lo scioglimento/sospensione del contratto, a prescindere dall'interpretazione che viene fornita della locuzione "in corso di esecuzione".

3.2.a1) *Tesi a favore dell'analogia della nozione "in corso di esecuzione" con "rapporti pendenti", propria del fallimento di cui all'art. 72 l.f. (impossibilità di sciogliere/sospendere il contratto bancario)*

In ambito **fallimentare**, un "rapporto pendente" è tale se è ancora ineseuito o non compiutamente eseguito da **entrambe** le parti; ne consegue che, traslando questa disposizione in **ambito concordatario** ed assumendo i contratti bancari come rapporti **unilaterali**, non si potrebbe richiedere lo scioglimento/sospensione di tale rapporto ex art. 169 *bis* l.f., con la conseguenza che la banca potrebbe **legittimamente compensare** quanto incassato anche successivamente all'apertura della procedura di concordato preventivo in capo al debitore.

In giurisprudenza si è osservato che "*per contratti in corso di esecuzione ex art. 169 bis l.f. devono essere intesi, con nozione identica a quella contenuta nell'art. 72, comma 1, l.f. in relazione al fallimento, i contratti ancora ineseuiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti alla data di presentazione del ricorso, ossia i contratti a prestazioni corrispettive bilateralmente ineseuiti*" (sottolineatura nostra); con la logica conseguenza che i contratti bancari autoliquidanti in questione "*non possono rientrare nella categoria dei contratti pendenti in quanto relativamente ad essi una delle due contrapposte prestazioni è stata interamente adempiuta prima del deposito del ricorso per concordato (quella della banca per l'anticipo effettuato)*"<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014, rel. Caterina Santinello, *cit.*. Per la dottrina, cfr. F.Casa e F.Sebastiano, "I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo", ne Il Fallimento 5/2014, secondo cui: "Ritenuto non discutibile l'assunto che ritiene di poter perfettamente sovrapporre l'art. 72 all'art. 169 bis l.f. [...]".

Questa tesi, sostenuta dal Tribunale di Padova, è tutt'altro che isolata. Il **Tribunale di Milano**<sup>29</sup> ha sancito l'inammissibilità della domanda di scioglimento delle anticipazioni bancarie ai sensi dell'art. 169 bis l.f. rilevando che nel caso i rapporti abbiano “*generato obblighi restitutori, l'unico elemento che residua è un debito e non un rapporto bilaterale pendente che, come tale, non è soggetto a scioglimento ex art. 169 bis l.f.*”. Circa il decreto di Milano che consente invece la sospensione/scioglimento del successivo mandato all'incasso, vedasi il paragrafo specifico.

È stato sostenuto, inoltre, che il contratto di anticipazione bancaria con annesso patto di compensazione costituisce “*un contratto bilaterale a livello genetico, ma sostanzialmente unilaterale nella fase funzionale del sinallagma, in cui eventuali obblighi accessori della banca non incidono sulla struttura fondamentale del rapporto [...] non potendosi di conseguenza ravvisare “due reciproche prestazioni da sospendere [...] ma una sola”*”<sup>30</sup>.

I sostenitori di tale tesi, in definitiva, ritengono che un contratto “in corso di esecuzione” in ambito concordatario sia tale se è **ancora ineseguito** o non compiutamente eseguito da **entrambe** le parti<sup>31</sup>, in analogia a quanto disposto in ambito fallimentare (di cui all'art. 72 l.f.). I contratti bancari con annesso patto di compensazione sarebbero così esclusi dalla novella disciplina concordataria in quanto, si ritiene, aventi i caratteri di un **rapporto unilaterale**. La banca potrebbe quindi **legittimamente compensare** quanto incassato posteriormente all'ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo, posto che il contratto di anticipazione bancaria, con annesso patto di compensazione, **non** potrebbe essere oggetto di scioglimento/sospensione ai sensi dell'art. 169 bis l.f..

Si deve **segnalare** infine che, “*se fosse accolta la diversa opzione interpretativa che vuole che anche i contratti inseguiti o non compiutamente eseguiti da uno solo dei due contraenti possano essere sciolti ai sensi dell'art. 169 bis l.f., il debitore potrebbe chiedere di sciogliere tutti i rapporti dai quali sono derivati debiti che non ha pagato, perché questi sono ineseguiti da uno dei due contraenti (cioè il debitore stesso), per definizione*”<sup>32</sup>. In altre parole, se si legittimasse lo scioglimento/sospensione dei contratti unilaterali (come appunto i contratti bancari autoliquidanti), si **farebbero rientrare** nella disciplina di cui all'art. 169 bis l.f. **tutti i contratti commerciali** (in cui esiste un rapporto debito/credito), con un'evidente interpretazione errata della volontà del legislatore.

<sup>29</sup> Cfr. Tribunale di Milano, 4 novembre 2014, ne Il Fallimentarista del 5 novembre 2014; 28 maggio 2014, cit. a cui sarà dedicato un apposito paragrafo e 19 marzo 2013, in Riv. dott. comm., 2013, p. 681; dello stesso avviso Corte d'Appello di Venezia, 26 novembre 2014 in FallimentieSocietà.it; Tribunale di Pavia, 24 novembre 2014, cit.; Tribunale di Treviso, 29 ottobre 2014, ne Il Fallimentarista, il quale – in tema di concordato in continuità – stabilisce che il contratto di mutuo, in quanto rapporto unilaterale, non possa considerarsi “in corso di esecuzione” con il medesimo significato di “pendente” di cui all'art. 72 l.f.; Tribunale di Ravenna, 22 ottobre 2014, cit.; Tribunale di Rovigo, 6 marzo 2014, cit.; Tribunale di Verona, 30 gennaio 2013, in Fallimento, 2013, 623.

<sup>30</sup> Cfr. Tribunale di Vicenza, 25 giugno 2013, in Il Caso.it, cit..

<sup>31</sup> Per la dottrina, cfr. MAFFEI ALBERTI, “Commentario breve alla legge fallimentare”, sub. art. 169 bis, Padova, 2013, 1138, secondo cui “*per contratti in corso si devono intendere, evidentemente, quelli non ancora interamente eseguiti né dall'uno né dall'altro contraente*”. Nello stesso senso, cfr. LO CASCIO, Codice commentato del fallimento, sub. art. 169-bis, Ipsoa, 2013, 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.

<sup>32</sup> E.S.Polacco, “Preconcordato: sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione in pendenza del termine per la presentazione del piano”, cit.; nella medesima direzione cfr. Tribunale di Ravenna, 22 ottobre 2014, cit..

3.2.a2) *Tesi a favore della portata più ampia dell'art. 169 bis l.f. (possibilità di richiedere scioglimento/sospensione del contratto bancario)*

Parte della giurisprudenza è orientata nel senso diametralmente opposto, poggiando le proprie convinzioni sul **dato letterale** dell'art. 169 bis l.f., dove si parla di “**contratti in corso di esecuzione**”, senza escludere alcun tipo di contratto (tranne quelli esplicitamente richiamati al comma 4 dello stesso articolo); dalla combinazione del primo e dell'ultimo comma dell'art. 169 bis l.f. “*si ricava che tutte le categorie di contratti ad eccezione di quelli esclusi possono essere oggetto di richiesta di risoluzione*”<sup>33</sup>.

Pare opportuno riportare i **passaggi chiave** della pronuncia del citato Tribunale genovese, caratterizzati da un'estrema chiarezza e coerenza espositiva:

- da un punto di vista strettamente **letterale**, l'art. 169 bis l.f. prevede **tutti** i contratti tranne le ipotesi espressamente escluse;
- l'art. 169 l.f. **non richiama l'art. 72 l.f.** fra le norme, applicabili al concordato preventivo; ciò impedirebbe l'utilizzo in via interpretativa dell'art. 72 l.f. per limitare l'area dell'art. 169 bis l.f.;
- l'art. 169 bis l.f. usa l'espressione “contratti in corso di esecuzione” che sembrerebbe un **concetto ben diverso** da “se un contratto è ancora inesequuto o non compiutamente eseguito da entrambe le parti” contenuto nell'art. 72 l.f., in quanto **non richiederebbe** che entrambe le parti debbano ancora adempiere alle proprie obbligazioni, ma richiederebbe solamente che **almeno una delle parti** debba completare la propria obbligazione (estendendo così l'ambito dell'art. 169 bis l.f. anche ai rapporti unilaterali);
- conseguentemente, lo scioglimento dal contratto ex art. 169 bis l.f. potrebbe essere richiesto per **tutti i contratti** (non espressamente esclusi dalla norma) ed in cui **almeno una parte debba adempiere alle proprie obbligazioni**.

La citata Corte di Appello genovese ritiene addirittura **paradossale** il voler uguagliare l'art. 72 l.f. all'art. 169 bis l.f.: “[...] proprio la **mancanza dell'art. 72 tra le norme richiamate dall'art. 169, la cui rubrica è “norme applicabili”** costituisce il più forte argomento a favore della sua inapplicabilità al concordato”.

**La Corte di Appello di Trento, 24 Aprile 2015** (fallimentiesocieta.it), relatore Erlicher ha considerato legittimo lo scioglimento del contratto di anticipazione bancaria.

3.2.b) *I contratti bancari con patto di compensazione sono rapporti bilaterali, e non unilaterali (possibilità di richiedere sempre lo scioglimento/sospensione del contratto bancario)*

Per completezza si segnala un orientamento giurisprudenziale **minoritario** riguardante la **qualificazione** del rapporto di anticipazione bancaria. La **Corte di Appello di Trento**, con due pronunce simili a distanza di un anno circa l'una dall'altra<sup>34</sup>, ha ritenuto che i contratti bancari con

<sup>33</sup> Cfr. Tribunale di Rovigo, 7 ottobre 2014, in unijuris.it; Tribunale di Genova, 4 novembre 2013, cit.; Corte di Appello di Genova, 10 febbraio 2014, in Il Caso.it, 10080; Tribunale di Monza, 8 agosto 2013, in Il Caso.it.

<sup>34</sup> Cfr. Corte di Appello di Trento, 16 dicembre 2014 e 22 ottobre 2013, cit.. Dello stesso avviso, Tribunale di Ravenna, 22 ottobre 2014, cit., in cui supportando la sostanziale uguaglianza terminologica degli artt. 169 bis l.f. e 72

patto di compensazione siano **rapporti bilaterali**, e non unilaterali, atteso che “*anche in questo tipo di contratti (di anticipazione bancaria) permangono, durante l'intero rapporto, attività anche a carico della banca quali l'incasso dei crediti, la loro compensazione e più in generale un comportamento diligente nella gestione dei rapporti. E, invero, sono proprio le prestazioni della banca a risentire maggiormente della sospensione [...]*”.

Ne conseguirebbe che, aderendo a tale orientamento, ai contratti bancari in questione si potrebbe **sempre** chiedere lo scioglimento/sospensione del contratto, atteso che, in quanto **bilaterali**:

- sarebbero contratti **non compiutamente eseguiti** da entrambe le parti (aderendo all'orientamento di cui al punto 2.a1)), oppure
- sarebbero contratti in cui **almeno una delle parti** deve adempiere alle proprie obbligazioni (considerando l'opposto orientamento di cui al punto 2.a2)).

### 3.3 Validità del c.d. “patto di compensazione” post scioglimento/sospensione del contratto

Qualora si considerasse il contratto bancario autoliquidante passibile di scioglimento/sospensione ex art. 169 *bis* l.f., si porrebbe ad affrontare il tema della **validità o meno** del c.d. “**patto di compensazione**” annesso al contratto, a seguito dello scioglimento/sospensione del contratto stesso. Ove, infatti, il citato contratto non fosse considerato idoneo ad essere sciolto/sospeso, è di tutta evidenza che anche il c.d. “patto di compensazione” dovrebbe proseguire il proprio naturale decorso (consentendo alla banca di porre in essere la compensazione contrattualmente prevista).

