

Osservatorio della giurisprudenza in materia di *factoring*

N. 2/2018

INDICE:

1. **Cassazione Civile, sez. I, 30 aprile 2018, n. 10387**..... 3
Dichiarazione di accettazione della cessione del credito: coesistenza nello stesso atto di promessa di pagamento e confessione
2. **Cassazione Civile, sez. I, 20 marzo 2018, n. 6982**..... 11
Contratto di factoring, patto di incedibilità dei crediti tra cedente e debitore ceduto e opponibilità al cessionario
3. **Tribunale di Massa, 8 maggio 2018, n. 346**..... 19
Concordato preventivo, anticipazione di credito e mandato all'incasso
4. **Commissione Tributaria Regionale Piemonte (Torino), sez. III, 13 novembre 2017, n. 1608**..... 31
Deducibilità delle svalutazioni di crediti ceduti pro solvendo
5. **Cassazione Civile, sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810**..... 44
Disciplina della concorrenza, intesa vietata e nullità della fideiussione omnibus "a valle"

Osservatorio della giurisprudenza in materia di *factoring*

N. 2/2018

Direttore responsabile: *Alessandro Munari*
Caporedattore: *Massimo Di Muro*

La presente pubblicazione è stata predisposta a solo scopo di studio e ricerca, nel pieno rispetto delle previsioni del Codice Deontologico Forense. Le informazioni contenute e le opinioni espresse nella presente pubblicazione non possono essere considerate come pareri legali, né essere utilizzate come fondamento di casi concreti che richiedano un'analisi specifica della fattispecie. Munari Cavani Studio Legale e Assifact non potranno essere considerati responsabili per azioni od omissioni poste in essere per aver fatto uso delle informazioni contenute nella presente pubblicazione senza che sia stato chiesto loro uno specifico parere in merito.

*La pubblicazione è realizzata da Munari Cavani Studio Legale ed edita da Munari Cavani Publishing S.r.l.
Gli articoli pubblicati non possono costituire oggetto di riproduzione, neppure parziale.*

Munari Cavani

Studio Legale
Piazza Diaz, 7
20123 Milano
Tel. +39.02.36642500
Fax +39.02.36579090
email: studio@munaricavani.it

1. Cassazione Civile, sez. I, 30 aprile 2018, n. 10387

Contratto di *factoring* – Inadempimento del contratto originario – Dichiarazione di accettazione della cessione del credito – Promessa di pagamento e confessione stragiudiziale – Coesistenza nello stesso atto – Possibilità

(Codice Civile, artt. 1362, 1363, 1366, 1988, 2730 e 2732)

Nel contesto di un unico documento (nella specie, la dichiarazione scritta di accettazione della cessione del credito) può coesistere, accanto alla volontà diretta alla promessa di pagamento, anche una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale che, avendo valore di prova legale (nella specie, circa l'esistenza del credito), preclude la prova contraria (nella specie, sull'inesistenza o sull'estinzione della prestazione promessa), salva l'eventuale revoca della confessione per errore di fatto o per violenza.

La valutazione confessoria di fatti sfavorevoli al dichiarante può essere accertata dal giudice anche in riferimento a comportamenti pregressi della parte dichiarante, valutati secondo il principio di buona fede ex art. 1366 cod. civ., sicché il giudice correttamente può valutare come affermazione consapevole del fatto ammesso, piuttosto che come adesione acritica ad un documento precompilato, l'adesione del debitore ceduto ad un modulo prestampato predisposto dal cessionario del credito, proprio in rapporto alle circostanze comportamentali.

* * *

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GENOVESE Francesco A.

Dott. VALITUTTI Antonio

Dott. TRICOMI Laura

Dott. CAIAZZO Rosario

Dott. FRAULINI Paolo

- Presidente -

- Consigliere -

- rel. Consigliere -

- Consigliere -

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso (*omissis*) proposto da:[YYY S.r.l.], (*omissis*);

- ricorrente -

contro

[XXX Factoring S.p.a.], (*omissis*);

- controricorrente -

avverso la sentenza n. (*omissis*) della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 18/12/2012;udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 25/01/2018 dal cons. (*omissis*).

RILEVATO CHE:

La società [YYY] ricorre per cassazione con due mezzi, avverso la sentenza della Corte di appello di Milano, in epigrafe indicata, con la quale era stata confermata, con diversa motivazione, la decisione di primo grado, favorevole alla [XXX Factoring S.p.a.] che replica con controricorso.

La controversia concerne l'opposizione a decreto ingiuntivo proposta dalla società [YYY] e respinta sia in primo che in secondo grado.

Secondo la Corte di appello, le circostanze dedotte dalla [YYY] circa l'inadempimento del contratto originario intercorso con la ZZZ S.r.l., la quale avrebbe fornito un macchinario privo dei componenti essenziali, inservibile per gli scopi per il quale avrebbe dovuto essere utilizzato, erano prive di pregio

giacché la prima con lettera del 22/03/2007 aveva riconosciuto la regolarità della fornitura, la liquidità e l'esigibilità del credito e promesso il pagamento alla cessionaria specificamente affermando che il credito era dovuto «(...) a fronte di forniture di beni e/o servizi regolarmente effettuati e rispondenti al nostro ordine (...)», con una dichiarazione di natura confessionaria che aveva conseguito il duplice effetto, da una parte, di impegnare la ceduta nei confronti della cessionaria al pagamento del corrispettivo e, dall'altra, di portare la [XXX Factoring S.p.a.] a corrispondere le anticipazioni alla società cedente.

3. Il ricorso è stato fissato per l'adunanza in camera di consiglio ai sensi degli artt. 375, ultimo comma, e 380 bis 1, cod. proc. civ.

CONSIDERATO CHE:

1.1. La vicenda oggetto della controversia concerne l'esecuzione di un'obbligazione di pagamento, oggetto della cessione alla società di factoring che ha agito in monitorio, conseguente alla conclusione di un contratto di compravendita stipulato il 23/06/2006 tra la [YYY] e la ZZZ per l'acquisto di un impianto di microfiltrazione da destinarsi ad una cantina sociale: la vendita veniva stipulata con clausola di gradimento a favore della [YYY] all'esito della prova del bene, che doveva essere effettuata entro trenta giorni dalla consegna; il pagamento prevedeva la corresponsione di un acconto al momento dell'ordine ed il saldo prezzo entro il termine di 150 giorni dalla consegna (fol.1/2 del ricorso).

1.2. Con il primo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1988 e 2730 cod. civ. (art. 360, primo comma, n.3, cod. proc. civ.).

1.3. La ricorrente sollecita una rivalutazione del modulo prestampato utilizzato dal cessionario, volta ad escludere la presenza in esso di una dichiarazione di scienza a contenuto confessionario, idonea a fondare l'esercizio del credito mediante la procedura monitoria.

Secondo la ricorrente, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale, la sottoscrizione da parte della società del modello prestampato di notificazione dell'avvenuta cessione del credito del 07/05/2007 non aveva valore giuridico di confessione stragiudiziale ai sensi dell'art.2730 cod. civ. e non poteva ritenersi confermativo della sussistenza del credito, configurando al più un mero atto di ricognizione di debito, con possibilità di prova contraria secondo la previsione di cui all'art.1988 cod. civ.

1.4. Con il secondo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt.1362 e 1363 cod. civ. e l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio; sotto quest'ultimo profilo per la ricorrente, la Corte di appello ha omesso l'esame di quanto contenuto nel modulo e di quanto contenuto nella corrispondenza tra [YYY] ed ZZZ, oltre che di quanto documentato in merito alla nuova consegna dell'impianto ancora da effettuarsi, fatti decisivi della controversia che avrebbero consentito la corretta interpretazione della dichiarazione della [YYY] ed avrebbe dovuto condurre all'esclusione della natura confessionaria della dichiarazione.

2.1. I motivi possono essere trattati congiuntamente per connessione poiché, anche se sotto diversi punti di vista, concernono l'interpretazione della dichiarazione di accettazione della cessione del credito sottoscritta dalla [YYY] e vanno respinti.

2.2. Osserva la Corte che la premessa posta dal primo motivo, laddove distingue in diritto tra promessa di pagamento e confessione, è indiscutibilmente corretta, atteso che la promessa di pagamento, anche se titolata, diverge dalla confessione in quanto la prima consiste in una dichiarazione di volontà intesa ad impegnare il promittente all'adempimento della prestazione oggetto della promessa medesima, mentre la seconda consiste nella dichiarazione di fatti sfavorevoli al dichiarante ed ha, perciò, il contenuto di una dichiarazione di scienza (Cass. n. 13689 del 31/07/2012); inoltre dalla confessione deriva un concreto pregiudizio all'interesse del dichiarante e, al contempo, un corrispondente vantaggio nei confronti del destinatario della dichiarazione (Cass. Sez. U. n. 7381 del 25/03/2013).

Ciò non esclude, tuttavia, che nel contesto di un unico documento possa coesistere accanto alla volontà diretta alla promessa, anche una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale che, avendo valore di prova legale (nella specie, circa l'esistenza del credito) preclude la prova contraria *ex art.* 1988 cod. civ. (nella specie, sull'inesistenza o sull'estinzione della prestazione promessa), salva la eventuale revoca della confessione per errore di fatto o violenza (Cass. n.23246 del 05/10/2017).

2.3. Orbene, posto che la rivalutazione del documento è preclusa nel giudizio di legittimità, va osservato che, nel caso in esame, la Corte di appello, con un accertamento in fatto insindacabile, ha evidenziato che

la formula utilizzata nella accettazione scritta ed esplicita conteneva l'espreso riconoscimento della esatta esecuzione della prestazione da parte della ZZZ e della certezza e liquidità del credito, ed ha distinto, nell'ambito della comunicazione del 22/03/2007, la dichiarazione di volontà dalla dichiarazione di scienza.

Invero la Corte di appello nel ricostruire la vicenda storica, con un accertamento in fatto che non risulta contestato, ha valutato anche i rapporti intercorsi tra la [YYY] e la ZZZ, per il periodo temporalmente antecedente alla cessione del credito, selezionando i fatti ritenuti rilevanti nel giudizio: 02/03/2006, stipula del contratto tra [YYY] ed ZZZ, con la previsione di una clausola di gradimento a favore di [YYY]; 27/12/2006 consegna dell'impianto e riscontro di un problema di malfunzionamento del macchinario in ragione del quale la [YYY] chiedeva la sostituzione, tempestivamente riscontrata dalla ZZZ in data 23/01/2007; 22.03.2007 invio della lettera con la quale [YYY], pur avendo già segnalato il problema del filtro e concordato le modalità di sostituzione, come da comunicazione dalla stessa inviata alla ZZZ in data 08/02/2007, riconosceva comunque espressamente che il credito era certo, liquido ed esigibile, (fol. 6 della sent.).

Non emerge, invece, nella sentenza alcun riferimento ad una sottoscrizione del modulo di notificazione di cessione avvenuta il 07/05/2007, episodio che non è stato oggetto di accertamento di fatto, anche se su di esso sono incentrati i motivi di ricorso (fol.2, 4 etc.) senza alcuna esplicitazione in merito.

2.4. Se ne deduce che la Corte di appello non si è limitata ad una valutazione formalistica della dichiarazione della [YYY], ma ha valorizzato anche il dato extratestuale costituito dalla richiesta di sostituzione di parte del macchinario riscontrata positivamente dalla ZZZ, sulla scorta del quale ha ritenuto che la dichiarazione successiva, che dava atto della liquidità ed esigibilità del credito avesse natura confessoria, rendendo inammissibile la prova testimoniale articolata e rimarcando peraltro anche la carenza di buona fede nel comportamento della [YYY]. Ne consegue che, nel caso di specie, la giurisprudenza, pur nota e condivisa, secondo la quale «L'accettazione della cessione del credito da parte del debitore ceduto non costituisce ricognizione tacita del debito, trattandosi di una dichiarazione di scienza priva di contenuto negoziale, sicché, il ceduto non viola il principio di buona fede nei confronti del cessionario, se non contesta il credito, pur se edotto della cessione, né il suo silenzio può costituire conferma di esso, perché, per assumere tale significato, occorre un'intesa tra le parti negoziali cui il ceduto è estraneo.» (da ultimo, Cass. n. 18/02/2016, n. 3184) non trova applicazione in quanto è inconciliabile con quanto accertato in fatto dalla Corte di appello in merito ai rapporti intercorsi tra le parti contrattuali in ordine alle deficienze della merce fornita, oggetto di specifica e dettagliata contestazione.

Invero, nello specifico, la formula utilizzata nella accettazione scritta ed esplicita, come correttamente evidenziato dalla Corte di appello, contiene l'espreso riconoscimento della esatta esecuzione della prestazione da parte della ZZZ e della certezza e liquidità del credito: la circostanza, quand'anche confermata sul piano probatorio, che ciò non corrispondesse alla realtà dei fatti, mai avrebbe potuto ridondare a favore della ricorrente, posto che in alcun modo ciò era stato reso palese alla cessionaria con una condotta che - proprio in ragione delle contestazioni sorte tra le parti contrattuali e formalizzate per iscritto, come sottolineato dal giudice del gravame evidenziava anche una carenza di buona fede da parte della [YYY]. Si può pertanto affermare che «La valutazione confessoria di fatti sfavorevoli al dichiarante può essere accertata dal giudice anche in riferimento a comportamenti pregressi della parte dichiarante, valutati secondo il principio di buona fede *ex* art.1366 cod. civ., sicché il giudice correttamente valuta come affermazione consapevole del fatto ammesso, piuttosto che come adesione acritica ad un documento precompilato, l'adesione del debitore ceduto ad un modulo prestampato predisposto dal cessionario del credito, proprio in rapporto alle richiamate circostanze comportamentali».

3.1. Conclusivamente, il ricorso va rigettato.

Le spese seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

Si dà atto, - ai sensi 13, comma 1 quater del D.P.R. del 30 maggio 2002 n.115, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

P.Q.M.

- Rigetta il ricorso;

- Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità che liquida nel compenso di € 6.000,00=, oltre € 200,00= per esborsi, spese generali liquidate forfettariamente nella misura del 15% ed accessori di legge;

- Dà atto, ai sensi 13, comma 1 quater del D.P.R. del 30 maggio 2002 n.115, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, il giorno 25 gennaio 2018.

* * *

IL CASO

Il caso da cui prende le mosse la pronuncia qui in commento concerne una controversia tra una società di factoring, XXX Factoring S.p.A., ed una società operante nel settore della realizzazione e commercializzazione di attrezzature enologiche ed alimentari, YYY S.r.l.

La vicenda trae origine da un contratto di compravendita di un impianto di microfiltrazione, stipulato tra YYY S.r.l. (quale acquirente) e ZZZ S.r.l. (quale venditrice). Il contratto di compravendita prevedeva una clausola di gradimento all'esito della prova dell'impianto; quale corrispettivo, era stato concordato il pagamento di: (i) un acconto, al momento dell'ordine; e (ii) il saldo, successivamente alla consegna. Il relativo credito è stato poi ceduto a XXX Factoring. Nell'esecuzione contrattuale YYY, avendo ricevuto un macchinario (a suo dire) privo dei componenti essenziali, inservibile dunque per gli scopi per il quale avrebbe dovuto essere utilizzato, non ha adempiuto al suo obbligo di pagamento. A fronte di detto inadempimento, XXX Factoring ha agito mediante procedimento monitorio; per contro, YYY ha promosso opposizione al decreto ingiuntivo; detta opposizione è stata respinta sia in primo grado sia in appello.

In particolare, la Corte di Appello ha ritenuto che quanto dedotto da YYY circa l'inadempimento del contratto originario fosse privo di rilevanza, posto che YYY aveva riconosciuto per iscritto la regolarità della fornitura, la liquidità e l'esigibilità del credito e promesso il pagamento alla cessionaria. Secondo la Corte di Appello tale dichiarazione, di natura confessoria, ha prodotto due effetti: (i) sia quello di impegnare la ceduta nei confronti della cessionaria al pagamento del corrispettivo; (ii) sia quello di portare XXX Factoring a corrispondere le anticipazioni alla società cedente. La Corte di Appello, dunque, ha confermato la decisione di primo grado, favorevole a XXX Factoring.

Avverso suddetta sentenza di secondo grado, YYY ha promosso ricorso per Cassazione:

- (i) sollecitando una rivalutazione del modulo prestampato di notificazione dell'avvenuta cessione del credito utilizzato dal cessionario, volta ad escludere la presenza in esso di una dichiarazione di scienza a contenuto confessorio; secondo YYY infatti, la sottoscrizione di detto modulo prestampato non avrebbe valore di confessione stragiudiziale e non potrebbe ritenersi confermativo della sussistenza del credito (configurando al più un atto di ricognizione di debito, con possibilità dunque di prova contraria);*
- (ii) ritenendo sia stato omesso l'esame di fatti decisivi della controversia (i.e.: modulo prestampato; corrispondenza tra YYY e ZZZ; documentazione concernente la nuova consegna dell'impianto, peraltro non ancora avvenuta), che avrebbero consentito una diversa interpretazione della dichiarazione di YYY.*

Con il provvedimento qui in commento, la Corte di Cassazione rigetta il ricorso respingendone entrambi i motivi (come sopra sintetizzati), asserendo – o meglio confermando – tra l'altro i principi supra riferiti ed infra commentati.

COMMENTO

Il provvedimento della Corte di Cassazione qui in commento ha il pregio di approfondire una tematica sia di indubbio interesse teorico sia di notevole rilevanza pratica, ossia il valore giuridico che possano assumere le lettere di accettazione della cessione di un credito (individuando quando esse valgano quali promesse di pagamento e quando esse arrivino a valere, addirittura, anche quali confessioni stragiudiziali).

La questione preliminare affrontata dal provvedimento qui in esame è infatti se un determinato atto unilaterale – nello specifico, la dichiarazione di accettazione della cessione del credito sottoscritta da YYY – sia qualificabile esclusivamente come promessa di pagamento o se tale atto possa anche avere natura di dichiarazione confessoria (con tutte le conseguenze del caso, in termini di effetti giuridici).

Come noto – e come richiamato dalla Corte di Cassazione nel provvedimento qui in esame – la promessa di pagamento è una dichiarazione di volontà con la quale un soggetto promette all'altro l'adempimento di una prestazione in relazione ad un rapporto obbligatorio già sorto o che potrà sorgere¹. Sotto il profilo degli effetti, la promessa di pagamento dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale; l'esistenza di tale rapporto, infatti, si presume fino a prova contraria (cfr. art. 1988 cod. civ.)². Effetto della promessa di pagamento è dunque quello di dispensare il promissario dall'onere di provare l'esistenza del sottostante rapporto causale, realizzando un'inversione dell'onere probatorio nei confronti di chi ha emesso la dichiarazione: il promittente che voglia liberarsi dall'obbligo di pagamento ha, per effetto della promessa, l'onere di provare l'inesistenza del rapporto dal quale l'obbligo stesso deriva. Ne consegue che la promessa di pagamento è priva di effetti qualora si accerti giudizialmente che il rapporto non è sorto, è invalido o si è estinto³.

¹ Sul punto, *ex multis*, v. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2017, pp. 410 e ss; cfr. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. 1, *Il processo di cognizione*, Torino, 2011, 267. Come recentemente illustrato da SANTISE (*Op. loc. cit.*), è possibile individuare tre ricostruzioni (dottrinali e/o giurisprudenziali) circa la natura della promessa di pagamento:

- (i) La promessa di pagamento è anzitutto qualificabile come una dichiarazione meramente processuale: in tale ottica, le promesse di pagamento sarebbero dichiarazioni a rilevanza puramente probatoria, che comporterebbero un'inversione dell'onere della prova. La promessa di pagamento avrebbe dunque il solo effetto di sollevare il promissario acquirente dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria e deve essere, oltre che esistente, valido. Ne consegue che, secondo questa ricostruzione, la promessa di pagamento è priva di effetti se si accerta giudizialmente che il rapporto non è sorto, è invalido o si è estinto (così, a livello giurisprudenziale, v. Cass. civ., 16 settembre 2013, n. 21098 in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 628900).
- (ii) Si potrebbe ritenere che le promesse di pagamento siano tanto simili alle dichiarazioni confessorie da consentire l'applicazione analogica delle relative codicistiche (artt. 2733 secondo comma e 2735 cod. civ.). La confessione, come noto, è una prova c.d. costituenda; data la natura di prova legale, la revoca della confessione è ammessa solo se si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza (cfr. art. 2732 cod. civ.) (sul punto, v. MANDRIOLI, *Op. loc. cit.*).
- (iii) Infine, secondo una diversa impostazione, la promessa di pagamento può essere assimilata ad un negozio di accertamento, nella misura in cui le parti si obbligano ad intendere il rapporto nel senso accertato, eliminando ogni incertezza sul punto. Ne consegue, secondo tale impostazione, l'impugnabilità del negozio per incapacità e per vizi della volontà (non applicandosi invece i limiti previsti da codice civile in tema di confessione) (sul punto, v. SANTISE, *Op. cit.*, 224).

Il provvedimento qui in commento parrebbe far propria la prima impostazione, senza escludere però che il medesimo atto o documento possa avere anche natura confessoria (sul punto, v. *infra amplius*).

² L'art. 1988 cod. civ., sotto la rubrica "*Promessa di pagamento e ricognizione di debito*", dispone testualmente che "*La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria*".

³ In tal senso, v. Cass. civ., 16 settembre 2013, n. 21098, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 628900 (secondo cui, appunto "*La promessa di pagamento ha il solo effetto di sollevare il promissario dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria e deve essere, oltre che esistente, valido. Ne consegue che essa è priva di effetti se si accerti giudizialmente che il rapporto non è sorto, è*

La confessione consiste invece⁴ nella dichiarazione di fatti sfavorevoli al dichiarante ed ha, perciò, il contenuto di una dichiarazione (non tanto di volontà, come la promessa di pagamento, quanto piuttosto) di scienza. Tratto caratterizzante della confessione consiste nel fatto che da essa deriva un concreto pregiudizio all'interesse del dichiarante e, al contempo, un corrispondente vantaggio nei confronti del destinatario della dichiarazione⁵. Sotto il profilo degli effetti giuridici, come noto, la confessione rappresenta (assieme al giuramento e alla testimonianza) una delle principali figure di prove costituenti e (salvo nel caso previsto dall'art. 2375, secondo periodo, cod. civ.)⁶ rappresenta una prova legale. Data tale natura di prova legale, la revoca della confessione è ammessa solo se si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza⁷.

Premessa la distinzione tra i due istituti, nel provvedimento qui in commento la Suprema Corte – confermando il proprio orientamento sul punto⁸ – osserva preliminarmente che suddetta differenza non esclude che, nel contesto di

invalido o si è estinto.”). Cfr. (con riguardo non tanto alla promessa di pagamento quanto piuttosto alla ricognizione del debito) Cass. civ., 22 agosto 2006, n. 18259, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8 (secondo cui “In tema di promesse unilaterali, la ricognizione di debito non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, venendo ad operarsi, in forza dell’ art. 1988 c.c., un’astrazione meramente processuale della causa debendi, comportante una semplice relevatio ab onere probandi per la quale il destinatario della promessa è dispensato dall’onere di provare l’esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria.”).

⁴ In più occasioni la Suprema Corte ha avuto modo di delineare i tratti caratterizzanti della promessa di pagamento da un lato e della confessione dall’altro, evidenziando le differenze tra i due istituti. In particolare, v. Cass. civ., 21 luglio 2012, n. 13689, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, 1003 (secondo cui “La promessa di pagamento, al pari della ricognizione di debito, comporta la presunzione fino a prova contraria del rapporto fondamentale, differenziandosi dalla confessione, che ha per oggetto l’ammissione di fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli all’altra parte; ne consegue che una promessa di pagamento, ancorché titolata, non ha natura confessoria, sicché il promittente può dimostrare l’inesistenza della causa e la nullità della stessa promessa, e che le particolari limitazioni di prova, poste per la confessione dall’art. 2732 c.c., possono trovare applicazione soltanto ove, nello stesso documento, coesistano una promessa di pagamento (o una ricognizione di un debito) e la confessione.”). V. altresì Cass. civ., 5 luglio 2004, n. 12285, in *Giur. it.*, 2005, 1156 (secondo cui “La promessa di pagamento, quand’anche sia titolata, non assume natura confessoria: la stessa comporta, pertanto, la presunzione, fino a prova contraria del rapporto fondamentale, potendo il promittente dimostrare l’inesistenza della causa e, quindi, la nullità della promessa.”).

In generale sulla confessione, sui suoi elementi caratterizzanti e sui suoi effetti, in dottrina (*ex multis*) v. MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto Processuale Civile*, Vol. 2, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2017, 266 e ss. Cfr. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI, Milano, 2012, 534; BATTISTUZZI, LEANZA, *L’interrogatorio formale e la confessione*, in *Le prove civili*, a cura di LEANZA, Torino, 2012, 273; CONTE, *Le prove civili*, in *Trattati* a cura di CENDON, Milano, 2009, 295.

