

COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

(NA) QUADRI	Presidente
(NA) CARRIERO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) PARROTTA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) ROCCO DI TORREPADULA	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(NA) SCOTTI	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore SCOTTI ANNA

Nella seduta del 16/09/2014 dopo aver esaminato:

- il ricorso e la documentazione allegata
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione
- la relazione della Segreteria tecnica

FATTO

La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio concerne il tema del regime giuridico dei contratti bancari stipulati dall'impresa dopo l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Con ricorso presentato il 9 aprile 2014 - preceduto da reclamo del 1 agosto 2013 – la società istante esprimeva di essere titolare di due rapporti di conto corrente intrattenuti presso l'intermediario resistente. In data 19 dicembre 2012 aveva depositato domanda di concordato preventivo "in bianco", e, il successivo 27 dicembre 2012 aveva comunicato a mezzo posta elettronica alla banca il decreto di ammissione del tribunale alla procedura, chiedendo che tutte le somme comunque pervenute sui conti correnti, venissero stornate presso un diverso conto corrente acceso per le finalità della procedura; nelle more, il concordato era stato omologato dal tribunale con decreto depositato il 1° gennaio 2014. Non avendo l'intermediario provveduto a quanto richiesto, proponeva reclamo reiterando

la richiesta di messa a disposizione delle somme incassate per conto della società. Ciò premesso, la ricorrente deduceva che il *dies a quo*, nel quale era sorto l'obbligo dell'intermediario di rimettere tutti i versamenti in conto corrente nella disponibilità della procedura concordataria, andava determinato nella data del 19 dicembre 2012, in cui era stata presentata la domanda di concordato preventivo; in particolare, poi, argomentava la rilevanza della *scientia decotiois* della banca, che, nel caso di specie, era rappresentata dai solleciti dell'intermediario di pagamento delle rate di mutuo, culminata con una richiesta di sospensione del finanziamento. Aggiungeva, quindi, che la disponibilità manifestata dalla controparte a rimettere i bonifici pervenuti dopo il 27 dicembre 2012 ha l'efficacia del riconoscimento della fondatezza della pretesa della società, conseguendone l'inefficacia e la revocabilità dei pagamenti illegittimamente trattenuti; che i pagamenti in questione rappresentavano l'oggetto di un mandato *in rem propriam* della banca, e non potevano essere oggetto di compensazione ai sensi dell'art. 56 l.f. Concludeva, pertanto, stante l'impossibilità di conoscere l'esatto ammontare delle rimesse effettuate sui conti correnti intestati alla società, chiedendo all'Arbitro bancario finanziario di ordinare alla banca il versamento alla procedura concordataria di tutte le somme a qualunque titolo pervenute successivamente al 19 dicembre 2012.

Nelle controdeduzioni, presentate il 13 maggio 2014, l'intermediario sollevava l'eccezione pregiudiziale di incompetenza, per materia e per valore, dell'Arbitro bancario finanziario; in particolare, quanto alla materia, asseriva che la procedura di concordato preventivo è munita di *strumenti procedurali, formali e sostanziali, che si realizzano, in tutto o in parte attraverso specifici provvedimenti emessi dal tribunale competente* e che, comunque, determina l'assoggettamento della controversia all'esame dell'autorità giudiziaria; quanto al valore, il superamento del limite di competenza è attestato dall'importo delle rimesse di cui si chiede la corresponsione, ricostruito attraverso l'esame degli allegati al ricorso. Nel merito, comunque, deduceva che il momento da prendere in considerazione per l'opponibilità degli effetti del concordato è la data della pubblicazione della domanda nel Registro delle Imprese, avvenuta il 27 dicembre 2012 e, conseguentemente, così ricostruiva la pretesa della società ricorrente: in una prima lettera del legale della procedura, datata 10 gennaio 2013, erano richiesti Euro 144.506,32 per importi pervenuti alla società prima del 27 dicembre 2012 ed Euro 45.840,32 per somme pervenute dopo tale data; nel reclamo del 1° agosto 2013, erano richiesti Euro 186.989,94 per somme accreditate prima del 27 dicembre 2012, relative a erogazioni di anticipi fatture e bonifici provenienti da terzi per pagamento di fatture anticipate; ed Euro 120.642,23 per somme pervenute dopo tale data, accantonate su conti transitori

(precisava trattarsi, peraltro, di anticipi fatture con *precanalizzazione* del pagamento e senza la notifica della cessione). In definitiva, alla data delle controdeduzioni l'importo accantonato aveva raggiunto la somma di Euro 142.964,24. Chiedeva, pertanto, all'Arbitro di dichiarare l'istanza inaccoglibile e, in subordine, infondata nel merito.