Ci si chiede, in altre parole, se in caso di scioglimento/sospensione del contratto, il “patto di compensazione” debba **seguire le sorti** del contratto principale o debba considerarsi comunque **valido** in quanto stipulato ante ammissione del debitore alla procedura di concordato.

Vi sono, anche in questo caso, opposte posizioni giurisprudenziali. Si analizzano quelle **successive all'introduzione dell'art. 169 *bis* l.f.** (con effetto, ricordiamo, dal 11 settembre 2012)<sup>35</sup>.

---

l.f., viene affermato che “[...] *il mandato all'incasso, la garanzia sul credito e la clausola di compensazione, sono compatibili con il concetto di rapporto pendente [...]*”, sostenendo implicitamente – a nostro avviso – la natura bilaterale di questi rapporti.

<sup>35</sup> Per completezza espositiva, si ritiene opportuno fornire una breve nota della disciplina anche **ante introduzione dell'art. 169 *bis* l.f.**:

**Tesi *contro* la compensazione:** A favore di questa tesi, si richiama la sentenza della **Cassazione n. 10548 del 7 maggio 2009** (In Il Caso.it, 2024), secondo cui la compensazione non può operare quando i rispettivi crediti non siano **entrambi preesistenti** all'apertura della procedura concorsuale (in accordo con l'art. 56 l.f.); tale preesistenza manca qualora l'incasso del credito da parte della banca mandataria avvenga dopo la presentazione della domanda di concordato. Di conseguenza, qualora la riscossione del credito avvenga da parte del mandatario **dopo** la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, non sussisterebbero i presupposti per la compensazione e questa non potrebbe operare, anche se convenzionalmente pattuita.

Così recita testualmente la richiamata sentenza della Suprema Corte: “*La Corte d'Appello ha correttamente richiamato il principio, da tempo consolidato in giurisprudenza, che richiede ai fini della compensabilità delle opposte ragioni di credito prevista dalla L. Fall., art. 56 – espressamente recepito per l'ipotesi di concordato preventivo dalla L. Fall., art. 169 – la preesistenza del momento genetico dei rispettivi crediti rispetto alla procedura concorsuale. Ma di tale enunciazione non ha fatto poi corretta applicazione nell'ambito della disciplina del mandato di cui non ha adeguatamente considerato la figura giuridica e gli effetti che ne discendono ai fini in esame. Il mandato all'incasso, infatti, come quello conferito nel caso in esame alla banca con facoltà di compensazione con gli scoperti di conto corrente del mandante, non comporta a favore della banca, a differenza della cessione, alcun trasferimento del credito*”.

Riproduzione riservata

È di tutta evidenza come questa sia in effetti la questione principale che riguarda la fattispecie, per evidenti implicazioni **pratiche**.

### 3.3.a) Il c.d. “patto di compensazione” si estingue insieme al contratto bancario

La **facoltà** concessa al debitore di richiedere lo scioglimento/sospensione dei contratti bancari “in corso di esecuzione” – mediante l’introduzione dell’art. 169 *bis* l.f. – è stata individuata come strumento per **paralizzare l’esecuzione del mandato all’incasso** della banca, conferendo così maggiori possibilità di riuscita della procedura concordataria: “*L’acquisizione diretta da parte dell’imprenditore della liquidità riveniente dall’incasso dei crediti anticipati dalla banca viene infatti giustificata in quanto funzionale a costituire le disponibilità necessarie per l’attuazione del piano concordatario, secondo i dettami della par condicio creditorum*”<sup>36</sup>.

---

*di cui rimane titolare il mandante. Di conseguenza, solo al momento in cui viene incassata la somma da parte del mandatario sorge nei confronti di quest’ultimo l’obbligo di restituire quanto riscosso [...]”.*

Nello specifico, nel mandato all’incasso con patto compensativo, il “momento genetico” è da individuarsi con la riscossione delle somme (posteriore alla domanda di ammissione alla procedura di concordato) e non con la stipula del contratto (anteriore a tale domanda). Per una analisi della tesi qui avanzata, riportiamo dal decreto del **Tribunale di Padova 7 gennaio 2014**, rel. Caterina Santinello “nella fattispecie esaminata in quest’ultima decisione non veniva in considerazione la previsione, nella regolamentazione del rapporto bancario, di un “patto di compensazione” nel senso sopra richiamato, ma l’Istituto bancario aveva ritenuto applicabile e opposto la compensazione tra debiti/crediti regolata dall’art. 56 l.f. ritenendo, a torto come censurato dalla Corte di Cassazione, che anche il proprio debito di restituzione fosse sorto quando le era stato conferito il mandato all’incasso anteriormente alla presentazione della domanda di concordato preventivo, considerato pertanto che nella predetta sentenza la Corte di Cassazione non ha affrontato il problema e non si è pronunciata sulla opponibilità o meno alla procedura concordataria e quindi alla massa dei creditori concorsuali di un vero e proprio patto di compensazione stipulato tra le parti, ma si è limitata ad affermare che in presenza di un mandato all’incasso, a differenza che in caso di cessione, nessun trasferimento del credito si verifica a favore della banca, di cui infatti rimane titolare il mandante. “Di conseguenza, solo al momento in cui viene incassata la somma da parte del mandatario sorge nei confronti di quest’ultimo l’obbligo di restituire quanto riscosso. E’ evidente pertanto che il momento genetico di una tale obbligazione del mandatario è da individuare con riferimento, non già al momento del conferimento del mandato, ma all’atto della riscossione del debito del terzo in quanto è da tale momento che sorge l’obbligo di restituzione della relativa somma al mandante. E poiché la riscossione della somma da parte della banca è avvenuta dopo la domanda di ammissione al concordato preventivo non avrebbe potuto la Corte di Appello operare la compensazione in applicazione del principio, che essa stessa aveva enunciato, della necessità della preesistenza dei rispettivi crediti” (Cass. N. 10548/09)”.

**Tesi a favore della compensazione:** in presenza di un patto di compensazione, la banca può **legittimamente compensare** le somme incassate con il credito vantato, anche se l’incasso delle somme avviene successivamente alla domanda di ammissione al concordato (Cfr. **Cassazione**, sentenza n. 17999 del 1 settembre 2011, in Il Caso.it, 9326. Vedasi anche **Cassazione**, n. 6870/1994, 7194/1997, 2539/1998, 4205/2001, in Il Caso.it, 10993; **Tribunale di Bergamo, 22 novembre 2011**, in Il Caso.it, 6752; **Tribunale di Roma, 21 aprile 2010**, in Il Caso.it, 11021): “Solo in tale ipotesi (esistenza del c.d. patto di compensazione) 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 né l’imprenditore durante l’amministrazione controllata, né il curatore fallimentare – ove alla prima sia conseguito il fallimento – hanno diritto a che la banca riversi in loro favore le somme riscosse”.

<sup>36</sup> V. Cederle, “Concordato con riserva: applicabilità dell’art. 169 bis l.f. ai contratti bancari auto liquidanti”, Il Fallimento n. 7/2014, p. 800.

Il Tribunale di **Monza**<sup>37</sup> sostiene l'**estinzione** anche del c.d. "patto di compensazione" a seguito di scioglimento/sospensione del contratto:

- il c.d. "patto di compensazione", **al pari** di tutti gli altri **patti accessori**, deve seguire il corso del contratto principale; nel caso, dunque, di scioglimento del rapporto di credito bancario, anche il patto di compensazione deve venir meno, **con conseguente impossibilità per la banca di operare la compensazione** tra debiti e crediti ed **obbligo per la stessa di riversare alla procedura le somme incassate dopo lo scioglimento del contratto**;
- la possibilità di **evitare la prosecuzione del patto di compensazione** collegato ad un'operazione creditizia **dipende esclusivamente dalla scelta del debitore** di porre termine al rapporto negoziale pendente.

Pare evidente, in definitiva, come la **tutela della *par condicio creditorum*** sia l'obiettivo primario della nuova norma, ed in particolare **evitare** che "*gli Istituti bancari pongano in compensazione i propri crediti verso la ricorrente con le somme che confluiscono sui conti correnti di riferimento [...] in considerazione della evidente lesione della par condicio creditorum messa in atto da parte degli istituti di credito [...]*"<sup>38</sup>.

### 3.3.b) Il c.d. "patto di compensazione" rimane in vita

Nonostante la possibilità di richiedere lo scioglimento/sospensione del contratto, parte della giurisprudenza ritiene che il c.d. "patto di compensazione" debba rimanere in vita, con la conseguenza che la banca potrebbe **legittimamente compensare** il proprio credito verso il cliente conseguente ad operazioni di anticipazione con il proprio debito per il versamento al cliente delle somme riscosse.

I sostenitori di questa tesi si basano sulla **più** recente pronuncia della Cassazione sul punto (n. 17999/2011 - cfr. nota 24), nonostante sia riferita ad **una questione anteriore** all'introduzione dell'art. 169 bis l.f.. Il **Tribunale di Cuneo**, in proposito, si è così espresso: "*La compensazione deve pertanto ritenersi legittima purché espressamente prevista dal contratto di anticipazione, che continua a produrre i propri effetti anche in pendenza di concordato [...]*"<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Trib. Monza, ord. 27 novembre 2013, resa in un procedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c., cit.; dello stesso avviso, Tribunale di Rovigo, 7 ottobre 2014, cit.: "*L'applicazione dell'art. 169 bis L.F. implica necessariamente la caducazione del patto accessorio di compensazione eventualmente contenuto nel contratto stipulato con la banca*".

<sup>38</sup> Trib. Busto Arsizio, Decreto dell'11 febbraio 2013, cit..

Analogamente, Tribunale di Treviso, 18 luglio 2014, cit.: "*la sospensione dei contratti bancari appare applicabile avendo la funzione di paralizzare l'incasso di somme da parte della banca in funzione della compensazione, al fine di non alterare la par condicio e il principio di cristallizzazione del passivo alla data di deposito del ricorso*".

Cfr. anche Tribunale di Pordenone, 10 dicembre 2013, cit.; Tribunale di Piacenza, 1 marzo 2013, cit.; Tribunale di Como, 5 novembre 2012, cit.; Tribunale di Lucca, 21 maggio 2013, in Il Caso.it, 9052.

<sup>39</sup> Cfr. Tribunale di Cuneo, 14 novembre 2013, in Il Caso.it, 9902.

In tal senso, cfr. anche Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014 est. Caterina Santinello, 30 aprile 2013, 23 maggio 2013, cit., secondo cui "*Solo in presenza di specifico e preesistente patto di compensazione [...] è possibile la compensabilità dei crediti vantati dalla Banca verso il debitore in concordato con le somme riscosse dopo la presentazione di domanda di concordato preventivo. Non è ammessa la compensabilità in caso di semplice mandato all'incasso (senza patto di compensazione)*"; Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012, in Il Caso.it, 8036: "*[...] la banca ha diritto di compensare il proprio debito restitutorio delle somme incassate con il credito vantato verso il correntista – ancorché quest'ultimo sia anteriore all'ammissione alla procedura e il debito sia sorto invece successivamente – sol che ciò sia stato previsto nella convenzione conclusa tra le parti (il c.d. "patto di compensazione")*"; Tribunale di Milano, 11 dicembre 2012,

Parte della **dottrina** ha altresì avanzato delle interessanti considerazioni alquanto **singolari**, arrivando a qualificare l'istanza ex art. 169 *bis* l.f. (sempre in riferimento ai contratti di anticipazione bancaria) come una sorta di "**revocatoria per vie brevi**"<sup>40</sup>. La cessazione della validità del c.d. "patto di compensazione" comporterebbe di certo un vantaggio alla massa dei creditori, "*ma pretendere di perseguire questo effetto attraverso lo scioglimento del rapporto negoziale sembra costituire un salto logico incoerente con la ratio legislativa*". Così facendo, infatti, si applicherebbe in modo **retroattivo** la disposizione di cui all'art. 169 *bis* l.f., in evidente contrasto con la volontà del legislatore (che mirerebbe alla cessazione **nel futuro** del vincolo contrattuale).

