



*In questo volume*

P. AGSTNER  
F. BARACHINI  
A. BARTALENA  
A. BASSI  
S. BONFATTI  
F. BRIOLINI  
G.M. BUTA  
V. CALANDRA BUONAURA  
M. CAMPOBASSO  
C. COSTA  
A.A. DOLMETTA  
L. ENRIQUES  
G. FAUCEGLIA  
G. FERRARINI  
C. FRIGENI  
M. GARGANTINI  
P. GIUDICI  
A. JORIO  
M. LAMANDINI  
G.P. LA SALA  
R. LENER  
F. MARTORANO  
A. MAZZONI  
V. MELI  
U. MINNECI  
M. MIOLA  
A. MIRONE  
P. MONTALENTI  
G. OLIVIERI  
A. PISANI MASSAMORMILE  
P. PISCITELLO  
M. PORZIO  
M. RISPOLI FARINA  
R. SACCHI  
M. SANDULLI  
A. SCIARRONE ALIBRANDI  
G. SCOGNAMIGLIO  
L. STANGHELLINI  
G. TERRANOVA  
U. TOMBARI  
A. TUCCI

# SOCIETÀ, BANCHE E CRISI D'IMPRESA

*Liber amicorum* Pietro Abbadessa

Diretto da

M. CAMPOBASSO - V. CARIELLO - V. DI CATALDO  
F. GUERRERA - A. SCIARRONE ALIBRANDI

3

Banche - Mercati finanziari - Crisi d'impresa

**UTET**  
GIURIDICA



## QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "LA MIA BIBLIOTECA", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di **CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA**.

Grazie ad un evoluto sistema di ricerca, puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e trovare la soluzione che cerchi da PC o tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online, collegati al sito [www.lamiabiblioteca.com](http://www.lamiabiblioteca.com)

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.

© 2014 Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione Giuridica:  
Corso Lombardia, 69 – 10099 San Mauro Torinese (TO)  
Sito Internet: [www.utetgiuridica.it](http://www.utetgiuridica.it)  
e-mail: [info@wkgiuridica.it](mailto:info@wkgiuridica.it)

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

*Project editor:* Pietro Giordano  
*Redazione:* Antonella Prandino  
*Editing:* To Edit di Elena Marchisio - Torino  
*Composizione:* Integra Software Services Pvt. Ltd.  
*Stampa:* L.E.G.O. S.p.A. – Lavis (TN)

ISBN: 978-88-598-1145-9



## PIANO OPERA

SOCIETÀ, BANCHE E CRISI D'IMPRESA  
*LIBER AMICORUM* PIETRO ABBADESSA

### VOLUME I

#### I. Diritto dell'impresa

- I. Il contratto di rete e la disciplina *antitrust* (Vincenzo De Stasio e Luciano Vasques)
- II. Iscrizione nel registro delle imprese e difformità fra situazione iscritta e situazione reale (Carlo Ibba)
- III. Dottrina del giusto prezzo e diritto contemporaneo dei contratti. Alcune riflessioni preliminari (Andrea Perrone)
- IV. Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a. (Giuseppe B. Portale)
- V. Profili giuridici dei contratti con clausole “*Take or Pay*” nei rapporti di fornitura a lungo termine nel mercato del gas naturale (Emanuele Rimini)
- VI. El derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado (Ángel Rojo)  
Il diritto commerciale ed il processo di unificazione del diritto privato (Ángel Rojo)

#### II. Diritto societario

##### Sezione I. Temi generali

- I. La separazione di proprietà e gestione nelle società di capitali: diritti particolari del quotista e «*golden shares*» di s.p.a. (Eugenio Barcellona)
- II. L'informazione nelle società per azioni (Ermanno Bocchini)
- III. Proprietà e gestione nella società tra professionisti (Marco Cian)

- IV. L'ambiguità del potere: la *Corporation* negli scritti di Adolphe A. Berle jr., alla vigilia della rivoluzione neo-liberale (Francesco Denozza)
- V. Premesse a uno studio sulla rilevanza non contrattuale della società (Enrico Ginevra)
- VI. L'inapplicabilità della sospensione feriale dei termini all'opposizione dei creditori sociali (Giuseppe Giordano)
- VII. Il diritto societario a dieci anni dalla riforma tra classico e moderno (Andrea Guaccero)
- VIII. La disciplina delle società quotate. Dalla gerarchia delle fonti al MAC. Recenti tendenze (Renato Mangano)
- IX. Autonomia privata e vincoli normativi in tema di *corporate governance* (Luca G. Radicati di Brozolo)
- X. Sulle tipologie partecipative nel nuovo diritto delle società (Gian Carlo M. Rivolta)
- XI. Paradigmi normativi e situazioni di fatto nelle società di capitali italiane (Roberto Weigmann)