DIRITTO

Il Collegio è chiamato a pronunciarsi, in primo luogo, sulla questione pregiudiziale di competenza sollevata dall'intermediario, che ha eccepito l'estraneità della controversia ai limiti di materia e di valore che definiscono il potere di cognizione dell'Arbitro bancario finanziario.

Per quanto riguarda la competenza per materia, questione logicamente precedente al tema del valore della domanda, l'intermediario ha argomentato che l'ammissione della società ricorrente alla procedura di concordato preventivo avrebbe determinato un'attrazione alla competenza funzionale del tribunale fallimentare di tutte le controversie inerenti ai rapporti giuridici intrattenuti dalla società; e che, comunque, avrebbe comportato anche la preventiva pendenza della lite. Quanto a tale ultimo profilo, in cui viene evocato l'impedimento di rito posto dalla Sez. I, § IV, *alinea* 5, delle Disposizioni Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, si può senz'altro affermare che l'assoggettamento della parte ricorrente ad una procedura concorsuale non si traduce automaticamente nella pendenza di lite in ordine a qualsiasi rapporto che sia compreso nella proposta di concordato, che viene valutata dal tribunale nella sua fattibilità, senza accertare l'esistenza e la validità del titolo dei crediti: si può richiamare, sul punto, l'orientamento del Collegio di Coordinamento, che ha precisato come *la precitata preclusione regolamentare alla cognizione di una controversia da parte dei Collegi ABF, da valutarsi comunque con estremo rigore, non operi in assoluto e dunque non allorquando il fatto oggetto di ricorso abbia costituito oggetto di mera narrazione in un atto sottoposto all'A.G.O. in forme tali da non provocarne un pronunciamento, non bastando per emettere una pronuncia di inammissibilità la semplice menzione del medesimo fatto nel corso di un giudizio pendente avanti l'autorità giudiziaria ordinaria, ma dovendosi ritenere che la nozione di sottoposizione della controversia, di cui al sopramenzionato alinea 5 (Sez. I, § IV cit.), debba intendersi in senso tecnico, ossia nella proposizione di una domanda o eccezione innanzi al giudice ordinario, idonea a provocare il pronunciamento del magistrato* (ABF Collegio di coordinamento decisione n. 5265/2014). Per quanto concerne, poi, la sussistenza di una *vis attractiva* del tribunale fallimentare, è sufficiente rilevare come sia

pacifico che, una volta esauritasi, con la sentenza di omologazione, la procedura di concordato preventivo, tutte le questioni che hanno ad oggetto diritti pretesi da singoli creditori o dal debitore e che attengono all'esecuzione del concordato, danno luogo a controversie che sono del tutto sottratte al potere decisionale del giudice delegato e costituiscono materia di un ordinario giudizio di cognizione, da promuoversi, da parte del creditore o di ogni altro interessato, dinanzi al giudice competente (Cass. 18 giugno 2008, n. 16598). Pertanto, l'eccezione è da ritenere infondata.

Non si presenta meritevole di accoglimento nemmeno l'eccezione fondata sull'incompetenza per valore, ai sensi dell'art. 2, punto 4, della Deliberazione 29 luglio 2008 del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio, che – a fronte della domanda, genericamente formulata dalla ricorrente, di ordinare all'intermediario la rimessione di tutti gli accrediti pervenuti sui conti correnti di cui è titolare dalla presentazione della domanda di concordato – è stata fondata dall'intermediario sul calcolo dell'ammontare dei versamenti richiesti dalla società ricorrente nella corrispondenza che ha preceduto la proposizione del ricorso di cui si discute. Il Collegio rileva che, sebbene la richiesta della società sia formulata in termini di ordine di pagamento all'intermediario, sostanzialmente ha ad oggetto l'accertamento della illegittimità del comportamento dell'intermediario che ha effettuato un accantonamento su conti transitori delle somme pervenute sui conti correnti intestati alla ricorrente da una certa data, laddove quest'ultima ritiene doversi computare un differente termine iniziale: questione che, come si vedrà in appresso, definisce il perimetro del *thema decidendum*. Né il *petitum* mediato, né quello immediato riguardano l'attribuzione di beni contestati, giacché non vi è contesa sulle rimesse, che pacificamente sono di pertinenza della società – per cui giammai si configurerebbe una *condanna al pagamento*, che sia restitutorio o risarcitorio – discutendosi solamente del momento dal quale, e in che limiti, opera il “congelamento” delle obbligazioni conseguente all'apertura della procedura di concordato preventivo.