⁵ Si veda in particolare la sentenza (richiamata nel provvedimento qui in commento) della Cass., SS. UU., 25 marzo 2013, n. 7381, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 625559 (secondo cui “Una dichiarazione è qualificabile come confessione ove sussistano un elemento soggettivo, consistente nella consapevolezza e volontà di ammettere e riconoscere la verità di un fatto a sé sfavorevole e favorevole all’altra parte, ed un elemento oggettivo, che si ha qualora dall’ammissione del fatto obiettivo, il quale forma oggetto della confessione escludente qualsiasi contestazione sul punto, derivi un concreto pregiudizio all’interesse del dichiarante e, al contempo, un corrispondente vantaggio nei confronti del destinatario della dichiarazione. Ne consegue che non riveste valenza confessoria, in ordine al protrarsi del possesso per il tempo utile al verificarsi dell’usucapione, la scrittura con cui una parte si impegna a far acquisire all’altra un determinato immobile, o a seguito di sentenza dichiarativa di usucapione in suo favore o per contratto, rivelando tale accordo aspetti di incompatibilità logica tra il pattuito trasferimento a titolo derivativo ed il pregresso acquisto a titolo originario e collocandosi sul piano volitivo, anziché su quello ricognitivo.”).

⁶ L’art. 2735 cod. civ., sotto la rubrica “Confessione stragiudiziale”, dispone che “[1] La confessione stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale. Se è fatta a un terzo o se è contenuta in un testamento, è liberamente apprezzata dal giudice. [2] La confessione stragiudiziale non può provarsi per testimoni, se verte su un oggetto per il quale la prova testimoniale non è ammessa dalla legge”.

⁷ L’art. 2732 cod. civ., sotto la rubrica “Revoca della confessione”, dispone infatti testualmente che “La confessione non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza”. Sul punto, v. SANTISE, *Op. loc. cit.*; MANDRIOLI, *Op. loc. cit.*

⁸ V. Cass. civ., 5 ottobre 2017, n. 23246, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, rv. 645574-01 (secondo cui “La promessa di pagamento, anche se titolata, diverge dalla confessione in quanto, mentre la prima consiste in una dichiarazione di volontà intesa ad impegnare il promittente all’adempimento della prestazione oggetto della promessa medesima, la seconda consiste nella dichiarazione di fatti sfavorevoli al dichiarante ed ha, perciò, il contenuto di una dichiarazione di scienza; è tuttavia possibile che, nel contesto di un unico documento, accanto alla volontà diretta alla promessa, coesista una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale la quale, avendo valore di prova legale (nella specie, circa l’esistenza del credito) preclude la prova contraria ex art. 1988 c.c. (nella specie, sull’inesistenza o sull’estinzione della prestazione promessa), salva la eventuale

un unico atto o documento (i.e., la dichiarazione di accettazione della cessione del credito sottoscritta da YYY), possa coesistere, accanto alla volontà diretta alla promessa di pagamento, anche una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale che, avendo valore di prova legale (nel caso, sull'esistenza del credito), preclude la prova contraria ex art. 1988 cod. civ. (nel caso, sull'inesistenza o sull'estinzione della prestazione promessa), salva la eventuale revoca della confessione per errore di fatto o violenza.

Asserito (o meglio confermato) tale principio, la Suprema Corte constatata che, nella fattispecie in esame, la Corte di Appello – con un accertamento in fatto (e dunque insindacabile in sede di ricorso per Cassazione) – ha evidenziato come la formulazione della lettera di accettazione della cessione del credito contenesse l'espreso riconoscimento, da parte di YYY, dell'esatta esecuzione della prestazione da parte di ZZZ nonché della certezza e liquidità del credito⁹. In altri termini, il giudice di secondo grado ha dunque accertato come lo stesso atto, la medesima lettera di YYY – peraltro, successiva ad una segnalazione di YYY medesima relativa al problema di un filtro ed all'accordo con ZZZ sulle modalità di sostituzione – contenesse sia una dichiarazione di volontà (e dunque la promessa di pagamento) sia una distinta dichiarazione di scienza (di natura, dunque, confessoria).

La Corte di Cassazione osserva come dalla sentenza oggetto di impugnazione emerga che la Corte di Appello abbia tra l'altro valutato accuratamente i rapporti intercorsi tra YYY e ZZZ antecedentemente alla cessione del credito in favore di XXX Factoring, mentre non vi sia alcuno specifico riferimento alla sottoscrizione del modulo di notificazione di cessione (del quale la ricorrente sollecita una rivalutazione), episodio che non risulta dunque essere stato oggetto di accertamento di fatto. Da ciò se ne deduce che la Corte di Appello – che, osserva la Cassazione, non si è limitata ad una valutazione formalistica della dichiarazione di YYY, ma ha valorizzato anche il dato extra-testuale costituito dalla richiesta di sostituzione di parte del macchinario riscontrata positivamente dalla società ZZZ – ha ritenuto che la dichiarazione (successiva rispetto alla richiesta di sostituzione), che dava atto della liquidità ed esigibilità del credito, avesse natura confessoria, rendendo inammissibile la prova testimoniale, rimarcando peraltro anche la carenza di buona fede nel comportamento di YYY.

Pertanto, nella fattispecie in esame, la posizione giurisprudenziale – pur nota e ritenuta condivisa dalla Corte di Cassazione – secondo cui “l'accettazione della cessione del credito da parte del debitore ceduto non costituisce ricognizione tacita del debito, trattandosi di una dichiarazione di scienza priva di contenuto negoziale, sicché, il ceduto non viola il principio di buona fede nei confronti del cessionario, se non contesta il credito, pur se edotto della cessione, né il suo silenzio può costituire conferma di esso, perché, per assumere tale significato, occorre un'intesa tra

revoca della confessione per errore di fatto o violenza.”). V. altresì Cass. civ., 13 gennaio 1997, n. 259, in Banca borsa tit. cred., 1998, II, 283 (secondo cui “La promessa di pagamento, anche se titolata, non ha natura confessoria, poiché non contiene una dichiarazione di scienza, ma una dichiarazione di volontà intesa ad impegnare il promittente all'adempimento della prestazione oggetto della promessa, ma questo non esclude – pur nella distinzione concettuale delle due figure negoziali – che nello stesso documento siano contenute una promessa di pagamento (o la ricognizione del debito) e la confessione, proveniente dal promittente, di fatti a lui sfavorevoli e pertinenti al rapporto fondamentale (nella fattispecie concreta la questione della identificazione della promessa di pagamento e della confessione si è posta, nel contesto di rapporti nascenti da un contratto di “factoring”, in relazione alla dichiarazione di accettazione della cessione del credito da parte del debitore ceduto, che aveva sottoscritto dei moduli di notificazione della cessione, recanti l'indicazione di avvenuta regolare esecuzione delle forniture di cui alle fatture in essi menzionate.”).

⁹ Con lettera del 22 marzo 2007, YYY ha infatti: (i) dichiarato che il credito era certo, liquido ed esigibile; e (ii) promesso il pagamento alla cessionaria; in dettaglio, asserendo che il credito fosse dovuto “a fronte di forniture di beni e/o servizi regolarmente effettuati e rispondenti al nostro ordine”.

*le parti negoziali cui il ceduto è estraneo*¹⁰ non trova applicazione nella fattispecie in questione, posto che non è conciliabile con quanto accertato in fatto dal giudice di secondo grado relativamente ai rapporti intercorsi tra le parti in ordine alle manchevolezze del bene fornito, oggetto di specifica contestazione. La formulazione della lettera di accettazione contiene il riconoscimento dell'esatta esecuzione della prestazione da parte di ZZZ e della certezza e liquidità del credito; la circostanza che ciò in realtà non corrispondesse al vero (anche se confermata sotto il profilo probatorio) non avrebbe comunque potuto andare a vantaggio di YYY, posto che in alcun modo ciò era stato reso noto alla cessionaria con una condotta che, proprio in ragione delle contestazioni formalizzate per iscritto, evidenziava anche una carenza di buona fede da parte di YYY.

Considerato quanto sopra, la Corte di Cassazione afferma dunque che “La valutazione confessoria di fatti sfavorevoli al dichiarante può essere accertata dal giudice anche in riferimento a comportamenti pregressi della parte dichiarante, valutati secondo il principio di buona fede ex art. 1366 cod. civ., sicché il giudice correttamente valuta come affermazione consapevole del fatto ammesso, piuttosto che come adesione acritica ad un documento precompilato, l'adesione del debitore ceduto ad un modulo prestampato predisposto dal cessionario del credito, proprio in rapporto alle richiamate circostanze comportamentali”.

Conseguentemente, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso per Cassazione, respingendone entrambi i motivi.

Avv. Federico Ferraresi
federico.ferraresi@munaricavani.it

¹⁰ Così Cass. civ., 18 febbraio 2016, n. 3184, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, rv. 638945. Sul punto, cfr. Cass. civ., 18 dicembre 2007, n. 26664, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12 (secondo cui tra l'altro “In tema di cessione di credito nascente da un contratto di appalto, l'accettazione della cessione da parte del debitore è dichiarazione di scienza priva di contenuto negoziale e non vale in sé quale ricognizione tacita del debito. Né tale valenza può desumersi dal silenzio del debitore stesso sulla natura del credito ceduto – atteso che quest'ultimo si identifica con il contratto dal quale nasce, da presumersi noto al nuovo creditore – o dalla mancata informativa al cessionario sulle ragioni della contestazione del credito, in quanto l'obbligo di diligenza di cui all'art. 1176 c.c. è imposto al debitore solo nell'adempimento della prestazione (nella specie il corrispettivo dell'appalto), mentre non può essere esteso sino ad includere l'informazione dettagliata delle ragioni del rifiuto di adempiere.”). Cfr. altresì Cass. civ., 27 febbraio 1998, n. 2156, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 448 (secondo cui “Il debitore ceduto, pur se edotto della cessione, non viola il principio di buona fede nei confronti del cessionario se non contesta il credito – ovvero se transige con il cedente su crediti diversi da quello ceduto – né il suo silenzio può costituire conferma di esso, perché per assumere tale significato occorre un'intesa tra le parti ed invece egli rimane estraneo alla cessione; pertanto è onere del cessionario provare l'esistenza e l'ammontare del credito, salva la responsabilità del cedente per la mancata consegna dei documenti su cui è fondato, configurante inadempimento al contratto di cessione.”).

2. Cassazione Civile, sez. I, 20 marzo 2018, n. 6982

Cessione del credito – Patto di esclusione della cedibilità – Opponibilità al terzo cessionario – Condizioni – Conoscenza effettiva del patto da parte del cessionario – Necessità

(Codice Civile, artt. 1260, 1264 e 1372; L. 21 febbraio 1991, n. 52, artt. 5, 6 e 7)

Il patto che esclude la cedibilità del credito può essere opposto al cessionario dal debitore ceduto, in base ai principi dell'affidamento nella normale cedibilità dei crediti, ex art. 1260, primo comma, c.c. e dell'inefficacia del contratto nei confronti dei terzi, ex art. 1372 c.c., soltanto in quanto, ai sensi dell'art. 1260, secondo comma, c.c., sia dimostrato che il cessionario abbia avuto conoscenza effettiva di detto patto al tempo della cessione.

* * *

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DIDONE Antonio

Dott. GENOVESE Francesco Antonio

Dott. DI MARZIO Mauro

Dott. NAZZICONE Loredana

Dott. CENICCOLA Raffaele

- Presidente -

- Consigliere -

- rel. Consigliere -

- Consigliere -

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso (*omissis*) proposto da:

[*Factor*], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

Fallimento della [*Cedente*] in Liquidazione, in persona del Curatore dott.ssa (*omissis*), domiciliato in (*omissis*), rappresentato e difeso dall'avvocato (*omissis*), giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

contro

[*Società XXX o banca*];

- intimata -

avverso il decreto n. (*omissis*) del TRIBUNALE di GENOVA, depositato il 21/12/2015;udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 07/12/2017 dal cons. (*omissis*).**Fatto**

1. - Con decreto del 21 dicembre 2015 il Tribunale di Genova ha respinto:

-) l'opposizione allo stato passivo proposta da [*Factor*] nei confronti del Fallimento [*Cedente*] in liquidazione e di [*Società XXX*] contro il provvedimento con cui il Giudice delegato, a fronte dell'insinuazione di un credito di Euro 1.283.031,26, aveva ammesso in via chirografaria la società istante:

a) per l'importo di Euro 245,43; b) per l'importo di Euro 776.347,92; c) per l'importo di Euro 543.562,99;

-) l'impugnazione dello stato passivo da parte di [*Factor*] per l'ammissione al passivo di [*XXX*] per l'importo di Euro 538.238,86.

2. - Per la cassazione del decreto [*Factor*] ha proposto ricorso per tre motivi illustrati da memoria.

Il Fallimento ha resistito con controricorso illustrato da memoria.

[*XXX*] non ha svolto difese.

Diritto

1. - Il ricorso contiene tre motivi.

1.1. - Il primo motivo denuncia nullità del decreto *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 4, in relazione all'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, in quanto risulta corredato da una motivazione solo apparente e sprovvista di riferimenti specifici, del tutto inidonea dunque a rivelare la *ratio decidendi* e ad evidenziare gli elementi che giustificano il convincimento del giudice e dunque possibile il controllo di legittimità.

1.2. - Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione agli artt. 1260 e 1379 c.c., L. n. 52 del 1991, art. 5, comma 1, lett. c), in quanto il Tribunale, pur premettendo che la giurisprudenza riconosce l'effetto traslativo dell'accordo di cessione del credito tra cedente e cessionario indipendentemente ed anche contro la volontà del debitore ceduto e senza la necessità della notifica della cessione, ed affermando che la cessione di credito avente ad oggetto crediti incedibili non è affetta da nullità, ha concluso statuendo che la presenza del patto di incedibilità dei crediti tra cedente e debitore ceduto rende le cessioni inopponibili al fallimento L. n. 52 del 1991, *ex artt.* 5,6 e 7 e legittima la procedura ad incassare dai debitori ceduti e pretendere la ripetizione delle somme incassate dal *factor* senza alcuna motivazione logico-giuridica, senza alcun riferimento fattuale, in totale incoerenza con le premesse, e applicando erroneamente le norme che disciplinano l'efficacia e l'opponibilità della cessione verso terzi.

1.3. - Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione agli artt. 183 e 100 c.p.c. e L. Fall., art. 115 per avere il collegio rigettato l'impugnazione di [*Factor*] del credito ammesso di [XXX] limitatamente all'importo di Euro 538.238,86 nonostante l'adesione, in corso di causa, alla domanda da parte della banca, ritenendo che detta adesione configuri domanda nuova, su cui la curatela non ha accettato il contraddittorio pur non avendo alcun interesse, trattandosi di credito già verificato ed ammesso al passivo, in relazione al quale si discuteva dell'effettivo titolare, nonché cessione della propria posizione creditoria riservata alla fase di verifica dello stato passivo avanti il giudice delegato, e ciò nonostante la previsione di cui alla L. Fall., art. 115.

2. - Il ricorso va respinto.

2.1. - Il primo motivo è palesemente infondato.

La motivazione è solo apparente, e la sentenza è nulla perché affetta da *error in procedendo*, quando, benché graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche congetture (Cass., Sez. Un., 3 novembre 2016, n. 22232).

Nel caso in esame, il ragionamento del giudice di merito, giusto o sbagliato che sia, si presta senz'altro ad essere agevolmente inteso, giacché il Tribunale:

-) per quanto concerne l'opposizione allo stato passivo, dopo aver ammesso la configurabilità di un contratto di *factoring* avente ad oggetto crediti incedibili, ha essenzialmente affermato che, in simile ipotesi, a seguito di fallimento del cedente, spetti al Fallimento di chiedere al debitore ceduto il pagamento del credito incedibile, dal momento che, in caso contrario, il debitore ceduto potrebbe rifiutarsi di pagare sia al cessionario, opponendogli il patto di incedibilità, sia al cedente, invocando l'intervenuta cessione, e che, d'altro canto, la riscossione del credito da parte del cessionario, successivamente alla dichiarazione di fallimento, si risolverebbe nel pagamento in prededuzione di un debito chirografario;

-) per quanto concerne l'impugnazione dello stato passivo, ha aggiunto che il mutamento dell'atteggiamento processuale da parte di [XXX], la quale aveva in un primo tempo reclamato per sé l'importo di Euro 543.562,99, ed aveva quindi concluso per l'accoglimento dell'impugnazione, integrava in sostanza la cessione del proprio credito a [*Factor*], senza che ciò potesse comportare la modifica dello stato passivo per due ragioni, e per la tardività della domanda, e perché la valutazione in proposito spetterebbe in esclusiva al giudice delegato.

2.2. - Il secondo motivo è inammissibile.

Nella spesso oscura ed a tratti incomprensibile espositiva del ricorso per cassazione, dopo aver riferito che alla data della presentazione della domanda di concordato preventivo (di cui null'altro, peraltro, si sa) il credito di [*Factor*] ammontava ad Euro 1.283.031,26, per avere essa erogato a [*Cedente*] S.p.A. (in seguito

divenuta [Cedente] S.r.l.) l'importo di Euro 1.398.729,27 a titolo di anticipazione su crediti ceduti, si afferma che il giudice delegato "provvedeva con riferimento ai diversi rapporti in cui si sarebbe suddiviso il contratto di *factoring*: ammetteva la somma di Euro 345,43 in via chirografaria condizionale dell'eventuale incasso da parte del *factor* dei crediti ceduti; ammetteva in via chirografaria la somma di Euro 776.347,92 esclusa la sussistenza di un contratto di *factoring* anche per la nota incredibilità dei crediti; ammetteva in via chirografaria la somma di Euro 543.562,99, trattandosi di un finanziamento come detto dallo stesso *factor*; queste somme al netto delle note di credito emesse dal *factor* pari a Euro 23.213,26 al lordo degli importi portati in compensazione ed incassati dal *factor* pari a Euro 33.264,43, al netto delle somme accreditate da (*omissis*) a [Factor] pari a Euro 538.238,86 come da insinuazione della [XXX]" (così alle pagine 6-7 del ricorso per cassazione).

Pare intendersi, dunque, che [Factor] sia stata ammessa al passivo del Fallimento per un importo eccedente il milione e trecentomila Euro, in chirografo, avendo richiesto Euro 1.283.031,26, si suppone, anche se il ricorso non lo dice, anche essi in chirografo. Per quanto riguarda l'importo di Euro 776.347,92, in particolare, si afferma essere stata esclusa la sussistenza di un contratto di *factoring* "anche per la nota incredibilità dei crediti": la qual cosa, attraverso il ricorso per cassazione, avrebbe dovuto essere resa nota e comprensibile anche alla Corte di cassazione, alla quale, viceversa, nota non è per nulla, dal momento che, alla pagina 6 del ricorso, della cessione a [Factor] di crediti incredibili maturati in favore di [Cedente] S.p.A. ed a carico non si sa neppure di chi, non si discorre affatto.

Sembrerebbe potersi intuire - per la verità non tanto attraverso la lettura del ricorso nel suo complesso, bensì del provvedimento impugnato e del controricorso - che l'effettivo tema del contendere non sia tanto l'ammissione al passivo del Fallimento [Cedente] in liquidazione, ammissione che l'istante ha ottenuto, quanto la sussistenza del diritto di [Factor] di esigere il proprio credito direttamente nei confronti del debitore ceduto dalla società poi fallita al *factor*, ossia, parrebbe, essenzialmente nei confronti di (*omissis*).

Tale sembrando essere il reale oggetto del contendere, è agevole osservare che l'impugnazione per cassazione è per tale aspetto inammissibile per carenza di interesse, giacché la decisione adottata in sede di opposizione allo stato passivo non spiega, evidentemente, autorità di cosa giudicata nei rapporti tra [Factor] ed i pregressi debitori della fallita, ai quali il contratto di *factoring* sia eventualmente opponibile, sicché nulla impedisce alla società di far valere il proprio preteso credito - se essa ne ritiene la sussistenza - nei confronti dei debitori ceduti.

D'altro canto, la doglianza è altresì inammissibile perché aspecifica, in quanto agita una questione di diritto le cui concrete ricadute sulla vicenda in contestazione non sono valutabili.

La tesi di [Factor] pare difatti potersi ricostruire, per quello che riesce a comprendersi, nei seguenti termini. Il patto di incredibilità di un credito, che le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono lecitamente stipulare ai sensi dell'art. 1260 c.c., comma 2 possiede efficacia non già, per così dire, "reale", bensì esclusivamente *inter partes*, in ossequio alla regola posta dall'art. 1372 c.c. secondo cui il contratto ha forza di legge, per l'appunto, tra le parti: e, dunque, in caso di cessione di un credito incredibile realizzata attraverso il contratto di *factoring*, il *factor*, estraneo al patto di incredibilità, ben potrebbe riscuotere il credito, di cui è divenuto esclusivo titolare in forza della cessione, direttamente nei confronti del debitore ceduto. Poiché nell'ambito del *factoring* essa [Factor] essa aveva anticipato a (*omissis*) S.p.A. importi corrispondenti a crediti ceduti, per tali importi il *factor* poteva dunque insinuarsi al passivo del fallimento, a condizione del mancato soddisfacimento del proprio credito da parte del o dei debitori ceduti: insomma poteva insinuarsi, ma poteva riscuotere direttamente dal debitore ceduto.

Ora, la questione degli effetti del *pactum de non cedendo* nei confronti del cessionario meriterebbe, in astratto, adeguato approfondimento, anche nei rapporti tra l'art. 1360 c.c., comma 2 e la regola posta dall'art. 1379 c.c. in tema di *pactum de non alienando* (il *pactum de non cedendo* deve rispondere ad un'apprezzabile interesse di una delle parti? e deve essere contenuto entro convenienti limiti di tempo?), che la società ricorrente pone semplicisticamente sullo stesso piano.

Ma non in questa occasione. E ciò - sotto il profilo del carattere aspecifico della censura - per due elementari ragioni:

-) l'art. 1260 c.c., comma 2, stabilisce che il patto de non cedendo non è opponibile al cessionario se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione; orbene, questo decisivo aspetto è stato nel caso in

discorso lasciato dalla ricorrente totalmente nell'ombra: e cioè la Corte di cassazione non ha modo di sapere, alla lettura del ricorso, se la questione sia stata posta nella fase di merito ed eventualmente in qual modo sia stata risolta; ma se non si sa se [*Factor*], all'epoca della cessione, fosse a conoscenza dell'incapacità dei crediti - per vero, la configurazione del contratto di *factoring*, pattuito nella forma *not notification*, come riferisce la ricorrente, e con affidamento del mandato senza rappresentanza alla cedente a riscuotere per conto della cessionaria, lascia piuttosto supporre che la cessionaria almeno qualche dubbio sulla incapacità dei crediti ce l'avesse, mentre la curatela sostiene che il *factor* fosse perfettamente a conoscenza dell'incapacità -, non ha senso chiedersi entro quali limiti l'inopponibilità sia destinata ad operare;

-) l'art. 1264 c.c. richiede per l'efficacia della cessione riguardo al debitore ceduto che essa sia stata accettata ovvero che gli sia stata notificata: e, nel nostro caso, non risulta affatto che vi sia stata una notifica, né tantomeno un'accettazione; e dunque ancora una volta non ha senso interrogarsi sulla menzionata questione di diritto concernente l'astratta opponibilità della cessione di un credito incapace, non risultando neppure che la cessione sia stata accettata o notificata.

2.3. - Il terzo motivo è inammissibile perché non autosufficiente.

Assume la società ricorrente di aver impugnato l'ammissione al passivo di [XXX] "limitatamente al credito di Euro 538.238,86 in quanto frutto di erronea intestazione alla Banca ritenuto che il conto di evidenza del rapporto di pool era funzionale a versamenti in favore del *Factor* che, nell'ambito del contratto di *factoring* intercorrente con [*Cedente*], provvedeva ad erogare alla cedente i corrispettivi della cessione".

Ma ciò richiedeva la dettagliata indicazione in ricorso del contenuto del contratto di *pool* in tesi intercorso, secondo quanto esposto a pagina 5 del ricorso, tra [*Factor*] e [XXX], contenuto del quale invece nulla si sa.

3. - Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al rimborso, in favore del controricorrente, delle spese sostenute per questo giudizio di legittimità, liquidate in complessivi Euro 8.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali nella misura del 15% e quant'altro dovuto per legge, dichiarando, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, che sussistono i presupposti per il versamento, a carico della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della sezione prima civile, il 7 dicembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 20 marzo 2018

* * *

IL CASO

La fattispecie ha ad oggetto l'impugnazione proposta da una società di factoring - che ha chiesto di essere ammessa al passivo del fallimento della società cedente, in ragione di un credito di oltre un milione di euro, per un saldo debitore avente base in un contratto di factoring riferito a diversi rapporti - avverso il decreto che ha rigettato sia l'opposizione dalla medesima proposta allo stato passivo sia l'impugnazione dello stato passivo per l'ammissione del credito di altro soggetto insinuato.

