

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOUD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), THOMAS ULEN (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CAGLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO),
MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento di accesso al concordato preventivo ed al giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nel nuovo "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza"

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le linee di credito "autoliquidanti" e la nozione di "contratto pendente": la portata del nuovo art. 97 del "Codice" - 3. Il "mantenimento delle linee di credito autoliquidanti" previsto dall'art. 99, co. 2, CCI – 4. Il recesso della banca dalla linea di credito – 5. Le linee di credito in essere al momento di accesso al giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

1. Premessa

Il tema della sorte delle linee di credito cc.dd. "autoliquidanti"¹ a seguito dell'accesso ad una "procedura per la composizione della crisi" è stato costantemente oggetto di particolare interesse da parte di dottrina e giurisprudenza, anche in considerazione della circostanza che tali tipologie di affidamento sono fortemente ricorrenti nell'ambito della prassi dei rapporti tra banca ed impresa cliente ed anzi, dal punto di vista di quest'ultima, rappresentano, sotto certi aspetti, anche una forma "naturale" di finanziamento della propria attività (non a caso essendo generalmente considerato il loro utilizzo dalla giurisprudenza, nell'ambito dello svolgimento della gestione dell'impresa, atto di "ordinaria amministrazione"²)

Tale interesse è stato particolarmente marcato – anche in ragione della copiosità delle vicende giudiziali che hanno avuto per oggetto questo tema – con riferimento al concordato preventivo, più che all'accordo di ristrutturazione dei debiti, anche in ragione della sostanziale mancanza di statuizioni di diritto positivo a quest'ultimo riguardo.

¹ Categoria di creazione "tecnico-dottrinale", ma che ha trovato, se non una tipizzazione, un "riconoscimento" nel diritto positivo per effetto del D.L. n. 83 del 2015, che ha modificato l'art. 182-*quinquies* l. fall..

² *Ex multis*, e recentemente, Trib. Ravenna, 18 luglio 2017, in *Il caso.it*, e Trib. Udine, 16 marzo 2017, in *www.unijuris.it*.

Nondimeno, nella prospettiva della riforma realizzata attraverso il D. Lgs. n. 14 del 2019 (“Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza”)³, la materia merita di essere ulteriormente meditata, e di essere considerata in una prospettiva più ampia⁴.

Sarà comunque opportuno prendere le mosse proprio dalla disciplina del concordato preventivo, che contiene alcuni riferimenti espressi al tema che ci occupa, per poi tentare alcune considerazioni successive in materia di accordi di ristrutturazione.

Quanto al primo punto, occorrerà dapprima “decodificare” il concetto di “*linea di credito autoliquidante in essere*”, che pure compare espressamente nel “Codice”, allo scopo di verificare, verificare – almeno ai fini della applicazione della disciplina del concordato preventivo - se, ed in quali limiti, esso possa rientrare nella categoria normativa del “contratto pendente”; e, successivamente, verificare quale significato attribuire alla nozione di “*mantenimento della linea di credito*” a seguito dell’accesso alla procedura.

Anche nel contesto della disciplina contenuta nel CCI, poi, occorrerà domandarsi quale valenza riconoscere alla c.d. “clausola di compensazione”, che costituisce un meccanismo essenziale nel funzionamento delle linee “autoliquidanti”, e verificare se la nuova disciplina possa implicare qualche riflessione ulteriore rispetto a quelle, già molto copiose (e, peraltro, non univoche), riscontrabili in dottrina e in giurisprudenza.

2. Le linee di credito “autoliquidanti” e la nozione di “contratto pendente” nel concordato preventivo: la portata del nuovo art. 97 del “Codice”

Nel nuovo impianto dell’art. 97, viene innanzi tutto confermata la scelta lessicale compiuta dal riformatore del D.L. n. 83 del 2015, nel senso, cioè, cioè, di confermare la rubrica del “vecchio” articolo 169-

³ In seguito indicato come “CCI” o come “Codice”.