#### Sezione II. **Costituzione, conferimenti, azioni e finanziamenti**

- I. I finanziamenti dei soci nel tempo e nello spazio (Carlo Angelici)
- II. Profili di tutela delle azioni convertibili (Amal Abu Awwad)
- III. Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori (Gianvito Giannelli)
- IV. La responsabilità per mancata attuazione del conferimento: la tutela dell'azionista alienante (Ilaria Kutufà)
- V. I prestiti dei soci in società di persone (Massimo Rubino De Ritis)
- VI. Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società: per un'applicazione alla funzione amministrativa di s.p.a. (Pierpaolo M. Sanfilippo)
- VII. Dai patti di retrocessione a prezzo garantito alle azioni "redimibili" (una rilettura del divieto del patto leonino nella s.p.a. riformata) (Renato Santagata)
- VIII. Sui limiti all'introduzione della clausola di intrasferibilità delle azioni ed efficienza dell'impresa (Claudia Tedeschi)
- IX. Gli strumenti di finanziamento delle imprese nelle recenti misure per lo sviluppo economico, con particolare riferimento alla s.r.l. (Giuseppe Zanarone)

#### Sezione III. **Assemblea**

- I. L'invalidità delle deliberazioni assembleari *ex art. 2379-ter c.c.* (PierDanilo Beltrami)
- II. Autopartecipazione ed equilibri organizzativi. Il computo delle azioni proprie nei *quorum* assembleari (Nicola de Luca)
- III. Trascrizione a libro delle delibere assembleari e delle decisioni dei soci e decorrenza del termine per l'impugnativa (Vincenzo Di Cataldo)

- IV. Informazione societaria e tutela delle minoranze nelle società quotate (Dario Latella)
- V. Le deliberazioni assembleari «consultive» nella società per azioni (Marco Maugeri)
- VI. Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto (Vincenzo Pinto)
- VII. Diritti di partecipazione degli azionisti e collegialità nell'assemblea delle società quotate (Serenella Rossi)
- VIII. Partecipare, intervenire e assistere alle adunanze degli organi collegiali delle società azionarie (Mario Stella Richter)

## VOLUME II

### Sezione IV. **Amministrazione e controlli**

- I. La nomina e la cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica (Antonio Blandini)
- II. La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni (Lucia Calvosa)
- III. I poteri del consiglio di sorveglianza e dei suoi componenti: profili teorici e applicativi (Vincenzo Cariello)
- IV. Esternalizzazioni di gestione, mandato generale e rappresentanza legale nelle società per azioni (Mario Cera)
- V. La nuova disciplina in tema di cumulo di cariche. Profili di regolazione pro-concorrenziale (Valeria Falce)
- VI. Riflessioni intorno all'art. 2380-*bis* c.c. (Giuseppe Guizzi)
- VII. La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi (Mario Libertini)
- VIII. Organizzazione della Rai s.p.a.: pluralismo del servizio pubblico e «primato» del consiglio di amministrazione (Fabiana Massa Felsani)
- IX. Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi (Duccio Regoli)
- X. La gestione interinale dell'impresa nella società per azioni (art. 2386, 5° co., c.c.) (Amedeo Valzer)
- XI. L'art. 2409 c.c. e il ruolo del collegio sindacale (Silvia Vanoni)
- XII. Poteri del commissario governativo e *governance* societaria (con particolare riguardo ai rapporti con l'organismo di vigilanza previsto dal d.lg. n. 231/2001) (Andrea Zoppini)

### Sezione V. **Bilancio e revisione legale**

- I. Una via italiana agli IAS? (Mario Bussoletti)
- II. La revisione legale dei conti (Sabino Fortunato)

- III. I bilanci di liquidazione. Appunti (Giuseppe Niccolini)
- IV. Gli utili non contabilizzati e le società di capitali a ristretta base partecipativa (Antonio Serra)
- V. Riserve targate (Marco Saverio Spolidoro)

Sezione VI. **Recesso, scioglimento ed operazioni straordinarie**

- I. Il recesso nelle società con azioni quotate tra esigenze dei mercati finanziari ed esigenze dell'attività imprenditoriale (Alessandra Daccò)
- II. La responsabilità per danno nella fusione di società (Anna Genovese)
- III. Scioglimento della società e quota di liquidazione "in natura" (Camillo Patriarca)
- IV. Il recesso del socio ed il suo "momento" (Michele Perrino)

Sezione VII. **Gruppi**

- I. L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi di società (non quotate) (Luca Boggio)
- II. I regolamenti di gruppo (Fabrizio Guerrera)
- III. Attività di direzione e coordinamento e allocazione del rischio di gestione (Michele Mozzarelli)
- IV. La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento (Roberto Pennisi)