La tesi difensiva della società di factoring, pur nella minimale ricostruzione del fatto evincibile dalla sentenza in commento, è la seguente. Il patto di incapacità di un credito che le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono lecitamente stipulare ai sensi del secondo comma dell'art. 1260 c.c. possiede efficacia non reale, bensì esclusivamente inter partes, in ossequio al dettato dell'art. 1372 c.c. secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti. Per l'effetto, in caso di cessione di un credito incapace realizzata attraverso il contratto di

factoring, il factor, estraneo al patto di incedibilità, potrebbe riscuotere il credito, di cui è divenuto esclusivo titolare in forza della cessione, nei confronti del debitore ceduto. Nella fattispecie, poiché in ragione del contratto di factoring, il factor aveva anticipato alla cedente importi corrispondenti a crediti ceduti, per tali importi assumeva di potersi (come ha fatto) insinuare al passivo del fallimento, a condizione del mancato soddisfacimento del proprio credito ceduto pro solvendo da parte del o dei debitori ceduti. In altri termini il factor assume di poter riscuotere i propri crediti direttamente dal debitore ceduto, salvo in difetto insinuarsi al passivo fallimentare.

Con riferimento all'opposizione allo stato passivo, dopo aver ammesso la configurabilità di un contratto di factoring avente ad oggetto crediti convenzionalmente incedibili, il Tribunale ha essenzialmente affermato che, in simile ipotesi, a seguito di fallimento del cedente, spetta al Fallimento chiedere al debitore ceduto il pagamento del credito incedibile, dal momento che, diversamente argomentando, il debitore ceduto potrebbe rifiutarsi di pagare sia al cessionario, opponendogli il patto di incedibilità, sia al cedente, invocando l'intervenuta cessione.

Avverso il provvedimento del Tribunale, è stato dunque promosso ricorso per Cassazione da parte della società di factoring, in base a tre motivi non accolti, il primo perché infondato e il secondo e il terzo in quanto inammissibili. In particolare con il secondo motivo di gravame la società di factoring ha lamentato che il Tribunale, pur premettendo che la giurisprudenza riconosce l'effetto traslativo dell'accordo di cessione del credito tra cedente e cessionario indipendentemente ed anche contro la volontà del debitore ceduto e senza la necessità della notifica della cessione, ed affermando che la cessione di credito avente ad oggetto crediti incedibili non è affetta da nullità, ha concluso statuendo che la presenza del patto di incedibilità dei crediti tra cedente e debitore ceduto rende le cessioni inopponibili al fallimento ex articoli 5, 6 e 7 della legge numero 52 del 1991 e legittima la procedura ad incassare dai debitori ceduti e pretendere la ripetizione delle somme incassate dal factor senza alcuna motivazione logico-giuridica, senza alcun riferimento fattuale, in totale incoerenza con le premesse, e applicando erroneamente le norme che disciplinano l'efficacia e l'opponibilità della cessione verso terzi.

Nelle pur generali argomentazioni che conducono al rigetto del secondo motivo di gravame in quanto inammissibile per mancanza di chiarezza nell'esposizione del ricorso, la pronuncia evoca - sebbene non tratti ex professo - principi di indubbio rilievo, tra cui in particolare: (a) il pactum de non cedendo di cui al comma 2 dell'art. 1260 c.c. e (b) l'efficacia della cessione nei confronti del debitore ceduto ex art. 1264 c.c.

COMMENTO

La questione particolarmente interessante sollevata dalla suprema Corte, seppure non oggetto di approfondimento, riguarda il patto di incedibilità del credito e la opponibilità al cessionario.

Preliminarmente stabilito che non è affetta da nullità la cessione a terzi di un credito incedibile, il quesito di diritto sotteso alla fattispecie è se al fine della opponibilità al creditore cessionario ex art. 1260, comma 2, c.c. del patto di incedibilità di un credito intervenuto tra creditore cedente e debitore ceduto sia sufficiente la mera conoscibilità della pattuizione o sia necessaria la conoscenza effettiva della stessa da parte del cessionario.

Pare utile un sintetico inquadramento della disciplina della cedibilità dei crediti.

Il contratto di cessione di credito ha natura consensuale: esso si perfeziona per effetto del solo consenso dei contraenti, cedente e cessionario, ma al perfezionamento del contratto non consegue sempre il trasferimento del credito dal cedente al cessionario, come accade ad esempio quando il contratto di cessione ha per oggetto un credito futuro. In

tal caso il trasferimento del credito dal cedente al cessionario si verifica soltanto nel momento in cui il credito viene ad esistere; prima di allora il contratto, pur essendo perfetto, esplica efficacia meramente obbligatoria¹.

La cessione produce la sostituzione di un nuovo creditore al posto del precedente titolare, con la conseguenza relativamente alla fattispecie del factoring, che il factor – alla scadenza del credito o, immediatamente, in caso di crediti esigibili – può pretendere il pagamento dal debitore ceduto, previa dimostrazione della titolarità del credito².

Ai fini del perfezionamento della cessione del credito non è necessario il consenso del debitore: quest'ultimo è infatti sempre tenuto a pagare e, quindi, è indifferente la persona del creditore.

L'opponibilità della cessione nei confronti del debitore ceduto è subordinata all'accettazione, alla notifica o alla avvenuta conoscenza della cessione stessa (art. 1264 c.c.).

Il codice civile esclude tuttavia che possano essere oggetto di cessione i crediti personali, cioè quei crediti che sono strettamente inerenti alla persona del creditore. A titolo di esempio, sono tali i crediti per alimenti che, per legge, sono dovuti a chi versa in stato di bisogno; inoltre la cessione è preclusa nelle fattispecie contemplate agli artt. 323 e 378 c.c. con riferimento ai diritti dei minori e dei soggetti sottoposti a tutela o curatela, nonché nelle ipotesi previste dall'art. 1261 c.c., aventi ad oggetto le situazioni giuridiche patrimoniali, anche diverse dai crediti, oggetto di contestazione giudiziale per i titolari di funzioni inerenti l'amministrazione della giustizia, ivi compresi gli avvocati, procuratori e patrocinatori.

L'art. 1260, secondo comma, del codice civile dispone che le parti possano “escludere la cedibilità del credito convenzionalmente, ma il patto non è opponibile al cessionario se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione”.

Il patto con il quale il creditore ed il debitore prevedono che il credito non possa essere ceduto è perfettamente valido, senza che vi sia necessità di verificare la sussistenza di uno specifico interesse del debitore o del creditore a tale pattuizione.

Il patto di incedibilità è opponibile ai terzi che siano venuti a conoscenza della sua esistenza – quantomeno al momento della cessione – e la prova di tale conoscenza deve essere fornita da chi intende contestare il trasferimento del credito, sia esso il debitore o il creditore.

Il quesito iniziale trova dunque risposta nelle tre regole fondamentali concernenti le norme sulla cessione.

La prima deriva dall'art. 1260, comma 1, c.c. che pone come principio generale, fatti salvi i limiti suddetti, quello della libera cedibilità dei crediti; si tratta di un principio idoneo ad ingenerare nel cessionario l'affidamento di normale cedibilità del credito e, pertanto, di legittimità e regolarità della cessione operata a suo favore.

La seconda è desumibile dall'art. 1372 c.c. in base al quale il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, se non nei casi previsti dalla legge. E' assolutamente fisiologico che il cessionario sia estraneo all'accordo di incedibilità intercorso - per un interesse che è soltanto di costoro - tra cedente e ceduto.

La terza deriva dall'art. 1260, comma 2, c.c. secondo cui solo eccezionalmente il divieto di cessione può essere opposto al cessionario, allorchando si provi (ad onere del cedente o del ceduto) che questi ne era a conoscenza.

E' onere del debitore ceduto provare che il cessionario si trovi nella condizione, non già di mera conoscibilità, ma di sua effettiva conoscenza del divieto di cessione del credito.

¹ Cfr. Cass. civ., 21 gennaio 2005, n. 1312 in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1; Cass. civ., 22 aprile 2003, n. 6422 in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4; Cass. civ., 17 marzo 1995, n. 3099 in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 627.

² Cfr. Cass. civ., 10 maggio 2005, n. 9761 in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 5, 433; Cass. civ., 19 giugno 2001, n. 8333 in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1219; Cass. civ., 27 settembre 1999, n. 10668 in *Contratti*, 2000, 357; Cass. civ., 25 luglio 1997, n. 6969 in *Dir. fall.* 1998, II, 474.

Ragioni testuali (art. 1260, comma 2: “se non si prova che egli lo conosceva”), di scopo (certezza della circolazione dei crediti) e logico-sistematiche (massimo contenimento dei casi di estensione degli effetti del contratto a chi non ne sia stato parte) inducono ad una interpretazione restrittiva dell’art. 1260, comma 2, c.c. così da ritenere necessario diversamente da quanto accade in contesti diversi, quale quello della conoscenza-conoscibilità dello stato di insolvenza nella revocatoria ex art. 67 L.F., che la prova verta non già sulla mera conoscibilità del divieto in capo al cessionario, ma sulla sua effettiva conoscenza al tempo della cessione³.

Non costituiscono elementi dirimenti ad una diversa impostazione il fatto che di prassi il factor è un soggetto “qualificato” e sempre in condizione di conoscere il divieto di cessione anche con il semplice esercizio del diritto di pretendere dal cedente la consegna dei documenti probatori del credito, così come previsto dal primo comma dell’art. 1262 c.c.

L’art. 1262 c.c. stabilisce invero un obbligo a carico del cedente ed un corrispondente diritto in capo al cessionario; non anche un obbligo a carico di quest’ultimo. Ne consegue, secondo la giurisprudenza citata, la tutelabilità della posizione anche del cessionario che, sulla base di un’autonoma valutazione del rapporto e forte delle predette regole generali di libera cedibilità, non ritenga di richiedere al cedente particolare documentazione probatoria del credito diversa ed ulteriore da quella messagli a disposizione al momento della cessione. Peraltro l’eventuale stipulazione di un divieto di cessione potrebbe anche non risultare dalla documentazione probatoria del credito, ponendosi - a rigore - al di fuori di quest’ultima (una cosa è la prova del credito, altra quella della sua libera trasferibilità).

Affermare poi che il divieto sia opponibile al cessionario ogniqualvolta risulti a quest’ultimo (non conosciuto, ma) conoscibile e che la condizione di conoscibilità sarebbe di per sé insita nel solo diritto del cessionario, ancorché non in concreto esercitato, di ottenere dal cedente la documentazione probatoria del credito, equivarrebbe in sostanza a ritenere sempre opponibile il divieto; in contrasto con tutte le indicazioni normative indicate, in maniera convergente finalizzate di converso a limitare tale opponibilità alla sola situazione in cui il cessionario accetti consapevolmente di acquistare un credito convenzionalmente non trasferibile.

In definitiva, una volta esclusa l’opponibilità del divieto al cessionario, la cessione prende effetto solo con la sua accettazione o notificazione ex art. 1264 c.c.

In conclusione, soltanto in caso di divieto di cessione per legge (c.d. incedibilità legale) può essere sempre opposta al factor-cessionario la relativa eccezione.

Nella diversa ipotesi di incedibilità convenzionale, ai sensi dell’art. 1260 secondo comma c.c., il patto potrà essere invece opposto al cessionario solo e soltanto se dal giudizio emerge la prova che il cessionario medesimo ne era a conoscenza al momento della cessione.

Tanto premesso, fatta salva l’applicazione ora della normativa prevista dalla legge factoring sulla efficacia della cessione nei confronti dei terzi (artt. 5 e 7 l. 52/1991), al fallimento del cedente possono essere opposte quelle cessioni di credito che siano state notificate al debitore ceduto o dal medesimo accettate con atto di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, atteso pure che il disposto dell’art. 2914 n. 2 c.c. - secondo cui sono inefficaci nei confronti del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell’esecuzione le cessioni di credito che, sebbene anteriori al pignoramento, siano state notificate al debitore o da lui accettate dopo il pignoramento - opera anche in caso di fallimento del creditore cedente.

Nella fattispecie tuttavia nessuna notificazione, né accettazione della cessione è stata eseguita al debitore ceduto essendo il contratto di factoring stipulato nella forma not notification, modello negoziale sorto negli Stati Uniti e caratterizzato dalla mancanza di comunicazione al debitore ceduto dell’avvenuta cessione.

³ Cfr. Cass. civ., 20 gennaio 2015, n. 825 in *Guida al diritto*, 2015, 32, 76.

Inoltre nella fattispecie non è stato indicato se il factor fosse o meno a conoscenza della incedibilità dei crediti e, dunque, non ha rilievo indagare entro quali limiti l'inopponibilità della cessione sia destinata ad operare, mancando quindi i presupposti per l'applicabilità della relativa normativa di riferimento.

Avv. Alessandra Fossati

alessandra.fossati@munaricavani.it

3. Tribunale di Massa, 8 maggio 2018, n. 346

Concordato Preventivo – Rapporto di conto corrente – Anticipazioni di credito – Mandato all'incasso - Patto di compensazione – Pagamenti successivi all'apertura della procedura – Inefficacia

(L. Fall., artt. 56, 169)

In caso di anticipazione del credito collegata a un mandato all'incasso in favore della banca e a un patto di compensazione, l'obbligo della banca di restituire al mandante le somme riscosse, da compensare l'obbligo di restituzione dell'anticipazione, sorge solo al momento dell'effettivo incasso. Ne consegue che, in applicazione dell'art. 56 L.F. richiamato in tema di concordato dall'art. 169 L.F., in caso di presentazione di una domanda di concordato preventivo da parte del beneficiario delle anticipazioni, non può operare la compensazione con riferimento a tutte le somme incassate dopo la presentazione della domanda di concordato, con la conseguenza per cui la banca dovrà restituire alla società in concordato le somme incassate dopo tale data.

* * *

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MASSA

Sezione Civile

Il Tribunale di Massa, in composizione monocratica, in persona del Giudice Unico dott. Domenico Provenzano, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. (*omissis*) promossa da:

[*Alfa*] in liquidazione ed in concordato preventivo, rappresentata e difesa dall'avv. (*omissis*), in virtù di procura agli atti, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, in (*omissis*)

attrice

nei confronti di

[*Banca Beta*], rappresentata e difesa dall'avv. (*omissis*), in virtù di procura agli atti, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, in (*omissis*)

convenuta

Oggetto: pagamento somma

CONCLUSIONI

Per l'attrice (cfr. verbale di udienza di p.c. in data 02.02.2018 ed atto di citazione):

“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, condannare la [*Banca*], in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a pagare alla [*Alfa*] in liquidazione ed in concordato preventivo, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, la somma di E 130.116,11 o la maggiore o minore somma che sarà provata in corso di causa e ritenuta di giustizia, oltre interessi nella misura prevista dall'art. 1284, quarto comma, c.c. e rivalutazione monetaria dalla domanda fino al saldo effettivo. In ogni caso, con vittoria di spese, competenze ed onorari del presente giudizio, ingiustamente provocato.”

Per la convenuta in prosecuzione (cfr. verbale di udienza di p.c. in data 02.02.2018 e comparsa di costituzione e risposta): “Piaccia all'Ill.mo tribunale adito, ogni contraria eccezione disattesa, in via principale e nel merito, rigettare le domande tutte avanzate nei confronti di [*Banca Beta*] in quanto infondate in fatto ed in diritto e, comunque, non provate;

in ogni caso, con vittoria di spese, competenze e onorari del presente giudizio, oltre iva, cpa e spese generali come per legge.”

Fatto

[Alfa] in liquidazione ed in concordato preventivo (d'ora innanzi semplicemente [Alfa]), in persona del suo legale rappresentante pro tempore e del suo liquidatore giudiziale conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Massa, [Banca] (d'ora innanzi [Banca]), chiedendo che, previo accertamento dell'illegittimità ed inefficacia - per violazione del combinato disposto di cui agli artt. 56 e 169 della Legge Fallimentare, delle operazioni di compensazione contabilmente effettuate dalla stessa banca, fino a concorrenza del complessivo importo di E 131.116,11, tra il credito dalla medesima vantato a titolo di restituzione delle somme anticipate alla predetta attrice (in virtù della presentazione di effetti cd. salvo buon fine) e quello in favore di quest'ultima, avente ad oggetto il versamento delle somme pagate dai suoi debitori ed incassate dalla banca, in veste di mandataria (avendo essa provveduto ad incamerarle indebitamente, per l'appunto in funzione di compensazione, omettendo quindi di riversarle sul conto corrente della cliente), la stessa convenuta venisse dichiarata tenuta e condannata a corrisponderle il suindicato complessivo importo capitale, maggiorato di interessi *ex art.* 1284 comma 4 c.c. e rivalutazione monetaria.

Deduceva:

di aver presentato, in data 16.05.2007, domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, procedura aperta con decreto di questo Tribunale del 13.07.2007, depositato il 16.07.2007; che le illegittime trattenute delle somme pagate dai propri debitori ed incassate dalla banca, per proprio conto, erano avvenute successivamente alla suindicata data di presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo;

che tali operazioni, consistendo in veri e propri pagamenti posti in essere in violazione della *par condicio creditorum*, erano inefficaci.

Si costituiva [Banca], resistendo all'avversa pretesa.

Deduceva:

di aver ricevuto- dall'attrice, propria cliente, incarico di anticiparle il versamento sul conto corrente delle somme, portate da effetti emessi in suo favore presentati salvo buon fine, nonché di incassare quelle pagate dai debitori della medesima correntista, avendo da sempre proceduto con operazioni contabili, a regolare sul conto corrente di quest'ultima i reciproci rapporti di dare avere e ciò anche in conformità alla clausola di compensazione contenuta in ciascuno dei due contratti di conto corrente intrattenuti con la stessa [Alfa];

che l'obbligo della correntista di restituirle gli importi anticipati a fronte della presentazione di effetti salvo buon fine, essendo fondato sull'anzidetta clausola contrattuale, era sorto anteriormente alla presentazione da parte della stessa attrice della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;

che la richiamata clausola di compensazione le aveva attribuito il diritto di incamerare le somme riscosse per conto della correntista, non potendosi quindi considerare operante il principio della cristallizzazione dei crediti, dovendosi escludere qualsivoglia credito restitutorio in capo all'attrice;

che, in ogni caso, a fronte dei complessivi E 142.675,52, corrispondenti all'ammontare degli effetti salvo buon fine aventi scadenza successiva al 16.05.2007 (data di presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo), la banca aveva incassato dai debitori della correntista un totale di E 114.060,42, non già di E 125.930,64, secondo quanto *ex adverso* prospettato;

che, quanto alla pretesa restitutoria fondata sul prospetto allegato alla citazione sub doc. 5, per complessivi E 4.185,47, essa si riferiva ad effetti non incassati dalla banca, bensì rimasti insoluti ed ancora in sospeso per difetto di copertura.

Concludeva per il rigetto della domanda.

La causa, istruita in forma documentale, è stata trattenuta in decisione *ex art.* 281 *quinquies* comma 2 c.p.c. all'udienza del 20.04.2018, a seguito di discussione orale e previa assegnazione di termine per il deposito di comparse conclusionali.

Sintetizzata la materia del contendere nei termini sin qui esposti, è opportuno evidenziare che risulta incontrovertito in giudizio che tra le parti siano intercorsi, oltre a due distinti rapporti di conto corrente ordinario (n. --*omissis*--, acceso il 27.11.1998 e n. --*omissis*--, acceso il 04.10.1995), due negozi collegati a detti rapporti, vale a dire, per un verso, l'anticipazione da parte della banca delle somme portate da effetti emessi in favore della correntista dai debitori, anticipazione effettuata all'atto della loro presentazione

salvo buon fine, ed un mandato per l'incasso conferito al medesimo istituto di credito in riferimento ai ridetti effetti. Tanto è dato evincere, oltre che dalla documentazione contrattuale dimessa in atti (prodotta a corredo della comparsa di costituzione sub docc. 4 e 5), dal chiaro ed inequivoco tenore delle allegazioni della banca convenuta, non specificamente contestate e di per sé compatibili con la prospettazione dell'attrice circa il complesso assetto negoziale oggetto di indagine: "Domino aveva la possibilità di presentare ... effetti al s.b.f. che venivano anticipati mediante erogazione sui conti correnti accesi. In particolare, per quanto riguarda banca (*omissis*), oltre al rapporto di c/c ordinario n. --*omissis*--, esistevano due rapporti che servivano a gestire la contabilizzazione, l'anticipazione e l'incasso degli effetti presentati al s.b.f. dalla [*Società Alfa*] partitario effetti al s.M n. 1689.17 ed il partitario anticipi s. b. f n. --*omissis*--. In estrema sintesi; avvenuto l'incasso dei titoli in forza del mandato conferitole, la banca ne accredita il valore sul conto anticipi, abbattendo l'esposizione e liberando, in virtù di compensazione, la società dal proprio debito, consistente nell'obbligo di restituzione delle anticipazioni effettuate" (cfr. comparsa di costituzione, pag. 4-5).

È opportuno inoltre evidenziare che l'art. 78 della Legge Fallimentare, che, prevede lo scioglimento *ex lege* del contratto di conto corrente in caso di fallimento di una delle parti – non risulta richiamato dal successivo art. 169 relativo alla procedura di concordato preventivo. Ciò comporta, conseguentemente, che, con il perdurare del rapporto di conto corrente, sopravvivono anche le clausole che in via accessoria regolano le operazioni, come quelle di anticipazione e smobilizzo di crediti verso terzi, che in esso confluiscono. Quanto appena esposto va nondimeno armonizzato con il fondamentale principio della *par condicio creditorum* cui è ispirata la disciplina delle procedure concorsuali, incluso il concordato preventivo.

Ciò premesso, va rimarcata la genericità del cd. patto di compensazione di cui all'art. 5 del contratto di conto corrente n. --*omissis*-- stipulato il 04.10.1995, con cui risulta attribuita alla banca la facoltà di compensazione tra crediti contrapposti derivanti da "più rapporti o più conti di qualsiasi genere o natura; ancorché i crediti non siano liquidi ed esigibili" ed "in qualunque momento, senza obbligo di preavviso e/o e formalità" (pertanto in difetto di espressa previsione del diritto della banca di incamerare i pagamenti destinati alla correntista) - clausola che, comunque, non risulta né allegato né provato essere stata concordata anche nel contratto che regolava la dedotta anticipazione, regolata sul suindicato conto corrente, del pagamento di effetti presentati salvo buon fine (contratto posto a fondamento del credito restitutorio della banca, presupposto della pretesa compensazione), non facendo del resto il contratto di apertura di credito concluso il 07.03.2007 alcuno specifico riferimento all'anzidetto detto conto corrente aperto nel 1995. Va inoltre dato atto dell'assoluta incomprensibilità (e conseguente inefficacia), in difetto di effettivo contenuto negoziale e di precisa descrizione della facoltà in ipotesi concessa alla banca, dell'analoga clausola asseritamente contenuta nell'art. 3 del contratto di apertura di credito appena richiamato (rubricato: "patto di annotazione in conto e compensazione"), il cui tenore testuale risulta il seguente: "in caso di linea di credito utilizzabile ed utilizzata, in tutto o in parte, per anticipazione di crediti di qualunque genere vantati dal cliente verso terzi, comprese quelle a salvo buon", difettando innegabilmente anche in tal caso qualsivoglia espressa previsione pattizia che consenta all'istituto di credito di effettuare la compensazione mediante incameramento diretto delle somme riscosse quale mandataria per l'incasso della correntista (cfr. docc. 3 e 5 parte convenuta). Per consolidata giurisprudenza, infatti, il diritto della banca di incamerare le somme pagate da terzi al correntista, in funzione compensazione del conseguente credito restitutorio che fa capo a quest'ultimo in forza del mandato conferito alla prima (*ex art. 1713 c.c.*) con il controcredito di cui è titolare la medesima banca in virtù dell'anticipazione del pagamento delle somme portate da effetti e regolata in conto corrente non può trovare fondamento né dalle "mere modalità tecniche seguite dalla banca per contabilizzare le relative operazioni" (non assumendo quindi rilievo la peculiarità del meccanismo contabile cui ha fatto ricorso la banca), né dal semplice "conferimento di un mandato per la riscossione", occorrendo, piuttosto, un'espressa previsione negoziale che consenta, per l'appunto, la facoltà di incamerare in modo diretto i pagamenti eseguiti dai terzi e destinati al correntista (cfr. Cass. n. 8752/2011, Id. n. 3336/2016); facoltà questa che, come già chiarito, non è stata a ben vedere esplicitamente attribuita nel caso in questione, non evincendosi traccia di una pattuizione di tal genere nella generica previsione della facoltà della banca di compensare i reciproci crediti contenuta nelle clausole contrattuali invocate dalla convenuta.