In altre parole, il debitore - attraverso la richiesta di cui all'art. 169 *bis* l.f. - **non** mirerebbe tanto allo **scioglimento/sospensione** del contratto pendente, quanto piuttosto alla **restituzione** degli importi **trattenuti** dalla banca (cercando in tal modo di **non** rendere operativo il c.d. "patto di compensazione")<sup>41</sup>; si rischierebbe così di "*convertire l'art. 169 bis l.f. in una sorta di surrogato dell'azione revocatoria fallimentare*"<sup>42</sup>, la quale non trova applicazione nel contesto concordatario".

Secondo il citato orientamento, in definitiva, sarebbe pienamente **evidente lo squilibrio** delle condizioni economiche del rapporto, in cui il debitore concordatario andrebbe ad incassare le medesime somme **due volte** (una prima volta mediante l'anticipo erogato dalla banca prima dell'apertura della procedura concorsuale, e successivamente chiedendo l'incasso delle somme pagate alla banca dal terzo).

Parte della giurisprudenza, inoltre, ha sollevato dubbi riguardanti la *par condicio creditorum*, nel senso che non dovrebbe rappresentare l'obiettivo primario cui tendere, quanto piuttosto "*i provvedimenti ex art. 169 bis l.f. debbono comunque essere pronunciati in funzione della continuità aziendale, avuto riguardo alle concrete ed attuali esigenze della gestione dell'impresa, in relazione, ad esempio, a contratti superflui [...]*"<sup>43</sup>.

### 3.4 Orientamento del Tribunale di Milano, Decreto del 28 maggio 2014

Come anticipato, si analizza ora l'orientamento assunto dal **Tribunale di Milano, con decreto del 28 maggio 2014** (Pres. Lamanna, Est. D'Aquino, in Ilcaso.it, *cit.*).

Si è voluto analizzare separatamente tale pronuncia – per il modo in cui i Giudici milanesi hanno analizzato tutti i termini della questione; per la prima volta, infatti, è stata effettuata una **distinzione**

---

in Il Caso.it, 8524 (Pres. Lamanna): "[...] gli accrediti relativi a fatture/ri.ba accettate in epoca precedente (alla pubblicazione della domanda) non possono essere compensati con i debiti pregressi pena la violazione dell'art. 56 l.f., salva l'ipotesi della cessione del credito ovvero dell'opponibilità del patto di compensazione a rapporto pendente".

<sup>40</sup> Stefano Ambrosini, *cit.*

<sup>41</sup> Sul punto, cfr. **Tribunale di Udine, 22 agosto 2014**, in unijuris.it, secondo cui "*il provvedimento previsto dall'art. 169 bis l.f. ha natura di volontaria giurisdizione e non può e non deve essere la sede per la decisione su conflitti tra creditori concorsuali [...]*".

<sup>42</sup> Verrebbe da considerarla una sorta di azione revocatoria "alla rovescia", dove non è il debitore che paga un terzo a cui viene successivamente chiesta la restituzione di quanto incassato (nel periodo sospetto), ma è il terzo che anticipa dei soldi al debitore il quale, a seguito dell'accesso alla procedura concordataria, non li restituisce più.

<sup>43</sup> Cfr. **Corte di Appello di Brescia, 19 giugno 2013, cit.**

tra l' "anticipazione" vera e propria erogata dalla banca al debitore ed il "**mandato all'incasso** in corso di esecuzione" (con annesso "patto di compensazione") previsto contrattualmente. Secondo tale orientamento, ciò che sarebbe passibile di **sospensione** (o scioglimento in caso di concordato "pieno") è il solo **mandato all'incasso** e non l'anticipazione bancaria già erogata dalla banca. Inoltre, il contratto di anticipazione bancaria – come riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza – viene considerato un rapporto **unilaterale**.

Pare opportuno riportarne i tratti **salienti**<sup>44</sup>:

- l'istanza di **scioglimento** del contratto ex art. 169 *bis* l.f. **non è ammissibile** in sede di concordato "**in bianco**", in quanto le caratteristiche della domanda concordataria, **reversibile** e **declinabile**, sono incompatibili con la **stabilizzazione** e l'**irreversibilità** degli effetti che lo scioglimento comporta nei confronti delle controparti contrattuali. In questa fase è ammissibile solamente la **sospensione** del contratto;
- le nozioni di cui agli art. **72** e **169 bis** l.f. devono essere interpretate in **identica** maniera, nonostante abbiano due formulazioni letterali differenti (l'art. 169 *bis* si riferisce ai "contratti in corso di esecuzione" e l'art. 72 ai contratti "pendenti");
- ne consegue che un contratto è considerato **pendente** nel concordato se lo è **anche nel fallimento** e, quindi, solo se si tratta di rapporto a prestazioni corrispettive in cui le **prestazioni siano inesequite (o non compiutamente eseguite) da entrambe le parti** (se, diversamente, il contratto è stato eseguito da una sola delle parti, lo stesso genera un debito (concorsuale) oppure un credito);
- da quanto sopra, deve ritenersi che **non possono essere considerati "pendenti"** i contratti a prestazioni **unilaterali** in cui una delle parti abbia già eseguito la propria prestazione e dal contratto residuino solo crediti o debiti, quali ad esempio le operazioni di **anticipazione bancaria**; per queste, dunque, **non sarebbe possibile** richiedere né lo scioglimento né la sospensione (in quanto contratti unilaterali);
- tuttavia, **lo scioglimento/sospensione** di cui all'art. 169 *bis* l.f. potrebbe operare **solo per i mandati all'incasso in corso di esecuzione**, che andrebbero a chiudere l'operazione di anticipazione con la riscossione del credito; in tal caso lo scioglimento/sospensione opererebbe integralmente, **impedendo non solo l'applicazione della clausola di compensazione, ma nel suo complesso l'esecuzione del mandato all'incasso.**

### **3.5 Tribunale di Venezia, Decreto 20 gennaio 2015, est Fidanzia e Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014, est Sentinello – La questione dell'affidamento**

Analizziamo due decreti per certi versi innovativi, nel senso che partono da considerazioni diverse, e valutano l'esistenza o meno del fido e di eventuali spazi per ulteriori utilizzi del fido stesso, al fine di poter considerare in corso o meno il rapporto. Iniziamo da Venezia.

Qui il giudice ammette la possibilità di sospensione anche nel concordato con riserva, e in particolare ammette che l'indennizzo venga determinato anche post richiesta di sospensione, al

<sup>44</sup> Cfr. anche il nostro articolo pubblicato ne *Il Sole 24 Ore*, 1 ottobre 2014, p.45.  
Riproduzione riservata

momento della presentazione del piano. Ma l'aspetto peculiare che questo decreto riguarda l'implicazione dell'art. 169 bis sui contratti bancari in corso. E qui, sinceramente, non si è riusciti a comprendere del tutto la soluzione indicata.

La banca aveva eccepito l'inapplicabilità dell'art. 169 bis l.f. ai contratti bancari di anticipazione con patto di compensazione, come in effetti gran parte della giurisprudenza ormai ritiene.

Il Collegio non ha condiviso questa impostazione, ritenendo che la banca non avesse esaurito i suoi rapporti. "Dunque, fino o a quando non abbia revocato le linee di credito concesse e fino a quando non sia stato raggiunto il limite contrattualmente pattuito, la banca è obbligata ad erogare i fondi al cliente, nei termini e condizioni pattuite (es. nell'anticipo salvo buon fine la concessione di un anticipo è condizionato al gradimento espresso dalla banca per il foglio commerciale presentato). Si tratta di una obbligazione principale e non certo accessoria. L'istituto di credito, dopo aver erogato i fondi (che variano negli importi a seconda dei fogli commerciali ed effetti presentati ed accettati nei limiti pattuiti) non si limita quindi ad operazioni quali l'incasso dei crediti vantati dai propri clienti nei confronti dei terzi ed alle conseguenti compensazioni a deconto dell'esposizione debitoria del cliente".

Pare di intendere che il riferimento sia qui al rapporto in essere, che prosegue se non specificatamente revocato, piuttosto che alle anticipazioni già effettuate. Ma di norma la banca, appena venuta a conoscenza della domanda di ammissione alla procedura, revoca o quantomeno sospende il rapporto.

Ed allora si renderebbe applicabile la tesi invece non condivisa dal Collegio. In ogni caso, nella fattispecie la parte non aveva comunque ben dettagliato la situazione, non avendo specificato importi e altri elementi utili.

Infine, per quanto concerne la richiesta necessità di provare in modo specifico e articolato l'incompatibilità dei rapporti bancari in corso con il concordato, il collegio non lo ha ritenuto necessario.

Sulla stessa linea, circa la questione degli affidamenti, si veda anche l'interessante, dettagliato e motivato precedente decreto del **Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014** (est. Caterina Santinello). Anche qui è ammessa la sospensione delle anticipazioni bancarie nel concordato preventivo, se adeguatamente motivata.

Il giudice ha ritenuto equivalente la previsione dell'art. 72 l.f. e quella dell'art. 169 bis l.f.

Ma in ogni caso l'anticipazione bancaria è stata considerata contratto unilaterale, e quindi non rientrabile nella categoria dei contratti pendenti, in quanto "relativamente ad essi una delle due contrapposte prestazioni è stata interamente adempiuta prima del deposito del ricorso per concordato, con la conseguenza che se inadempita è la prestazione del debitore concordatario la stessa risulterà scaduta ex art. 55 l.f. e dovrà essere soddisfatta nel concorso secondo la legge e i termini del piano; diversamente se inadempita è la prestazione dell'altro contraente, non trovando più applicazione l'art. 55 l.f. che prevede l'anticipata scadenza dell'obbligazione del debitore proponente, quest'ultimo potrà agire quale creditore per ottenerne l'adempimento alla scadenza pattuita", richiamandosi alla sentenza della Cassazione n. 17999/11 che peraltro riguarda solo la presenza del patto di compensazione, e non la questione affidamento.

Ripartiamo dalla massima (ilfallimentarista.it) “in relazione ai contratti di anticipazione bancaria con mandato all’incasso e patto di compensazione e reciproche prestazioni non possono dirsi “non ancora eseguite”, se non vi sia un affidamento in astratto ancora utilizzabile oppure se l’istituto di credito non sia nel frattempo receduto dal contratto; invece il contratto potrà essere sciolto e/o sospeso se l’affidamento sia concesso anche oltre l’importo massimo consentito ma l’istituto abbia ugualmente disposto l’anticipazione”.

Quindi, secondo questi giudici, ha una valenza il riferimento al fido, se ancora esistente e capiente. La banca infatti, nei limiti del fido, è obbligata al rispetto del contratto, e pertanto il contratto è in corso, per cui si rende applicabile l’art. 169 bis l.f..

In realtà, come già anticipato, al momento del deposito della domanda di concordato, tutti i fidi sono revocati, o comunque sospesi dalla stessa banca. E quindi, al di là del fido e dell’utilizzo, questi paiono non creare alcun effetto specifico nella questione. E in ogni caso la questione che ci si pone riguarda le anticipazioni già presentate e non ancora incassate, non certamente il foglio da presentare, che la banca in ogni caso respingerebbe.