Sezione VIII. **S.r.l.**

- I. L'esercizio del potere gestorio da parte del singolo socio (Oreste Cagnasso)
- II. Scioglimento della società e recesso del socio nella s.r.l. (Michele Centonze)
- III. L'amministrazione delegata nella s.r.l. (Antonio Cetra)
- IV. Le *start up* innovative in forma di società a responsabilità limitata. Profili privatistici (Monica Cossu)
- V. La società a responsabilità limitata semplificata e la società a responsabilità limitata a capitale ridotto. Prime osservazioni (Giuseppe Ferri jr)
- VI. I finanziamenti dei soci nelle s.r.l.: «eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto» e «situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento» (Giovanni Figà-Talamanca e Rachele Novello)
- VII. Selezione ed operatività delle cause di esclusione del socio di s.r.l. (Paolo Ghionni Crivelli Visconti)
- VIII. La s.r.l. semplificata e la s.r.l. con capitale inferiore al minimo legale: le recenti novità normative (Enrico Macri)
- IX. Le società a responsabilità limitata dopo la riforma: alcune evidenze empiriche (Gaetano Presti)
- X. La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata (Matteo Rescigno)



- XI. Le s.r.l. con capitale ridotto (semplificate e non semplificate) (Giuseppe Alberto Rescio)
- XII. Responsabilità del socio di società a responsabilità limitata per gli atti di influenza amministrativa (art. 2476, 7° co., c.c.) (Daniele U. Santosuosso)
- XIII. Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l. (Maurizio Sciuto)
- XIV. «Deroga» all'atto costitutivo di s.r.l. in tema di liquidazione del socio receduto e conversione della decisione in patto parasociale (Marco Speranzin)
- XV. I «particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società» a responsabilità limitata e i profitti extralucrativi nel diritto societario (Ruggero Vigo)

#### Sezione IX. **Cooperative**

- I. L'odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative (Giorgio Marasà)
- II. Profili mutualistici della *governance* delle società cooperative (Antonio Piras)
- III. Amministratori di cooperative e interessi dei soci (Vittorio Santoro)

## VOLUME III

### III. Banche e mercati finanziari

#### Sezione I. **Mercati e intermediari**

- I. La *governance* delle autorità di vigilanza: teoria e pratica (Luca Enriques)
- II. I costi dell'informazione societaria per le PMI: mercati alternativi, *crowdfunding* e mercati privati (Guido Ferrarini)
- III. Coordinamento (extra-)assembleare dei soci e azione di concerto nella s.p.a. quotata (Matteo Gargantini)
- IV. Promotori finanziari e agenti in attività finanziarie. Spunti (Paolo Giudici)
- V. La *corporate governance* degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale (Paolo Montalenti)
- VI. La banca etica (Mario Porzio)

#### Sezione II. **I contratti**

- I. «Scoperti senza affidamento» e usura (Aldo Angelo Dolmetta)
- II. L'inammissibilità del credito fondiario a copertura di un'esposizione debitoria pregressa (Gian Paolo La Sala)

- III. La raccolta bancaria del risparmio attraverso certificati di deposito (Raffaele Lener)
- IV. Legittimazione passiva alla revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente nella circolazione delle aziende bancarie (Federico Martorano)
- V. Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza (Vincenzo Meli)
- VI. La parabola degli *irs*: tra innovazione normativa e recupero di nozioni appartenenti alla tradizione (Ugo Minneci)
- VII. Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria (Aurelio Mirone)
- VIII. Prezzi dei servizi bancari e concorrenza (a proposito di commissioni bancarie e interbancarie) (Gustavo Olivieri)
- IX. Note a margine della disciplina di trasparenza dei servizi di pagamento (Marilena Rispoli Farina)
- X. Prodotti “misti” e norme a tutela del cliente (Antonella Sciarrone Alibrandi)
- XI. Servizi di investimento e nullità del contratto (Andrea Tucci)

#### IV. Crisi d'impresa e procedure concorsuali

##### Sezione I. Temi generali

- I. Gli azzardi morali dei soci nelle s.r.l. in crisi (Peter Agstner)
- II. La azione di simulazione nel codice antimafia e nelle procedure concorsuali (Amedeo Bassi)
- III. Tutela dei creditori e responsabilità gestoria all'approssimarsi dell'insolvenza: prime riflessioni (Grazia Monia Buta)
- IV. La gestione societaria dell'impresa in crisi (Vincenzo Calandra Buonauro)
- V. L'esonazione dei professionisti intellettuali dal fallimento (Giuseppe Fauceglia)
- VI. La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia (Alberto Jorio)
- VII. La proposta di direttiva sulla gestione delle crisi bancarie e i contratti di assistenza finanziaria intragruppo: qualche considerazione di diritto societario (Marco Lamandini)
- VIII. La disciplina europea dell'insolvenza transfrontaliera. Problemi aperti e prospettive di riforma (Alberto Mazzoni)
- IX. Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società (Massimo Miola)
- X. Il tempo è danaro (anche nelle procedure concorsuali) (Michele Sandulli)
- XI. Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali (Giuseppe Terranova)
- XII. Principi e problemi di “diritto societario della crisi” (Umberto Tombari)

**Sezione II. Fallimento e amministrazione straordinaria**

- I. La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento (Francesco Barachini)
- II. La tutela dei terzi di buona fede acquirenti dei beni mobili del fallito (Federico Briolini)
- III. La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ed i poteri dell'autorità giudiziaria (Concetto Costa)