Anche a prescindere dai superiori rilievi, in ogni caso, nella fattispecie per cui è controversia va fatta applicazione del principio, recepito dalla prevalente giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui “in caso di ammissione del debitore al concordato preventivo, la compensazione tra i suoi debiti ed i crediti da lei vantati nei confronti dei creditori postula, ai sensi dell’art. 56 della legge fall. (richiamato dall’art. 169 della medesima legge), che i rispettivi crediti siano preesistenti all’apertura della procedura concorsuale; essa, pertanto, non può operare nell’ipotesi in cui il debitore abbia conferito ad una banca un mandato all’incasso di un proprio credito, attribuendole la facoltà di compensare il relativo importo con lo scoperto di un conto corrente da lui intrattenuto con la medesima banca; a differenza della cessione di credito, infatti, il mandato all’incasso non determina il trasferimento del credito in favore del mandatario, ma l’obbligo di quest’ultimo di restituire al mandante la somma riscossa, e tale obbligo non sorge al momento del conferimento del mandato, ma soltanto all’atto della riscossione del credito, con la conseguenza che, qualora quest’ultima debba aver luogo dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, non sussistono i presupposti per la compensazione” (cfr. Cass. n. 10548/2009, conf. Id. 22277/2017, n. 578/2007, n. 11988/1990, n. 9030/1995, n. 3879/1985, n. 1182/1981).

In altri termini, atteso che, come appena precisato, il credito del correntista avente ad oggetto il versamento delle somme riscosse dalla banca propria mandataria sorge soltanto per effetto dell’effettivo incasso delle stesse ad opera di quest’ultima (*ex art. 1713 c.c.*), risulta evidentemente carente nel caso in esame il presupposto della necessaria preesistenza dei contrapposti crediti rispetto alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, vale a dire della anteriorità del “fatto genetico” della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni reciproche medesime; presupposto in virtù del quale soltanto, in ipotesi, potrebbe giustificarsi (ai sensi del combinato disposto di cui ai richiamati artt. 56 e 169 della Legge Fallimentare) la compensazione operata dalla banca. In difetto di tale presupposto, a ben vedere, l’operazione posta in essere dalla convenuta, lungi dal configurare una legittima compensazione, integra un vero e proprio pagamento di un debito anteriore alla procedura concorsuale, pagamento in quanto tale inesigibile se non nel rispetto dei canoni della *par condicio*, in virtù del disposto di cui agli artt. 167 e 168 della Legge Fallimentare. La disposizione da ultima citata, nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori comporta implicitamente il divieto di pagamento dei debiti anteriori, atteso che sarebbe irragionevole che ciò che il creditore non può ottenere attraverso l’esecuzione forzata individuale possa essere conseguito attraverso spontaneo adempimento ed, a maggior ragione, attraverso strumenti di autotutela contrattuale, stante la natura imperativa (e quindi l’inderogabilità convenzionale) del principio della *par condicio creditorum*. A ben vedere, quanto disposto dall’art. 56, oltre che coerente con siffatto fondamentale principio, si ricollega ad un’esigenza di equità sostanziale, giacché ha la finalità di impedire che il terzo creditore che sia anche debitore del soggetto in procedura, sia tenuto ad un adempimento integrale della propria obbligazione a fronte del realizzo del diritto vantato solamente nella misura concorsuale: si tratta di una deroga alla compensazione di diritto comune prevista dall’art. 1243 c.c., di cui costituisce applicazione particolare, in quanto non richiede l’avvenuta scadenza ed esigibilità dei crediti verso il fallito al momento della sentenza dichiarativa dell’insolvenza (ovvero, *mutatis mutandis*, verso il soggetto ammesso alla procedura di concordato preventivo). Va inoltre considerato che in fattispecie quale quella per cui è causa difetta, altresì, il requisito della reciprocità delle obbligazioni, necessario affinché possa operare un meccanismo compensativo: giacché solamente i debiti che intercorrono fra i medesimi soggetti possono essere compensati, la compensazione risulta infatti impedita ove si consideri che, in realtà, il debito restitutorio della banca (che è anche creditrice nei confronti della correntista mandante con riguardo alle somme anticipate), avente ad oggetto gli importi incassati quale mandataria del cliente (*ex art. 1713 c.c.*) non si configura direttamente verso quest’ultima, bensì verso la massa, in quanto sorto posteriormente alla procedura concorsuale cui la stessa è stata ammessa.

Dalla documentazione dimessa in giudizio si evince - ed è del resto incontroverso - che le trattenute da parte della banca delle somme portate dagli effetti alla stessa presentati salvo buon fine dalla correntista sono state effettuate successivamente al 16.05.2007, lata di proposizione da parte di [*Società Alfa*] della stessa [*Società Alfa*] domanda giudiziale di ammissione ai concordato preventivo (per quanto si evince dal provvedimento di nomina del liquidatore della stessa società emesso da questo Tribunale e dimesso a corredo della citazione sub doc. 2); ciò che consente sicuramente di escludere, per quanto sin qui chiarito,

la preesistenza del credito vantato dalla banca inerente alla restituzione delle somme anticipate in favore della correntista e regolate su conto corrente a fronte della presentazione di effetti salvi buon fine. Anche sotto tale ulteriore profilo, in definitiva, la compensazione operata dalla convenuta risulta illegittima ed inefficace in virtù della disciplina di cui agli artt. 169 e 56 della Legge Fallimentare, la cui *ratio* consiste nell'esigenza di assicurare la necessaria cristallizzazione del passivo concorsuale per il massimo soddisfacimento dei crediti concorsuali - con conseguente fondatezza della domanda svolta da [Alfa]. Ai sensi del citato art. 56 (richiamato dall'art. 169 in relazione al concordato preventivo), infatti, "i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento". Tale disciplina, quindi, consente la compensazione a condizione che i crediti contrapposti siano entrambi anteriori alla procedura concorsuale (cfr. Cass. n. 1671/1999); condizione che, come sin qui esposto, nella fattispecie in esame non ricorre.

In ordine al *quantum debeatur*, deve escludersi che l'attrice non abbia contestato che si siano verificati gli insoluti dedotti da [Banca], evincendosi una contestazione di tal genere sia dalla corrispondenza intercorsa *ante causam* (cfr. docc. 7-10 dimessi a corredo dell'atto introduttivo), sia dalla prospettazione dei fatti trasfusa negli scritti difensivi, in particolare sia in citazione che in comparsa conclusionale (cfr. pagg. 3 4). L'assunto della convenuta circa l'ammontare complessivo di E 114.060,42, anziché di E 125.930,64, quale totale degli effetti incassati dalla mandataria Banca (*omissis*), al netto degli insoluti, trova riscontro esclusivamente nella "relazione di consulente tecnico" a firma della commercialista dott.ssa (*omissis*), elaborato tecnico di parte dimesso a corredo della comparsa di costituzione sub doc. 1; riscontro a ben vedere poco convincente, in quanto non confermato in sede testimoniale, in difetto di qualsivoglia istanza istruttoria in tal senso da parte della stessa banca, e non assumendo l'attestazione, "ai sensi e per gli effetti dell'art. 50 del Decreto Legislativo n. 385 del 1.9.93" degli effetti rimasti insoluti, allegata alla suddetta relazione di parte (sub all. 2 doc. 1) ad integrare dimostrazione degli insoluti *de quibus*, essendo l'efficacia probatoria delle certificazioni previste a norma della disposizione del T.U.B. appena citata limitata ai soli fini della procedura monitoria, vale a dire esclusivamente in funzione di prova scritta idonea all'emissione di decreto ingiuntivo con riferimento al credito in tal modo attestato dal funzionario bancario, non potendosi invece essa considerare estesa, a fronte della contestazione della controparte, al giudizio a cognizione ordinaria (sia esso quello di opposizione a decreto ingiuntivo o altro giudizio ordinario, quale è il procedimento in trattazione); analoghe considerazioni valgono, a maggior ragione, per le distinte relative ai presunti insoluti ed alle relative comunicazioni, anch'esse dimesse a corredo dell'anzidetta relazione della dott.sa (*omissis*). (sub all 1 doc. 1). Assumono maggiore efficacia probatoria, a ben vedere, le distinte di lavorazione delle ricevute bancarie presentate salvo buon fine prodotte dall'attrice (sub doc. 4) e predisposte dalla medesima banca, la cui efficacia confessoria (circa l'effettività dell'avvenuto incasso delle stesse ricevute da parte della banca) si evince dall'indicazione, anche, con riferimento alle ricevute, oggetto dei controversi insoluti, oltre che delle date delle relative scadenze, anche delle date (tutte successive alla presentazione della domanda di concordato preventivo) delle "valute" inerenti agli importi dalle stesse portate; potendosi evincere ragionevolmente da tale ultima indicazione che gli effetti in questione sono stati effettivamente incassati dalla banca, a fronte del buon fine delle operazioni (diversamente, non si vede quale funzione avrebbe la menzione di date di "valuta" successive alla loro scadenza), essendo pacifico che le somme a tale titolo rimosse dalla medesima banca mandataria non sono state riversate sul conto dell'attrice (evidentemente trattenute dalla banca, non già perché oggetto di ricevute rimaste insolute). In tale contesto, pare destituita di fondamento la pretesa di non considerare nel totale degli effetti salvo buon fine a suo tempo presentati dall'attrice, quello a carico di tale (*omissis*), emesso per E 2.167,32 con scadenza 10.05.2007, in quanto tale già scaduto alla data di presentazione della domanda di ammissione ai concordato preventivo (16.05.2007). Il fatto che l'effetto appena menzionato risultasse già scaduto a tale ultima data non assume rilievo alcuno ai fini della decisione, trattandosi di effetto non compreso tra quelli cui si riferisce l'azione restitutoria e con riferimento al quale è pacifico l'avvenuto incasso da parte della banca mandataria, così come il conseguente versamento in favore della procedura concorsuale; per altro verso, ed in ogni caso, ciò che rileva non è tanto la data di scadenza dell'obbligazione di pagamento relativa all'effetto in esame, quanto la data dell'incasso del medesimo, facendo al riguardo la distinta di lavorazione ad esso pertinente menzione, quale data di

“valuta”, del 18.05.2007, data invero successiva a quella di presentazione da parte dell’attrice della domanda di ammissione al concordato preventivo; per quanto dianzi precisato, infatti, è soltanto al momento dell’incasso da parte della banca mandataria dei pagamenti effettuati dai terzi debitori in favore della correntista mandante che potrebbe configurarsi il credito *ex art.* 1713 c.c. concernente le somme oggetto dei predetti pagamenti, essendo il presupposto dell’ipotetica legittima compensazione integrato soltanto qualora anche tale ultimo credito risalisse a data antecedente alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, presupposto che, per quanto si è qui esposto, nella specie evidentemente non ricorre.

Quanto poi alle dedotte illegittime trattenute operate da [Banca Beta] per complessivi E 4.185,47, valgono considerazioni analoghe a quelle dianzi espresse, trovando la pretesa restitutoria atorea riscontro, in parte *qua*, nelle distinte di lavorazione delle ricevute bancarie cui si è fatto in proposito riferimento, recanti data di “valuta” successiva a quella di presentazione della domanda di concordato, così come a quelle delle rispettive scadenze (cfr. docc. 5-6 allegati alla citazione), ciò che vale a dimostrare, per l’appunto, l’avvenuto pagamento degli effetti in esame. Il contrario assunto della banca convenuta, secondo cui n. 5 effetti emessi in favore di [Alfa] e dalla stessa presentati salvo buon fine, ammontanti a complessivi E 4.115,70, sarebbero rimasti insoluti per assenza di copertura non risulta provato, non potendosi considerare dimostrato - in difetto di conferma testimoniale di sorta e tenuto conto della suevidenziata menzione nelle distinte di lavorazione delle ricevute bancarie delle rispettive date di “valuta”, successive a quelle delle rispettive scadenze (circostanza rivelatrice dell’avvenuto pagamento degli effetti in questione) così come alla data di presentazione della domanda di ammissione al concordato - dal prospetto riepilogativo del partitario predisposto dalla banca (di cui all’alt. 3 bis della richiamata relazione di parte della dott.ssa (*omissis*)), trattandosi di documento di formazione unilaterale, non sottoscritto (evincendosi da esso soltanto che sarebbe pervenuto all’ufficio periferico di Lucca della convenuta il 08.07.2007, in mancanza di indicazione di sorta del suo autore) e, peraltro, privo di qualsivoglia dichiarazione *ex art.* 50 T.U.B. circa l’esistenza e la liquidità del credito risultante dalle annotazioni riportate nel medesimo prospetto (dichiarazione che, non essendo stava versata in procedimento monitorio, non potrebbe comunque assumere efficacia probatoria nel presente giudizio a cognizione ordinaria, secondo quanto già chiarito); analogamente, priva di attitudine probatoria risulta la succitata relazione di parte prodotta a corredo della comparsa di costituzione sub doc. 1 (elaborato predisposto sulla base di documentazione di formazione unilaterale e non confermata in sede testimoniale, quale quella di cui all’all. 3 della stessa relazione, consistente in un prospetto inerente agli ipotetici insoluti formato in data 22.09.2015, pertanto nel corso di giudizio, quella di cui all’all. 4 della citata relazione, consistente in missiva raccomandata del 05.04.2012, con la quale [Banca] comunicò alla correntista che i suddetti effetti, elencati nella tabella ivi contenuta, sarebbero rimasti insoluti).

In definitiva, la domanda di [Alfa] merita accoglimento, così come avanzata. [Banca] va pertanto dichiarata tenuta e condannata al pagamento, in favore di parte attrice, del totale delle somme indebitamente trattenute oggetto di giudizio, pari ad E 130.116,11 (E 125.930,64 + E 4.185,47), oltre interessi su detta sorte capitale al tasso previsto dal D.lgs. n. 231/2012, ai sensi dell’art. 1284 comma 4 c.c., con decorrenza dal 14.05.2015 (data di proposizione della domanda giudiziale) fino al saldo effettivo. Va invece disattesa la pretesa di maggiorazione della medesima somma capitale a titolo di rivalutazione monetaria, trattandosi di obbligazione di valuta (avente ad oggetto ab origine un’obbligazione pecuniaria determinata nella sua consistenza, corrispondente, per l’appunto al suindicato complessivo ammontare delle indebite trattenute operate dalla banca) ed in difetto di prova del maggior danno da ritardo, a norma dell’art. 1224 comma 2 c.c.

Il regime delle spese processuali viene definito in conformità al principio di cui all’art. 91 c.p.c., come da dispositivo che segue. All’uopo, avuto riguardo ai criteri stabiliti dall’art. 4 comma 1 del D.M. 10.03.2014 n. 55, si stima conforme a giustizia fare applicazione dei parametri di liquidazione medi propri dello scaglione di valore della controversia (da E 52.000,01 ad E 260.000,00), ridotti del 20%.

Diritto
P.Q.M.

Il Tribunale di Massa, in composizione monocratica, definitivamente decidendo nella causa di cui in epigrafe, ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattesa, dichiara tenuta e condanna [Banca] a corrispondere a [Alfa] in liquidazione ed in concordato preventivo la somma di E 130.116,11, oltre interessi maturati e maturandi su detta somma capitale al tasso previsto *ex art.* 1284 comma 4 c.c. con decorrenza dal dovuto fino al saldo effettivo.

Condanna la banca convenuta alla rifusione in favore di parte attrice delle spese processuali, che liquida in complessivi E 11.544,00, di cui E 800,00, per esborsi: ed anticipazioni ed, E 10.744,00 per compenso professionale, ai sensi del D.M. n. 55 del 10.03.2014, oltre rimborso forfetario spese generali ed oltre I.V.A. e C.P.A., se dovuti come per legge.

Così deciso in Massa, il 24.04.2018.

Depositata in Cancelleria il 08/05/2018

* * *

IL CASO

La Alfa in concordato preventivo conviene in giudizio la Banca, chiedendo dichiararsi l'inefficacia – ai sensi degli artt. 56 e 169 L.F. – delle operazioni di compensazione effettuate dalla Banca tra il credito di quest'ultima per restituzione anticipi (concessi a seguito della presentazione di effetti salvo buon fine) e il debito della stessa Banca per la restituzione in favore di Alfa delle somme incassate, in veste di mandataria, dai debitori di Alfa.

Alfa deduce infatti di aver presentato domanda di ammissione al concordato preventivo in data 16 maggio 2007 e che la Banca avrebbe operato le predette compensazioni in data successiva alla presentazione della domanda di concordato, nei fatti ottenendo pagamenti inefficaci e illegittimi in quanto conseguiti in violazione della par condicio creditorum, che presiede anche la procedura di concordato preventivo.

La Banca, dal suo canto, sostiene di aver ricevuto incarico di anticipare i versamenti su conto corrente delle somme portate da effetti presentati salvo buon fine e, nel contempo, di incassare le somme pagate dai debitori della Società, provvedendo a regolare in conto corrente i reciproci rapporti di dare/avere, anche in conformità alla clausola di compensazione contenuta nei contratti di conto corrente in essere con Alfa.

Pertanto, secondo la Banca, l'obbligo di Alfa di restituire le somme ricevute a titolo di anticipo, fondato sulla clausola di compensazione, sarebbe sorto in epoca antecedente alla cristallizzazione dei crediti determinata con la domanda di ammissione di Alfa al concordato preventivo, con esclusione di qualsiasi obbligo restitutorio in capo alla Banca.

Nel decidere la controversia, il Tribunale di Massa rileva in primo luogo, in punto di fatto, l'esistenza di due conti correnti aperti da Alfa sulla Banca, ai quali erano collegati due rapporti: i) l'anticipazione da parte della Banca di somme portate da effetti (rimesse bancarie) in favore della Banca e ii) un mandato all'incasso in favore della Banca in riferimento alle somme di cui agli effetti anticipati.

Nei fatti, secondo l'ordinario svolgersi del tipico rapporto bancario, la Banca anticipava le somme di cui agli effetti e, una volta provveduto all'incasso di questi ultimi, accreditava le somme sul conto anticipi, andando a estinguere in forza di compensazione l'obbligo di restituzione delle somme anticipate.

Ancora in punto di fatto, il Giudice rileva che dalla documentazione prodotta in causa dalla Banca non risulta provata l'esistenza di un espresso patto di compensazione tra il debito sul conto anticipi e il credito alla restituzione delle somme incassate dalla Banca in qualità di mandataria, non essendo allo scopo sufficiente il generico patto di compensazione previsto nell'originario (e antecedente) contratto di apertura di conto corrente, non riprodotto né richiamato dal contratto di apertura di credito che regolava le anticipazioni. E già questa circostanza sarebbe idonea, secondo il Tribunale di Massa, a respingere le eccezioni della Banca, in quanto il diritto della banca a

operare la compensazione tra credito per anticipazione e debito per la restituzione delle somme incassate quale mandataria non potrebbe trovare origine né nelle mere modalità tecniche seguite dalla Banca per regolare le relative operazioni né dal semplice conferimento di un mandato per la riscossione, occorrendo piuttosto un'espressa previsione negoziale che consenta alla banca di incamerare in modo diretto i pagamenti eseguiti da terzi e destinati al correntista.

Tuttavia, il Tribunale di Massa osserva di seguito che il rigetto dell'eccezione di compensazione proposta dalla Banca non verrebbe meno anche nel caso in cui fosse stata provata da Beta l'esistenza di un patto di compensazione in data certa anteriore all'apertura della procedura di concordato preventivo.

Il Giudice, infatti, esprime la sua convinta adesione all'orientamento prevalente della giurisprudenza della Suprema Corte, secondo il quale, in caso di ammissione del debitore al concordato preventivo, la compensazione tra i debiti della Società ed i crediti dalla stessa vantati nei confronti dei creditori postula, ex art. 56 L.F. (richiamato dall'art. 169 L.F.), che i rispettivi crediti siano preesistenti all'apertura della procedura concorsuale. Dunque la compensazione non può operare nell'ipotesi in cui il debitore abbia conferito ad una banca un mandato all'incasso di un proprio credito – attribuendole la facoltà di compensare il relativo importo con lo scoperto di un conto corrente da lui intrattenuto con la medesima banca – e le somme siano state incassate dalla banca dopo l'apertura della procedura: l'obbligo della banca di restituire al mandante le somme incassate sorge infatti al momento in cui le somme sono incassate, e se questo momento è successivo all'apertura della procedura, il credito della massa a ottenerne la restituzione non può essere compensato con un debito concorsuale (quello alla restituzione dell'anticipazione).

Il Tribunale di Massa ha quindi accolto la domanda di Alfa.

COMMENTO

La decisione del Tribunale di Massa risolve, aderendo all'orientamento maggioritario in giurisprudenza, una controversia assai frequente in occasione dell'apertura di procedure concorsuali nei confronti di imprese che hanno in essere rapporti c.d. autoliquidanti con le banche.

Il rapporto – sotto il profilo giuridico e ferme le particolarità negoziali e le tecnicità bancarie dipendenti dalle singole fattispecie prevede – in sintesi:

- i) l'effettuazione di anticipazioni da parte della banca in favore dell'imprenditore a fronte della presentazione di effetti o fatture;*
- ii) in corrispondenza delle anticipazioni annotate in un controcorrente cui accede un'apertura di credito, un debito dell'imprenditore alla restituzione delle anticipazioni e un corrispondente credito della banca;*
- iii) il conferimento alla banca di un mandato in rem propriam all'incasso delle somme dovute dai debitori di cui agli effetti o alle fatture;*
- iv) l'incasso da parte della banca, in qualità di mandatario dell'imprenditore, delle somme dovute dai debitori di cui agli effetti o alle fatture;*
- v) un conseguente obbligo della banca di restituire all'imprenditore le somme incassate per suo conto e un corrispondente credito dell'imprenditore;*
- vi) la compensazione del rapporto di credito (della banca) e debito (dell'imprenditore) di cui al punto ii) con il debito (della banca) e credito (dell'imprenditore) di cui al punto v).*

Qualora una domanda di concordato preventivo riguardi una impresa che ha in essere un rapporto di questo tipo, un frequente contenzioso si apre con riferimento alle anticipazioni effettuate prima dell'apertura della procedura, ma in relazione alle quali la banca provvede all'incasso delle somme successivamente a tale apertura.

Riconoscere l'opponibilità alla procedura del patto di compensazione significa per l'Istituto di credito poter ritenere le somme incassate, ottenendo nei fatti il rientro dalle anticipazioni concesse. All'opposto, in caso di inoperatività della compensazione, la banca dovrà restituire quanto incassato all'imprenditore in concordato e subire la falcidia concordataria prevista per la classe nella quale è stato inserito in relazione al credito per le anticipazioni versate (o, ipotesi generalmente anche peggiore, la falcidia fallimentare in caso di esito negativo della procedura di concordato).

La fattispecie ha dato luogo a un variegato panorama giurisprudenziale e una pluralità di ricostruzioni dottrinali, che possono schematizzarsi come segue.

[A] *Una prima tesi, invero minoritaria in dottrina e giurisprudenza, riteneva che il rapporto di finanziamento in essere con la banca dovesse essere considerato alla stregua di un contratto in corso di esecuzione ai sensi dell'art. 169 bis L.F.*

La tesi partiva dal presupposto per cui l'espressione contratti in corso di esecuzione di cui alla disposizione da ultimo citata potesse assumere un significato più ampio della espressione rapporti pendenti di cui all'art. 72 L.F., con la conseguenza per cui mentre alla stregua della disposizione in materia di procedura fallimentare dovevano considerarsi rapporti pendenti solo i contratti bilaterali a prestazioni corrispettive non eseguite da entrambe le parti del rapporto, per la disciplina del concordato sarebbero potuti essere considerati contratti in corso di esecuzione anche quelli integralmente eseguiti da una delle due parti e in cui residuasse un credito in capo all'altro contraente. In questa prospettiva, un contratto di anticipazione dietro presentazione di carta commerciale – pur essendo stato integralmente eseguito dalla banca e residuando il solo debito di restituzione a carico dell'impresa – poteva integrare un'ipotesi di contratto in corso di esecuzione. Il debitore concordatario, pertanto, avrebbe potuto farne venire meno gli effetti chiedendo lo scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 169 bis L.F.

Con lo scioglimento del contratto sarebbe dunque venuto meno il mandato all'incasso e il patto di compensazione, con conseguente diritto dell'imprenditore a incassare direttamente le somme dai propri clienti¹. Con un effetto pratico analogo a quello portato dalla pronuncia in commento.

Questa tesi è tuttavia oggi da considerarsi superata a seguito della riforma di cui D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv. in L. 6 agosto 2015, n. 132, il quale – verosimilmente proprio al fine di smentire la tesi sin qui esposta – ha mutato la rubrica dell'art. 169 bis L.F. in “Contratti pendenti” (istituendo un parallelismo con i rapporti pendenti di cui all'art. 72 L.F.) e ha inserito nel testo della disposizione l'espressione “contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti [...]”.

[B] *Già prima della riforma del 2015, interpretazione prevalente in dottrina e in giurisprudenza era tuttavia quella che intendeva l'ambito di operatività dell'art. 169 bis L.F. analogo a quello dell'art. 72 L.F., con la conseguenza di ritenere possibile lo scioglimento solo dei contratti bilaterali a prestazioni corrispettive non eseguite da entrambe le parti del rapporto².*

¹ Per questa tesi v. App. Genova, 10 febbraio 2014, in *Fall.*, 2014, 793; Trib. Treviso, 2 febbraio 2015, in *Fall.*, 2015, 559; Trib. Pavia, 24 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*.