Parrebbe quindi forzato far dedurre che, essendo il contratto ancora in corso, potendosi presentare nuovo foglio, si possa chiedere la sospensione delle anticipazioni già precedentemente presentate. Si tratta di due momenti e due fattispecie ben distinti, e a nostro avviso anche scollegati.

### 3.6 Caso pratico

Vediamo ora un’esemplificazione pratica.

In data 3 novembre 2014, la Società OMEGA S.r.l. stipula con la banca un contratto di **anticipazione bancaria** s.b.f. con mandato all’incasso dei crediti (c.d. “patto di compensazione”); la banca viene così legittimata, all’atto della riscossione, a porre in essere la compensazione con le somme in precedenza anticipate.

In data 27 novembre 2014, OMEGA presenta alla banca una **ricevuta bancaria** di € 50.000 (su una fattura di pari importo emessa qualche giorno prima) e, in virtù del contratto stipulato, quest’ultima anticipa l’intero importo (non si considerino, per semplicità, le commissioni applicate dalla banca). In data 15 dicembre 2014 OMEGA presenta al Tribunale competente domanda di **concordato preventivo**, ai sensi dell’art. 161 l.f. (concordato preventivo “**pieno**”). Nel piano presentato, la Società richiede lo **scioglimento** di tale contratto di anticipazione bancaria ai sensi dell’art. 169 bis l.f..

In data 20 gennaio 2015, la fattura (per la quale è stato concesso l’anticipo di € 50.000) viene interamente saldata.

Nel caso prospettato, in giurisprudenza sono tutt’ora dibattute un paio di questioni.

In primo luogo, si dovrebbe qualificare il contratto in essere come rapporto **unilaterale** o bilaterale. Strettamente connesso a questo aspetto, ci si dovrebbe chiedere se il contratto di anticipazione bancaria s.b.f. con mandato all’incasso possa rientrare nel **perimetro normativo** di cui all’art. 169 bis l.f. (con possibilità quindi di richiedere lo scioglimento/sospensione del medesimo).

Aderendo alla tesi affermativa (secondo cui l'art. 169 *bis* l.f. contemplerebbe anche tale tipo di contratti), ci si dovrebbe domandare se il mandato all'incasso sia anch'esso oggetto di scioglimento (sospensione) o se invece la presenza del c.d. "patto di compensazione" (stipulato ante richiesta di concordato) sia di per sé sufficiente a legittimare la banca a porre in essere la **compensazione** medesima (in quanto produttivo di effetti anche in pendenza di concordato). Nel primo caso, l'importo di € 50.000 riscosso dalla banca dovrebbe essere versato nelle casse di OMEGA; nel secondo caso, la banca sarebbe legittimata a compensare l'importo riscosso con quello in precedenza anticipato, con un effetto finale pari a 0.

Aderendo al citato orientamento del **Tribunale di Milano** di cui al Decreto 28 maggio 2014, invece, oggetto di scioglimento non sarebbe il contratto di anticipazione in sé (in quanto non rientrante nel perimetro dell'art. 169 *bis* l.f., considerata la natura unilaterale dello stesso contratto) ma il **mandato all'incasso** che andrebbe a chiudere l'operazione di anticipazione con la riscossione del credito, non permettendo così che la banca possa porre in essere la compensazione.

Da ultimo, qualora OMEGA abbia presentato una domanda di concordato preventivo "**in bianco**", la giurisprudenza maggioritaria ritiene che possa essere richiesta esclusivamente la sospensione del contratto, e non anche il suo scioglimento.

In ogni caso (richiesta di scioglimento/sospensione del contratto), la banca ha diritto a ricevere un **indennizzo** equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento del contratto (ai sensi dell'art. 169 *bis* l.f., comma 2 l.f.), da pagarsi in **moneta concorsuale**.

### 3.7 La Corte di Appello di Venezia sulle anticipazioni bancarie e l'articolo 169 bis l.f.

La Corte di Appello di Venezia è intervenuta più volte su questo importante aspetto. Queste le sentenze:

- 1) Corte di Appello di Venezia, 20 novembre 2013 relatore Guido Santoro;
- 2) Corte di Appello di Venezia, 26 novembre 2014 relatore Guido Santoro;
- 3) Corte di Appello di Venezia, 23 dicembre 2014 relatore Paola di Francesco;
- 4) Corte di Appello di Venezia, 16 febbraio 2015 relatore Guido Santoro;
- 5) Corte di Appello di Venezia, 11 marzo 2015 relatore Paola di Francesco.

In modo sintetico, questa la sintesi delle cinque sentenze

	decreto n.
L'art. 169 bis è compatibile con il concordato con riserva	1
Scioglimento possibile astrattamente anche con il concordato con riserva	1
Contraddittorio non rinviabile	1
Anticipazione bancaria: non sospendibile il patto di compensazione	2/3
Interesse ad agire della banca fino al momento in cui la procedura comunica la validità di sospensione o scioglimento dal contratto	4
Anticipazione bancaria: se cessione di credito, non sospendibile	4/5

## 3.8 Tabelle riassuntive sulle anticipazioni bancarie e l'art. 169 bis l.f.

QUESTIONE		
<p>1) L'art. 169 bis l.f., ed in particolare la possibilità di richiedere lo <b>scioglimento</b> dei contratti, si applica anche al concordato "con riserva" (ex art. 161, comma 6, l.f.)?</p>	<p><b>SI</b>, l'art. 169 bis l.f. fa riferimento all'art. 161, <u>senza alcuna distinzione</u>, comprendendo quindi anche il concordato "in bianco" o "con riserva", il contratto si può quindi sospendere, ma anche sciogliere.</p> <p>Cfr.: Milano 4 febbraio 2015 ilcaso.it, Cassino 29 ottobre 2014 ilcaso.it, Rovigo 18 settembre 2014, Udine 22 agosto 2014 ilcaso.it, Busto Arsizio 24 luglio 2014 ilfallimetarista.it, Modena 7 aprile 2014 fallimentiesocietà.it, Venezia 27 marzo 2014, Terni 27 dicembre 2013, Genova 4 novembre 2013, Vercelli 20 settembre 2013, ilcaso.it Bologna 26 aprile 2013, Novara 3 aprile 2013, Piacenza 27 marzo 2013, Roma 20 febbraio 2013, Catanzaro 23 gennaio 2013, Monza 21 e 16 gennaio 2013, ilcaso.it Modena 30 novembre 2012, Biella 13 novembre 2012, Como 5 novembre 2012, Salerno 25 ottobre 2012, La Spezia 24 ottobre 2012, Terni 12 ottobre 2012, ilcaso.it Mantova 27 settembre 2012;</p> <p><b>Corte Appello</b> Trento 24 aprile 2015, fallimentiesocietà.it, Milano 4 febbraio 2015 ilcaso.it (previa adeguata disclosure), Trieste 20 ottobre 2014, in fallimento e società, Genova 10 febbraio 2014, Venezia 20 novembre 2013, Bari 11 novembre 2013.</p>	<p><b>NO</b>, lo scioglimento dei contratti ex art. 169 bis l.f., in quanto comportante effetti <b>definitivi ed irreversibili</b>, appare incompatibile con la proposizione del concordato "con riserva", caratterizzato da <b>provvisorietà</b>. Nel concordato si potrà solo sospendere.</p> <p>Cfr.: <b>Tribunale</b> Pavia 24 novembre 2014 ilcaso.it, Venezia, 20 gennaio 2015, ilcaso.it, Ravenna 22 ottobre 2014, Trento 20 ottobre 2014, Milano 11 settembre 2014, Udine 22 agosto 2014 ilcaso.it, Prato 8 agosto 2014 ilfallimenterista.it, Treviso 18 luglio 2014 ilfallimenterista.it, Vicenza 14 luglio 2014, Milano 10 luglio 2014, Treviso 22 maggio 2014 (cassata di Corte di Appello di Venezia 26/11/2014), Milano 28 maggio 2014 ilfallimenterista.it, Firenze 17 aprile 2014 OCI-osservatorio, Prato 20 gennaio 2014, Padova 7 gennaio 2014, Pordenone 10 dicembre 2013, Udine 25 settembre 2013, Pordenone 27 giugno 2013, Vicenza 25 giugno 2013, Monza 6 giugno 2013, Ravenna 24 dicembre 2012, Verona 31 ottobre 2012, Pistoia 30 ottobre 2012;</p> <p><b>Corte Appello</b> Trento 4 novembre 2013, il fallimenterista.it 16 dicembre 2014 e 22 ottobre 2013.</p>

<p>2) Il perimetro applicativo dell'art. 169 <i>bis</i> l.f. comprende anche i "contratti bancari autoliquidanti"?</p>	<p><b>SI</b>, il dato letterale dell'art. 169 <i>bis</i> l.f. <b>non esclude</b> alcun tipo di contratto, tranne quelli esplicitamente richiamati nel comma 4. Non rileva il fatto che i contratti bancari autoliquidanti abbiano i caratteri di un <b>rapporto unilaterale</b>. Cfr.: <b>Tribunale</b> di Rovigo 7 ottobre 2014, Genova 4 novembre 2013, Monza 8 agosto 2013; <b>Corte Appello</b> Trento, 24 aprile 2015, fallimentoesocietà.it, Genova 10 febbraio 2014.</p>	<p><b>NO</b>, i contratti in corso di esecuzione ex art. 169 <i>bis</i> l.f. devono essere intesi con <b>nozione identica a quella contenuta nell'art. 72, comma 1, l.f.</b> in relazione al fallimento: rientrano nel perimetro applicativo solo i <b>contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti</b>, con esclusione, dunque, dei rapporti aventi carattere unilaterale<sup>45</sup>. Cfr.: <b>Tribunale</b> Pavia 24 novembre 2014, Milano 4 novembre 2014, Treviso 29 ottobre 2014, Ravenna 22 ottobre 2014, Milano 28 maggio 2014 ilcaso.it, Rovigo 6 marzo 2014, Padova 7 gennaio 2014, Vicenza 25 giugno 2013, Milano 19 marzo 2013, Verona 30 gennaio 2013; <b>Corte Appello</b> Venezia 26 novembre 2014; Trento 4 novembre 2013 fallimenti e società, Trento 23 dicembre 2014 ilfallimentarista.it. NO, MA si può sciogliere/sospendere il mandato all'incasso. <b>Milano, 28 maggio 2014.</b></p>
--	---	--

<sup>45</sup> Si evidenziano, sul punto, le pronunce della **Corte di Appello di Trento 16 dicembre 2014 e 22 ottobre 2013** che attribuiscono ai contratti di anticipazione bancaria carattere **bilaterale**, ricomprendendoli di conseguenza nel perimetro di cui all'art. 169 ~~*bis* l.f.~~

<p>3) Anche il c.d. “<b>patto di compensazione</b>” si estingue post scioglimento / sospensione del contratto?<sup>46</sup></p>	<p><b>SI</b>, nel caso in cui il rapporto di credito bancario venga sospeso / sciolto, <b>anche il patto di compensazione, al pari di tutti gli altri patti accessori, verrà meno, con conseguente impossibilità per la banca di operare la compensazione</b> tra debiti e crediti ed obbligo per la stessa di <b>riversare</b> alla procedura le <b>somme incassate</b> dopo lo scioglimento del contratto. Cfr.: <b>Tribunale Pavia</b> 24 novembre 2014 ilcaso.it, Rovigo 7 ottobre 2014, Treviso 18 luglio 2014 fallimentiesocietà, Pordenone 12 febbraio 2014 fallimentiesocietà.it, Pordenone 10 dicembre 2013 fallimentiesocietà.it, Monza 27 novembre 2013 ilcaso.it, Lucca 21 maggio 2013 , Piacenza 1 marzo 2013, Busto Arsizio 11 febbraio 2013, Como 5 novembre 2012.</p>	<p><b>NO</b>, la <b>compensazione</b> deve ritenersi <b>legittima</b> purché <b>espressamente</b> prevista dal contratto di anticipazione, che continua a produrre i propri effetti anche in pendenza di concordato. Milano 9 gennaio 2015 ilfallimentarista.it, Reggio Emilia 18 dicembre 2014 unijuris.it, Cfr.: <b>Tribunale Udine</b> 22 agosto 2014, Padova 7 gennaio 2014 ilfallimentarista.it, Cuneo 14 novembre 2013 ilfallimentarista.it, Padova 23 maggio 2013 ilfallimentarista.it e 30 aprile 2013, Milano 11 dicembre 2012, Terni 12 ottobre 2012 ilcaso.it; <b>Corte Appello Genova</b> 10 febbraio 2014 ilfallimentarista.it, Brescia 19 giugno 2013 dirittobancario.it</p>
---	---	--

<sup>46</sup> Evidentemente, qualora si sostenesse la tesi del Tribunale di Milano analizzata in precedenza, sarebbe una domanda superflua, in quanto – come visto – il contratto in sé non potrebbe essere oggetto di scioglimento/sospensione e di conseguenza nemmeno il c.d. “**patto di compensazione annesso**”.