⁴ Tra i contributi più recenti prima della “riforma”, si vedano A. FABBRO, *I contratti pendenti: l’art. 169bis dopo le modifiche del D.L. 83/2015 convertito nella L. 132/2015*, e M. MARTINELLI, *L’art. 169 bis l. fall. dopo la novella del 2015: the king is dead?*, entrambi in S. AMBROSINI (diretto da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, Bologna, 2018, 424-447.

bis, intitolato ai “contratti pendenti”⁵. Il riferimento alla “pendenza” aveva già consentito di argomentare che la disposizione (per analogia con il concetto di “pendenza” riferito ai “rapporti” dall’art. 72 della legge fallimentare) dovesse fare riferimento ai “contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti” *da entrambe* le parti⁶: tuttavia, per altro verso, la norma si limitava a fare riferimento allo “sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso” senza chiarire se (come avrebbe lasciato intendere il concetto di “pendenza”, per analogia con l’art. 72) la inesecuzione o la non compiuta esecuzione dovesse essere riferita ad entrambe le parti (contratto “bilaterale”) o potesse essere ricondotta ad una sola di esse (contratto “unilaterale”), lasciando così aperto un “piccolo spazio” ad una interpretazione che implicasse la possibilità di invocare lo scioglimento o la sospensione anche nel caso di una inesecuzione o non compiuta esecuzione riferibile ad una soltanto delle parti (il debitore)⁷.

Il problema era di particolare momento: e si appuntava, soprattutto, sull’interrogativo se il concetto di “pendenza”, così come appena declinato, fosse o meno riferibile al caso di contratti in cui la banca avesse provveduto a mettere a disposizione del cliente i crediti anticipati, ma l’incasso del credito non fosse stato ancora effettuato al momento della presentazione della domanda: ci si chiedeva, cioè, se la disciplina consentisse, pur dopo tale momento, l’operatività del mandato all’incasso e del “patto di compensazione” usualmente

⁵ Con riferimento specifico al tema degli effetti dell’accesso al concordato preventivo sui rapporti bancari, e, in particolare, sulle linee di credito autoliquidanti: V. BISIGNANO, *Linee di credito autoliquidanti e scioglimento ex art. 169-bis l. fall.*, in *Ilfallimentarista.it*, 7 dicembre 2016; R. BROGI, *Rapporti pendenti e contratti bancari*, in *Fallimento*, 2018, 1124 ss.; V. CEDERLE, *La controversa applicazione dell’art. 169 bis l. fall. ai contratti bancari*, in *Fallimento*, 2016, 590 ss.; C. FRIGENI, *Linee di credito “autoliquidanti” e (pre)concordato preventivo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 537 ss; G. GIURDANELLA, *I rapporti bancari nella fase prenotativa ed ammissiva del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2017, 377 ss.; G. REBECCA, *I contratti bancari nel concordato preventivo con particolare riferimento alle anticipazioni bancarie e qualche spunto su factoring, mutuo, derivati, leasing e nuova finanza*, in *Il caso.it*, 11 giugno 2015; G. REBECCA – A. ALBÈ, *Sorte dei contratti bancari autoliquidanti nel concordato preventivo*, in *Il caso.it*, 20 settembre 2014.

⁶ Trib. Ferrara, 23 luglio 2016, in *Il caso.it*, 5 agosto 2015.

⁷ In questa prospettiva, Trib. Perugia, 18 luglio 2018, in *Il caso.it*, 31 luglio 2018.

contenuti nel regolamento contrattuale relativo alla linea di credito autoliquidante.

L'orientamento prevalente, tanto della giurisprudenza che della dottrina, non ha invece considerato rilevante il caso il cui il meccanismo della linea di credito autoliquidante sia sorretto non già da un mandato all'incasso ma da una cessione di credito (beninteso, munita di data certa anteriore alla presentazione della domanda⁸): in quel caso, infatti, la banca incasserebbe un credito proprio, senza rilievo restando le vicende concorsuali riferite ormai unicamente al debitore⁹.

Secondo una prima opinione maturata sul punto, la situazione sopra descritta (vale a dire: credito anticipato prima della presentazione della domanda; mandato all'incasso e patto di compensazione destinati ad operare successivamente) non sarebbe stata sussumibile sotto la specie del concetto di “pendenza”, dal momento che la prestazione sarebbe stata già integralmente eseguita dalla banca, sicché la inesecuzione o non compiuta esecuzione del contratto sarebbe stata riferibile unicamente al cliente sovvenuto. Pertanto, aderendo ad una nozione di “pendenza” analoga a quella prevista per la disciplina del fallimento, non sarebbe stato possibile, per il debitore, esercitare quel “diritto potestativo” consistente nella istanza di sospensione o di scioglimento del contratto (finalizzata, evidentemente, ad impedire anche l'operatività dei negozi accessori al contratto, quali il mandato ed il patto¹⁰). E' infatti da tenere presente come alla istanza di sospensione o di scioglimento il debitore si induca verosimilmente a ricorrere allo scopo non tanto di porre fine a quella “messa a disposizione di somme” in cui l'affidamento consiste, quanto, piuttosto, di travolgere, insieme al contratto, il “patto di compensazione”, in forza del quale la banca

⁸ Il che significa anche notificata al debitore in data anteriore alla domanda: Trib. Udine, 12 gennaio 2018, in *Il caso.it*.