² Persuasive argomentazioni in LAMANNA, *La nozione di “contratti pendenti”*, in *www.ifallimentarista.it*; CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti*, in *Riv. Crisi d'impresa e Fallimento*, 2013; BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 1114; PATTI, *Contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, 560.

Non rientrando l'anticipazione bancaria nella nozione di contratto pendente (in quanto l'anticipazione è già stata effettuata e il mandato all'incasso è una prestazione accessoria non idonea a ricondurre il rapporto a un contratto pendente), il rapporto non sarebbe stato suscettibile di scioglimento e la banca avrebbe potuto eseguire il mandato all'incasso³.

Tuttavia il definitivo accoglimento della tesi restrittiva circa la nozione di contratti pendenti non ha sopito – come dimostra la decisione in commento – il dibattito giurisprudenziale.

[C] *Una ulteriore tesi, maturata già prima del 2015, riteneva infatti che il mandato all'incasso in favore della banca non potesse considerarsi una mera prestazione accessoria, ma rientrando all'interno del sinallagma non solo al momento genetico del rapporto ma anche sotto il profilo funzionale, consentisse di considerare l'anticipazione (già effettuata ma non estinta dal pagamento del terzo) un contratto pendente suscettibile di scioglimento⁴.*

Ad analoghi esiti interpretativi conduce la tesi per cui il mandato in rem propriam concesso alla banca per l'incasso sarebbe in sé suscettibile di scioglimento⁵ ovvero che ravvisa la pendenza del rapporto dalla circostanza per cui la banca risulti obbligata ad anticipare ulteriori somme in caso di presentazione di nuova carta commerciale⁶. Anche in questa prospettiva, gli esiti dell'opzione ermeneutica adottati sono analoghi a quelli della sentenza in commento, con facoltà dell'imprenditore in crisi di incassare direttamente le somme di cui alle fatture o agli effetti anticipati.

[D] *Infine un ulteriore filone giurisprudenziale, nel quale si inserisce la decisione in esame, ritiene ultroneo lo scioglimento del contratto, trovando diretta applicazione le norme in tema di divieto di compensazione.*

Il riferimento normativo nel quale inquadrare la fattispecie sarebbe costituito dunque dall'art. 56 L.F. (richiamato dall'art. 169 L.F. in relazione al concordato preventivo) il quale dispone che “i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento”.

Come osservato dal Tribunale di Massa, tale disciplina consente la compensazione anche in termini più ampi di quelli stabiliti per la compensazione legale dall'art. 1243 c.c., a condizione tuttavia che i crediti contrapposti siano entrambi anteriori alla procedura di fallimento o di concordato preventivo⁷.

Il disposto di cui all'art. 56 L.F. ha invero la finalità di impedire che il terzo creditore, che sia anche debitore del soggetto posto in procedura concorsuale, sia tenuto ad un adempimento integrale della propria obbligazione a fronte invece dell'ottenimento di quanto dovuto in cd. moneta concorsuale. Si tratta quindi di un vantaggio per il terzo creditore che sia debitore di un'obbligazione anche non esigibile, il quale non è costretto ad adempiere il suo debito liquido ed esigibile, ponendolo invece in compensazione con un credito che sarebbe, in assenza della disposizione in parola, pagabile in moneta fallimentare. Vantaggio tuttavia, come appena visto, subordinato all'anteriorità al

³ Così STANUOVO POLACCO, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: i contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ifallimentarista.it. V. anche TARZIA, *Anticipazioni bancarie e art. 169 bis l. fall.*, in www.ifallimentarista.it. In giurisprudenza App. Venezia, 11 marzo 2015, in www.ifallimentarista.it; App. Venezia, 23 dicembre 2014, in *Fall.*, 2015, 499; Trib. Bergamo, 11 marzo 2015, in www.ifallimentarista.it.

⁴ BONTEMPI, *I contratti bancari autoliquidanti nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, II, 281; PATTI, *Contratti bancari nel concordato preventivo, tra bilateralità e unilateralità dell'inesecuzione*, in *Fall.*, 2015, 562; in giurisprudenza ad es. Trib. Treviso, 2 febbraio 2015, in *Fall.*, 2015, 557; Trib. Ravenna, 14 novembre 2014, *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, 277.

⁵ Trib. Milano, 28 maggio 2014, in www.ifallimentarista.it.

⁶ Trib. Bergamo, 28 gennaio 2016, in www.ifallimentarista.it.

⁷ *Ex multis*, Cass. civ., 31 agosto 2010, n. 18915, in *Giust. civ. Mass.*, 2010; Cass. civ., 27 aprile 2010, n. 10025, in *Giust. civ. Mass.*, 2010; Cass. civ., 12 febbraio 2008, n. 3280, in *Giust. civ. Mass.*, 2008; Cass. civ., 22 maggio 2003, n. 8042, in *Fall.*, 2004, 658 (con nota di BADINI CONFALONIERI); Cass. civ., 28 agosto 2001, n. 11288, in *Fall.*, 2002, 615 (con nota di BADINI CONFALONIERI); Cass. civ., 26 febbraio 1999, n. 1671, in *Foro padano*, 2000, I, 155; Cass. civ., 20 marzo 1991, n. 3006, in *Giust. civ. Mass.*, 1991.

fallimento (ovvero alla pubblicazione della domanda di concordato in forza del richiamo di cui all'art. 169 L.F.) del fatto genetico del credito della procedura opposto in compensazione⁸.

E, nel caso in esame, al fine di stabilire l'antiorità del fatto genetico del credito alla restituzione di quanto incassato in esecuzione del mandato non rilevarebbe la data di quest'ultimo, ma quella dell'incasso del credito vantato verso il terzo⁹.

Peraltro, come già esposto, condizione necessaria affinché operi la compensazione è la sussistenza del requisito della reciprocità delle obbligazioni¹⁰ condizione necessaria anche nel caso della banca che abbia incassato, nel corso della procedura ed in virtù di un mandato all'incasso rilasciato in data anteriore, somme di pertinenza dell'imprenditore¹¹.

E, nella fattispecie, secondo la sentenza in commento, tale nesso di reciprocità mancherebbe, in quanto il credito alla restituzione è un credito della massa, che non può essere compensato con un debito concorsuale¹².

Per difetto dei requisiti di reciprocità e di preesistenza della procedura, la giurisprudenza ha ritenuto dunque che, nell'ipotesi di mandato all'incasso di un credito verso terzi conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi e di successivo ammissione ad una delle procedure concorsuali del cliente mandante, la banca mandataria mantiene la legittimazione alla riscossione del credito anche dopo l'ammissione ad una delle procedure concorsuali del cliente, ex art. 1723, comma 2, c.c., ma è obbligata a rimettere alla Curatela/Commissario liquidatore le somme riscosse, senza poter invocare l'estinzione di tale obbligo per compensazione con propri crediti verso il soggetto sottoposto a procedura¹³.

Pertanto, secondo questa giurisprudenza¹⁴, cui il Tribunale di Massa nel presente caso ha aderito, il mandato all'incasso non determina il trasferimento del credito in favore del mandatario, ma l'obbligo di quest'ultimo di restituire al mandante la somma riscossa, e tale obbligo non sorge al momento del conferimento del mandato, ma soltanto all'atto della riscossione del credito, con la conseguenza che, qualora quest'ultima debba aver luogo dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, non sussistono i presupposti per la compensazione.

⁸ Vi è da rilevare che non è tuttavia pacifica l'applicabilità della disciplina della compensazione a fattispecie quali quella in esame, osservandosi da una parte della giurisprudenza che non si tratterebbe di compensazione in senso tecnico (nella quale i contrapposti diritti sorgono da distinti rapporti giuridici) ma di un mero effetto contabile derivante dalla annotazione di tutte le operazioni in conto corrente (cfr. Cass. civ., 28 giugno 2002, n. 9494, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1127, v. anche BONTEMPI, *Nota a Trib. Ravenna 14 novembre 2014*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2077, che ne deduce tuttavia l'equiparazione del pagamento del terzo a un pagamento effettuato dall'imprenditore con mezzi propri dopo l'apertura della procedura, e come tale inefficace).

⁹ Cass. Civ., 7 maggio 2009, n. 10584, in *Giust. civ. Mass.*, 2009; Cass. civ., 22 maggio 2003, n. 8042, cit.; Cass. civ., 22 gennaio 1998, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 123; in dottrina si veda, fra tutti, PAJARDI – PALUCHOWSKI, *Codice del Fallimento*, Milano, 2009, sub art. 56 L.F., 616.

¹⁰ PERRINO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, in *Comm. Nigro Sandulli Santoro*, Torino, 2010, 835.

¹¹ Cass. civ., 23 luglio 1994, n. 6870, in *Fall.*, 1995, 262; Trib. Napoli, 10 febbraio 1987, in *Banca borsa titoli di credito*, 1989, II, 82; App. Torino, 27 maggio 1985, in *Fall.*, 1986, 860.

¹² L'equiparazione della posizione della massa dei creditori nel concordato preventivo a quella delineabile nel fallimento appare in realtà più problematica, laddove nel concordato non si realizza l'effetto dello spossessamento dei beni dell'imprenditore e la posizione del Commissario giudiziale (con mero potere di vigilanza) non è equiparabile a quella del Curatore. Per un richiamo al complesso dibattito sul tema, v. MUNARI, *Concordato preventivo e destinazione dei canoni di locazione di immobili ipotecati: un possibile percorso interpretativo*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 896.

¹³ Cass. civ., 22 maggio 2003, n. 8042, cit.; Cass. civ., 26 febbraio 1999, n. 1671, cit.; Cass. civ., 19 novembre 1987, n. 8505, in *Fall.*, 1988, 203; Cass. civ., 18 dicembre 1984, n. 6625, in *Fall.*, 1985, 530; AMBROSINI, *Fallimento*, in *Trattato Cottino*, vol. XI, Milano, 2008, 383.

¹⁴ Cass. civ., 25 settembre 2017, n. 22277, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. civ., 7 maggio 2009, n. 10548, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 5, 737; Cass. civ., 12 gennaio 2007, n. 578, in *Giust. civ. Mass.*, 2007; Cass. civ., 28 agosto 1995, n. 9030, in *Fall.*, 1996, 69; Cass. civ., 18 dicembre 1990, n. 11988, in *Fall.*, 1991, 467; Cass. civ., 26 febbraio 1981, n. 1182, in *Foro it.*, 1982, I, 237; App. Torino, 20 gennaio 2010, in *Fall.*, 2010, 701; Trib. Roma, 21 aprile 2010, in *Fall.*, 2010, 1300.

Conclusivamente, la giurisprudenza pare quindi orientata in senso maggioritario – pur attraverso differenti percorsi interpretativi – a ritenere la banca tenuta a rimettere alla procedura concordataria le somme incassate in esecuzione del mandato dopo l'apertura della procedura.

Questa tendenza ha trovato sostanziale critiche da parte della dottrina, che ha osservato come per questa via si possano avallare comportamenti opportunistici dell'imprenditore in crisi, che può tentare di far finanziare il concordato dalle banche semplicemente concentrando le anticipazioni in data prossima alla presentazione della domanda, e magari contestualmente decanalizzando i pagamenti dei clienti¹⁵.

In ogni caso deve rilevarsi che l'orientamento giurisprudenziale in esame non è applicabile alle operazioni di factoring poste in essere in conformità alla Legge 21 febbraio 1991, n. 52, nelle quali lo schema causale prevede il trasferimento del credito al Factor¹⁶. E invero la decisione commentata, così come la giurisprudenza da essa richiamata¹⁷ fanno salva l'inapplicabilità del principio al caso in cui non si sia in presenza di un mandato all'incasso ma di una vera e propria cessione di credito.

In questo caso, infatti, l'effetto reale del trasferimento del credito in favore del cessionario si è verificato in data anteriore al fallimento.

Fatti salvi i casi di revocatoria previsti dalla legge speciale e fallimentare, il creditore cessionario può procedere all'incasso del credito, incasso che costituisce attuazione del diritto trasferito e non esecuzione di un mandato.

Avv. Massimo Di Muro
massimo.dimuro@munaricavani.it

Dott.ssa Alessandra Lamolinara
alessandra.lamolinara@munaricavani.it

¹⁵ STAUNOVO POLACCO, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: i contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., 27 giugno 2017, n. 15943, in questo *Osservatorio*, 2017, n. 3, 2 e Cass. civ., 8 luglio 2015, n. 1420, in *Fall.*, 2016, 164.

¹⁷ Cass. civ., 25 settembre 2017, n. 22277, in *Giust. civ. Mass.*, 2017.

4. Commissione Tributaria Regionale (Torino), sez. III, 13 novembre 2017, n. 1608

Imposta sul Reddito delle Società – Detrazioni – Accantonamenti – Rischi su credito – Crediti ceduti – Deduzione – Ammissibilità – Condizioni

(D.P.R., 23 dicembre 1986, n. 917, art. 106, comma 1)

In tema di determinazione del reddito d'impresa, la deduzione degli accantonamenti nel fondo rischi su crediti di cui all'art. 106, comma 1 del D.P.R., 23 dicembre 1986, n. 917 può applicarsi anche ai crediti ceduti pro solvendo nell'ambito di una operazione di factoring laddove, nonostante la cessione, sussistono rischi di inadempimento del debitore ceduto in capo al creditore cedente.

* * *

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI PIEMONTE
TERZA SEZIONE

riunita con l'intervento dei Signori:

GIUSTA MAURIZIA

STEINLEITNER BIANCA

PONTONE MARZIO

ha emesso la seguente

- Presidente

- Relatore

- Giudice

SENTENZA

- sull'appello n. (*omissis*) depositato il 18/02/2016- avverso la pronuncia sentenza n. (*omissis*) Sez: 2 emessa dalla Commissione Tributaria Provinciale di TORINO

contro:

DIREZIONE REGIONALE PIEMONTE UFFICIO CONTENZIOSO C. VINZAGLIO 8 10100 TORINO

proposto dagli appellanti:

[Alfa] VIA (*omissis*...) 10127 T. difeso da: (*omissis*...)VIA (*omissis*...) 10128 TORINO TO difeso da: (*omissis*...)VIA (*omissis*...) 10128 TORINO TO difeso da: (*omissis*...)VIA (*omissis*...) 10128 TORINO TO difeso da: (*omissis*...)VIA (*omissis*...) 10128 TORINO TO

Atti impugnati:

AVVISO DI ACCERTAMENTO n. (*omissis*...) IRES-ALTRO 2009AVVISO DI ACCERTAMENTO n. (*omissis*...) IRAP 2009**Fatto**

Trattasi di appello presentato da [Alfa] contro Direzione Regionale Piemonte – Ufficio Contenzioso

Atto impugnato: Avviso di accertamento n. (*omissis*...) - Anno 2009 - Imposta IRAP

Valore della controversia € 958.969,00

Premesso che:

Con l'avviso *de quo*, l'Ufficio Grandi Contribuenti della Direzione Regionale del Piemonte ha accertato nei confronti della [Alfa] (realizzazione e gestione impianti industriali), per l'anno d'imposta 2009: ai fini IRES, una maggior reddito d'impresa di € 226.637,00, ai fini IRAP, un maggior valore della produzione netta pari ad € 20.926.276,00.

In particolare, nell'accertamento l'Ufficio contestava: (i) indeducibilità, ai fini IRES, della quota di accantonamento al fondo svalutazione crediti, nella parte in cui tiene conto dei crediti ceduti *pro solvendo* dalla [Alfa], in violazione dell'art. 106, primo comma, TUIR; (ii) omessa contabilizzazione di ricavi; (iii) indeducibilità, ai fini IRES ed IRAP, per IVA versata nel 2009 a seguito della definizione in adesione agli accertamenti emessi a seguito della verifica fiscale della Guardia di Finanza per gli anni 2003 e 2004 - in violazione dell'art. 99, primo comma, TUIR; (iv) illegittima deduzione del costo del lavoro dipendente (cosiddetto "cuneo fiscale") dalla base imponibile IRAP, per un importo di € 19.224.659, in violazione dell'art. 11, primo comma, lett. a), numeri 2 e 4, D. Lgs. n. 446 del 1997; (v) erroneo calcolo della deduzione del costo del lavoro dipendente dalla base imponibile IRAP, per un importo di € 1.538.628, in violazione dell'art. 11, primo comma, lett. a), numeri 2 e 4 e comma 4-septies, D. Lgs. n. 446 del 1997.

La società presentava ricorso eccependo: (i) violazione art. 12, settimo comma, L. n. 212 del 2000, per mancata emissione di un processo verbale di chiusura delle operazioni di verifica; (ii) inapplicabilità dell'art. 11, primo comma, lett. a), numeri 2 e 4, D. Lgs. n. 446 del 1997; (iii) diritto del contribuente di rivalersi, nei confronti dei cessionari dei beni e dei committenti dei servizi, dell'IVA versata nell'ambito di una definizione in adesione di un accertamento si applica agli accertamenti divenuti definitivi successivamente all'entrata in vigore (24 gennaio 2012) del D.L. n. 1 del 24 gennaio 2012 (iv) in via subordinata, la disapplicazione delle sanzioni afferenti sull'illegittima deduzione del "cuneo fiscale" ai fini IRAP per obiettive condizioni di incertezza sulla portata e l'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di "cuneo fiscale".

Con sentenza n. 1059/02/15 emessa il 08/06/15 e depositata il 29/06/15, la Sezione n. 2 della Commissione Tributaria Provinciale di Torino respingeva il ricorso. Spese liquidate in € 20.000,00.

Essa rileva che: "...Sul rilievo, n. 4 dell'avviso di accertamento, la Società ricorrente eccepisce l'inapplicabilità dell'art. 11 comma 1, lett a), numeri 2 e 4, D. Lgs. n. 446 del 1997, (*omissis*...) l'eccezione è infondata e va rigettata.

Si rileva che l'art. 11 del D. Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, come modificato dalla L. 27 dicembre 2006, n. 296; riconosce in favore dei soggetti di cui all'art. 3, comma 1, lettere da a) ad e), nel medesimo D. Lgs. n. 446 del 1997, alcune deduzioni dalla base imponibile Irap riferibili a ciascun lavoratore dipendente impiegato a tempo indeterminato nel periodo d'Imposta, finalizzate alla diminuzione dell'incidenza degli oneri impropri sul costo del lavoro.

Il citato art. 11, primo comma D. Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, espressamente prevede che sono, esclusi dalla fruizione delle deduzioni, oltre alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 3, primo comma, lett. e *bis*), dei D. Lgs. n. 446 del 1997, anche le imprese operanti in concessione e a tariffa nel settore dell'energia, dell'acqua, dei trasporti, delle infrastrutture, delle poste, delle telecomunicazioni, della raccolta e depurazione delle acque di scarico e della raccolta e smaltimento rifiuti.

Trattasi di tutte imprese che operano nell'ambito dei pubblici servizi in forza sia di una concessione pubblica sia di una tariffa regolamentata nel senso che tali "criteri sono cumulativi e non alternativi".

Per quanto riguarda il profilo giuridico, deve trattarsi di un'attività svolta in forza di una concessione traslativa, vale a dire "di un provvedimento con il quale l'ente pubblico, conferisce a un soggetto, privato diritti e potestà inerenti un'attività economica in origine riservata alla Pubblica Amministrazione e che, tuttavia, questa non intende esercitare direttamente".

Per quanto riguarda il profilo, economico, deve trattarsi di un'attività il cui corrispettivo è costituito da una tariffa e cioè da un prezzo fissato o "regolamentato" dalla Pubblica Amministrazione in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione.

Nel caso in esame, si ritiene che ricorrano i requisiti "di concessione e di tariffa" richiesti dalla norma ai fini dell'esclusione dai benefici riguardanti al cuneo fiscale e contributivo; la presenza di tali elementi, preclude alla società il diritto di beneficiare delle deduzioni previste dall'art. 11, comma 1, lettera a), numeri 2, 3 e 4 del D. Lgs. n. 446 del 1997.

Sul rilievo n. 1 dell'avviso di accertamento, la Società ricorrente eccepisce la violazione dell'art. 106, comma 1, del D.P.R. n. 917 del 1986.

Ai fini del calcolo della svalutazione dei crediti commerciali in essere al 31 dicembre 2009, la Società ricorrente ha determinato il totale dei crediti su cui calcolare la quota di accantonamento al fondo svalutazione crediti deducibile nell'esercizio ai sensi dell'art. 106 del Tuir, considerando, tra gli altri, i

crediti vantati nei confronti della B.F. S.p.a., ceduti “*pro solvendo*” alla (*omissis*), (ora (*omissis*)) con atto del 17 dicembre 2004. L’art. 106 del Tuir, comma 1, statuisce che: “Le svalutazioni dei crediti risultanti in bilancio, per l’importo non coperto da garanzia assicurativa, che derivano dalle cessioni di beni e dalle prestazioni di servizi, indicate nel comma 1 dell’articolo 85, sono deducibili in ciascun esercizio nel limite dello 0,50 per cento del valore nominale o di acquisizione dei crediti stessi. Nel computo del limite si tiene conto anche di accantonamenti per rischi sui crediti. La deduzione non è più ammessa quando l’ammontare complessivo delle svalutazioni e degli accantonamenti ha raggiunto il 5 per cento del valore nominale o di acquisizione dei crediti risultanti in bilancio alla fine dell’esercizio”. La Circolare Ministeriale n. 19/9/015/S del 1 agosto 1987, ha chiarito che “vanno esclusi dalla base di commisurazione di detto fondo i crediti commerciali ceduti in *factoring*, indipendentemente dal fatto che il relativo contratto sia riconducibile tra le cessioni di credito *pro-solvendo* e *pro-soluto*, atteso che... I crediti *pro-soluto* o *pro solvendo* cessano di appartenere all’attivo patrimoniale dell’azienda cedente, per entrare a far parte di quello del *factor*, con la conseguenza che solo quest’ultimo è legittimato a tenerli in calcolo per la formazione del fondo di accantonamento di cui trattasi, salva la facoltà - ricorrendo l’ipotesi di cessione *pro-solvendo* - del cedente di includerli tra i propri crediti nel caso in cui avvenga la retrocessione degli stessi in dipendenza del mancato pagamento del debitore ceduto”.

Pertanto, riguardo alla deducibilità della perdita del credito ceduto, le perdite da cessione *pro-solvendo*, sono in deducibili, e per il riconoscimento della deducibilità, è necessario attendere l’azione di rivalsa del cessionario nei confronti del cedente...”.

D.V.T. Spa in data 18/02/2016 proponeva ricorso in appello per i seguenti motivi:

- Erroneità, illogicità e illegittimità nel merito delle conclusioni della Sentenza impugnata sul rilievo n. 4 dell’avviso di accertamento (relativo all’esclusione del beneficio del cd. Cuneo fiscale *ex art.* 11 D. Lgs. n. 446 del 1997, ai fini Irap). L’Ufficio e così la sentenza impugnata pretende di escludere la Società dal beneficio in esame sull’errato presupposto che questa operasse “in concessione” (presupposto giuridico) e “a tariffa” (presupposto economico) in uno o più dei settori individuati dall’art. 11 co. 1, lett. a), del D. Lgs. n. 446 del 1997. Il primo requisito per la verifica della causa di esclusione *de qua* è la sussistenza di un rapporto di concessione traslativa ovvero di un trasferimento di diritti e potestà dalla Pubblica Amministrazione a favore di un terzo privato ai fini dello svolgimento, da parte del suddetto terzo, di un’attività economica che la P.A. intende esternalizzare. La giurisprudenza amministrativa (interna e comunitaria), nell’operare una distinzione tra appalto di servizi e concessione, è consolidata nell’individuare tale seconda fattispecie dando rilievo a tre elementi che attengono essenzialmente a: (i) l’effetto soggettivo in capo alla controparte privata che, in caso di concessione, è di tipo accrescitivo (attribuisce al privato concessionario potestà pubbliche e, così, una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica), mentre, in caso di appalto, l’appaltatore opera in relazione e nell’ambito della propria sfera di soggetto economico secondo le leggi del mercato, compiendo mera attività di rilevanza economica nell’interesse del committente pubblico; (ii) la natura del rapporto che è unilaterale nel caso di attribuzione di un titolo concessorio, contrattuale e negoziale in caso di appalto; (iii) la ripartizione del rischio tra le parti: si è in presenza di una concessione quando l’operatore privato si assume tutti i rischi e trae la sua remunerazione direttamente dagli utenti tramite la riscossione di un diritto (canone o tariffa, indicato dal concedente), con la precisazione che proprio sull’assenza di questo presupposto la giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato la ricorrenza di un’ipotesi di appalto pubblico, e non di concessione, in relazione all’affidamento del servizio di raccolta rifiuti a terzi privati con corrispettivo pagato dall’ente affidante. Ciò posto, nessuno di tali presupposti sussiste nel caso di specie; del che la Società, in via del tutto risolvente, aveva dato ampia rappresentazione nel primo grado di giudizio tramite la disamina di alcuni contratti stipulati con diversi enti locali e in relazione all’attività di raccolta dei rifiuti. L’estraneità dei rapporti che la Società intrattiene con controparti pubbliche a qualsiasi fattispecie concessoria trova, poi, conferma, per “contrasto”, laddove si analizzino i contenuti di una convenzione che abbia effettivamente natura concessoria, come quella, già menzionata nel fatto, che la (*omissis*) (partecipata da [Alfa]) ha stipulato con (*omissis*) per l’affidamento in concessione del servizio di raccolta separata e trasformazione della frazione organica e verde vegetale dei rifiuti e dei fanghi biologici in *compost* di qualità, tramite un apposito impianto da realizzarsi (sempre a cura della concessionaria) nel

Comune di Codroipo, in base al quale alla concessionaria medesima è attribuita la funzione pubblica relativa alla realizzazione dell'intero progetto e il trasferimento delle connesse pubbliche potestà.