#### 4. Altri contratti

Analizziamo ora molto sinteticamente altre fattispecie contrattuali sempre legate all'applicazione dell'art. 169 bis l.f.. In particolare, il contratto di factoring, il mutuo, il leasing, i contratti derivati, la finanza interinale.

##### 4.1 Il factoring e l'art. 169 bis l.f.

Nel factoring, quando si parla di sospensione o di scioglimento, ci si riferisce ovviamente al patto di compensazione. Perché questa possa operare, i reciproci crediti devono essere preesistenti alla richiesta della procedura di concordato. Si deve pertanto stabilire quando nascono le situazioni giuridiche soggettive nel contratto di factoring; l'obbligazione del factor di restituire quanto incassato non sorge al momento della cessione dei crediti, ma all'atto di riscossione degli stessi. La cessione di crediti nell'ambito del factoring non è stata definitiva, ma meramente strumentale ad attribuire alla società di factoring una legittimazione piena ad effettuare l'incasso dei crediti dai terzi debitori ceduti, agendo in veste di mandataria della società cedente. Ne consegue che non può avvenire la compensazione, in quanto manca il presupposto della preesistenza dei reciproci crediti.

La sospensione blocca quindi la compensazione. Ma a ben vedere la situazione ci pare simile, per certi aspetti, all'anticipazione bancaria. Ne consegue che le conclusioni ivi raggiunte dovrebbero valere anche nel caso del factoring.

Secondo il **Tribunale di Venezia (27 marzo 2014)** la sospensione si ha dal momento dell'approvazione da parte del Tribunale, e non dalla data della domanda.

Si sono pronunciati per la sospensione, nel concordato con riserva, escluso invece lo scioglimento:

**Tribunale di Bergamo 7 giugno 2013**

**Tribunale di Vercelli 19 settembre 2013**

**Tribunale di Venezia 27 marzo 2014**

**Tribunale di Treviso 18 luglio 2014**

Contro la sospensione:

**Tribunale di Vicenza 25 giugno 2013**

Per la sospensione o scioglimento, purchè adeguatamente motivato, già nella fase preventiva, vedasi **Corte di Appello di Trento, 24 Aprile 2015**, rel. Erlicher (fallimentiesocieta.it).

##### 4.2 Il mutuo e l'art. 169 bis l.f.

Il mutuo, essendo un contratto unilaterale nel quale la banca esaurisce la propria prestazione erogando la somma pattuita al mutuatario che assume la veste di mero debitore una volta percepiti gli importi pattuiti, non può considerarsi un contratto in corso esecuzione ex art. 186 bis, comma 3, l.f.: qualora venisse così considerato vi sarebbe una violazione della *par condicio creditorum*, principio al quale è strettamente connesso il divieto per il debitore di pagare creditori anteriori, come si ricava dall'art. 184 l.f.

Tutti i decreti sono concordi su questa interpretazione. Il contratto di mutuo non può qualificarsi come rapporto pendente, per cui non può esserci né sospensione né tantomeno scioglimento.

In particolare, il **Tribunale di Marsala**<sup>47</sup>, per il quale si rimanda al completo e dettagliato commento critico citato in nota, ritiene che le rate scadute ante domanda del concordato preventivo in continuità vadano soggette alla procedura, quelle successive, pagate alle normali scadenze.

Per certi versi, possono essere richiamati anche i decreti di **Prato, 7 luglio 2014 e 30 settembre 2014** est. Monica Novella Legnaioli. Il caso riguardava la richiesta di scioglimento di un contratto di cessione di crediti futuri, a fronte di un finanziamento concesso da una finanziaria. Tale richiesta è stata respinta, non trattandosi di un contratto in corso di esecuzione.

Nel concordato in continuità, il mutuo non può essere considerato contratto “in corso di esecuzione ex art. 186 bis, c.3” posto che altrimenti sarebbe vincolante la par condicio creditorum” (**Tribunale di Treviso, 29 ottobre 2014**, est. Antonella Fabbro fallimentiesocietà.it).

Sul punto, rinviando all’interessante articolo di Filippo Lamanna<sup>48</sup> il quale ricorda che, in assenza di preventivo accordo con l’istituto bancario, la rateazione delle rate non è applicabile. E ciò per due motivazioni:

- 1) l’art. 55, c. 2, l.f. relativo all’art. 169 l.f., prevede l’anticipata scadenza di tutti i debiti concorsuali. Ne consegue che, qualora venga prevista la vendita del bene, il debitore sarà pagato solo dopo la liquidazione del bene; se però per il bene non è prevista la vendita, il debito scade “*illico et immediate*” o al massimo entro un anno dall’omologa (art. 186 bis c.2 lettera c);
- 2) il contratto di mutuo non può essere considerato contratto pendente. Il mutuo “resta inequivocabilmente un contratto reale unilaterale, nel quale, cioè, la prestazione del mutuante è già interamente adempiuta al momento della consegna della *res*, che è contestuale alla stipula e allo scambio del consenso, residuando solo l’obbligazione restitutoria (e di pagamento degli interessi) del mutuatario, il che esclude che tale contratto possa rientrare nella categoria dei contratti pendenti, almeno se si condivide l’idea – peraltro di gran lunga più convincente e comunque maggioritaria – che in questa categoria possano rientrare, in modo identico che per il fallimento (art. 72 l.f.), solo i contratti a prestazioni corrispettive ancora bilateralmente inseguiti, del tutto o parzialmente”<sup>49</sup>.

Quindi secondo il giudice Filippo Lamanna “alla luce di tali ostacoli normativi, dunque, i piani di concordato contenenti la previsione (unilaterale) di una perdurante restituzione rateale delle somme mutate dovrebbero considerarsi *sic et simpliciter* inammissibili, quanto meno in tale parte”. Il citato autore prosegue nella sua analisi criticando le tesi discordi nel frattempo avanzate.

Tribunale: <b>Monza</b>	<b>16 gennaio 2013</b>	<b>est. Caterina Giovanetti</b>
<b>Vicenza</b>	<b>25 giugno 2013</b>	<b>est. Giuseppe Limitone</b>
<b>Vercelli</b>	<b>19 settembre 2013</b>	
<b>Marsala</b>	<b>5 febbraio 2014</b>	<b>est. Russolillo</b>

<sup>47</sup> Per un commento molto approfondito, vedasi Salvo Leuzzi, in *Il Diritto fallimentare*, Cedam n. 1/2015, parte II, p. 109 e anche Danilo Galletti, *Il Fallimentarista*, 18/2/2015; La disciplina dei rapporti in corso di esecuzione si applica anche ai contratti di finanziamento.

<sup>48</sup> Filippo Lamanna “Mutui ipotecari pendenti nel concordato con continuità aziendale e scadenza immediata del debito di restituzione ex art. 55 l.fall., *Il Fallimentarista*, 20/2/2015.

<sup>49</sup> Filippo Lamanna *ibidem*.

<b>Treviso</b>	<b>29 ottobre 2014</b>	<b>est. Antonello Fabbro</b>
<b>Milano</b>	<b>4 novembre 2014</b>	<b>est. Filippo D'Aquino</b>

#### 4.3 Il leasing e l'art. 169 bis l.f.

Il Giudice **Delegato di Ravenna (22 ottobre 2014)** ha accolto l'istanza di scioglimento del contratto di leasing, in ragione della natura puramente liquidatoria del piano e conforme all'interesse generale dei creditori concordatari. Nel caso specifico era apparso ingiustificato che la società che aveva concesso in affitto il ramo d'azienda produttivo ad un terzo soggetto continuasse a sostenere canoni in prededuzione, per beni strumentali allo svolgimento di detta attività, sino alla completa esecuzione dei rapporti, risultando invece vantaggioso, e certamente coerente con il piano l'immediato scioglimento. Tale interruzione del rapporto comporterà il riconoscimento di un credito chirografario in capo allo società di leasing pari ai canoni scaduti, quelli a scadere (o meglio, diciamo noi, al debito residuo del piano di ammortamento) oltre ad eventuali oneri e penali, detratto il valore residuo del bene da restituire.

Per il concordato in bianco può essere concessa solo la sospensione (in un caso specifico, fino alla scadenza del contratto di affitto di azienda; **Milano, 10 luglio 2014**); ma si deve ritenere sospensione delle prestazioni da parte del soggetto in concordato, non come sospensione del contratto. Nello stesso senso **Tribunale di Treviso, 24 febbraio 2015**, unijuris.it.

“La differenza non è di poco conto, perché, se fosse stato sospeso il contratto, questo per i 120 giorni della sospensione, non avrebbe prodotto effetti e avrebbe ripreso a produrli alla cessazione della sospensione, sicché lo stesso contratto, superata questa fase, sarebbe “ripartito” e le relative obbligazioni sarebbero state spostate di 120 giorni; in più l'utilizzatore avrebbe dovuto corrispondere l'indennizzo di cui al secondo comma dell'art. 169 bis, previsto anche per la sospensione. Sospesa, invece, la sola prestazione dell'utilizzatore di pagamento delle rate, il contratto è andato avanti, con la sola facoltà per l'utilizzatore di non pagare le rate nel frattempo maturate, sicché alla scadenza del contratto, coincidente con il periodo di sospensione prorogato, l'utilizzatore poteva o non riscattare il bene; nel caso ha scelto di non riscattarlo con la conseguenza che il bene oggetto del contratto deve essere restituito e l'utilizzatore non paga il maxi canone finale per il riscatto, salvo diverse disposizioni contrattuali, come in un qualsiasi contratto di leasing in cui la parte non chieda il riscatto. Quanto ai canoni maturati nella fase della sospensione gli stessi, in questa costruzione, avrebbero dovuto essere pagati alla fine della sospensione, per cui, non essendo avvenuto il pagamento, il relativo credito dovrebbe essere considerato prededucibile”<sup>50</sup>.

Per la sospensione nel concordato in bianco si conferma la necessità di una dettagliata relazione. **Corte di Appello di Venezia, 16 Aprile 2014**, rel. Liana Maria Teresa Zoso.