⁹ *Ex multis*, Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *Il caso.it*. In senso contrario, però, Trib. Prato, 23 settembre 2015, in *Fallimento*, 2016, 587 e, in dottrina, B. INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia e inopponibilità ai creditori dell'incasso dal cessionario nel fallimento, nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 156.

¹⁰ Nel senso per cui lo scioglimento e la sospensione di cui all'art. 169-bis l. fall. sia funzionale a “neutralizzare il patto di compensazione”, Trib. Trento, 6 luglio 2017, in *Il caso.it*, 18 luglio 2017. Analogamente Trib. Perugia 18 luglio 2018, in *Il caso.it*, 31 luglio 2018; Trib. Massa, 5 giugno 2018, *ivi*, 11 luglio 2018; Trib. Udine, 12 gennaio 2018, *ivi*, 8 febbraio 2018; Trib. Milano, 2 marzo 2018, *ivi*, 23 marzo 2017.

imputerà le somme riscosse in esecuzione del mandato all'incasso, conferito contestualmente alla concessione della linea di credito, a decurtazione del proprio credito.

In una differente prospettiva, si era invece argomentato: a) che anche in tale circostanza il contratto non avrebbe potuto dirsi compiutamente eseguito, neppure da parte della banca, dal momento che la completa esecuzione dello stesso avrebbe dovuto comportare anche l'operatività (e, dunque, l'esecuzione) del mandato all'incasso conferito alla banca al momento della anticipazione oltre che del patto di compensazione¹¹; oppure che b) il contratto non può dirsi ineseguito o non completamente eseguito soltanto da parte del cliente, dal momento che la banca, finché perdura il contratto di anticipazione, dovrebbe comunque continuare ad anticipare i crediti fino all'ammontare massimo stabilito in sede contrattuale¹².

Si è già ricordato che la modifica apportata alla rubrica dell'art. 169-*bis* nel 2015 aveva rappresentato un appiglio interpretativo importante per sostenere che il concetto di pendenza ivi recepito fosse in tutto corrispondente a quello utilizzato nella disciplina relativa ai contratti pendenti nel fallimento: ma l'art. 97 del Codice pare ora voler dire una parola definitiva sulla questione, precisando che “i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali *da entrambe le parti* alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo, proseguono anche durante il concordato”. Soltanto alla ricorrenza di tali presupposti vi sarà la possibilità, per il debitore, di esercitare quel “diritto potestativo” consistente nella istanza di sospensione o dello scioglimento del contratto “se la prosecuzione non è coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione”.

¹¹ In questa prospettiva P. BONTEMPI, *I contratti bancari “autoliquidanti” nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 283-284. In giurisprudenza Trib. Massa, 5 giugno 2018, in *Ilcaso.it*, 11 luglio 2018; Trib. Como, 3 ottobre 2016, in *Ilcaso.it*, 31 gennaio 2017.

¹² In questa prospettiva Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, in *Fallimento*, 2015, 557; e Trib. Rovigo, 20 ottobre 2015, in *Fallimento*, 2016, 588 (con soluzione criticata da CEDERLE, *op. cit.*, sull'assunto che gli atti di utilizzo sono meramente eventuali e che quindi occorra fare riferimento alle singole anticipazioni: sul punto l'A. ricorda anche la irriducibilità del castelletto di sconto alla apertura di credito, secondo quanto affermato da Cass., 20 marzo 1999, n. 2589, in *Guida al diritto*, 17/1999, 75)

Non è chi non veda come la maggior chiarezza operata (almeno in questo caso) dal legislatore del CCI riduca sensibilmente gli ambiti di operatività dell'istituto della sospensione o dello scioglimento: nel momento, infatti, in cui si richiede che il contratto sia ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti si potrebbe concludere che - in una situazione in cui la domanda di accesso alla procedura avvenga successivamente alla anticipazione della banca e prima dell'incasso del credito anticipato - le prestazioni della banca siano già eseguite. Non vi sarebbe, dunque, "pendenza"; non essendovi "pendenza", neppure vi sarebbero i presupposti per richiedere la sospensione o lo scioglimento.