- Erroneità e illegittimità delle conclusioni della sentenza impugnata in materia di disapplicazione, in via subordinata alle domande in via principale, delle sanzioni sul rilievo n. 4 dell'avviso di accertamento (relativo all'esclusione del beneficio del cd. Cuneo fiscale *ex art. 11 D. Lgs. n. 446 del 1997 ai fini IRAP*). Disapplicazione, ai sensi dell'art. 6, co. 2, D. Lgs. n. 472 del 1997, delle sanzioni a tale titolo irrogate, sussistendo, per tutto quanto rappresentato nel merito, una chiara ipotesi di obiettive condizioni di incertezza sull'ambito applicativo della nonna stessa.

- Erroneità e illegittimità nel merito delle conclusioni della sentenza impugnata sul rilievo n. 1 dell'avviso di accertamento (relativo alla pretesa violazione dell'art. 106. co. 1. TUIR in materia di deducibilità di svalutazioni crediti, ai fini IRES. Il rilievo in esame trae origine dall'asserita indebita deduzione dal reddito d'impresa di componenti negativi per € 63.648, pari allo 0,5% di € 12.729.553, corrispondente al valore nominale al 31 dicembre 2009 dei crediti ceduti alla società (*omissis*) (ora (*omissis*)) mediante un contratto di *factoring pro-solvendo*. Nel non si ritiene corretta l'impostazione assunta dalla Circolare Ministeriale richiamata dai giudici che non costituisce fonte di diritto, con particolare riferimento all'assimilazione delle cessioni *pro-solvendo* e *pro-soluto*, in quanto, attraverso la cessione *pro-solvendo*, il credito esce sì dalla sfera patrimoniale del cedente per entrare in quella del cessionario, tuttavia lo stesso cedente resta obbligato in via di regresso e può essere chiamato a pagare in luogo del debitore ceduto rivelatosi inadempiente. Deve pertanto ritenersi legittimo l'accantonamento per rischi su crediti, in caso di cessione *pro-solvendo*, non solo da parte del cessionario, ma anche da parte del cedente, che creditore può ridiventare per il rischio assunto con la cessione. Un doppio accantonamento, quindi, giustificato dall'esigenza di coprire i rischi gravanti su più soggetti in relazione ad un solo credito.

- Erroneità e illegittimità nel merito delle conclusioni della sentenza impugnata sul rilievo n. 3 dell'avviso di accertamento (relativo alla pretesa violazione dell'art. 99 co. 1 TUIR in materia di deducibilità di Oneri fiscali, ai fini IRES e IRAP. La contestazione in esame riguarda l'asserita indebita deduzione dell'importo pari a € 146.989, relativo alla quota IVA da accertamento pagata nell'esercizio e, più nello specifico, alla sommatoria di quanto pagato mediante quattro rate trimestrali nell'anno 2009 a titolo di maggiore imposta sul valore aggiunto, a seguito della definizione con adesione agli accertamenti, notificati dal competente Ufficio, emessi a seguito della verifica fiscale eseguita dalla Guardia di Finanza in relazione agli anni d'imposta 2003 e 2004. La norma in vigore nel periodo di imposta 2009 vietava espressamente la rivalsa della maggiore imposta pagata in conseguenza dell'accertamento ai sensi dell'art. 99 del TUIR poteva essere legittimamente portata in deduzione.

Chiede:

- in via cautelare, disporre la sospensione dell'esecutività dell'impugnata sentenza pronunciata;
- dichiarare la nullità dell'impugnata sentenza per le motivazioni apposte al motivo I di appello e/o dichiarare l'illegittimità nel merito e, per l'effetto, disporre l'annullamento della sentenza medesima per le motivazioni apposte ai motivi II, III, IV, V, VI e VII di appello, e, in riforma dell'impugnata sentenza:
- dichiarare la nullità e/o dichiarare l'illegittimità nel merito e, per l'effetto, disporre l'annullamento dell'avviso di accertamento;
- in via subordinata, dichiarare l'illegittimità e la conseguente disapplicazione delle sanzioni irrogate;
- in ogni caso, condannare l'Agenzia delle Entrate alla restituzione delle somme eventualmente percepite nelle more del giudizio, maggiorate di interessi legali, ed al pagamento delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

Direzione Regionale Piemonte - Ufficio Contenzioso in data 29/03/2016 proponeva controdeduzioni per i seguenti motivi:

- Sull'esclusione del beneficio del cd. Cuneo fiscale *ex art. 11 D. Lgs. n. 446 del 1997 ai fini Irap*.

La controversia, invece, sta tutta nello stabilire se sussistono nel caso in esame le due condizioni previste per l'applicabilità, in concreto, dell'esclusione ovvero lo svolgimento dell'attività "in concessione e a tariffa". Si tratta, di una attività svolta a vantaggio non dell'Amministrazione, come ritenuto *ex adverso*, ma della comunità cittadina locale - alla quale non può essere, in alcun modo, pertinente la figura dell'appalto di pubblici servizi. Si pensi ad esempio se la società ricorrente avesse curato la pulizia dell'edificio municipale e delle sedi degli uffici comunali: in quel caso si sarebbe configurato certamente un appalto di

pubblici servizi in quanto l'attività è, chiaramente, svolta solo a vantaggio (diretto) dell'Amministrazione e non rientra tra i compiti istituzionali dell'Ente.

Con riferimento al concetto di tariffa, Con la Risoluzione n. 430 del 2008 è stato, altresì, precisato che la circostanza che la società concessionaria non si occupi della riscossione dai beneficiari del servizio reso delle somme necessarie per finanziare la propria attività, è irrilevante nel momento in cui la stessa riceve dal Comune concedente i fondi necessari che hanno come finalità quella di assicurare l'equilibrio economico finanziario dell'investimento e della connessa gestione. Il meccanismo di aggiudicazione "al miglior offerente non è, dunque, rappresentativo di una "contrattazione privatistica" bensì è solo un metodo di scelta dell'affidatario (il miglior offerente, appunto) per un affidamento "in concessione e a tariffa".

- Sulla disapplicazione delle sanzioni: non sono ravvisabili obiettive condizioni di incertezza nella norma.
- Sulla violazione dell'art. 106, co. 1 TUIR in materia di deducibilità di svalutazioni crediti. I crediti *pro soluto* o *pro solvendo* cessano di appartenere all'attivo patrimoniale dell'azienda cedente, per entrare a far parte di quello del *factor*, con la conseguenza che solo quest'ultimo è legittimato a tenerli in calcolo per la formazione del fondo di accantonamento di cui trattasi.
- In ordine alla deduzione dell'IVA da accertamento. Il diritto/dovere di rivalsa deve essere esercitato al momento della fatturazione delle operazioni: di conseguenza, se le operazioni di cui si tratta fossero state correttamente fatturate al momento della loro effettuazione la [Alfa] avrebbe potuto/dovuto esercitare, in quella sede, il diritto di rivalsa e nessun onere sarebbe rimasto a suo carico.
- Violazione del principio del contraddittorio: non vige nell'ordinamento alcun obbligo generale di instaurazione.

Chiede:

- Rigettare interamente l'appello e confermare in toto la sentenza impugnata;
- Con vittoria diritti, onorari e spese di giudizio (Nota spese € 20.562,23).

Diritto

Questa Commissione, analizzati gli atti in proprio possesso, ritiene necessario operare una parziale riforma al *decisum* di prime cure.

Con riferimento alle doglianze della società appellante, in punto all'esclusione del beneficio del cd. "cuneo fiscale" ex art. 11 D. Lgs. n. 446 del 1997, questa Commissione le ritiene prive di pregio e per l'effetto ne dispone il rigetto.

In primis rilevasi che per espressa previsione dell'art. 11 primo comma del D. Lgs. n. 446 del 1997 espressamente risultano escluse le società di raccolta e smaltimento rifiuti operanti nelle forme della concessione e a tariffa sostituendo di fatto la pubblica amministrazione: inconferente è pertanto la giurisprudenza di merito riportata dalla contribuente laddove la decisione pronunciata risulta di fatto influenzata dalla dubbia appartenenza dell'impresa accettata ai settori economici riportati dalla norma.

Necessaria è tuttavia la verifica da parte di questa Commissione del rapporto tra l'odierna appellante e l'organo pubblico ed in particolare se tale rapporto possa in concreto ritenersi equiparabile al contratto della concessione a tariffa.

Stante l'assenza di una vera e propria definizione legislativa di "concessione", il corretto inquadramento di quest'ultima non può che essere individuato nella dottrina e giurisprudenza.

Ciò anche in luogo del fatto che l'art. 11 D. Lgs. n. 446 del 1997 prevede specifiche deduzione dalla base imponibile per i datori di lavoro in deroga al generale principio di indeducibilità dei costi afferenti i lavoratori: ne discende che, mentre i termini di tali esclusioni dal principio generale debbono di forza essere interpretati in modo restrittivo, le eccezioni alla deroga non possono che essere interpretate in modo estensivo, rifacendosi alla regola generale medesima (nella fattispecie l'indeducibilità del costo del lavoro dalla base imponibile IRAP).

Ne consegue che, in assenza di una specifica previsione legislativa e dalla necessità di ricondurre quest'ultima in termini estensivi rispetto alla legge deroga, la definizione di "concessione" nonché dei suoi effetti traslativi in capo alla società debba individuarsi per l'odierna fattispecie nella sentenza n. 2294/2002 del Consiglio di Stato, da intendersi ad oggi la fonte in termini giurisprudenziali maggiormente attendibile.

Si legge “la disciplina di derivazione comunitaria adotta una definizione di carattere enumerativo ed analitica, volta a ridurre i margini di incertezza interpretativa. La dottrina tradizionale ha individuato la distinzione fra l'appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici, facendo riferimento a molteplici criteri: a. la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto; b. il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, mentre l'appaltatore compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; c. l'effetto accrescitivo della concessione, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica; d. il trasferimento di potestà pubbliche (autoritative o certificative) in capo al concessionario, che opererebbe quale organo indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore eserciterebbe solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico. La dottrina più recente ha rilevato, in senso critico, che, nell'evoluzione concreta della disciplina dei servizi pubblici, il modulo concessorio è frequentemente sostituito da altri titoli (anche convenzionali) di affidamento del servizio. Pertanto, in termini più convincenti, si è posto l'accento sulla diversità dell'oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati. L'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sulla individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Tale criterio integrativo, peraltro, assume un rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente.

Ora, nel caso di specie, l'oggetto del rapporto, riguardante il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti urbani, è riconducibile senz'altro alla figura dell'affidamento di un servizio pubblico: le prestazioni richieste al privato “appaltatore” sono rivolte non già a vantaggio dell'amministrazione, ma riguardano, in modo generalizzato, le collettività locali rappresentate dai due comuni”.

Dirimente della controversia è da intendersi l'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato: il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti svolto dalla società contribuente è un servizio che rientra nelle funzioni esclusive ed istituzionali pubbliche del Comune, effettuate a vantaggio dei cittadini, il quale o viene svolto direttamente dal Comune stesso con propri impiegati e mezzi oppure può essere affidato a privati solo in concessione, attraverso un atto traslativo dell'esercizio di un servizio pubblico appartenente alle funzioni pubbliche esclusive dell'Ente pubblico concedente.

Il trasferimento di potestà pubbliche in capo alla società di diritto privato, coerentemente con il servizio di smaltimento, si palesa a tutte quelle funzioni che non ricorrono nella sfera dei privati quali la possibilità di deviare il traffico cittadino o di transennare le strade al fine di svolgere il servizio.

Infine, non si può ignorare il fatto che, pagando l'Ente concedente il servizio con quasi la totalità delle disponibilità raccolte attraverso i recuperi di sua competenza presso i cittadini, si realizzi di fatto quel meccanismo remunerazione dagli utenti finali tipico del contratto di concessione a tariffa.

Sul punto non possono nemmeno ritenersi disapplicate le sanzioni non essendo ravvisabile alcuna condizione di incertezza della norma.

In ordine alla violazione dell'art. 106, co. 1, TUIR in materia di deducibilità di svalutazioni crediti *pro-solvendo*, le eccezioni di parte appellante sono da ritenersi degne di pregio e perciò accolte.

Dirimenti sulla questione sono le sentenze della Corte di Cassazione n. 14337, 14338 e 14339 del 30 giugno 2011 secondo cui in tema di crediti ceduti *pro-solvendo* la deduzione degli accantonamenti iscritti nel fondo rischi su crediti si applica ai crediti ceduti se, e nella misura in cui, essi, nonostante la cessione, determinino una situazione di rischio per il cedente. La pretesa dell'Amministrazione Finanziaria di escludere la deducibilità dei crediti ceduti è fondata solo nei limiti in cui i crediti ceduti non comportino un rischio di inadempimento: tale rischio è comprovato stante l'effettivo sostenimento della società appellante delle posizioni cedute *pro-solvendo* verso la (*omissis*), rilevato l'inadempimento di quest'ultima per intervenuto fallimento.

In ordine alla deduzione della quota IVA da accertamento si accolgono le doglianze di parte appellante.

Come correttamente la società contribuente rileva nelle proprie censure la formulazione dell'ultimo comma dell'art. 60 del D.P.R. n. 633 del 1972 in vigore nel periodo di imposta 2009 prevedeva l'impossibilità di operare il meccanismo della rivalsa sull'imposta o sulla maggiore imposta pagata in conseguenza dell'accertamento o della rettifica nei confronti dei cessionari dei beni o dei committenti dei servizi".

Essendo espressamente vietata *ex-lege* la rivalsa la società era legittimata ad operare la deduzione secondo il principio di cassa previsto dall'art. 99 del TUIR ai sensi del quale "le imposte sui redditi e quelle per le quali è prevista la rivalsa, anche facoltativa, non sono ammesse in deduzione. Le altre imposte sono deducibili nell'esercizio in cui avviene il pagamento".

L'impostazione era all'epoca altresì avallata dalla Corte di Cassazione la quale si era pronunciata nel senso "di garantire la stabilità dei rapporti giuridici, che sarebbe compromessa da rivalse su operazioni ormai remote e dal tentativo del cessionario - se soggetto passivo d'Iva - di detrarre la relativa imposta; esigenza che prevale rispetto alle ragioni di politica tributaria ispiratrici della neutralità dell'IVA e della tassazione del solo consumo finale" (Cassazione, 26 maggio 2010, n. 12882).

Non possono infine essere condivise le posizioni assunte dalla società contribuente in ordine all'obbligatorietà del principio di contraddittorio non vigendo nell'ordinamento come affermato da numerosa giurisprudenza di legittimità alcun obbligo generale e non trattandosi nella fattispecie di accertamenti effettuati in loco attraverso ispezioni ed accessi.

Le spese del presente grado di giudizio, alla luce della reciproca soccombenza delle eccezioni mosse dalle Parti, sono da intendersi compensate.

P.Q.M.

Accoglie l'appello della contribuente in punto alla deducibilità delle svalutazioni su crediti ceduti ed alla deducibilità della quota di IVA da accertamento, conferma nel resto. Spese compensate.

Così deciso in Torino il 16 ottobre 2017.

* * *

IL CASO

Con la decisione in commento, la giurisprudenza tributaria è tornata a occuparsi della questione relativa alla deducibilità fiscale, in capo al cedente, delle svalutazioni relative a crediti di cui il contribuente non è più titolare, sotto il profilo prettamente giuridico, a seguito di cessione pro solvendo.

Con avviso di accertamento relativo all'anno di imposta 2009 (di seguito l'“Avviso”), l'Ufficio Grandi Contribuenti della Direzione Generale del Piemonte ha contestato alla società Alfa un maggior reddito di impresa a fini IRES e un maggior valore della produzione a fini IRAP. Con riferimento alla contestazione a fini IRES, l'Ufficio ha, tra l'altro, rettificato la deduzione, quale componente negativa del reddito, di una quota di accantonamento al fondo svalutazione crediti.

In particolare, tale accantonamento avrebbe indebitamente tenuto conto di crediti ceduti pro solvendo nell'ambito di una operazione di factoring, con conseguente violazione del limite alla deduzione di cui all'art. 106, comma 1, del Testo Unico sulle Imposte sui Redditi (D.P.R. 23 dicembre 1986, n. 917 e successive modifiche, di seguito “TUIR”).

L'Ufficio ha dunque contestato ad Alfa la deduzione di una svalutazione (per Euro 63.648) di crediti (dell'ammontare complessivo di circa 1,2 milioni di Euro) che, essendo stati ceduti al Factor, non rientravano più nel patrimonio della Società e non avrebbero potuto dunque costituire oggetto di una svalutazione da dedurre nella formazione del reddito da sottoporre a imposizione.

Alfa ha pertanto impugnato l'Avviso eccependo, per quanto di rilievo nella presente sede¹, la legittimità della deduzione, poiché la cessione è stata effettuata, con atto del 17 dicembre 2004, pro solvendo, con conseguente permanenza di un rischio in capo al cedente. Il ricorso è stato tuttavia respinto dalla Commissione Tributaria Provinciale di Torino.

Il Giudice di Primo Grado ha, in primo luogo, richiamato il contenuto dell'art. 106, comma 1, TUIR, il quale consente la deducibilità fiscale di svalutazioni dei crediti costituenti ricavi risultanti in bilancio – escluso dal computo l'importo di crediti coperti da garanzie assicurative – con il limite forfettario dello 0,50% del valore nominale o di acquisizione dei crediti stessi, oltre agli ulteriori limiti previsti da tale disposizione e nel prosieguo esposti.

La Commissione Provinciale ha tuttavia accolto un'interpretazione dell'art. 106, comma 1, TUIR in linea con quella adottata dall'Ufficio, sulla scorta della Circolare Ministeriale 19/9/015S del 1° agosto 1987. In tale Circolare si sostiene infatti che, dalla base di commisurazione del fondo per rischi sui crediti, debbano necessariamente essere esclusi i crediti commerciali ceduti in factoring, e ciò indipendentemente dalla circostanza per cui la cessione sia avvenuta pro soluto ovvero pro solvendo, giacché in entrambe le ipotesi i crediti cessano di appartenere all'attivo patrimoniale dell'azienda cedente, per entrare a far parte di quello del Factor, con la conseguenza che solo quest'ultimo è legittimato a tenerli in calcolo per la formazione del fondo di accantonamento di cui trattasi, salva la facoltà – ricorrendo l'ipotesi di cessione pro solvendo – del cedente di includerli tra i propri crediti nel caso in cui si realizzi la retrocessione degli stessi in ragione del mancato pagamento del debitore ceduto.

Ne consegue che, secondo la Commissione Provinciale, le perdite da cessione pro solvendo sarebbero indeducibili, salvo attendere l'azione di rivalsa del cessionario nei confronti del cedente.

Alfa ha quindi presentato ricorso avverso la decisione di primo grado avanti alla Commissione Regionale Tributaria, sostenendo che la Circolare Ministeriale 19/9/015S – che non costituisce fonte del diritto – si fonderebbe su di una impostazione non corretta, laddove non tiene in debito conto della circostanza per cui, con la cessione pro solvendo, per quanto il credito fuoriesca dal patrimonio del cedente, quest'ultimo resta obbligato in via di regresso e può essere chiamato al pagamento in luogo del debitore ceduto rivelatosi inadempiente. Sarebbe quindi giustificata la possibilità di operare un doppio accantonamento sullo stesso credito (da parte sia del cedente, sia del cessionario) in virtù dell'esigenza di coprire i rischi gravanti su più soggetti in relazione a un solo credito.

La Commissione Tributaria Regionale di Torino ha accolto, sul punto, le doglianze dell'appellante². Richiamandosi a un conforme orientamento della Corte di Cassazione, il Giudice di secondo grado ha rilevato che

¹ Il contenzioso tributario aveva a oggetto anche:

i) la deduzione del costo del lavoro dipendente (c.d. “cuneo fiscale”) posta in essere da Alfa e contestata dall'Ufficio, che ha ritenuto Alfa rientrante nella categoria di soggetti esclusi dalla possibilità di avvalersi di questo beneficio (pubbliche amministrazioni e imprese operanti in concessione a tariffa nel settore dell'energia, dell'acqua, dei trasporti, delle infrastrutture, delle poste, delle telecomunicazioni, della raccolta e depurazione delle acque di scarico e della raccolta e smaltimento dei rifiuti) ai sensi dell'art. 11, primo comma, D. Lgs., 15 dicembre 1997, n. 445, come modificato dalla Legge 27 dicembre 2006, n. 296;
ii) la deducibilità a fini IRES e IRAP per IVA versata nel 2009 a seguito di accertamenti emessi per verifiche della Guardia di Finanza per gli anni 2003 e 2004.

² L'appello di Alfa è stato invece respinto con riferimento al motivo relativo all'art. 11, primo comma, D. Lgs., 15 dicembre 1997, n. 445, avendo la Commissione Regionale confermato che il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti svolto dalla società contribuente è un servizio che rientra nelle funzioni esclusive e istituzionali pubbliche del Comune, effettuate a vantaggio dei cittadini, che – se non svolto dal Comune con propri mezzi e impiegati – può essere affidato ai privati solo in concessione, con conseguente impossibilità del concessionario di operare deduzioni del cuneo fiscale (cfr. *supra* nt. 1, *i*)).

Circa deducibilità per IVA versata a seguito di accertamento (cfr. *supra* nt. 1, *ii*)), è stata invece accolta la tesi del contribuente. Infatti Alfa non aveva, a norma della disciplina all'epoca vigente, la possibilità di esercitare la rivalsa nei confronti del cessionario del servizio (introdotta solo dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 93 a seguito di avvio di procedura di infrazione da

la deduzione degli accantonamenti iscritti nel fondo rischi su credito si applica ai crediti ceduti se, e nella misura in cui, i crediti ceduti comportino un rischio di inadempimento con riguardo al cedente. Peraltro, nella fattispecie in esame, la soluzione pare corroborata, a quanto sembra dedursi dalla motivazione, dall'effettivo pagamento sostenuto da Alfa nei confronti del Factor, a seguito del fallimento del debitore ceduto.

COMMENTO

Con la pronuncia in esame la giurisprudenza tributaria ha nuovamente l'occasione di pronunciarsi su un tema di notevole rilievo pratico, ribadendo gli approdi esegetici cui è giunta la giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Il tema si innesta nello iato tra realtà giuridica e realtà economica riscontrabile nella operazione di cessione pro solvendo del credito, che comporta l'insorgenza di specifiche problematiche sotto il profilo bilancistico e tributario. Sotto il profilo giuridico, infatti, l'operazione di cessione dei crediti di impresa regolata dalla Legge 21 febbraio 1991, n. 52 comporta certamente – fatta salva la cessione con effetti obbligatori di crediti futuri determinati – l'effetto reale del trasferimento del credito in capo al cessionario³, e ciò anche a voler riconoscere una funzione di garanzia alla cessione⁴.

Il credito ceduto, pertanto, ha un unico titolare, che è il Factor, legittimato all'esercizio di tutte le facoltà nei confronti del debitore ceduto ricomprese nel diritto di credito.

Sotto il profilo economico, tuttavia, la garanzia pro solvendo concessa dal cedente – garanzia che costituisce la regola dispositiva contenuta all'art. 4, L. n. 52/1992 per le cessioni di crediti d'impresa e l'eccezione alla regola dispositiva di cui all'art. 1267 c.c. per la cessione ordinaria – comporta la circostanza per cui il cedente si trova esposto all'inadempimento e all'insolvenza del debitore ceduto, in modo e misura del tutto analoghe a quanto accadeva prima della cessione⁵.

E infatti, sotto il profilo bilancistico, il Principio Contabile n. 15 dell'OIC stabilisce che la cessione del credito non comporta la sua cancellazione dall'attivo dello Stato Patrimoniale quando la società non abbia trasferito sostanzialmente tutti i rischi; in questo caso “[...] il credito che rimane iscritto in bilancio è assoggettato alle regole generali di valutazione [...]” e “Nel caso di anticipazione di una parte del corrispettivo pattuito da parte del cessionario, in contropartita dell'anticipazione si iscrive un debito di natura finanziaria” (OIC n. 15, dicembre 2016, punto 7560).