Nel merito, la questione involge il tema più ampio della sorte dei contratti pendenti durante la procedura di concordato: in particolare, dei contratti bancari caratterizzati dalla concessione di credito c.d. *autoliquidante*, nel quale, cioè, il rimborso del finanziamento avviene con l'incasso dei crediti smobilizzati dai terzi debitori.

E' opportuno, quindi, accennare al quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento. Nel caso di specie, la società ricorrente aveva chiesto l'ammissione alla procedura di concordato c.d. *in bianco*, introdotta nella legge fallimentare dall'art. 82 del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, che ha modificato l'art. 161 l.f.: procedura caratterizzata dal fatto che il debitore ne chiede l'ammissione senza depositare contestualmente il piano e la

proposta ai creditori e, quindi, al fine, e con l'effetto, di beneficiare da subito del blocco delle azioni esecutive. Ai fini che qui interessano, in dottrina è stato osservato che, in realtà, la nuova forma di concordato non ha modificato il regime giuridico dei contratti pendenti: ciò in quanto, dalla introduzione dell'art 169 *bis* l.f. (ex art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134), si è rafforzato il principio della continuazione dei contratti in corso di esecuzione, argomentando *a contrariis* dalla necessità dell'autorizzazione del tribunale per procedere alla sospensione o allo scioglimento (in vero, tale conclusione era sostenuta anche nella disciplina previgente, in virtù del mancato richiamo dell'art. 72 l.f. nella disciplina del concordato preventivo). La continuazione dei contratti pendenti deve essere coordinata, comunque, con il principio della cristallizzazione del patrimonio della società, che comporta il divieto di soddisfare i creditori in forme diverse da quelle che sono (o saranno, nel concordato c.d. in bianco) previste nel piano.

Il problema, come accennato, si pone in modo particolare per i contratti di credito modulati sullo schema del c.d. *rischio autoliquidante*, perché esige di ricercare i termini di un raccordo tra la cristallizzazione del patrimonio dell'impresa e il diritto della banca, che ha effettuato il finanziamento mediante l'anticipazione sui crediti vantati dal cliente nei confronti dei terzi, con forme che possono essere oltremodo diversificate, al rimborso mediante incameramento, parziale o totale, delle somme rinvenienti dal pagamento del terzo: problema che risulta accentuato dalla necessità di identificare il momento genetico del diritto della banca, che può essere individuato *i)* nell'atto della stipula del contratto con il cliente (ma questo è un caso non frequente nella prassi, che presupporrebbe un obbligo della banca di procedere ad ogni anticipazione richiesta quale mero atto esecutivo, senza poter valutare discrezionalmente la propria convenienza alla singola operazione), oppure, se il contratto ha una struttura di tipo normativo regolando i termini delle singole operazioni di volta in volta effettuate, *ii)* nel momento in cui è effettuata l'anticipazione, o *iii)* in quello in cui è pervenuto il pagamento del terzo.

In sintesi, e prescindendo qui dalle questioni teoriche che si accompagnano alla scelta tra l'una o l'altra opzione, la giurisprudenza, sia pure con qualche incertezza, distingue le seguenti ipotesi: *a)* la cessione di credito ritualmente notificata al debitore ceduto, pur rappresentando una cessione in garanzia – per cui l'anticipazione eseguita dalla banca non ha causa corrispettiva della cessione, ma assolve ad una funzione creditizia – perfeziona il diritto della banca a esigere la prestazione anche dopo l'ammissione del creditore cedente alla procedura di concordato, in virtù della disciplina sancita dagli artt. 1260 ss. cod. civ. e 45 e 169 l.f.; *b)* in mancanza di cessione, si è in

presenza di un mandato all'incasso che, però, non determina la caducazione del diritto della banca a incamerare il pagamento del terzo se il contratto contempla espressamente un patto di compensazione (sovente definito dalla giurisprudenza come clausola di *elisione* o di *annotazione*, ad attestare come non sia pacifica la riconducibilità ad una forma di compensazione vera e propria, quanto piuttosto alla integrità delle pattuizioni contrattuali rimaste vigenti tra le parti: Cass. 1 settembre 2011, n. 17999; c) in mancanza, soccorrono i principi dell'art. 56 l.f. (espressamente richiamato dall'art. 169 l.f.), in forza dei quali il credito restitutorio della banca si costituisce al momento del pagamento del terzo, e se questo è effettuato dopo la decorrenza degli effetti del concordato, fa sorgere diversamente un obbligo di restituzione a carico della banca (Cass. 7 maggio 2009, n. 10548).

Ciò premesso, nella controversia all'esame del Collegio, le allegazioni delle parti consentono di specificare il *thema decidendum* nella disciplina applicabile ai pagamenti pervenuti alla società istante sui conti correnti intrattenuti presso l'intermediario nel periodo dal 19 al 27 dicembre 2012.