Altre sentenze:

<b>Tribunale:</b>	<b>Mantova</b>	<b>27 settembre 2012</b>	
	<b>Rovigo</b>	<b>6 marzo 2014</b>	<b>dr Mauro Martinelli<sup>51</sup></b>
	<b>Milano</b>	<b>10 luglio 2014</b>	
	<b>Ravenna</b>	<b>22 ottobre 2014</b>	<b>dr Alessandro Farolfi</b>

<sup>50</sup> Dal forum di fallcweb.it 1/04/2014

<sup>51</sup> Per un commento vedasi, Andrea Penta, “Concordato preventivo e scioglimento dei rapporti in caso di esecuzione di essere”, *Il Diritto Fallimentare* 6/2014 p. 729.

In nota, una esemplificazione pratica<sup>52</sup>.

#### 4.4 Derivati e art. 169 bis l.f.

##### 4.4.1 Introduzione

L'art. 169 l.f., nel richiamare le norme in materia di fallimento che trovano direttamente applicazione al concordato, non richiama l'art. 76 l.f.<sup>53</sup> che riguarda i contratti di borsa. Ricordiamo come, nell'ipotesi di fallimento, l'art. 203 t.u.f.<sup>54</sup>, ha risolto, in senso positivo, il problema, in precedenza dibattuto, circa l'applicabilità dell'art. 76 l.f. ai contratti derivati. Questo invece non può dirsi nel caso di ricorso alla procedura di concordato preventivo. Ne consegue che, mancando ogni riferimento alla procedura di concordato preventivo anche nell'art. 203 t.u.f., il ricorso a tale procedura non determina l'automatico scioglimento dei contratti derivati pendenti alla data del ricorso; gli stessi proseguono pertanto anche dopo il deposito della domanda.

A stretto rigore, l'esecuzione del contratto – se considerato quale normale attività di impresa – potrebbe proseguire, senza la necessità dell'autorizzazione del GD (v. art. 167 II comma l.f.).

<sup>52</sup> Esempificazione da una procedura di concordato preventivo.

##### Fondi rischi e spese future.

I fondi rischi e spese future sono stati suddivisi tra fondi in chirografo ed in privilegio

Fondi rischi di natura chirografaria

Fondo rischi per società di leasing.

La società ha stipulato nel tempo un contratto di leasing con X avente per oggetto..... ed uno con Y, avente per oggetto ..... Per quanto attiene il primo contratto, la società ha deciso di scioglierlo ai sensi dell'art. 169 bis l.f. a decorrere dal prossimo mese di..... mentre per quanto attiene il contratto con Y, lo scioglimento sarà richiesto con decorrenza ..... In relazione a tali contratti, è stato stimato un indennizzo equivalente al risarcimento del danno, da riconoscere in via chirografaria, quantificato dalla differenza tra il valore di mercato attribuito a tali cespiti ed il debito residuo per rate a scadere, come meglio riportato nella tabella che segue:

descrizione	Valore cespite	Debito residuo	Indennizzo equivalente al risarcimento del danno
Contratto X	3.000.000	4.000.000	1.000.000
Contratto Y	2.000.000	3.000.000	1.000.000
		Totale	2.000.000

<sup>53</sup> L'art. 76 l.f., disciplina le sorti del contratto di borsa a termine in caso di fallimento.

“Il contratto di borsa a termine, se il termine scade dopo la dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, si scioglie alla data della dichiarazione di fallimento. La differenza fra il prezzo contrattuale e il valore delle cose o dei titoli alla data di dichiarazione di fallimento è versata nel fallimento se il fallito risulta in credito, o è ammessa al passivo del fallimento nel caso contrario”.

<sup>54</sup> L'art. 203 t.u.f. prevede: “1. Fermi restando la decorrenza degli effetti della liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'articolo 83 del T.U. bancario, e quanto previsto dall'articolo 90, comma 3, del medesimo T.U. bancario, l'articolo 76 della legge fallimentare si applica agli strumenti finanziari derivati, a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), alle operazioni a termine su valute nonché alle operazioni di prestito titoli, di pronti contro termine e di riporto. Ai fini del presente articolo sono ricompresi tutti i contratti conclusi, ancorché non ancora eseguiti in tutto o in parte, entro la data di dichiarazione del fallimento o di efficacia del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa. 2. Per l'applicazione dell'articolo 76 della legge fallimentare agli strumenti finanziari e alle operazioni indicati nel comma 1, può farsi riferimento anche al costo di sostituzione dei medesimi, calcolato secondo i valori di mercato alla data di dichiarazione di fallimento o di efficacia del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa”.

Il debito pregresso (ante ricorso) di natura chirografaria è assoggettato alla falcidia concordataria, mentre la prosecuzione del contratto comporterebbe il pagamento integrale del debito maturato successivamente.

Ma sono di tutta evidenza i problemi che sorgono in questo caso: appare infatti difficile ammettere che la procedura possa farsi carico di una posta incerta, che rende la prospettiva di soddisfazione dei creditori ancora più indeterminata.

D'altro canto, lo stesso intermediario non ha praticamente interesse a proseguire un contratto aleatorio con un soggetto "in crisi", tanto più che non è ammessa la compensabilità tra il suo credito ante procedura con l'eventuale somma che lo stesso fosse costretto a corrispondere per un differenziale positivo a favore del cliente, dopo la richiesta della procedura.

In ogni caso ci sia consentita anche un'osservazione pratica, al di fuori di ogni approfondimento giuridico. Il contratto derivato può essere di due tipologie, di copertura o speculativo. Se si è in presenza di un contratto speculativo, appare illogico che la procedura prosegua in un contratto caratterizzato appunto dalla speculazione, concetto che certamente non è collegabile con le finalità una procedura concorsuale. Ma anche qualora si tratti di contratto di copertura, si deve tener conto del fatto che il rapporto che è stato coperto ha variato le sue scadenze, per effetto dal concordato.

Ne consegue che, a nostro avviso, nel concordato preventivo ogni derivato di copertura perde, dal momento stesso della presentazione della domanda, la sua natura. Cambiando i termini di un contratto, anche l'altro, che ne è strettamente collegato, cambia la sua natura. Il derivato diventa quindi speculativo, e rientra nella previsione precedente.

Ci rendiamo conto che si tratta di affermazioni forti, e non suffragate da approfondimenti adeguati, ma siamo convinti che la realtà sia proprio questa.

In ogni caso, la chiusura di un derivato non comporta che il pagamento del suo prezzo, il valore mark to market. E questo può essere negativo o positivo; quasi sempre è negativo, però, per motivi qui non approfonditi. Il mercato valuta quindi la posizione del debitore come negativa, in quel particolare momento, e chiudendola si cristallinerà l'importo. Ove si dovesse invece verificare il poco frequente caso di un derivato con chiusura positiva, per il debitore, in effetti la controparte potrebbe non avere interesse alla sua chiusura.

Ma abbiamo la clausola del close-out netting, illustrata successivamente, e questa, se presente nel contratto, obbliga la controparte finanziaria, di norma la banca, alla chiusura del rapporto.

La controparte in concordato preventivo può quindi richiedere la sospensione o lo scioglimento del contratto. Ma questa la può chiedere, in base all'art. 186 bis l.f., anche la controparte, ove si fosse in presenza della clausola close-out netting.

E se il contratto è risolto, in base ad una norma speciale, non è nemmeno ipotizzabile, a nostro avviso, una eventuale violazione dell'art. 186 bis, essendo il contratto già sciolto per altra norma. Il punto merita comunque un approfondimento.<sup>55</sup>

#### 4.4.2 Il close-out netting

Per superare le incertezze connesse alla prosecuzione del contratto nelle ipotesi di inadempimento, crisi o insolvenza di una delle parti è frequente l'inserimento nel contratto – come avviene nel caso di ricorso agli schemi dell'ISDA *Master Agreement* – di una clausola di *close-out netting*<sup>56</sup>.

In tal caso il contratto si risolve automaticamente, le prestazioni divengono esigibili e la possibilità di procedere alla compensazione – ovvero di ottenere un effetto equivalente – è garantita.

Nell'ipotesi di concordato preventivo, tuttavia, tale esito appare impedito – quantomeno nelle ipotesi di concordato con continuità aziendale – dalla previsione contenuta nell'art. 186-bis, 3° comma, l.f., a norma del quale *“fermo quanto previsto nell'art. 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari”*.

La previsione – sebbene introdotta dal legislatore con il pensiero rivolto ad altre fattispecie contrattuali – sembrerebbe rendere inefficace, con le precisazioni di cui subito diremo, la clausola di *close-out netting* introdotta dalle parti nella regolamentazione delle loro operazioni in derivati OTC.

Il fatto che il legislatore non abbia pensato ai derivati e, più in generale, ai contratti bancari e finanziari nel momento in cui – con il D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modifiche nella l. 7 agosto 2012 n. 134 – ha introdotto la norma inserita nell'art. 186-bis l.f. è confermato dall'evidente contrasto fra la stessa e l'art. 7 del D. Lgs. 21 maggio 2004, n. 170 (*“Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria”*), che ammette espressamente, invece, l'operatività della clausola di *close-out netting* anche nell'ambito delle procedure di risanamento, definizione in cui è ricompreso il concordato preventivo *ex art. 1, lett. s)*, del medesimo decreto.

<sup>55</sup> Della questione ne ha trattato anche il Prof. Stefano Ambrosini, cit. L'autore premette che è comunque da effettuare una analisi preventiva sulla situazione del contratto in essere. Per il concordato in continuità, viene ipotizzata una eventuale continuazione anche se non si sono approfonditi gli effetti.

<sup>56</sup> Si tratta della clausola con cui, al verificarsi di una situazione di crisi o insolvenza, tutte le obbligazioni delle parti diventano immediatamente esigibili, viene determinato il valore corrente di ciascuna e, previa estinzione (per compensazione) dei reciproci rapporti, viene determinata la somma dovuta dalla parte il cui debito è più elevato. Nel D. Lgs. 21 maggio 2004, n. 170 (*“Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria”*), all'art. 1, comma 1, lett. f), la clausola di interruzione dei rapporti e pagamento del saldo netto (o clausola di *“close-out netting”*) è definita come *“la 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: 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”*.

Riproduzione riservata

Ancorché la soluzione non possa dirsi esente da dubbi interpretativi, la specialità della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 170/2004 e la fonte comunitaria della stessa appaiono validi elementi per sostenerne la perdurante vigenza, nonostante l'introduzione dell'art. 186-*bis* l.f., fermo restando che l'ambito di operatività della disciplina speciale è limitato ai casi in cui l'adempimento degli obblighi a carico del debitore concordatario sia assicurato dall'esistenza di una garanzia finanziaria.

Laddove manchi, invece, una garanzia finanziaria prestata dal debitore in concordato – e il concordato sia connotato da elementi di continuità aziendale – la controparte *in bonis* è tenuta a pagare anche in presenza di una clausola di *close-out netting*<sup>57</sup>.

La questione risulta complicata dalla previsione dell'art. 169 bis sulla sospensione/scioglimento del contratto, previsione applicabile anche ai contratti derivati<sup>58</sup>.

“Merita di essere segnalata sul punto la motivazione del citato provvedimento **11 giugno 2014 del Tribunale di Padova**, Est. Santinello, che nel valutare la convenienza per i creditori dell'autorizzazione allo scioglimento di due contratti derivati, concludeva nel senso che “*lo scioglimento [...] in ogni caso non appare preclusivo delle eventuali azioni di nullità dei contratti stessi nel caso in cui l'autorizzazione alla relativa proposizione fosse successivamente valutata e richiesta [dal debitore]*”<sup>59</sup>.