**Sezione III. Soluzioni concordate**

- I. Crediti accordati in funzione od in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater* l. fall.) (Andrea Bartalena)
- II. La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale (Sido Bonfatti)
- III. Nuovi principi e vecchi problemi nel concordato preventivo con "continuità aziendale" (Mario Campobasso)
- IV. Linee di credito «autoliquidanti» e (pre)concordato preventivo (Claudio Frigeni)
- V. I professionisti nelle procedure di risoluzione concordata della crisi d'impresa (Andrea Pisani Massamormile)
- VI. Garanzie su beni del terzo e voto nel concordato preventivo (Paolo Piscitello)
- VII. Il conflitto di interessi dei creditori nel concordato (Roberto Sacchi)
- VIII. Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione (Giuliana Scognamiglio)
- IX. Il concordato con continuità aziendale (Lorenzo Stanghellini)

*Elenco Autori*



## INDICE SOMMARIO

### PARTE III BANCHE E MERCATI FINANZIARI

#### SEZIONE I MERCATI E INTERMEDIARI

##### CAPITOLO I **LA GOVERNANCE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA: TEORIA E PRATICA** LUCA ENRIQUES

- |  |    |      |
|--|----|------|
| 1. Introduzione .....  | p. | 2053 |
| 2. Il contesto: le autorità di vigilanza tra (in)dipendenza dalla politica e cattura del mercato ..... | »  | 2054 |
| 3. La <i>governance</i> dei regolatori nella logica dei rapporti principale-agente .....               | »  | 2056 |
| 4. Le strategie normative per una buona <i>governance</i> dei regolatori .....                         | »  | 2059 |
| 5. Le strategie normative per la <i>governance</i> della Consob .....                                  | »  | 2064 |
| 5.1. Strategie normative non utilizzate .....  | »  | 2065 |
| 5.2. Le strategie normative utilizzate .....   | »  | 2068 |
| 6. Qualche proposta conclusiva .....   | »  | 2073 |

##### CAPITOLO II **I COSTI DELL'INFORMAZIONE SOCIETARIA PER LE PMI: MERCATI ALTERNATIVI, CROWDFUNDING E MERCATI PRIVATI** GUIDO FERRARINI

- |   |   |      |
|---|---|------|
| 1. Introduzione .....   | » | 2077 |
| 2. Funzioni dell'informazione societaria e ragioni del suo carattere imperativo ..... | » | 2079 |



2.1. Funzioni .....	p.	2079
2.2. <i>Ratio</i> .....	»	2081
3. Costi dell'informazione societaria e ambito soggettivo degli obblighi d'informazione .....	»	2082
3.1. Ammissione a quotazione .....	»	2082
3.2. Numero di azionisti .....	»	2082
4. Questioni di <i>policy</i> .....	»	2084
4.1. Proposte relative agli obblighi informativi delle PMI quotate .....	»	2085
4.2. Il regime applicabile ai mercati "alternativi" per PMI .....	»	2086
5. Mercato primario e disciplina del prospetto informativo .....	»	2088
5.1. Costi dell'informazione obbligatoria e ragioni degli esoneri .....	»	2088
5.2. Il caso del <i>crowdfunding</i> .....	»	2089
6. Quale ruolo per i mercati privati? .....	»	2093
7. Conclusioni .....	»	2095

## CAPITOLO III

**COORDINAMENTO (EXTRA-)ASSEMBLEARE DEI SOCI  
E AZIONE DI CONCERTO NELLA S.P.A. QUOTATA**

MATTEO GARGANTINI

1. Attivismo dei soci e disciplina dell'assemblea nella s.p.a. quotata. Prospettiva dell'indagine .....	»	2097
2. L'aggregazione delle preferenze dei soci in sede assembleare. Gli strumenti di coordinamento alternativi all'assemblea .....	»	2103
3. Variazioni soggettive e oggettive dei patti parasociali nella disciplina dell'o.p.a. obbligatoria .....	»	2114
4. Gli effetti del coordinamento extra-assembleare tra soci in assenza di patto parasociale: l'individuazione del concerto .....	»	2135
5. Il ruolo delle presunzioni legali .....	»	2144
6. Sintesi dei risultati .....	»	2152

## CAPITOLO IV

**PROMOTORI FINANZIARI E AGENTI IN  
ATTIVITÀ FINANZIARIE. SPUNTI**

PAOLO GIUDICI

1. Introduzione .....	»	2155
2. Promotori finanziari e agenti in attività finanziarie: la diversa genesi delle due figure .....	»	2156
3. Il promotore finanziario nel t.u.f. ....	»	2158
4. Il promotore e il finanziamento volto a consentire operazioni su strumenti finanziari .....	»	2158
5. <i>Segue</i> : dal promotore al <i>private banker</i> : l'attività di finanziamento e il promotore nel mercato finanziario odierno .....	»	2159
6. La compatibilità tra l'attività di promotore e di agente in attività finanziarie .....	»	2160