E' evidente che le possibili soluzioni del problema riposano sulla funzione dal riconoscersi a negozi astrattamente distinti quali, per l'appunto, il mandato all'incasso o il patto di compensazione. Di questi si è predicata, a seconda delle circostanze (e delle finalità perseguite) talora la stretta accessorietà¹³, talaltra la tendenziale autonomia; e ciò allo scopo, a seconda dei casi, di considerare i negozi: a) ancora operativi perché il contratto "prosegue"; b) ormai sciolti per effetto dello scioglimento del contratto, oppure c) ancora operativi perché autonomi rispetto al contratto, del quale non seguono le sorti. A proposito del mandato all'incasso si è anche tentata la invero "originale" ricostruzione secondo la quale potrebbe essere il mandato in se stesso, in quanto autonomamente considerato, ad essere oggetto di istanza di sospensione o di scioglimento¹⁴.

¹³ Così Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *Il caso.it*: "i contratti bancari autoliquidanti che prevedano il patto di compensazione o il mandato all'incasso sono il frutto di un complesso di negozi tra loro strettamente connessi e collegati (...); detti contratti rientrano, pertanto nel perimetro di applicazione dell'articolo 169-bis legge fall., con la precisazione che l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei medesimi coinvolgerà anche i rapporti giuridici ad essi strettamente connessi, quali il mandato in rem propriam o il patto di compensazione che siano opponibili alla massa dei creditori in quanto notificati al debitore in data anteriore alla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese". Trib. Bergamo, 28 gennaio 2016, in *Il caso.it*, le concessioni di linee di credito autoliquidanti assistite da mandato all'incasso e da patto di compensazione realizzano una "combinazione di negozi collegati".

¹⁴ Così Trib. Milano, 28 maggio 2014, in *Il caso.it*: opinione criticata da M. MARTINELLI, *op. cit.*, 446, il quale evidenzia al riguardo che "non si riesce a giustificare una scissione negoziale, proprio perché il mandato perde di giustificazione causale se avulso dal contratto bancario nel quale è inserito".

E' però seriamente ipotizzabile che il dibattito, anziché sopirsi per effetto della nuova disciplina contenuta nel CCI, sia invece destinato a rianimarsi, giacché la disposizione contenuta nell'art. 97 fa riferimento a “contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti *nelle prestazioni principali* da entrambe le parti”. A tale riguardo, laconicamente la bozza di *Relazione* chiarisce che “opportunamente, la disposizione attribuisce rilievo solo alla mancata, compiuta *esecuzione delle prestazioni principali*, sancendo l'irrilevanza dell'eventuale *adempimento integrale delle prestazioni accessorie*, tema sul quale si sono registrati contrasti di giurisprudenza”¹⁵.

Al di là del problema di “opportunità”, resta la circostanza che la norma, così come formulata, sembrerebbe “sbaragliare” quelle interpretazioni per le quali, non essendo ancora stato eseguito il mandato (all'incasso) o il patto (di compensazione), la stessa prestazione della banca non potrebbe considerarsi completamente eseguita. Il che significherebbe, peraltro, ipotizzare – cosa niente affatto pacifica – che nella struttura e nel meccanismo di una linea di credito autoliquidante quelle pattuizioni non abbiano natura “principale”.

Non è difficile, pertanto, immaginare, nel prossimo futuro, tentativi, di segno opposto, volti o a ricondurre l'esecuzione del mandato e del patto di compensazione tra le prestazioni “principali” (con la conseguenza, allora, che il contratto potrebbe dirsi non ancora compiutamente eseguito da entrambe le parti, riaprendo un ambito alla istanza di sospensione o di scioglimento); o a ritenere che, invece, quelle prestazioni non siano da considerarsi “principali” (con la conseguenza, allora, che il contratto potrebbe comunque dirsi “compiutamente eseguito”, impedendo la proposizione di istanze di scioglimento o di sospensione).

Peraltro, anche laddove dovesse ritenersi che il rapporto prosegua (o perché non considerato “pendente”; o perché non esercitato il diritto di richiedere lo scioglimento o la sospensione; o perché tali rimedi non siano stati concessi) resta impregiudicato il dibattito relativo alla sopravvivenza della clausola di compensazione pur in presenza di un principio di “cristallizzazione”. All'orientamento, che pare prevalente,

¹⁵ Ritiene rilevante la distinzione tra prestazione accessorie e complementari, da un lato, e quelle principali, dall'altro. G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 1124. In giurisprudenza Trib. Vicenza, 25 giugno 2013, in *Il caso.it*.

volto a sostenere la piena operatività della clausola¹⁶ pur dopo la presentazione della domanda, continua a contrapporsi un orientamento opposto, soprattutto riscontrabile nella giurisprudenza di merito (ma non solo)¹⁷, che sposta i termini del dibattito sulla esistenza o meno dei presupposti per l'applicazione della compensazione di cui all'art.56 l. fall. richiamato dall'art. 169 l. fall. (o, in termini di CCI, dell'art. 155, richiamato dall'art. 96)¹⁸; e ciò al di là delle ricostruzioni in forza delle quali il rapporto resterebbe regolato dall'art. 169-bis, o 97 CCI (e, conseguentemente, proseguirebbe nella piena applicazione dell'integrale regolamento contrattuale¹⁹).