Per quanto attiene alla determinazione della misura dell'indennizzo, i giudici sembrano poi conformemente orientati nel senso di ritenere corretta la determinazione dello stesso che il debitore faccia in misura pari al *mark to market* negativo, in quanto rappresentativo del costo di estinzione anticipata del derivato rispetto alla sua naturale scadenza<sup>60</sup>.

A prescindere dai temi sin qui affrontati dai Tribunali, tuttavia, la previsione normativa contenuta nell'art. 169-*bis* l.f. pone delicati interrogativi, poiché inserisce nella regolamentazione della fattispecie, già fortemente segnata dalla possibile inapplicabilità della clausola di *close-out netting* che discende dall'art. 186-*bis* l.f., un elemento – la possibilità unilaterale di sciogliersi – che sostanzialmente consente al debitore il c.d. “*cherry-picking*”, ovvero di scegliere, a propria discrezione, secondo una logica di pura convenienza economica, quali contratti proseguire e quali cessare.

<sup>57</sup> Da Alessandro Simionato, *DirittoBancario.it*, Aprile 2015, “Sospensione e scioglimento ex art. 169-bis l.f. dei derivati OTC nel concordato preventivo”, interessante articolo dal quale abbiamo tratto alcune parti, le più rilevanti.

<sup>58</sup> Naturalmente ciò vale purché si tratti di contratti che prevedono obbligazioni ancora inadempite da entrambe le parti: per un'ipotesi di esclusione si pensi, ad esempio, ad un derivato costituito da un'opzione cap o floor di cui il debitore abbia già sostenuto il costo prima del deposito della domanda di concordato. Fra i provvedimenti che hanno autorizzato il debitore concordatario allo scioglimento di contratti derivati, **Trib. Vicenza, 25 luglio 2013** [www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it); **Trib. Padova, 27 luglio 2013** in [www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it); **Trib. Padova 11 giugno 2014**, est. Santinello (inedita); **Trib. Ravenna 22 ottobre 2014**, est. Farolfi, *Il Caso.it*, Giurisprudenza, 2014, 11829.

<sup>59</sup> Quello della compatibilità delle azioni di nullità, annullamento e di risarcimento del danno con lo scioglimento del derivato è un tema che per complessità esula dai limiti di questo contributo. Esclude la compatibilità dell'istanza di scioglimento del contratto che non sia immune da criticità idonee ad incidere su validità ed efficacia, perché in tal caso il contratto non potrebbe davvero ritenersi pendente al momento dell'apertura del concorso; Ambrosini, *Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da f. Vassalli, f.p. Luiso, e. Gabrielli, Torino 2014, IV, 299 ss. Appare, tuttavia, difficile ipotizzare che il Tribunale possa negare l'autorizzazione allo scioglimento sul presupposto di una censura di nullità o di annullamento del contratto derivato non sollevata dal debitore.

<sup>60</sup> **Trib. Vicenza, 25 luglio 2013**, cit.; **Trib. Padova 11 giugno 2014**, cit.

Sebbene non possa escludersi che, in taluni casi, la facoltà concessa al debitore in crisi di sciogliersi da alcuni soltanto dei derivati in essere possa concretamente costituire lo strumento per rimediare – a tutto beneficio della massa dei creditori – a situazioni di originario squilibrio<sup>61</sup> senza subire tempi, costi e rischi di una azione giudiziaria, deve ammettersi che, in taluni casi, l'esercizio selettivo della facoltà può costituire un vantaggio non giustificato per il debitore in concordato<sup>62</sup>.

#### 4.4.3 Conclusione sui derivati

La natura delle operazioni in derivati è: "incompatibile con il carattere concorsuale della procedura nel cui alveo si innesta, e con il carattere liquidatorio e non in continuità della stessa; lo scioglimento permette altresì di cristallizzare la situazione di debito/credito derivante dai due rapporti contrattuali meglio indicati in atti e spetterà al Commissario compiere ogni verifica al riguardo e individuare un eventuale saldo negativo a favore della società che, collocato in chirografo, ne giustifica la corrispondente ammissione la voto" (**Tribunale di Ravenna 22 ottobre 2014**). Questo almeno per quanto concerne il concordato liquidatorio.

Per il concordato in continuità i contratti derivati potrebbero proseguire, salvo l'applicazione della clausola close-out netting, che a nostro avviso appare applicabile, con conseguente scioglimento del contratto.

Ma in ogni caso, ove il contratto dovesse proseguire, si pone la questione del pagamento, alla scadenza del contratto. Alla scadenza, in presenza di un valore mark to market negativo ne dovrebbe derivare il pagamento, in prededuzione. Ma come considerare il valore negativo al momento della domanda di concordato? In caso di scioglimento sarebbe stato considerato in chirografo, e invece, con la prosecuzione, un componente del mark to market sarebbe di fatto pagato. Questo in base alla natura stessa del derivato. Appare evidente che qualcosa non pare giustificabile.

#### GIRISPRUDENZA

SOSPENSIONE  
CONCORDATO  
IN BIANCO

SCIOGLIMENTO  
CONCORDATO

SPECIFICA TIPO DI  
CONCORDATO CHE SI  
CHIEDE

<sup>61</sup> Si pensi ai casi di un derivato caratterizzato da costi impliciti o deviazioni della causa (ad esempio, nei casi in cui vi sia stata corresponsione di un up front e il pagamento del differenziale negativo costituisca, al di là dello schermo dello strumento finanziario, il rimborso del finanziamento).

<sup>62</sup> Sempre da Alessandro Simionato, cit., Aprile 2015.

Tribunale di	Monza	16 gennaio 2013	Est. Caterina Giovanetti	SI	-	SI
	Padova	27 luglio 2013		SI		
	Vicenza	26 luglio 2013	Est. Giuseppe Limitone	SI		
	Piacenza	5 Agosto 2013	Rel. Maurizio Boselli	SI	NO	
	Padova	11 giugno 2014	Rel. Sentinello	SI		
	Ravenna	22 ottobre 2014	Est. Alessandr o Farolli	-	SI	Se liquidatorio

#### 4.5 Nuova finanza e finanza interinale nel concordato preventivo e art. 169 bis l.f.

##### 4.5.1 Premessa

Infine trattiamo un tema solo in parte collegato con la questione dei contratti in corso. Ci riferiamo ai contratti di affidamento bancario e alla nuova finanza.

Il mantenimento delle linee di credito è atto di ordinaria amministrazione, che quindi non necessita di alcuna autorizzazione da parte del Giudice<sup>63</sup>. Ma è di tutta evidenza che questa è un'ipotesi del tutto teorica, essendo l'istituto di credito obbligato a mettere in sofferenza il cliente in procedura. Di fatto, quindi, tale facoltà è solo teorica. Ne parliamo in seguito, commentando un interessante intervento del Tribunale di Verona.

Le norme del 2010 (art. 182 introdotto dalla legge 122/2010) e del 2012 (legge 134/2012) hanno individuato nella prededuzione la tutela più opportuna da attribuire ai soggetti che finanziano l'impresa in difficoltà<sup>64</sup>.

Qui ci limitiamo ad analizzarne l'impatto nel concordato preventivo, essendo le norme riferite anche agli accordi di ristrutturazione<sup>65</sup>. I finanziamenti che godono di quanto trattato possono essere erogati, da chiunque, anche ante omologazione del concordato, nel qual caso di erogazione gratuita esige l'autorizzazione del giudice delegato.

Il piano concordatario deve prevedere tale finanziamento, come pure l'attestazione ne dovrà tenere conto.

<sup>63</sup> Conforme, Federico Casa e Fabio Sebastiano, cit.. Relativamente alle precedenti linee di credito, e alla supposta presentazione delle stesse, vedasi il commento ai decreti di Padova e Venezia (capitolo 3.5)

<sup>64</sup> Per approfondimenti, vedasi tra gli altri Stefano Ambrosini, Italia Oggi, "La nuova finanza e la finanza interinale nella gestione della crisi aziendale".

<sup>65</sup> Non trattiamo della nuova finanza ex art. 160 l.f., in quanto in quella fattispecie il passivo non deve variare.

Anche i finanziamenti funzionali all'ammissione al concordato preventivo godono dello stesso trattamento; deve quindi trattarsi di finanziamento che sia servito per evitare il fallimento e garantire la crescita aziendale, il tutto da illustrare compiutamente nella stessa domanda di concordato.

La concessione di nuovo credito, pendente la procedura, potrà essere ottenuta solo qualora l'esperto possa attestare la funzionalità nella migliore soddisfazione dei creditori.

Ricordiamo che la nuova finanza risulta oggi prevista da tre disposizioni di legge a seconda del motivo di erogazione dei finanziamenti:

- 1) art. 182-quater, c.2, i cosiddetti "finanziamenti ponte" prima della domanda di concordato;
- 2) art. 182-quinquies, c.1 e 3, i cosiddetti finanziamenti interinali, dopo la domanda;
- 3) art. 183-quater c.1, finanziamenti in esecuzione, dopo l'omologa.

L'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili in epoca successiva al decreto di ammissione e prima dell'omologazione del concordato preventivo può essere conseguita esclusivamente ai sensi dell'art. 182-quinquies, comma 1 l.f., producendo l'apposita attestazione ivi richiesta, e non anche ai sensi dell'art. 167, comma 2 l.f. a titolo di mutuo, in quanto quest'ultima norma deve ritenersi derogata dalla prima. I finanziamenti prededucibili nel concordato preventivo possono essere contratti nelle seguenti forme: a) in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, anche con riserva (finanziamenti ponte): ai sensi dell'art. 182-quater commi 2 e 3 l.f., dovendosi intendere tale norma riferita a qualunque atto introduttivo di una domanda di concordato e dovendo il prestito essere materialmente erogato prima della presentazione della domanda medesima; b) successivamente alla presentazione della domanda di ammissione al concordato e prima dell'omologazione (finanziamenti interinali): ai sensi dell'art. 182-quinquies, comma 1 l.f.; c) successivamente all'omologazione, in esecuzione di un concordato (finanziamenti in esecuzione): ai sensi dell'art. 182-quater, commi 1 e 3 l.f. (**Tribunale di Modena, 16 dicembre 2014**).

Interessante anche ricordare uno dei primi decreti, del Tribunale di Vicenza: "non spetta la prededuzione al finanziatore che ha prestato del denaro (con mutuo di scopo) al soggetto che si accinge a chiedere il concordato preventivo, il quale, nella consapevolezza dello stesso finanziatore, utilizzi la somma ricevuta per pagare i professionisti del concordato, anticipando l'effetto prededuttivo voluto dalla legge, che non è però ancora riscontrabile all'atto del pagamento" (**Tribunale di Vicenza, 11 marzo 2013**, giudice Giuseppe Limitone).

In ogni caso, la richiesta di un finanziamento cosiddetto interinale, cioè funzionale ad una maggiore soddisfazione dei creditori (art. 182 – quinquies, c.1) costituisce sempre atto di straordinaria amministrazione, soggetto quindi alle autorizzazioni del caso.

#### 4.5.2 Il decreto del Tribunale di Verona del 21 luglio 2014

Esaminiamo ora l'interessante intervento dal **Tribunale di Verona del 21 luglio 2014** in materia di nuova finanza nel concordato preventivo.

Il Tribunale in questo caso ha autorizzato che alla nuova finanza, ex art. 182 quinquies, comma 1, l.f., richiesta da un concordato in continuità, ancora a livello di concordato in bianco, fosse attribuita la prededuzione.

Si trattava di crediti documentari, per i quali la consegna della lettera di vettura era stata considerata il discrimine temporale tra ante e post procedura.