7. L'agente in attività finanziaria e i prodotti bancari .....	p.	2163
8. <i>Segue</i> : l'agente e i prodotti finanziari .....	»	2164
9. Multimandato e responsabilità civile .....	»	2164
10. Osservazioni conclusive .....	»	2165

## CAPITOLO V

**LA CORPORATE GOVERNANCE DEGLI INTERMEDIARI  
FINANZIARI: PROFILI DI DIRITTO SPECIALE E RIFLESSI SUL  
DIRITTO SOCIETARIO GENERALE**

PAOLO MONTALENTI

1. Il governo degli intermediari finanziari. Definizioni .....	»	2168
2. <i>La corporate governance</i> : linee di sviluppo .....	»	2168
3. <i>La corporate governance</i> bancaria: l'evoluzione della disciplina .....	»	2170
4. Verso "il sistema": le Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche (4.3.2008). Profili generali .....	»	2171
5. <i>Segue</i> : supervisione strategica e gestione .....	»	2172
6. <i>Segue</i> : le funzioni di controllo .....	»	2172
7. Applicazione delle Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche (Provvedimento 11.1.2012) .....	»	2173
8. Il rapporto <i>Liikanen</i> (2.10.2012): <i>Governance and control mechanisms, Risk management, Incentive schemes, Risk disclosure</i> .....	»	2174
9. Le "Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche (2.07.2013). Sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa": per una disciplina organica del governo societario bancario .....	»	2175
10. Diritto speciale e diritto comune. Società quotate, banche, assicurazioni: indicazioni e prospettive .....	»	2176
11. <i>Corporate governance</i> e sistemi di controllo interno: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria .....	»	2177
12. I controlli interni architrave per una buona <i>corporate governance</i> . Principi di corretta amministrazione, adeguatezza degli assetti organizzativi, sistema di controllo interno .....	»	2177
13. Il sistema dei controlli interni: i nuovi paradigmi. Dal "controllo-sanzione" al "controllo-funzione gestoria". Controllo e vigilanza. Controllo diretto e controllo indiretto. Il sistema dei controlli interni: istituzione, valutazione e vigilanza. Comitato per il controllo interno e la revisione legale .....	»	2180
14. Il sistema dei controlli interni: sinergie o inefficienze? Il coordinamento tra gli organi di controllo: il problema aperto .....	»	2186
15. Il coordinamento dei controlli nel settore assicurativo: una prima indicazione. Il nuovo Codice di Autodisciplina e il sistema dei controlli: una risposta efficace. L'ordinamento bancario: una linea di indirizzo sistematica .....	»	2187
16. Il diritto comune: proposte di riforma per società chiuse e società quotate .....	»	2190

CAPITOLO VI  
**LA BANCA ETICA**  
MARIO PORZIO

- |   |         |
|---|---------|
| 1. L'etica degli affari .....                   | p. 2193 |
| 2. Le finalità della banca popolare etica ..... | » 2194  |
| 3. L'attività .....                             | » 2196  |
| 4. L'organizzazione .....                       | » 2198  |
| 5. Qualche riflessione finale .....             | » 2199  |

SEZIONE II  
**I CONTRATTI**

CAPITOLO I  
**«SCOPERTI SENZA AFFIDAMENTO» E USURA**  
ALDO ANGELO DOLMETTA

- |   |        |
|---|--------|
| 1.1. Il fenomeno in generale .....  | » 2203 |
| 1.2. La categoria usuraria degli “scoperti senza affidamento” .....   | » 2205 |
| 2. Sulla distinzione, interna alla vigente disciplina antiusura, tra le aperture di credito (ricomprensive pure degli extrafido) e gli scoperti senza affidamento ..... | » 2207 |
| 2.1. Critiche sulla distinzione .....   | » 2207 |
| 2.2. Artificiosità (e illegittimità) della categoria .....  | » 2210 |
| 3. Il problema della conformazione categoriale dello scoperto senza affidamento (sempre per l'ambito della disciplina antiusura) .....                                  | » 2215 |
| 3.1. Impostazione del tema .....  | » 2215 |
| 3.2. Caratteristiche della normativa regolamentare .....  | » 2216 |
| 3.3. Composizione della categoria: ai fini delle rilevazioni trimestrali per il riscontro delle fattispecie concrete .....  | » 2217 |
| 4. <i>Segue</i> : lo sconfinamento (solo) contabile .....   | » 2218 |
| 5. <i>Segue</i> : l'apertura nulla per mancato rispetto della prescritta forma .....  | » 2220 |
| 6. <i>Segue</i> : lo sconfinamento “stabile” .....  | » 2221 |
| 7. <i>Segue</i> : lo sconfinamento per inadempimento della banca. ....  | » 2225 |
| 8. <i>Segue</i> : lo sconfinamento “automatico” .....   | » 2227 |
| 9. <i>Segue</i> : lo sconfinamento non previsto da apposite clausole contrattuali .   | » 2228 |