¹⁶ In questa prospettiva, ed in ordine di tempo, Cass. 23 luglio 1994, n. 6870, in *Fallimento*, 1995, 262; Cass., 2 agosto 1997, n. 7194, *ivi*, 1998, 56; Cass., 7 marzo 1998, n. 2359, *ivi*, 1998, 1254; Cass., 23 marzo 2001, n. 4205, in *Guida al diritto*, n. 22/01, 36, e, soprattutto, Cass., 1 settembre 2011, n. 17999, in *Giust. civ.*, 2012, 4, 1027: in quest'ultima pronuncia si parla di “inscindibilità strutturale del patto di compensazione” rispetto al contratto di affidamento. Analogamente, e più recentemente, Cass. Civ., 19 febbraio 2016, n. 3336, in *Giust. civ. Mass.*, 2016. Di “inscindibile connessione” parla anche Trib. Trento, 6 luglio 2017, in *Banca dati Dejure*. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito: Trib. Ancona, 14 luglio 2017, n. 1237; Trib. Livorno, 14 febbraio 2017, entrambe in *Banca dati Dejure*. In dottrina, G. TARZIA, *Gli effetti del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata sui rapporti bancari*, in P.F. CENSONI–R. GUERRINI–R. VIVALDI (a cura di), *I difficili rapporti tra banche e procedure concorsuali*, Milano, 1997, 120. *Contra* P. BONTEMPI, *op. cit.*, 285, secondo cui “il principio della non compensabilità tra crediti sorti prima dell'apertura di una procedura concorsuale debiti sorti dopo deve cioè ritenersi prevalente rispetto al *pactum de compensando* inserito in un rapporto bancario”.

¹⁷ Cass. 7 maggio 2009, n. 105648, in *Fallimento*, 2009, 787; Trib. Prato, 23 settembre 2015 (decr.), in *Fallimento*, 2016, 587.

¹⁸ Riprende la tesi della non operatività della compensazione ex art. 56 l. fall. a causa del sorgere del credito ex mandato successivamente alla apertura della procedura Trib. Como, 3 ottobre 2016, in *Ilfallimentarista.it*, 5 giugno 2017.

¹⁹ Critica rispetto a questa ricostruzione R. BROGI, *Rapporti pendenti e contratti bancari*, *cit.*, 1129-1130, la quale evidenzia l'effetto limitativo alla ipotizzata piena e “normale” operatività del contratto derivante dalla applicazione dell'art. 1374 c.c. che, nel suo rimando alle “conseguenze che ne derivano secondo la legge”, comporterebbe altresì il richiamo all'art. 45 l. fall., “il quale implica che, in conseguenza della presentazione della domanda di concordato viene a crearsi un vincolo di destinazione sul patrimonio dell'imprenditore in concordato, anche nell'ipotesi di continuità aziendale”.

3. *Il “mantenimento delle linee di credito autoliquidanti” previsto dall’art. 99, co. 2, CCI*

Un tema potenzialmente “interferente” con quello relativo alla continuazione delle linee di credito “autoliquidanti” è quello derivante dalla applicazione della disposizione (già contenuta nell’art. 182-*quinquies*, co. 3, 1. fall.) di cui all’art. 99, co. 2, CCI (in tema di “finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell’omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti”), secondo cui “la richiesta può avere ad oggetto anche *il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere* al momento del deposito della domanda di cui al comma 1” (vale a dire della domanda di accesso di cui agli articoli 40 e 44).

La norma è stata nel recente passato letta addirittura come alternativa rispetto all’art. 169-*bis*, nel senso di essere stata ritenuta *lex specialis* relativamente alla sorte delle linee di credito autoliquidanti alla presentazione della domanda di concordato preventivo (con la conseguenza, implicita, di ritenere il contratto pendente sospeso e di subordinarne la continuazione all’autorizzazione del giudice la quale attribuirebbe al medesimo la prededuzione); ma, in altra prospettiva, è stata interpretata come norma che subordinerebbe all’autorizzazione del giudice i nuovi utilizzi della linea di credito o, ancora, il riconoscimento della prededuzione a detti nuovi utilizzi.