La prededuzione non può estendersi in nessun caso ai crediti bancari per le obbligazioni già adempite dalle banche emittenti le lettere di credito e rispetto alle quali il sistema bancario abbia già consegnato all'impresa i documenti rappresentativi della merce anteriormente alla pubblicazione del deposito della domanda di concordato preventivo. Il mantenimento delle linee di credito c.d. auto liquidanti destinati allo smobilizzo dei crediti commerciali dell'impresa deve considerarsi atto di ordinaria amministrazione, rientrando tra le attività di ordinaria gestione che appartengono ai poteri dell'imprenditore pur nella fase concordataria, per cui l'eventuale domanda a contrarre tale forma di sostegno finanziario già preesistente al concordato preventivo non è oggetto di autorizzazione.

Ma l'interessante decreto dice anche altro.

Innanzitutto che l'attestatore, il quale deve appunto verificare l'impatto finanziario, lo dovrà fare non necessariamente fino all'omologa, ma può limitarsi al più ridotto ambito temporale legato alla durata dei finanziamenti.

Altra affermazione del Tribunale è che l'utilizzo delle linee di credito autoliquidanti in essere ante procedura, costituisce atto di ordinaria amministrazione, e quindi anche escluso della necessità di una specifica autorizzazione.

In ogni caso queste saranno invece richieste, aggiungiamo noi, dalle banche, pena il blocco dei finanziamenti.

Relativamente alla apertura di credito, il Tribunale di Venezia (20 gennaio 2015) ha confermato che la banca è obbligata a mettere a disposizione del cliente determinati importi fino ad un limite contrattualmente pattuito e fino alla eventuale revoca delle linee stesse. Fino a che tale limite non sia stato raggiunto o le linee di credito revocate, il contratto è ancora in corso di esecuzione, e come tale assoggettabile alla disciplina di cui all'articolo 169 bis l.f.

#### 4.5.3 Altro sulla nuova finanza

Il Tribunale di Siena (20 febbraio 2015, est. Marianna Serrao, ilcaso.it) ha omologato un concordato preventivo la cui esecuzione prevedeva l'erogazione di un finanziamento, in prededuzione. Si trattava di un finanziamento destinato al completamento dei cantieri di lavoro e le banche avevano già manifestato la propria disponibilità in tal senso. Precedentemente il **Tribunale di Milano (23 settembre 2013, ilfallimentarista.it)**<sup>66</sup> aveva specificato che l'art. 182-quater c.1 non aveva efficacia

---

<sup>66</sup> Per un commento, vedasi Daniele Fico, *Il Fallimentarista*, 24/4/2014.

retroattiva, essendo, richiesto che il finanziamento fosse effettuato in esecuzione di tale procedura, e quindi che si prevedesse nel piano.

Sulla sorte dei contratti di finanziamento pendenti alla data di apertura del concordato, vedasi anche il commento di Massimo Lembo<sup>67</sup> e Danilo Galletti<sup>68</sup>. Quest'ultimo sostiene che nel concordato preventivo, sia con continuità che liquidatorio, l'art. 169 bis l.f., si applica anche ai contratti di finanziamento che non prevedano ulteriori prestazioni in capo al finanziatore.

---

<sup>67</sup> Massimo Lembo, "Il contratto di finanziamento pendente alla data di apertura del riformato concordato", *Il fallimentarista*, 5/2013 p. 638.

<sup>68</sup> Danilo Galletti, "La disciplina dei rapporti in caso di esecuzione nel concordato si applicano anche ai contratti di finanziamento", *Il Fallimentarista* 18/2/2015.

## 5. Considerazioni conclusive

La nuova disciplina della sorte dei contratti in corso, se e come possano sospendersi o sciogliersi, è stata oggetto di numerosissimi interventi, sia della dottrina che della giurisprudenza. Al momento non è ancora stata raggiunta una interpretazione da tutti condivisa, in generale.

I punti non ancora definiti riguardano sostanzialmente:

- il contraddittorio, per il quale la tesi prevalente pare essere quella dell'esclusione;
- la decorrenza, era di norma dovrebbe essere dalla domanda;
- infine, relativamente al momento in cui potrà essere richiesta la sospensione/scioglimento, siamo dell'avviso che la sospensione possa già essere richiesta con la domanda di concordato in bianco, oppure anche con la presentazione del piano. Lo scioglimento solo con il piano. A nostro avviso non ci sono altri momenti per poter presentare queste richieste, nel periodo intercorrente tra la domanda e il piano. La richiesta dovrà essere parte del piano, non essere ad essa estranea.

Per quanto concerne le anticipazioni bancarie, come si è osservato, **numerose** sono le pronunce giurisprudenziali e dottrinali sorte in seguito all'introduzione dell'art. 169 *bis* l.f..

Il dato normativo, in verità, è **tutt'altro che esaustivo** e ciò ha comportato, inevitabilmente, pronunce in **netto contrasto** tra loro.

Quanto alla **natura unilaterale**/bilaterale del rapporto, si ritiene che il contratto di anticipazione bancaria debba considerarsi a tutti gli effetti unilaterale, poiché la banca – per quanto debba monitorare l'incasso del credito – ha già **interamente** adempiuto alla propria obbligazione (l'anticipo delle somme).

Noi **aderiamo** all'orientamento assunto dal **Tribunale di Milano** sul punto, secondo cui un contratto "in corso di esecuzione" sarebbe tale se **inseguito** (o non compiutamente eseguito) da **entrambe** le parti. Diversamente opinando, infatti, si **rischierebbe** di far rientrare nella norma **tutti i contratti commerciali** in cui il debitore (che fa ricorso alla procedura) non ha ancora – evidentemente – adempiuto alla propria obbligazione; ciò produrrebbe la **paradossale** conseguenza secondo cui il debitore potrebbe chiedere di sciogliere/sospendere tutti i rapporti dai quali siano derivati debiti che non ha pagato, perché questi, per definizione, sono eseguiti solamente da una delle parti (il creditore concorsuale), dando così luogo a quell'**abuso del diritto** che la giurisprudenza ha a più riprese stigmatizzato.

Sostenendo la natura **unilaterale** del contratto e il **necessario** rapporto bilaterale ai fini dello scioglimento/sospensione dello stesso, l'**unico modo** per evitare che la banca possa **compensare** quanto riscosso con le somme in precedenza anticipate al debitore sarebbe quello di sostenere, come suggerito dai Giudici milanesi, che oggetto di scioglimento/sospensione sia l'**efficacia del mandato all'incasso** inserito nel contratto principale, e non il contratto stesso.

In ogni caso, **giòva ricordare** che, per quanto logico sia il precedente orientamento, parrebbe in **contrasto** con il **dato letterale** dell'art. 169 *bis* l.f. che **non richiama** in alcun modo la definizione di "pendente" utilizzata in ambito **fallimentare**, di cui all'art. 72 l.f.; si potrebbe sostenere, in altri

termini, che in mancanza di un diretto richiamo, le locuzioni “in corso di esecuzione” e “pendente” siano totalmente differenti (concedendo così la possibilità, nel concordato preventivo, di richiedere la sospensione/scioglimento anche per i contratti in cui una parte abbia già interamente adempiuto).

Da ultimo, in merito alla possibilità di applicare la disciplina di cui all’art. 169 *bis l.f.* al “concordato in bianco”, si ritiene che sussista esclusivamente la possibilità di richiedere la **sospensione** del contratto, in quanto una richiesta di scioglimento, comportante effetti definitivi ed irreversibili, appare **inconciliabile** con una proposizione di concordato non ancora definita nei suoi punti principali.

Quanto agli altri contratti bancari trattati, sintetizziamo la conclusione alla quale siamo grati.

Nello specifico:

- factoring: identico trattamento delle anticipazioni bancarie;
- mutuo: non può essere né sospeso né sciolto, nemmeno nei concordati in continuità;
- leasing: può essere sospeso o sciolto;
- derivati: il contratto può essere sospeso o sciolto.

Le linee di credito concesse ante concordato di fatto sono bloccate, e si dovrà eventualmente far ricorso alla nuova finanza.

In ogni caso, solo la Cassazione potrà dare una risposta forse definitiva a tutte le questioni eccepite, non ancora consolidate.

**BIBLIOGRAFIA**

- Stefano Ambrosini, 2014 - Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione – Capitolo: momento della richiesta e decorrenza della sospensione/scioglimento e l'art. 169 bis l.f.
- Catia Amista – Ilcaso.it – 28/05/2014 - Aperture di credito con portafoglio sbf e contratti pendenti nel concordato preventivo.
- Simone Bertolotti – Febbraio 2013 - Riforma del concordato preventivo e contratti di finanziamento.
- Federico Briolini – Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali 1/2015 – Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui “finanziamenti autorizzati” a norma dell'art. 182-quinquies, comma 1-3, legge fallim.
- Federico Casa e Fabio Sebastiano – Il Fallimento 5/2014 - I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo – Capitolo: 3.2 Perimetro applicativo dell'art. 169 bis l.f.
- Paolo Felice Censoni – Crisi d'impresa e Fallimento 11/03/2013 – La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo.
- Alberto De Pra - Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari) – Capitolo: Il Contraddittorio e l'art. 169 bis l.f.
- Fabrizio Di Marzio – Il Fallimentarista 09/02/2015 – I contratti in corso d'esecuzione nel concordato preventivo.
- Massimo Fabiani – Crisi d'impresa e Fallimento 11/03/2013 – Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo.
- Aldo Fittante – Il Fallimentarista 19/11/2014 – Concordato preventivo e contratti pendenti in corso di esecuzione: il punto sull'art. 169-bis l.f.
- Maria Carla Giorgetti – Il Fallimentarista 19/6/2012 – Anticipazioni bancarie e concordato preventivo.
- Bruno Inzitari e Vincenzo Ruggiero, 11 marzo 2014 - Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis l.f.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale *in bonis*? – Capitolo: Il Contraddittorio e l'art. 169 bis l.f.
- Massimo Lembo, 2013 - Il contratto di finanziamento pendente alla data di apertura del riformato concordato – Capitolo: Altro sulla nuova finanza.
- Giulia Lovato – Il Commercialista Veneto n. 219 – Maggio/giugno 2014 - Concordato preventivo e contratti pendenti dopo il 169 bis.

- Giovanni B. Nardecchia – Norme e Tributi – Stop ai contratti in corso nel concordato in bianco.
- Adriano Patti – Giuffrè editore 2014 – I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo.
- Fabio Santangeli – Judicium – Fallimento, concordato preventivo e procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione. L'entrata in vigore, ed applicazione ad atti e procedimenti già in corso. Profili di incostituzionalità delle disposizioni introdotte con decreto legge ad efficacia differita; dalla legge fallimentare all'appello ed alla cassazione.
- Matteo Santellani - La sorte dei contratti in corso di esecuzione nel nuovo concordato preventivo.
- Giuliana Scognamiglio – Judicium – Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione.
- Avv. Andrea Seraglio Forti, Trento 23 gennaio 2015 - L'art. 169 bis l.f. e in particolare: sospensione e scioglimento dei contratti bancari di anticipazione auto liquidanti e del patto di compensazione – Capitolo: L'indennizzo.
- Alessandro Simionato, 2015 – Scioglimento e sospensione ex art. 169-bis l.f. dei derivati OTC nel concordato preventivo – Capitolo: Il close-out netting.
- Tommaso Stanghellini, 8 aprile 2014 - Dallo scioglimento con cordato al concordato con scioglimento: un nuovo inquadramento sistematico dell'art. 169 bis l.f. in tema di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione – Capitolo: Il Contraddittorio e l'art. 169 bis l.f.
- Aldo Stesuri – Cedam 2004 – Rapporti tre contratti bancari e concordato preventivo.