CAPITOLO II  
**L'INAMMISSIBILITÀ DEL CREDITO FONDIARIO A COPERTURA  
DI UN'ESPOSIZIONE DEBITORIA PREGRESSA**  
GIAN PAOLO LA SALA

- |   |        |
|---|--------|
| 1. Premessa .....   | » 2229 |
| 2. Il quadro delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza. Credito fondiario e simulazione ..... | » 2231 |
| 3. Il collegamento negoziale tra credito fondiario e debiti preesistenti ....                             | » 2235 |
| 4. Credito fondiario e frode alla legge .....   | » 2238 |





5. Gli elementi caratterizzanti il credito fondiario .....	p.	2241
6. La sopravvivenza del credito edilizio come mutuo di scopo .....	»	2243
7. Una prima conclusione .....	»	2246
8. Il credito fondiario proporzionato al valore dei beni ipotecati .....	»	2247
9. Credito fondiario e principio di correttezza nella gestione del rischio di credito .....	»	2251
10. Credito fondiario ed erogazione di nuova liquidità .....	»	2254

### CAPITOLO III

#### **LA RACCOLTA BANCARIA DEL RISPARMIO ATTRAVERSO CERTIFICATI DI DEPOSITO**

RAFFAELE LENER

1. La fattispecie .....	»	2257
2. La disciplina. In particolare, l'applicabilità dell'art. 25- <i>bis</i> T.U.F .....	»	2260
3. L'offerta al pubblico .....	»	2265

### CAPITOLO IV

#### **LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA REVOCATORIA FALLIMENTARE DELLE RIMESSE IN CONTO CORRENTE NELLA CIRCOLAZIONE DELLE AZIENDE BANCARIE**

FEDERICO MARTORANO

1. Perdurante attualità del problema .....	»	2271
2. La specialità della disciplina di settore sulla sorte della debitoria pregressa al trasferimento dell'azienda .....	»	2274
3. Riferibilità della disciplina ai soli rapporti esterni .....	»	2277
4. L'applicabilità della limitazione della responsabilità del cessionario di cui all'art. 2560, 2° co., c.c. ....	»	2279
5. Preteso contrasto della legittimazione passiva del cessionario dell'azienda bancaria all'azione revocatoria con: a) il requisito dell'inerenza del debito all'esercizio dell'impresa .....	»	2281
6. <i>Segue: b)</i> l'esigibilità immediata della debitoria pregressa .....	»	2283
7. <i>Segue: c)</i> la natura costitutiva della sentenza di revocatoria .....	»	2285
8. Rilevanza della pendenza o meno del giudizio al momento del trasferimento dell'azienda .....	»	2287
9. L'accollo volontario globale della debitoria pregressa .....	»	2289

### CAPITOLO V

#### **IL CONTO CORRENTE DI BASE TRA INCLUSIONE FINANZIARIA E CONTROLLO DELLA CIRCOLAZIONE DELLA RICCHEZZA**

VINCENZO MELI

1. Premessa .....	»	2291
2. <i>Banking the unbanked</i> : le azioni per la <i>financial inclusion</i> .....	»	2292
3. L'azione comunitaria e la Raccomandazione della Commissione del 18.7.2011 .....	»	2296





4. Le Disposizioni sulla trasparenza della Banca d'Italia e il conto corrente semplice ..... p. 2299
5. Il conto corrente di base di cui al d.l. n. 201/2011 e la Convenzione del 28.3.2012 ..... » 2302
6. Le lacune della disciplina: i rimedi per le violazioni ..... » 2305
7. Uno sguardo generale. Gli obiettivi dell'introduzione del CCB nell'ordinamento italiano e l'inadeguatezza del sistema rispetto al loro conseguimento ..... » 2308

#### CAPITOLO VI

### **LA PARABOLA DEGLI IRS: TRA INNOVAZIONE NORMATIVA E RECUPERO DI NOZIONI APPARTENENTI ALLA TRADIZIONE**

UGO MINNECI

1. I tratti opachi della figura ..... » 2315
2. Il dato strutturale: tra contratti e strumenti finanziari ..... » 2317
3. Il momento funzionale: l'assenza di una causa tipica ..... » 2320
  - 4.1. Il tema delle regole: lo scenario *pre-mifid* ..... » 2324
  - 4.2. *Segue*: alcune precisazioni in tema di causa concreta ..... » 2327
  - 4.3. *Segue*: il contesto odierno: tra disciplina generale dei contratti e normativa di settore ..... » 2337