Le possibilità interpretative sembrano quindi potersi così individuare:

- l’art. 99 co. 2 è legge speciale relativamente alla sorte delle linee di credito autoliquidanti per effetto della presentazione della domanda di concordato preventivo: se ne deve dedurre che per questi contratti la presentazione di una domanda di concordato preventivo ne impedisca la prosecuzione a norma dell’art. 97 se non a seguito di una autorizzazione in tal senso da parte del giudice;
- l’art. 97 comporta la prosecuzione (se non vi sono i presupposti per l’istanza di sospensione o di scioglimento) del contratto relativo alla linea di credito autoliquidante per quanto riguarda l’operatività del mandato all’incasso e del patto di compensazione, ma non per quanto riguarda la possibilità di nuovi utilizzi, che resta subordinata all’autorizzazione del giudice;

- l'art. 97 comporta la prosecuzione integrale del contratto relativo alla linea di credito autoliquidante, restando l'autorizzazione del giudice necessaria unicamente allo scopo di munire la linea di credito delle caratteristiche della preveducibilità²⁰.

Resta da considerare, peraltro l'operatività dei limiti che si intendono derivare dagli articoli 96 e 155: a ben vedere, questi potranno considerarsi effettivi, alla luce degli orientamenti prevalenti, unicamente con riferimento al caso in cui non sussista la clausola di compensazione. Ma – anche ipotizzando che comunque operi il divieto di compensazione – pare logico ritenere che, in ipotesi di finanziamento autorizzato dal giudice, quei limiti possano essere superati²¹.

4. *Il recesso della banca dalla linea di credito “autoliquidante” (nel concordato in continuità)*

Ci si deve ora domandare, per l'ipotesi in cui la linea di credito prosegua nonostante l'intervenuta presentazione di una domanda di concordato, se la banca possa sciogliersi dal contratto secondo il regime normativo e negoziale ordinario di quest'ultimo, o se tale sua facoltà incontri qualche limitazione.

Una possibile limitazione, con riferimento alla disciplina contenuta nella legge fallimentare, potrebbe riscontrarsi nella disciplina del concordato in continuità, e, più in particolare, nell'art. 186-*bis*, co. 3, la cui prima parte stabilisce che “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. (...)”.

Ci si era chiesti, più in particolare, se tali “patti contrari” potessero essere rappresentati da clausole contenute all'interno del regolamento del contratto di affidamento che prevedessero il ricorrere di una procedura concorsuale in capo all'affidato costituisce come causa di

²⁰ A tale proposito Trib. Rovigo, 26 novembre 2015, in *Il caso.it*, 3 dicembre 2015, assume che la disposizione contenuta nell'art. 182-*quinquies* legge fall., per cui il debitore può chiedere di essere autorizzato al mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda, appare superflua alla luce del principio generale della regolare prosecuzione dei contratti pendenti.

²¹ E' questa l'opinione di R. BROGI, *op. cit.*, 1130.

risoluzione o motivo di recesso per il finanziatore; o che configurassero l'insorgere della procedura concorsuale come motivo di "inadempimento".

Si profilerebbe, in questa prospettiva, una vera e propria "continuazione coattiva" dei contratti di affidamento, in funzione della continuità aziendale che connota la proposta di concordato preventivo: segnando, però, un notevolissimo affievolimento del principio di autonomia negoziale.

La questione, che sembrava destinata in un primo momento destinata a riproporsi anche con riguardo al CCI - dal momento che le prime versioni del disegno di decreto delegato contenevano al primo comma dell'art. 95 una disposizione sostanzialmente corrispondente all'art. 186-bis della legge fallimentare - sembra essersi stemperata. Ed infatti l'art. 95 del CCI, nel suo primo comma, prevede ora che "fermo quanto previsto nell'articolo 97, i contratti in corso di esecuzione, *stipulati con pubbliche amministrazioni*, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato. Sono inefficaci eventuali patti contrari". Il Codice, cioè, ha ristretto l'ambito oggettivo di operatività della ultrattività "coattiva" dei contratti in corso di esecuzione con riferimento unicamente ai contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni. La precisazione ha un valore ermeneutico di particolare momento, giacché, precisandosi solo per questa eventualità la "nullità del patto contrario", *non solo non nega, ma implicitamente avvalor*a la legittimità e la validità di clausole, contenute nei contratti bancari di affidamento, che contemplino l'accesso alla procedura di concordato preventivo come evento rilevante ai fini dell'attivazione di una clausola risolutiva espressa o come causa legittima di recesso del soggetto finanziatore; oltre alla ordinaria operatività di clausole che comportino la possibilità del recesso da parte della banca.