Il credito viene quindi rappresentato in bilancio come se fosse stato trasferito in garanzia a fronte di un prestito ricevuto, con sostanziale mantenimento del rischio di inadempimento in capo al cedente⁶. Si tratta in sostanza di

parte della Commissione Europea), e la stessa era dunque legittimata a dedurre per cassa la maggiore imposta versata a seguito dell'accertamento fiscale.

³ Cfr. Cass. civ., 27 giugno 2017, n. 15943, in questo Osservatorio, 2017, 3, 2 e Cass. civ. 8 luglio 2015, n. 1420, in *Fall.*, 2016, 164.

⁴ Cass. civ., 3 dicembre 2002, n. 17162, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2109; Cass. civ., 16 aprile 1999, n. 3797, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 868; per una ricostruzione nel contempo sistematica e pratica delle problematiche inerenti la cessione del credito in garanzia, v. DOLMETTA – PORTALE, *Cessioni del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, 76.

⁵ Si è osservato invero che “La garanzia della solvenza fa sì che il credito, pur essendosi verificato l'effetto traslativo, sia in realtà sospeso tra il patrimonio del cedente e quello dell'acquirente in attesa dell'adempimento del debitore. Il momento traslativo si è infatti realizzato con la notificazione al ceduto, tuttavia il credito può tornare in capo al cedente per effetto della garanzia pro-solvendo” (VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, 707).

⁶ La precedente versione dello stesso principio contabile consentiva, con riferimento ai crediti ceduti *pro solvendo*, sia di rimuoverli dall'attivo patrimoniale della società (in contropartita diretta dell'iscrizione della somma incassata e, per l'eventuale importo pattuito ma non ancora incassato, di un credito verso il cessionario), sia di mantenerli iscritti nell'attivo rilevando nel passivo un debito pari all'importo ricevuto dal cessionario. In ogni caso, pure nella ipotesi di cancellazione del credito

una ipotesi nella quale pure i principi contabili nazionali – conformati ai principi codicistici di prudenza, nell'interesse dei terzi, e in particolare dei creditori – prevedono l'emersione della sostanza economica dell'operazione anche in difformità alla veste giuridica della stessa, secondo il principio substance over form proprio dei principi contabili internazionali⁷.

Nel caso in cui l'insolvenza del debitore divenga probabile, in applicazione del criterio prudenziale di iscrizione dei crediti al presumibile valore di realizzo (art. 2425, n. 8), c.c.), la società dovrà dunque svalutare il credito ceduto in misura corrispondente alla perdita attesa⁸.

La trasposizione di questi principi in tema di determinazione del reddito a fini impositivi ha dato tuttavia luogo a incertezze interpretative e ad un non trascurabile contenzioso tributario.

Come sopra visto, l'art. 106, comma 1, TUIR¹⁰ prevede che la deduzione dal reddito imponibile determinata dalla svalutazione dei crediti possa ammontare per ciascun esercizio a una percentuale massima dello 0,50% dei crediti iscritti a bilancio – esclusi quelli coperti da garanzia assicurativa¹¹ – sinché la somma di svalutazioni e accantonamenti per rischi su crediti non abbia raggiunto il 5% del valore nominale (o di cessione, per il caso di acquisto a titolo derivativo a prezzo inferiore al nominale) dei crediti risultanti a bilancio alla fine dell'esercizio¹².

dall'attivo, si riteneva che per la evitare lacune informative si dovesse comunque mettere in evidenza nei conti d'ordine l'ammontare del rischio ancora gravante sulla società cedente. Cfr. per queste considerazioni e per la ricostruzione esaustiva del dibattito, VENUTI, *I crediti e le operazioni sui crediti (cessione dei crediti, factoring, cartolarizzazioni e contratti affini) nel bilancio codicistico e nel bilancio LAS/IFRS*, in *Riv. soc.*, 2010, 745 ss.

⁷ E infatti lo IAS 39 prevede che, in relazione ad un'attività finanziaria, la società procederà alla sua cancellazione dal bilancio solo se risultano trasferiti sostanzialmente tutti i rischi e i benefici correlati alla sua proprietà.

⁸ V. VENUTI, *I crediti e le operazioni sui crediti (cessione dei crediti, factoring, cartolarizzazioni e contratti affini) nel bilancio codicistico e nel bilancio LAS/IFRS*, cit., loc. cit. che osserva come qualora la società abbia cancellato il debito e segnalato il rischio nei conti d'ordine, il rischio concreto di inadempimento comporterà l'iscrizione di un fondo per rischi stimati in misura pari all'importo della perdita attesa.

⁹ Il Principio Contabile n. 15, in continuità con il passato, consente che per determinare in concreto il presumibile valore di realizzazione si possa ricorrere a un procedimento di valutazione sia globale sia sintetico:

“61. La verifica dell'esistenza degli indicatori di perdita di valore varia a seconda della composizione delle voci dei crediti. Tale verifica è effettuata per ogni singolo credito in presenza di un numero limitato di crediti.

Se invece i crediti sono numerosi e individualmente non significativi, tale verifica può essere effettuata a livello di portafoglio crediti secondo le regole del paragrafo 62).

Nel caso in cui i crediti sono numerosi, ma alcuni di questi sono individualmente significativi, la verifica dell'esistenza degli indicatori di perdita di valore è effettuata a livello di singolo credito per i crediti individualmente significativi, mentre può essere effettuata a livello di portafoglio per i restanti crediti.

62. Se la stima del fondo svalutazione dei crediti avviene a livello di portafoglio, i crediti sono raggruppati sulla base di caratteristiche di rischio di credito simili che sono indicative della capacità dei debitori di corrispondere tutti gli importi dovuti secondo le condizioni contrattuali (per esempio, settore economico di appartenenza dei debitori, area geografica, presenza di garanzie, classi di scaduto). In questi casi, alle suddette classi di crediti si possono applicare formule per la determinazione delle riduzioni di valore (ad esempio, una percentuale dei crediti rappresentativa delle perdite medie storicamente rilevate, eventualmente corretta per tenere conto della congiuntura corrente)”.

¹⁰ Già art. 71 nel testo precedente alla ridefinizione di titoli, capi e sezioni di cui al D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344.

¹¹ La ratio dell'esclusione dei crediti assicurati risiede non solo nell'assenza di rischio inadempimento ma anche nella circostanza per cui l'assicurazione del credito genera di pressé, di per sé, un costo deducibile (es. premio assicurativo) al quale non può aggiungersi una concorrente deducibilità derivante dalla svalutazione del credito: ne consegue che l'espressione “*garanzia assicurativa*” deve essere interpretata quale credito rispetto al cui inadempimento il contribuente è comunque garantito con esclusione del relativo rischio (cfr. Cass. civ., 30 aprile 2014, n. 9433, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, in tema di credito agrario assistito da fideiussione del Fondo Interbancario di Garanzia dietro pagamento di un premio dello 0,50%).

¹² “Le svalutazioni dei crediti risultanti in bilancio, per l'importo non coperto da garanzia assicurativa, che derivano dalle cessioni di beni e dalle prestazioni di servizi indicate nel comma 1 dell'articolo 85, sono deducibili in ciascun esercizio nel limite dello 0,50 per cento del valore nominale o di acquisizione dei crediti stessi. Nel computo del limite si tiene conto anche di accantonamenti per rischi su crediti. La deduzione non è più ammessa quando l'ammontare complessivo delle svalutazioni e degli accantonamenti ha raggiunto il 5% del valore nominale o di acquisizione dei crediti risultanti in bilancio alla fine dell'esercizio”

A norma del successivo secondo comma, le perdite definitive sui crediti di cui al comma 1, determinate con riferimento al valore nominale o di acquisizione dei crediti stessi, sono deducibili a norma dell'art. 101 TUIR¹³, limitatamente alla parte che ecceda l'ammontare complessivo delle svalutazioni e degli accantonamenti nei precedenti esercizi; inoltre se in un esercizio l'ammontare complessivo delle svalutazioni e degli accantonamenti dedotti eccede il 5% del valore nominale o di acquisizione dei crediti, l'eccedenza concorre a formare il reddito dell'esercizio stesso¹⁴.

Il TUIR, pertanto, in materia di crediti, non conferisce rilevanza solo alle perdite, e quindi alla fase di rescissione del legale di questi cespiti dall'impresa, ma anche alla svalutazione, ossia a quello stato intermedio in cui vengono avvertiti e registrati i primi sintomi di insolvenza del debitore¹⁵.

Tuttavia mentre il principio di prudenza nella redazione del bilancio civilistico implica l'iscrizione del credito non oltre il limite della del valore di presumibile realizzo (con imputazione a conto economico di una svalutazione corrispondente alle svalutazioni operate all'attivo patrimoniale), nella prospettiva tributaria questa (provvisoria) decurtazione del valore dei crediti concorre a formare il reddito non in modo pieno ma entro le percentuali stabilite dall'art. 106 TUIR¹⁶.

Il problema pratico oggetto della decisione in commento si innesta proprio sulla determinazione del complesso di crediti sui quali operare la svalutazione dello 0,50% (e quindi sulla possibilità di svalutare i crediti ceduti) laddove la Circolare Ministeriale citata nella pronuncia – risalente al 1987 e difforme dal precedente orientamento della Amministrazione finanziaria (nota 24 marzo 1976 n. 9-818) – al fine di tutelare l'interesse del Fisco, ha ritenuto che, dalla base di commisurazione del fondo per rischi sui crediti, debbano necessariamente essere esclusi i crediti commerciali ceduti in factoring, anche in caso di cessione pro solvendo, poiché i crediti ceduti cessano di appartenere all'attivo patrimoniale del cedente per entrare a far parte di quello del Factor, con la conseguenza per cui solo quest'ultimo è legittimato a tenerli in considerazione nel calcolo per la formazione del fondo di accantonamento di cui trattasi, salva successiva retrocessione degli stessi in ragione del mancato pagamento del debitore ceduto.

¹³ Nello specifico, secondo l'attuale formulazione dell'art. 105, comma 5, TUIR “[...] le perdite su crediti, diverse da quelle deducibili ai sensi del comma 3 dell'articolo 106, sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi e in ogni caso [...] se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 o un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 o è assoggettato a procedure estere equivalenti, previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni. Ai fini del presente comma, il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo o del decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o del decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi o, per le procedure estere equivalenti, dalla data di ammissione ovvero, per i predetti piani attestati, dalla data di iscrizione nel registro delle imprese. Gli elementi certi e precisi sussistono in ogni caso quando il credito sia di modesta entità e sia decorso il periodo di sei mesi dalla scadenza per il pagamento del credito stesso. Il credito si considera di modesta entità quando ammonta a un importo non superiore a 5.000 euro per le imprese di più rilevante dimensione di cui all'articolo 27, comma 10, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, e non superiore a 2.500 euro per le altre imprese. Gli elementi certi e precisi sussistono inoltre in caso di cancellazione dei crediti dal bilancio operata in applicazione dei principi contabili?”.

Per il dibattito che ha investito l'applicazione di questa norma alle cessioni di credito pro soluto cfr. ex plurimis TUNDO, *Ancora sul regime tributario della cessione pro soluto dei crediti*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 74; ATTARDI, *L'imputazione temporale delle perdite su crediti, ai fini del calcolo del reddito d'impresa*, in *Riv. dir. fin.*, 2003, 69, nt. 21; VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., 707 ss., nonché, pure in relazione alla perdita immediata registrabile anche con riferimento alle cessioni pro solvendo, in misura corrispondente al minor corrispettivo rispetto al valore nominale, SIMONELLI – FOTI BELLAGAMBI, *Ulteriori orientamenti sulla individuazione del periodo di competenza nella deduzione di perdite su crediti*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 347.

¹⁴ Queste regole non si applicano agli enti creditizi e finanziari, per cui vigono regole speciali di cui all'art. 101, comma 3, TUIR, più volte modificate nel corso degli anni

¹⁵ CONTI, *La svalutazione integrale dei crediti e le perdite da inesigibilità*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 465; TUNDO, *Atti dispositivi dei crediti: cessioni pro soluto e criteri di imputazione temporale*, in *Rass. Trib.*, 2011, 1137.

¹⁶ V. ancora CONTI, *La svalutazione integrale dei crediti e le perdite da inesigibilità*, cit., loc. cit.

La giurisprudenza si è consolidata in un orientamento unanime contrario alla tesi sostenuta dalla Circolare. Le prime pronunce sono state rese in particolare in tema di crediti ceduti nell'ambito di un rapporto di sconto bancario, osservandosi come la Circolare del 1987 muove da un assunto rigidamente formalistico che trascura di dare significativa rilevanza al fatto che in tema di sconto, ordinario o cambiario, la banca ha diritto di ottenere dal cliente la restituzione della somma anticipata in caso di inadempimento del debitore ceduto, inadempimento che opera quale condizione risolutiva dell'erogazione; né vale rilevare che la retrocessione al cedente dei crediti scontati è solo eventuale, perché subordinata all'inadempimento del debitore ceduto, atteso che il rischio comunque sussiste e tanto basta, se si dà rilevanza (come si deve, ai fini di una rappresentazione non illogica del fenomeno giuridico sottostante) al momento economico dell'operazione: se è vero che il cedente non è più titolare del credito dopo la sua cessione, è altrettanto vero che egli può divenire nuovamente creditore in caso di retrocessione del credito e che quindi corre il rischio dell'inadempimento del debitore ceduto¹⁷. Come quindi successivamente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, occorre dare prevalenza, nell'ottica della norma tributaria, al momento economico dell'operazione¹⁸.

E ancora, non rilevava che il credito fosse iscritto al bilancio nei conti d'ordine e non all'attivo patrimoniale¹⁹ in quanto i conti d'ordine (oggi soppressi con il D. Lgs. 18 agosto 2015, n. 139 ma il cui contenuto informativo dovrà comunque trovare spazio nella nota integrativa) costituivano parte del bilancio ai sensi dell'art. 2424 c.c.²⁰. Secondo questa giurisprudenza anche l'espressione rischi su crediti, oggi contenuta all'art. 101 TUIR, è idonea a ricomprendere non solo l'accantonamento su crediti rischiosi ma anche quello per rischio derivante da crediti, il quale può includere un rischio derivante da un credito ceduto pro solvendo: ed è questa l'interpretazione preferibile sotto il profilo sistematico, nonché per la logica imposta dalla natura delle cose, secondo la quale il rischio continua a gravare sul cedente pro solvendo²¹.

Deve pertanto ritenersi legittimo l'accantonamento per rischi su crediti, in caso di cessione pro solvendo, non solo da parte del cessionario, ma anche da parte del cedente, che creditore può ridiventare per il rischio assunto con la cessione: un doppio accantonamento, quindi, giustificato dall'esigenza di coprire i rischi gravanti su più soggetti in relazione a un solo credito²².

La soluzione in esame è stata quindi accolta dalla giurisprudenza di legittimità con le tre sentenze richiamate dalla Commissione Tributaria in commento – tutte di identico tenore – secondo le quali, in tema di crediti ceduti pro solvendo, la deduzione degli accantonamenti iscritti nel fondo rischi su crediti si applica ai crediti ceduti se e nella misura in cui essi, nonostante la cessione, determinino una situazione di rischio per il cedente; d'altra parte, prosegue la Corte “è fuori discussione, in base alla disciplina degli artt. 2423 bis e 2423 c.c., che del rischio di inadempimento relativo ai crediti ceduti pro solvendo deve tenersi conto nella redazione del bilancio, con la conseguenza che essi devono essere calcolati ed esposti separatamente da quelli derivanti dai crediti non ceduti e dei crediti ceduti pro soluto. La pretesa dell'amministrazione finanziaria di escludere la deducibilità dei crediti ceduti è fondata solo nei limiti in cui i crediti ceduti non comportino un rischio di inadempimento, secondo le regole aziendalistiche di calcolo

¹⁷ Cass. civ., 19 ottobre 2001, n. 12783, in *Giur. imp.*, 2002, 42; nello stesso senso già Comm. Trib. centr., 5 dicembre 1995, n. 4174, in *Rass. Trib.*, 1998, 867; Comm. Trib. reg., Matera, 28 febbraio 1994, in *Rass. Trib.* 1994, 1292; e in senso conforme, successivamente, Cass. civ., 22 agosto 2002, n. 12379, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1562.

¹⁸ Cass. civ., 23 ottobre 2006, n. 22785, in *Diritto&Giustizia on line* 2007.

¹⁹ Come consentito in passato dai principi contabili nazionali, cfr. *supra* nt. 6

²⁰ Cass. civ., 23 ottobre 2006, n. 22785, cit.; Cass. civ., 19 ottobre 2001, n. 12783, cit.

²¹ Cass. civ., 14 febbraio 2002, n. 2133, in *Soc.*, 2002, 1093, con nota di adesiva di VERNA, *Valutazione in bilancio dei crediti ceduti pro solvendo*.

²² Cass. civ., 13 maggio 2003, n. 7317, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; Cass. civ., 19 ottobre 2001, n. 12783, cit.

della corrispondente svalutazione dei crediti. In particolare il calcolo dei rischi su crediti deve essere effettuato secondo le norme tecniche della scienza aziendalistica, applicando regole analoghe a quelle analitiche e/o sintetiche che si applicano per le stime della svalutazione dei crediti”²³.

La sentenza in commento pertanto – nel ribadire consolidati principi giurisprudenziali – merita, si reputa, adesione, in quanto conferisce l’opportuno rilievo, pure a fini tributari, alla realtà economica sottesa alla cessione pro solvendo, confermando la possibilità di deduzione fiscale anche in capo al cedente.

Avv. Massimo Di Muro

massimo.dimuro@munaricavani.it

²³ Cass. civ., 30 giugno 2011, n. 14339, in *Diritto&Giustizia on line* 2011, 23 luglio; Cass. civ., 30 giugno 2011, n. 14338, in *Diritto&Giustizia on line* 2011, 23 luglio e Cass. civ., 30 giugno 2011, n. 14337, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 972.

5. Cassazione Civile, sez. I, 12 dicembre 2017, n. 2910

Concorrenza (Disciplina della) – Intesa vietata – Violazione della normativa *antitrust* – Nullità della fideiussione c.d. *omnibus*

(L. 10 ottobre 1990 n. 287, art. 2; Codice Civile, artt. 1418 e 1938)

In tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi degli artt. 14 e 20 della legge n. 287 del 1990 (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la legge n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2006) a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza.

* * *

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DOGLIOTTI Massimo
Dott. CAMPANILE Pietro
Dott. GENOVESE Francesco A.
Dott. BISOGNI Giacinto
Dott. DE CHIARA Carlo
ha pronunciato la seguente:

- Presidente -
- Consigliere -
- rel. Consigliere -
- Consigliere -
- Consigliere -

ORDINANZA

sul ricorso (*omissis*) proposto da:

B.G., elettivamente domiciliato (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che lo rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

[Banca], già (*omissis*), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. (*omissis*) della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 01/06/2013; udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 20/09/2017 dal cons. (*omissis*).

Fatto

1. La [Società] (*omissis*) stipulava (il 18 febbraio 2005) un contratto di conto corrente con la [Banca] (*omissis*) rispetto al quale (fino alla concorrenza di Euro 200.000,00), prestavano fideiussione i signori B.G. e D.C.
1.1. In data 6 ottobre 2008 la Banca recedeva dal contratto e richiedeva decreto ingiuntivo sia nei confronti di [Società] che dei due fideiussori.

1.2. Con riferimento a tale vicenda, il signor B. - fideiussore di [Società] - ha adito la Corte d'appello di Venezia, in unico grado, chiedendo la declaratoria di nullità del contratto di fideiussione stipulato con la

Banca nonché la condanna della stessa al risarcimento dei danni, domandati in Euro 500.000,00, e la cancellazione del suo nominativo dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia.

1.3. Osservava l'attore, a giustificazione delle proprie domande, che il contratto di fideiussione era pacificamente conforme allo schema contrattuale predisposto dall'ABI e che la Banca d'Italia (all'esito dell'istruttoria svolta - ai sensi della L. n. 287 del 1990, artt. 2 e 14 - proprio nei riguardi dell'ABI, su parere conforme dell'AGCM), aveva dichiarato che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'Associazione bancaria per la stipula delle fideiussioni (da sottoscrivere a garanzia delle operazioni bancarie: fideiussione *omnibus*) contenevano disposizioni che ("nella misura in cui venivano applicate in modo uniforme² dalle proprie associate) erano in contrasto con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a).

1.4. La Banca d'Italia, pertanto, aveva stabilito che l'ABI fosse tenuta a trasmettere le circolari (mediante le quali sarebbe stato diffuso lo schema contrattuale in tutto il sistema bancario) emendate dalle disposizioni viziato.

2. La Corte territoriale, ha respinto le domande proposte dal sig. B. in quanto il provvedimento della Banca d'Italia (n. B423 del 2 maggio 2005), avendo carattere regolamentare, non potrebbe applicarsi ai contratti conclusi anteriormente alla sua emanazione atteso che il *dictum* dell'Autorità indipendente non inciderebbe sulla legittimità delle clausole ma solo sulla loro contrarietà alla L. n. 287 del 1990, art. 2, in conseguenza della loro applicazione uniforme.

2.1. In altri termini, solo il mancato adeguamento dell'ABI nella predisposizione delle Norme bancarie uniformi (NBU) dovrebbe dirsi illegittimo e potrebbe costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla pronuncia del controllore pubblico, ove non derogato dall'istituto di credito in specifiche fattispecie negoziali.

4. Avverso tale decisione il signor B. ha proposto ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, illustrati anche con memoria, contro cui resiste [Banca] (ora (*omissis*)), con controricorso e memoria.

Diritto

1. Con il primo motivo di ricorso (Nullità della sentenza per violazione e falsa applicazione della L. n. 287 del 1990, artt. 2, 14, 20, 33 e 34, art. 41 Cost., art. 101 Trattato UE (già art. 81 Trattato CE), artt. 2697 e 2729 c.c., artt. 115 e 116 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 3)) il ricorrente censura la decisione impugnata sotto due profili: a) non avrebbe considerato nulla l'intesa tra le banche sul contratto tipo; b) avrebbe considerato applicabile la normativa antitrust solo a partire dalla data di pubblicazione del provvedimento adottato dalla Banca d'Italia e non anche dall'entrata in vigore della L. n. 287 del 1990.

1.1. Secondo il ricorrente, la Corte territoriale avrebbe erroneamente affermato la natura regolamentare del provvedimento della Banca d'Italia sebbene l'Istituto, sulla base della L. n. 287 del 1990, artt. 14 e 20, avesse avuto riconosciute (fino al loro trasferimento all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016) le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi.

1.2. Con la conseguenza che il ricorrente, richiamando quel provvedimento, avrebbe prodotto una "prova privilegiata" riguardante l'illecito commesso anche dalla Banca resistente, in ordine al quale - in ogni caso - sarebbero emerse prove gravi, precise e concordanti relative ad una pratica già in atto tra le banche italiane, consistente nell'adozione di standard contrattuali uniformi in violazione della normativa antitrust.

1.3. L'accordo restrittivo della concorrenza, infatti, sarebbe nullo perché contrario alle norme di ordine pubblico economico contenute nel Trattato sul funzionamento dell'UE e nella legge antimonopolistica nazionale; norme che opererebbero *ipso iure* ed a prescindere da un previo provvedimento di accertamento delle infrazioni da parte delle Autorità nazionali.

1.4. Nella specie, il contratto di fideiussione corrisponderebbe allo schema negoziale che aveva formato oggetto dell'istruttoria da parte della Banca d'Italia, attività conclusasi con il provvedimento in data 2 maggio 2005, senza che al riguardo vi fosse stata alcuna contestazione (non potendosi ascrivere ad un fenomeno spontaneo, ma soltanto all'intesa esistente tra le banche l'assetto sul tema della contrattualistica inerente le fideiussioni *omnibus* (caratterizzata da un evidente aggravamento della posizione dei fideiussori).

1.5. Di conseguenza, sarebbe errato parlare di retroattività delle previsioni di legge e di quelle contenute nel provvedimento della Banca d'Italia, atteso che la L. n. 287 cit., art. 2, comporta la nullità, ad ogni

effetto, di quelle intese atte a restringere, impedire o falsare la concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante attraverso attività consistenti nella diretta o indiretta fissazione di condizioni contrattuali.

2. Con il secondo mezzo del ricorso (Insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 360 n. 5 c. p. c.) su un fatto controverso e decisivo per il giudizio (costituito dal fatto che, da una parte, viene considerata l'antioriorità del contratto di fideiussione al provvedimento della Banca d'Italia per non dichiarare la nullità e, dall'altra parte, viene invece motivato in merito alla irretroattività della normativa antitrust) e violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 3)) il ricorrente censura la contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata in quanto essa, da un lato, afferma la validità del contratto di fideiussione (sottoscritto il 18 febbraio 2005) - in quanto anteriore alla pubblicazione del provvedimento conclusivo dell'attività istruttoria condotta dalla Banca d'Italia (del 2 maggio 2005) - e, da un altro, asserisce che la norma (invero in vigore dal 14 ottobre 1990) non sarebbe retroattiva.