#### CAPITOLO VII

### **SISTEMA E SOTTOSISTEMI NELLA NUOVA DISCIPLINA DELLA TRASPARENZA BANCARIA**

AURELIO MIRONE

1. I recenti interventi normativi: l'impatto dei d.lg. nn. 11/2010 e 141/2010 . . . » 2341
2. Linee evolutive del sistema della trasparenza bancaria ..... » 2344
3. L'art. 115, 3° co., t.u.b. Alcuni criteri per la ricostruzione del rapporto tra i tre sottosistemi del Titolo VI ..... » 2349
4. Caratteri generali e finalità della trasparenza bancaria nel quadro normativo riformato. Armonie e disarmonie del sistema ..... » 2355
5. Il caso del conto corrente bancario, tra servizi bancari e servizi di pagamento ..... » 2360
6. Gli oneri informativi: adempimenti pubblicitari e doveri precontrattuali ..... » 2362
7. Forma e contenuto obbligatorio del contratto ..... » 2368
8. Il *ius variandi*: l'incerta disciplina dell'art. 126-*sexies* t.u.b. e il suo rapporto con l'art. 118 t.u.b. .... » 2372

#### CAPITOLO VIII

### **PREZZI DEI SERVIZI BANCARI E CONCORRENZA (A PROPOSITO DI COMMISSIONI BANCARIE E INTERBANCARIE)**

GUSTAVO OLIVIERI

1. Premessa ..... » 2383
2. Le nuove commissioni bancarie su affidamenti e sconfinamenti ..... » 2384





Indice sommario

XIX

3. Caratteristiche essenziali della commissione di affidamento (CAF) . . . . .	p.	2386
4. Caratteristiche essenziali della commissione d'istruttoria veloce (CIV) . . . . .	»	2388
5. Il regime transitorio della nuova disciplina e la nozione di giustificato motivo di cui all'art. 118 t.u.b . . . . .	»	2389
6. Le commissioni interbancarie sulle carte di pagamento . . . . .	»	2390
7. I progetti di riforma delle cc.dd. "merchant fees" . . . . .	»	2391
Nota bibliografica . . . . .	»	2393

CAPITOLO IX

**NOTE A MARGINE DELLA DISCIPLINA DI TRASPARENZA DEI SERVIZI DI PAGAMENTO**

MARILENA RISPOLI FARINA

1. Il difficile compito del legislatore: il recepimento della disciplina di trasparenza dei servizi di pagamento . . . . .	»	2395
2. Ambito di applicazione oggettivo del Capo II- <i>bis</i> del Testo Unico bancario: la nozione di servizio di pagamento, di operazione di pagamento e di contratto quadro . . . . .	»	2399
3. <i>Segue</i> . . . . .	»	2400
4. Ambito di applicazione soggettivo . . . . .	»	2403
5. Il regime probatorio . . . . .	»	2405
6. Obiettivi e criteri di intervento della Banca d'Italia . . . . .	»	2406



CAPITOLO X

**PRODOTTI "MISTI" E NORME A TUTELA DEL CLIENTE**

ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI

1. I prodotti "misti" nel segmentato scenario delle regole a tutela del cliente nei diversi comparti del sistema finanziario . . . . .	»	2413
2. Un problema di definizione di fattispecie e di scelta di strategia normativa . . . . .	»	2421
3. Una ricognizione delle norme pertinenti nel nostro ordinamento . . . . .	»	2423
4. I «prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione» di cui all'art. 25- <i>bis</i> t.u.f. una nozione problematica . . . . .	»	2429
5. <i>Segue</i> : la mancanza di una nozione di prodotti finanziari emessi da banche . . . . .	»	2431
6. <i>Segue</i> : la nozione di prodotti finanziari emessi da assicurazioni . . . . .	»	2437
7. La soluzione disciplinare prevalente nel nostro ordinamento. Profili di criticità anche in relazione al diverso approccio di cui alla recente proposta di Regolamento europeo sui Prips . . . . .	»	2441



CAPITOLO XI

**SERVIZI DI INVESTIMENTO E NULLITÀ DEL CONTRATTO**

ANDREA TUCCI

1. Forma solenne, disciplina dei servizi e dei contratti di investimento . . . . .	»	2447
2. Nullità del contratto e operazioni di investimento . . . . .	»	2453



- 3. Contratto quadro e “nullità non testuali” . . . . . p. 2459
- 4. Nullità di protezione: rilevabilità e sanabilità del vizio . . . . . » 2462
- 5. Nullità di protezione e nullità di diritto comune . . . . . » 2470

**PARTE IV  
CRISI D'IMPRESA E PROCEDURE CONCURSUALI**

**SEZIONE I**

**TEMI GENERALI**

**CAPITOLO I**

**GLI AZZARDI MORALI DEI SOCI NELLE S.R.L. IN CRISI**

PETER AGSTNER

- 1. Prolegomeni . . . . . » 2477
- 2. Tipologie di azzardo morale e problematiche cardine del sistema di tutela dei creditori sociali . . . . . » 2480
- 3. *Segue*: i tasselli “variabili” del modello di responsabilità del socio da eterogestione . . . . . » 2491
- 4. La responsabilità gestoria del socio di una *limited company* inglese tra diritto giurisprudenziale e diritto scritto . . . . . » 2494
- 5. La responsabilità gestoria del socio di una *GmbH* tedesca dal *qualifizierter faktischer Konzern* alla *Existenzvernichtungshaftung* . . . . . » 2505
- 6. La responsabilità gestoria del socio di s.r.l.: l'art. 2476, 7° co., c.c. . . . . » 2516
- 7. Conclusioni comparative-competitive . . . . . » 2520