Per la cronaca, peraltro, è necessario evidenziare come una previsione del tutto corrispondente nella sostanza - e, questa volta, specificamente riferita agli affidamenti bancari - sia ora invece contemplata con riferimento alla attivazione della procedura di allerta, nel terzo comma dell'art. 12, ove si prevede che tale attivazione (oltre che la presentazione da parte del debitore dell'istanza di composizione assistita della crisi) non costituisce "causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari".

Ci si potrebbe, peraltro, ancora domandare se limiti al potere di risolvere il contratto, o di recedere dallo stesso possano ipotizzarsi laddove, ai sensi dell'art. 99, co. 2, il giudice abbia autorizzato il mantenimento delle linee di credito: al riguardo si è infatti talora sostenuto che l'autorizzazione al mantenimento delle linee di credito autoliquidanti avrebbe l'effetto di "evitare che la banca intimi la risoluzione per inadempimento in corso di procedura"²². Sennonché, se si accede all'opzione interpretativa per cui l'autorizzazione del giudice non riguarda la prosecuzione del contratto in sé considerata, ma unicamente il riconoscimento della prededucibilità, non si riescono ad individuare argomenti sui quali fondare tale ipotizzato limite: se mai, il limite potrebbe derivare non già dalla circostanza, di per sé considerata, che il mantenimento è stato autorizzato dal giudice, ma dal fatto che, per effetto di quella autorizzazione, il credito concesso modifica la sua qualità sotto il profilo causale, assumendo le caratteristiche di un "credito di scopo": esso infatti sarebbe "funzionale all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori". Quello "scopo", oltre a costituire il contenuto di una clausola di destinazione gravante sul debitore, rappresenta però al tempo stesso anche il presupposto della prededucibilità di cui la banca si giova: sicché un recesso di quest'ultima che non appaia fondato sul mancato rispetto della clausola di destinazione si presterebbe facilmente ad essere inquadrato nella specie dell'abuso del diritto.

5. Le linee di credito in essere al momento di accesso al giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione

Così come nel quadro normativo della legge fallimentare, anche nell'ambito del CCI il tema della sorte del contratto (in questo caso: della linea di credito "autoliquidante") viene (almeno esplicitamente) trattato in occasione della disciplina del concordato preventivo: il riferimento è, in particolare, all'art. 97 (che "succede", per così dire, al "vecchio" articolo 169-*bis*), ma non si rinviene (al pari di quanto

²² Così R. BROGI, *op. cit.*, 1130

accadeva con la legge fallimentare) alcuna disciplina positiva direttamente afferente al tema degli affidamenti in corso al momento della presentazione della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione.

Nel contesto della legge fallimentare, pertanto, si è concluso che la presentazione della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione non produce effetto veruno sui rapporti pendenti.

Si rinvencono, peraltro, disposizioni “spurie” che a quella materia comunque potrebbero fare rimando: in particolare, giova domandarsi se non possa riguardare questo tema la previsione contenuta nell’art. 99 CCI. In essa si dispone che il debitore, “anche con la domanda di accesso di cui agli articoli 40 e 44” (e, quindi, nel momento in cui attiva il procedimento di accesso “a una delle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza”, tra le quali l’accordo di ristrutturazione), quando è prevista la continuazione dell’attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione, può chiedere con ricorso al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda, a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma, compresa la richiesta di emissione di garanzie, prededucibili, funzionali all’esercizio dell’attività aziendale sino all’omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all’apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori”. L’interesse per tale disciplina, nel nostro caso, è peraltro motivato dalla previsione contenuta nel comma successivo – già più volte ricordata parlando di concordato preventivo - laddove si stabilisce che “la richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda di cui al comma 1”. Alla luce di questa previsione ci si potrebbe allora domandare (in modo del tutto corrispondente) se, per effetto della presentazione di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, non si sia per ciò stesso prodotto un effetto sulla linea di credito autoliquidante, tanto da rendere necessaria una richiesta al tribunale per il suo mantenimento.

Sospendendo provvisoriamente la risposta all’interrogativo su questo punto, si deve ancora evidenziare che, rispetto alla prima formulazione dello schema di CCI, la disciplina relativa alla autorizzazione al pagamento dei debiti anteriori alla domanda – che, in

origine, così come nel regime dell'art. 182-*quinquies* ultimo comma l. fall., era prevista applicarsi anche all'accordo di ristrutturazione – nella versione “definitiva” resta applicabile unicamente al concordato preventivo (al quale, unicamente, fa riferimento il nuovo art. 100). La originaria formulazione, proprio per il riferimento alla autorizzazione al pagamento di debiti pregressi, aveva fatto finanche far immaginare che, anche per quanto riguarda l'accordo di ristrutturazione, operasse, seppure impropriamente, un principio di “cristallizzazione”²³. Per effetto della modifica intervenuta, comunque, si deve oggi senz'altro tener fermo che, con riferimento all'accordo di ristrutturazione, non risulti operativo alcun fenomeno di cristallizzazione dei crediti e che, conseguentemente, il rapporto di affidamento per la concessione di linee di credito autoliquidanti prosegua secondo le regole di diritto comune, non essendo oggetto di alcuna statuizione particolare da parte del Codice.