2.1. Ma sarebbero stati gli stessi giudici di merito ad aver individuato la fonte della nullità del contratto nella violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2, per la dimostrata prassi bancaria di applicazione uniforme di clausole contrattuali frutto dell'intesa tra di loro intervenuta, sicché non aver provveduto a pronunciare - come richiesto dal ricorrente - sulla violazione della detta disposizione di legge integrerebbe una violazione degli artt. 112 e 116 c.p.c.

3. Con il terzo (Violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., artt. 112, 115 e 116 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 3) non avendo la Corte d'appello statuito su tutte le domande formulate e non avendo considerato le prove, anche confessionarie, sulla condotta illecita perpetrata dalle banche sul tema della contrattualistica con la clientela, con la conseguente mancata pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno per fatto illecito, il ricorrente censura la decisione impugnata perché, pur in mancanza di un collegamento tra la domanda di nullità del contratto e la richiesta di risarcimento dei danni, proposta invero in via subordinata, dopo aver respinto la prima ha considerato assorbita anche la seconda questione.

3.1. Secondo il ricorrente, infatti, la Corte territoriale non avrebbe pronunciato (come pure sarebbe stata obbligata a fare) sull'ipotizzata lesione del bene della sua libertà contrattuale (sebbene la Banca convenuta non avesse mai negato la corrispondenza del contratto di fideiussione con quello frutto della precedente intesa) e con riguardo alla illegittima sua segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, con lesione dell'art. 2043 c.c.

4. Con il quarto ricorso (Omessa o insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 360 c.p.c., n. 5) su un fatto controverso e decisivo per il giudizio (costituito dal mancato riconoscimento del danno quale effetto automatico dell'intesa anticoncorrenziale intercorsa tra le banche sul tema della contrattualistica)) il ricorrente lamenta il vizio motivazionale con riguardo alla sua domanda risarcitoria, autonomamente proposta per la richiesta dei danni derivanti dall'illecito antitrust.

4.1. Avendo la stessa Banca d'Italia accertato la violazione della normativa antitrust in ragione della illegittima intesa a monte tra le banche nazionali, sarebbe dovuto conseguire il ristoro della violata libertà contrattuale.

4.2. Del resto, a seguito della restrizione della libertà di scelta dei "prodotti disponibili", per l'intesa tra imprese bancarie, il consumatore sarebbe legittimato a chiedere il risarcimento del danno ingiusto (*ex* art. 2043 c.c.) sofferto, anche in presenza di una lesione di un interesse legittimo.

4.3. Il danno (morale ed economico) sarebbe consistito anche nella illegittima (perché avvenuta sulla base di un contratto nullo, ai sensi della normativa antitrust) segnalazione alla Centrale interbancaria dei rischi sulla base di un contratto nullo e per effetto della quale sarebbero seguite una lesione alla reputazione personale e la revoca di un affidamento ad una società da lui partecipata.

5. Va premesso che in questa sede si esamina la correttezza della decisione della Corte territoriale che, *ratione temporis*, ha pronunciato in unico grado di merito sulla denuncia di nullità degli accordi interbancari intervenuti in ordine alla contrattualistica in materia di fideiussione (ed ha assorbito le domande risarcitorie proposte per lo stesso titolo causale).

5.1. Questa Corte (Sez. 1, Sentenza n. 11904 del 2014), decidendo analoghe controversie, in ordine al giudice, ha già ricordato che "per le azioni dirette ad ottenere la dichiarazione di nullità o il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale, la L. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 33, stabilisce la competenza funzionale della corte d'appello, che si giustifica sia per la presenza di un precedente provvedimento

dell'Autorità Garante per la concorrenza, con conseguente circoscrizione del “*thema decidendum*”, sia al fine di favorire la sollecita definizione delle controversie”.

6. In relazione alla argomentazione della Corte territoriale, il ricorrente ha proposto due gruppi di censure, uno (comprendente i primi due motivi di ricorso) attinente al rigetto della dichiarazione di nullità del contratto stipulato con la Banca, in corrispondenza delle norme uniformi, e l'altro (con gli ulteriori due mezzi di impugnazione) all'assorbimento della domanda risarcitoria pure proposta al riguardo.

7. Occorre partire dai primi due motivi che meritano una trattazione congiunta, per la stretta connessione delle doglianze, accomunate come sono dal *thema* della nullità negoziale in rapporto alla sicura anteriorità (sia pure di pochi mesi soltanto) del contratto rispetto alla pronuncia dell'Autorità garante (la Banca d'Italia).

7.1. I mezzi prendono di mira il fondamento della decisione, in questa sede esaminata, che ha respinto la domanda di nullità del contratto impugnato dal sig. B. in quanto il provvedimento della Banca d'Italia (n. B423 del 2 maggio 2005), avendo una sorta di carattere regolamentare, non sarebbe applicabile ai contratti “a valle” conclusi anteriormente alla sua emanazione atteso che il *dictum* dell'Autorità indipendente non inciderebbe sulla legittimità delle clausole ma solo sulla loro contrarietà alla L. n. 287 del 1990, art. 2, in conseguenza della loro applicazione uniforme. Sicché, solo il mancato adeguamento dell'ABI nella predisposizione delle Norme bancarie uniformi (NBU) dovrebbe dirsi illegittimo e potrebbe costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla pronuncia del controllore pubblico, ove non derogato da comportamento dell'istituto di credito, in specifiche fattispecie negoziali.

8. Il fondamento sostanziale della contrarietà di alcune clausole tipiche alle norme imperative non è propriamente oggetto di discussione tra le parti, che non contestano il contenuto della pronuncia dell'Autorità indipendente, della quale il ricorrente richiama anche la natura di “prova privilegiata” nei giudizi civili intrapresi dai consumatori, ossia della sua “elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare” loro un danno, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, in ordine al fatto che “dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità (...), nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dal singolo (...)” (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 11904 del 2014).

8.1. Ciò che forma oggetto di discussione è il fatto che, il contratto stipulato tra il fideiussore (il sig. B.) e la Banca (*omissis*) il 18 febbraio 2005, non potrebbe essere dichiarato nullo in forza di un *dictum* (dell'Autorità di garanzia) sopravvenuto al patto (il provvedimento della Banca d'Italia n. B423 del 2 maggio 2005) e ciò: a) perché la Banca d'Italia aveva invitato l'ABI a trasmettere le circolari emendate al sistema bancario; b) l'illegittimità delle singole previsioni contrattuali tipizzate era tale in conseguenza del loro inserimento uniforme nello schema ABI, sicché solo il mancato adeguamento dell'Associazione al provvedimento della Banca d'Italia sarebbe comportamento omissivo idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati in base alle NBU (norme bancarie uniformi).

9. Il ragionamento della Corte territoriale non è condivisibile.

9.1. Nell'arresto delle sezioni unite di questa Corte (Sez. U, Sentenza n. 2207 del 2005) è già stato precisato che la “legge “antitrust” 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto “a valle” costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti”.

9.2. In quella stessa sede, ha osservato la Corte che, “siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*, il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione “a monte”, ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33, azione la cui cognizione è rimessa da

quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello".

10. Orbene, il ricorrente ha portato in giudizio, avanti alla Corte d'appello di Venezia l'esistenza di un danno "a valle" (in conseguenza del contratto, oggetto di esame in questa sede) per effetto dell'intesa vietata ("a monte"), tenuto conto, da un lato che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede svilito (se non calpestato) il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti.

10.1. La richiesta giudiziale del consumatore (ossia, *in primis*, la possibilità di accertare la nullità dell'accordo contrattuale) è stata radicalmente esclusa dalla Corte territoriale in quanto esso era anteriore (sia pure di pochi mesi) all'esito dell'istruttoria condotta e solo il mancato adeguamento dell'ABI, nella predisposizione delle NBU, dovrebbe dirsi atto omissivo illegittimo e potrebbe costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla pronuncia del controllore pubblico, ove non derogato dall'istituto di credito in specifiche fattispecie negoziali.

11. Ma tale ragionamento è errato in quanto istituisce una sorta di potere di prescrizione, necessario e pregiudiziale rispetto ad ogni accertamento del giudice, da parte dell'autorità garante rispetto ai comportamenti svolti *in facto* dai soggetti da essa vigilati che non trova riscontro in nessuna previsione di legge né nei principi regolatori della materia.

11.1. Questa Suprema Corte regolatrice (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 827 del 1999) ha precisato che la L. n. 287 del 1990, art. 2, (la cosiddetta legge "antitrust"), "allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le "intese" fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha inteso riferirsi solo alle "intese" in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "voluti".

Il legislatore - infatti - con la suddetta disposizione normativa ha inteso - in realtà ed in senso più ampio proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali". Si rendono - così - rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente "unilaterali". Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle "intese", non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza".

11.2. Pertanto, qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2 della legge antitrust.

11.3. E si è visto che, nella specie, tali accertamenti sono stati svolti dall'Autorità indipendente in sede amministrativa e che essi hanno formato oggetto di prescrizione per la loro rimozione.

11.4. In ordine a tali prescrizioni, tuttavia, erra la Corte territoriale a considerarli dati integrativi dell'accertamento di un illecito che solo dalla loro inosservanza possa seguire, essendo invece sufficiente l'avvenuta constatazione di quel comportamento antigiuridico (le intese restrittive) rispetto al piano della legge e dei principi che ne governano la regolazione.

11.5. Ovviamente tale accertamento, già compiuto dalla Banca d'Italia e pubblicizzato nel maggio del 2005, ha avuto un periodo temporale di osservazione e di rilievo che (com'è facile arguire dalla vicinanza temporale tra il contratto qui contestato, stipulato a febbraio 2005, e il completamento dell'istruttoria e la sua formalizzazione - come si è detto - del maggio successivo), fanno ritenere assai probabile che l'intesa (o gli altri comportamenti lesivi della concorrenza tra imprese bancarie) sia stata consumata ancor prima della contrattazione da parte del signor B.

11.6. Ad ogni modo, la Corte territoriale, che è l'organo deputato all'accertamento in fatto, alla luce dei

principi sulla prova privilegiata elaborati da questa Corte, non può (né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze, poiché se la violazione "a monte" è stata consumata anteriormente alla negoziazione "a valle", l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso "a valle", per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2, della Legge antitrust).

11.7. Con un ragionamento simile, del resto, questa Corte (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 827 del 1999) ha già considerato rilevanti persino gli illeciti in atto, per quanto generati anteriormente all'emanazione della legge del 1990, stabilendo "che, quanto ai rapporti ancora in corso alla data di entrata in vigore della legge n. 287/90, non si renda di per sé sufficiente ad escludere l'applicabilità ad essi - della disciplina in questione il profilo per cui il fatto (di natura in sé negoziale) generatore del singolo rapporto (ad esempio, una convenzione fra imprese) si fosse, alla suddetta data, già realizzato; ed infatti, ferma restando la ovvia intangibilità di quel fatto originario e di qualunque suo effetto già verificatosi antecedentemente all'entrata in vigore della nuova legge, rientrano comunque sotto la disciplina in questione tutte le vicende successive del rapporto che realizzino profili di distorsione della concorrenza".

12. Alla luce delle considerazioni svolte, ne consegue che i primi due motivi di ricorso sono fondati, in applicazione del principio di diritto secondo cui: in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della L. n. 287 del 1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016)) a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza.

12.1. La sentenza, pertanto, va cassata in parte qua e la causa rinviata - anche per le spese di questa fase - alla Corte territoriale *a quo*, per un nuovo esame della materia litigiosa, condotto alla luce del principio di diritto appena enunciato, in esso rimanendo assorbite le ulteriori denunce risarcitorie (pure non esaminate nella fase di merito) di cui ai restanti mezzi di cassazione, non essendo dubbio che la diversa decisione della domanda di nullità, indipendentemente dalla correttezza della denuncia sull'autonomia delle istanze risarcitorie, comporteranno ricadute anche su queste altre richieste.

P.Q.M.

Accoglie i primi due motivi del ricorso, assorbiti i restanti, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa, anche per le spese di questa fase, alla Corte d'appello di Venezia in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 20 settembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 12 dicembre 2017

* * *

IL CASO

Successivamente alla stipula di un contratto di conto corrente (nel febbraio 2005), rispetto al quale prestavano garanzia due fideiussori, la banca recede dal contratto con il correntista e richiede un decreto ingiuntivo nei confronti sia del correntista, sia dei due garanti.

Uno dei due fideiussori adisce la Corte d'Appello, all'epoca competente in unico grado, e chiede la declaratoria di nullità del contratto di fideiussione (sottoscritto nel febbraio 2005) e la condanna al risarcimento dei danni all'Istituto di credito. A sostegno delle proprie domande, l'attore osserva che il contratto di fideiussione è conforme allo schema contrattuale predisposto dall'Associazione bancaria italiana (ABI)¹ e quindi in contrasto con l'art. 2, comma 2 lett. a) della Legge n. 287 del 1990 (di seguito, "Legge antitrust"), per effetto del provvedimento della Banca d'Italia (del 2 maggio 2005) adottato a conclusione dell'attività istruttoria di quest'ultima².

La Corte territoriale respinge la pretesa attorea, rilevando che il provvedimento della Banca d'Italia avendo carattere regolamentare, non potrebbe applicarsi ai contratti conclusi anteriormente alla sua emanazione, allegando che la pronuncia dell'Autorità di vigilanza incide non sulla legittimità delle clausole, ma solo sulla loro contrarietà all'art. 2 della Legge antitrust. Per i giudici di merito solo il mancato adeguamento dell'ABI nella predisposizione delle norme bancarie uniformi dovrebbe dirsi illegittimo e potrebbe costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla pronuncia del controllore pubblico, ove non derogato dall'Istituto di credito in specifiche fattispecie negoziali.

Il fideiussore ricorre quindi in Cassazione lamentando, principalmente, la circostanza che i giudici di merito non avrebbero considerato nulla l'intesa tra le banche sul contratto tipo e avrebbero considerato applicabile la normativa antitrust soltanto a partire dalla data di pubblicazione del provvedimento adottato dalla Banca d'Italia e non anche dall'entrata in vigore della Legge antitrust.

La Corte accoglie parzialmente i motivi formulati dal ricorrente e cassa la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte territoriale in diversa composizione.

COMMENTO

La questione affrontata dalla Suprema Corte riguarda un contratto "a valle" (nella specie, un contratto di fideiussione che accede a un contratto di conto corrente bancario), e in particolare la sua nullità che deriva dalla illiceità "a monte" di intese in violazione dell'art. 2 della Legge antitrust, illiceità accertata da un provvedimento della Banca d'Italia, nella sua veste di Autorità controllante, sopravvenuto alla stipula della fideiussione.

Lo schema contrattuale della fideiussione, sottoscritta a garanzia di tutte le operazioni bancarie e nell'ambito della contrattualistica inerente le fideiussioni c.d. omnibus³, era infatti conforme allo schema contrattuale predisposto

¹ Le Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie predisposte dall'ABI nel 2002 sono state oggetto di critica e, come vedremo, di istruttoria della Banca d'Italia, per la loro anticoncorrenzialità. In particolare, l'interesse alla conservazione di un regime di effettiva concorrenza è stato ritenuto leso dall'applicazione uniforme da parte delle banche degli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale; articoli relativi alle clausole di «sopravvivenza», «reviviscenza» e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c.

² Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d'Italia "ABI – Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie" in www.bancaditalia.it. In breve, i fatti. Nel mese di ottobre del 2002 l'ABI ha concordato il contenuto del contratto di "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie" (c.d. fideiussione omnibus) con alcune organizzazioni di tutela dei consumatori. Nel marzo 2003, l'ABI ha comunicato lo schema contrattuale ai sensi dell'art. 13 della Legge antitrust, ritenendo che esso non configurasse una violazione delle disposizioni dell'art. 2 della legge citata. Nei mesi di aprile e di maggio 2003, la Banca d'Italia ha invitato l'ABI a eliminare dagli schemi negoziali alcune previsioni che risultavano critiche dal punto di vista concorrenziale. L'ABI ha trasmesso una nuova versione dello schema di contratto. Al fine di accertare se lo schema contrattuale notificato potesse configurare un'intesa restrittiva della concorrenza, la Banca d'Italia ha aperto l'istruttoria prevista dagli artt. 2 e 14 della Legge antitrust. L'esito del procedimento si ha con il menzionato provvedimento, che dichiara gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto da ABI in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a) della Legge antitrust.

³ Particolarmente diffusa nel settore bancario, la fideiussione c.d. "omnibus" è una garanzia personale che, se stipulata, impone al fideiussore il pagamento non di un singolo e specifico debito altrui, ma genericamente il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il debitore principale ha assunto o assumerà nei confronti del creditore (nella prassi, spesso, un istituto di credito) in dipendenza di qualsivoglia operazione.

dall'ABI ma poi dichiarato, per effetto del provvedimento adottato da Banca d'Italia in data successiva alla stipula del contratto di fideiussione, in contrasto con la normativa antitrust e in particolare con l'art. 2, comma 2 lett. a) della Legge antitrust. In conseguenza di ciò, l'Autorità aveva invitato l'ABI a trasmettere al sistema bancario le circolari debitamente emendate.

La nullità di cui si discute e di cui sarebbe affetto il contratto di fideiussione deriverebbe dalla violazione di norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. e, in particolare, della norma ritenuta di ordine pubblico economico contenuta all'art. 2, comma 2 lett. a) della Legge antitrust citata⁴.

La questione della nullità della fideiussione c.d. omnibus per violazione della normativa antitrust, così come affrontata nella pronuncia in esame, è una questione connessa al rapporto tra le intese restrittive della concorrenza e i c.d. contratti "a valle" stipulati con i consumatori finali. Un rapporto che ha rappresentato da sempre un rilevante punto di riflessione sul quale dottrina e giurisprudenza si sono a lungo confrontate.

La dottrina maggioritaria si è da tempo consolidata nel fare leva sulla nullità dell'intesa anticoncorrenziale per farne conseguire la invalidità dei contratti "a valle" stipulati con i consumatori finali⁵, ciò in ragione del collegamento funzionale tra i negozi tale da implicare una interdipendenza degli atti negoziali susseguenti alle intese, per cui tali atti, secondo il paradigma dell'art. 1418 c.c., simul stabunt simul cadent.

La giurisprudenza, dopo varie pronunce oscillanti tra la possibilità di ravvisare o meno un collegamento tra l'intesa restrittiva "a monte" e i contratti "a valle", si è consolidata sul primo orientamento a seguito dell'intervento delle Sezioni unite⁶, che hanno riconosciuto la possibilità di un collegamento tra intese anticoncorrenziali e contratti successivi ad esse. Le Sezioni unite hanno chiarito che il contratto "a valle" costituisce il risultato dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti, posto che la seconda si manifesta e viene attuata tramite il primo e che di fronte a un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il contraente finale vede leso il proprio diritto a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza.

Nel caso di specie, ove il contratto di fideiussione è stato ritenuto valido e quindi efficace dalla Corte territoriale, la Suprema Corte ha invece negato le conclusioni a cui era giunto il Giudice del merito, confermando l'orientamento già adottato dalla citata pronuncia a Sezioni unite, e ha interpretato la nozione di "intese", vietate dal citato art. 2 della Legge antitrust, nel senso più ampio possibile⁷. La norma in questione, secondo gli Ermellini, non ha voluto dar rilevanza esclusivamente al negozio giuridico originario posto "a monte" della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la complessiva situazione, anche successiva al negozio originario la quale, in quanto tale, realizza un potenziale ostacolo alla concorrenza. Qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato,

⁴ La disposizione prevede che «sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali». La violazione di tale norma comporta - ai sensi del successivo comma - la nullità ad ogni effetto delle intese vietate.

⁵ Tra gli altri, G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 787; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2004, p. 469 ss.; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *ivi*, p. 1165 ss.; ID., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 435; C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 175; R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, I, 469; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, Napoli, 2009, 21.

⁶ Cass. civ., SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. comm.*, 2005, II, 721.

⁷ La Suprema Corte, richiamando anche un altro suo precedente (cfr. Cass. civ., 1 febbraio 1999, n. 827, in www.iusexplorer.it), precisa la nozione di intesa illecita: l'art. 2 della Legge antitrust non si riferisce solo alle «intese» in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare «voluto». Il legislatore, secondo la Cassazione, ha piuttosto inteso proibire la distorsione della concorrenza in sé, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche. Ciò, sostiene il Giudice di legittimità, può essere il risultato anche di comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali».

in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce pertanto comportamento suscettibile nella violazione dell'art. 2 della normativa antitrust.

In questo contesto, la pronuncia in commento ha poi affrontato la questione della nullità di atti derivati dalla intesa illecita, gli atti "a valle", in particolar modo la questione della validità dei contratti di fideiussione omnibus stipulati in conformità allo schema contrattuale predisposto dall'ABI (e censurato dalla Banca d'Italia).

Ha così statuito la nullità delle fideiussione omnibus che costituisca applicazione di intese illecite, in quanto conformi agli schemi ABI censurati da Banca d'Italia.

Rilevano i Giudici di legittimità che la Corte di appello ha erroneamente respinto la domanda di nullità del contratto di fideiussione in quanto anteriore alla data del provvedimento adottato dalla Banca d'Italia, perché in tal modo si darebbe ingresso a una sorta di potere di prescrizione, da parte dell'Autorità rispetto ai comportamenti de facto tenuti dai soggetti vigilati; potere che, tuttavia, non è previsto dalla legge, né dai principi regolatori della materia.

Escludere la nullità del contratto di fideiussione perché anteriore al provvedimento dell'Autorità, osserva la Corte di Cassazione, significherebbe non dare rilevanza all'intesa, o meglio alla violazione "a monte", compiuta invece anteriormente al contratto "a valle" e allo stesso provvedimento dell'Autorità. La Suprema Corte ha infatti ben chiarito nella motivazione dell'ordinanza in commento che l'accertamento operato dalla Banca d'Italia, pubblicizzato nel maggio del 2005, ha avuto un periodo temporale di osservazione e di rilievo che (come è facile ipotizzare dalla vicinanza temporale tra il contratto contestato, stipulato a febbraio 2005, e il completamento dell'istruttoria nel maggio successivo), fanno ritenere assai probabile che l'intesa tra le imprese bancarie sia stata consumata ben prima della contrattazione da parte del fideiussore.

In conclusione, è l'illecito anticoncorrenziale (la previa intesa tra banche contrastante con la normativa antitrust) e non il provvedimento della Banca d'Italia, a travolgere la fideiussione conclusa "a valle", essendosi comunque compiuto prima della stipula della fideiussione oggetto di controversia, per la violazione dell'art. 2, comma 2 lett. a) della Legge antitrust.

La statuizione della Corte stabilisce un principio di possibile generale applicazione: la nullità di tutti i contratti stipulati "a valle" che costituiscono applicazione di intese illecite. Ed allora tutte le fideiussioni omnibus stipulate successivamente all'entrata in vigore della Legge antitrust, attuative di comportamenti organizzati vietati, potrebbero essere considerate nulle anche se stipulate prima dell'accertamento della violazione della disciplina antitrust compiuto dall'Autorità garante. Unica condizione sarebbe che l'intesa "a monte" si sia compiuta prima della stipulazione del contratto di fideiussione "a valle".

La nullità dell'intesa "a monte" si estende, quindi, con un effetto a cascata sul contratto "a valle", in virtù del collegamento negoziale tra intesa e contratto. Con la conseguenza che, per il noto principio simul stabunt simul cadent, di cui si è detto, il contratto "a valle" viene indubitabilmente travolto per un vizio esogeno.

La recente decisione dei Giudici di legittimità potrebbe preludere all'insorgenza di un diffuso contenzioso di merito. Una potenziale conseguenza potrebbe essere che tutti i contratti di fideiussione omnibus stipulati da tutte le banche secondo lo schema ABI potrebbero essere contestati in quanto nulli (anche se la Suprema Corte non ha chiarito se trattasi di nullità dell'intero contratto o di nullità parziale delle clausole ritenute derivazione dell'intesa anticoncorrenziale, rimettendo la questione al giudice del rinvio), sia al fine di richiedere il risarcimento del danno da condotta illecita, sia in sede di opposizione a ingiunzioni di pagamento.

Ovviamente i fideiussori, nell'eccepire la nullità della fideiussione, oltre a invocare l'accertamento effettuato dalla Banca d'Italia, avranno comunque l'onere di dimostrare che le fideiussioni stipulate sono identiche a quelle che

riproducono alla lettera lo schema contrattuale dell'ABI, nonché il nesso causale tra l'illecito antitrust e il danno patito in ragione della condotta illecita.

La giurisprudenza di merito che si formerà in seguito all'ordinanza in commento determinerà le possibili ripercussioni che si avranno nelle fattispecie concrete e quali saranno le reazioni dei garanti e degli istituti di credito.

Avv. Gianluca Reggioli

gianluca.reggioli@munaricavani.it