Infatti, da un lato, la domanda della ricorrente ha ad oggetto la rimessione degli accrediti dal 19 dicembre 2012, data di deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo; ma, dall'altro, l'intermediario ha affermato di avere accantonato su conti provvisori i pagamenti pervenuti dopo il 27 dicembre 2012, quando, cioè, la domanda è stata iscritta nel registro delle imprese e – come risulta dalla corrispondenza versata in atti dalla ricorrente – di essere disponibile a rimetterli alla procedura, subordinatamente ad un provvedimento del tribunale fallimentare che disponga in tale senso. A tale proposito, è da rilevare come, nella prospettiva della società ammessa al concordato, l'apertura di un conto corrente sul quale fare affluire le disponibilità, così come la riscossione dei crediti, costituiscano atti di ordinaria amministrazione, conformemente al criterio distintivo dagli atti straordinari, elaborato dalla giurisprudenza e fondato sull'attitudine degli atti a conservare l'attività di impresa senza incidere negativamente sul suo patrimonio (si è ritenuto, in particolare, che non vi sia pregiudizio nell'accredito di somme sui conti correnti della società: Trib. Milano 11 dicembre 2012).

E' evidente, quindi, che il riconoscimento dell'intermediario, di essere tenuto a rimettere gli importi pervenuti da pagamenti di terzi, si sostanzia nella disponibilità a dare corso alle richieste della società ricorrente se munita della relativa legittimazione: e, per quanto sopra detto, tale legittimazione non è soggetta ad autorizzazioni di sorta, di guisa che la banca dovrà accogliere le disposizioni della procedura riguardanti le somme

accantonate. Il punto si presenta decisivo, perché determina l'assenza di contestazione tra le parti per il periodo successivo al 27 dicembre 2012, mentre resta controversa la condotta dell'intermediario che si è rifiutato di procedere all'accantonamento a favore della procedura dal 19 dicembre 2012.

Per comprendere la rilevanza della questione va precisato che, da alcuni passaggi, sia pure un po' vaghi, delle controdeduzioni presentate dall'intermediario, si evince che il rapporto si articolava nella concessione di credito mediante anticipazione su fatture: nessuna delle parti ha prodotto i contratti che disciplinavano il rapporto negoziale, che, comunque, è qualificato dall'intermediario come "*precanalizzazione del pagamento e senza la notifica della cessione*", per cui sembra che il pagamento del terzo debitore, al quale dovrebbe essere stato indicato di pagare esclusivamente presso l'intermediario, era fonte del rimborso, senza il trasferimento della titolarità del credito, per cui si versa nell'ipotesi indicata sub c), e l'intermediario potrebbe invocare il suo diritto all'incameramento solo a monte della linea di confine rappresentata dal perfezionamento dell'opponibilità del concordato preventivo ai terzi.

In buona sostanza, il reale oggetto della controversia è l'applicabilità dei meccanismi di rientro e/o di compensazione nel periodo dal 19 al 27 dicembre 2012. La questione va risolta, quindi, richiamando la disciplina dell'art. 168 l.f., in forza del quale i creditori non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore – e, quindi, nemmeno ricevere altrimenti la prestazione – dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese (così per la modifica disposta all'art. 168 dall'art. 33 del citato d.l. 22 giugno 2012, n. 83, che ha sostituito le parole "presentazione del ricorso" con le parole "pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese", con effetto dall' 11 settembre 2012, e, quindi, applicabile alla fattispecie in esame *ratione temporis*): disciplina che va letta in combinato disposto con l'art. 184 l.f., che stabilisce che il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso (qui, la modifica del ricordato art. 33 ha sostituito le parole "al decreto di apertura della procedura di concordato").

Nel caso di specie, l'iscrizione della domanda di ammissione nel registro delle imprese è avvenuta il 27 dicembre 2012; né possono ritenersi equipollenti alla pubblicità legale le comunicazioni della società che si sono succedute a partire dalla prima lettera del 20 dicembre 2012 (che pur non essendo evocata nel ricorso introduttivo, è stata prodotta dall'istante nel procedimento). Del tutto inconferenti, infine, sono i richiami della società ricorrente alla conoscenza che l'intermediario potrebbe avere avuto delle difficoltà



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

patrimoniali della società, atteso che si tratta di un elemento rilevante solo in tema di azione revocatoria, come d'altronde evoca in via astratta l'istante, ma che non ha alcuna sede nel presente procedimento.

Pertanto, il ricorso è da ritenere infondato.

P.Q.M.

Il Collegio non accoglie il ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ENRICO QUADRI