Del resto, una indiretta conferma della totale autonomia della vicenda del contratto rispetto alla presentazione della domanda di omologazione può rinvenirsi nella disciplina dell'accordo di ristrutturazione “ad efficacia estesa”, di cui all'art. 61 CCI, e, più in particolare, nel comma 4 del predetto articolo, secondo il quale “in nessun caso, per effetto dell'accordo di ristrutturazione, ai creditori ai quali è stato esteso l'accordo possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti”.

Il che significa che l'area degli accordi di ristrutturazione permane sempre e comunque presidiata dal principio della autonomia negoziale, giacché la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti potranno eventualmente essere determinazioni assunte dai creditori aderenti all'accordo (in questo senso essendo manifestazione dell'autonomia negoziale degli stessi), ma non imposte ai non aderenti (in questo senso essendo manifestazione della salvaguardia della autonomia negoziale di questi ultimi).

²³ Sul punto, estesamente e criticamente, L. MANDRIOLI, *Il mutuo con garanzie reali nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione*, in *dirittobancario.it*.

Conseguentemente, la presentazione della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione non produrrebbe, di per sé, alcun effetto sullo svolgimento dei contratti “pendenti” alla data (siano essi “unilaterali” o “bilaterali”).

Riprendendo l’interrogativo poc’anzi lasciato in sospeso, alla luce di tale considerazione può essere “guidata”, allora, anche la lettura di quanto previsto dal secondo comma dell’art. 99, nel momento in cui stabilisce (anche con riferimento agli accordi di ristrutturazione) che, in caso di richiesta alla autorizzazione di finanziamenti prededucibili prima della omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione di debiti, “la richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda di cui al comma 1”.

Se la linea di credito in essere non subisce gli effetti della presentazione della domanda di omologazione, se ne deve concludere che la richiesta di cui al secondo comma deve intendersi come unicamente volta al riconoscimento della prededucibilità. Conseguentemente non apparirebbe corretto dedurre da quella norma: a) il principio per cui le linee di credito autoliquidanti dovrebbero ritenersi sospese alla data della presentazione della domanda; b) il principio per cui alla luce di quella domanda successivi atti di utilizzo potrebbero essere consentiti soltanto dietro autorizzazione del giudice. Il contratto, di per sé, prosegue (ferme restando le pattuizioni in esso contenute in merito al suo termine, o alla facoltà di recesso accordate alle parti); e, proseguendo, il cliente potrà continuare ad utilizzare il credito concesso fino all’ammontare dell’accordato, e senza autorizzazione veruna - quest’ultima rendendosi invece necessaria soltanto allorché, in ragione delle statuizioni contenute nell’accordo, si ritenga opportuno che la prosecuzione della esecuzione di quel rapporto venga assistita dalla prededucibilità.

Piuttosto, deve rimarcarsi come la possibilità di munire di prededucibilità una linea di credito autoliquidante “preesistente” per effetto della presentazione della domanda di omologazione di un accordo non è riprodotta con riguardo alla previsione di finanziamenti “in esecuzione” di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Dal che potrebbe astrattamente dedursi che linee di credito autoliquidanti preesistenti possano bensì continuare ad essere operative (ed essere anzi munite di prededucibilità laddove “funzionali” ai sensi

dell'art. 100), ma non potrebbero essere munite di prededucibilità laddove dovessero essere utilizzate come “esecutive” di un accordo di ristrutturazione.

Probabilmente, però, tale conclusione potrebbe essere affrettata, sol che si ponga mente alla circostanza che la prededucibilità, in questo caso, è subordinata bensì al criterio della funzione di esecuzione, ma anche alla “espressa indicazione nel piano” del finanziamento. D’altro canto – e conclusivamente - non può affatto escludersi che una linea di credito preesistente, nella economia del piano sotteso all’accordo di ristrutturazione, possa considerarsi funzionale alla sua “esecuzione”, e che, in quanto individuata specificamente nell’accordo, possa essere assistita dalla prededucibilità “ex nunc”.