**CAPITOLO II**

**LA AZIONE DI SIMULAZIONE NEL CODICE  
ANTIMAFIA E NELLE PROCEDURE CONCURSUALI**

AMEDEO BASSI

- 1. La “intestazione fittizia” nel codice antimafia . . . . . » 2523
- 2. . . . . » 2525
  - 2.1. Le “azioni di massa” . . . . . » 2526
- 3. Gli incerti confini tra le categorie di “creditori” e “terzi” . . . . . » 2526
- 4. La azione di simulazione come strumento di tutela dei creditori . . . . . » 2528
- 5. Simulazione e revocatoria . . . . . » 2531
- 6. La mancanza di una disciplina della simulazione nel fallimento . . . . . » 2531
- 7. La azione di simulazione come “azione di massa” . . . . . » 2532
- 8. La simulazione che danneggia i creditori e i terzi e la posizione del curatore fallimentare . . . . . » 2533
- 9. La simulazione che avvantaggia creditori e terzi . . . . . » 2535
- 10. La funzione della azione di simulazione nel campo delle misure di prevenzione . . . . . » 2537
- 11. I principali problemi interpretativi dell'art. 26 codice antimafia . . . . . » 2538



## CAPITOLO III

**TUTELA DEI CREDITORI E RESPONSABILITÀ  
GESTORIA ALL'APPROSSIMARSI DELL'INSOLVENZA:  
PRIME RIFLESSIONI**

GRAZIA MONIA BUTA

1. Approssimarsi dell'insolvenza e *perverse incentives* ..... p. 2541
2. Esigenze di protezione dei creditori e meccanismi risarcitori ..... » 2544
3. I doveri degli amministratori di tenere in considerazione gli interessi dei creditori in prossimità dell'insolvenza nel diritto inglese ..... » 2548
4. *Segue*: la responsabilità per *wrongful trading* ..... » 2555
5. La responsabilità per *Insolvenzverschleppung* nell'ordinamento tedesco ..... » 2560
6. La responsabilità "esterna" prevista dall'art. 2394 c.c ..... » 2565
7. I presupposti dell'azione dei creditori. La violazione degli obblighi «inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale» e l'insufficienza dello stesso al soddisfacimento dei debiti della società ..... » 2574
8. Obblighi di conservazione dell'integrità patrimoniale e responsabilità degli amministratori in prossimità dell'insolvenza. Il venir meno della prospettiva di continuità aziendale come *triggering point* dell'emersione di *creditor-regarding duties* ..... » 2580



## CAPITOLO IV

**LA GESTIONE SOCIETARIA DELL'IMPRESA  
IN CRISI**

VINCENZO CALANDRA BUONAUORA

1. Premessa ..... » 2593
2. Rapporti fra gestione societaria e gestione imprenditoriale ..... » 2595
3. La "sospensione" della disciplina relativa alle perdite di capitale ..... » 2598
4. Le modificazioni della struttura finanziaria della società e le operazioni straordinarie nelle procedure di composizione negoziale della crisi ..... » 2601
5. Le operazioni societarie che incidono sulla struttura finanziaria e/o patrimoniale della società ..... » 2608
6. Brevi osservazioni sulle operazioni societarie nel fallimento ..... » 2615



## CAPITOLO V

**L'ESENZIONE DEI PROFESSIONISTI INTELLETTUALI  
DAL FALLIMENTO**

GIUSEPPE FAUCEGLIA

1. L'impresa, le professioni intellettuali ed il rischio di impresa ..... » 2619
2. Le professioni intellettuali svolte in forma societaria: esenzioni espresse dalle procedure concorsuali ed esenzioni implicite ..... » 2625
3. Una diversa soluzione per le professioni non protette ..... » 2630



## CAPITOLO VI

**LA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE  
TRA REALTÀ E UTOPIA**

ALBERTO JORIO

1. I risultati (apparentemente) deludenti del preconcordato ..... p. 2633
2. Il mal inteso modello del *Chapter 11* ..... » 2636
3. Le misure di prevenzione e di allerta nel modello francese ..... » 2638
4. La fruibilità di questi modelli nel nostro ordinamento. Le nuove inesplorate frontiere del diritto fallimentare ..... » 2640

## CAPITOLO VII

**LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLA GESTIONE DELLE  
CRISI BANCARIE E I CONTRATTI DI ASSISTENZA  
FINANZIARIA INTRAGRUPPO: QUALCHE  
CONSIDERAZIONE DI DIRITTO SOCIETARIO**

MARCO LAMANDINI

1. Premessa ..... » 2643
2. Sulla c.d. *statutory option* e sulla valenza generale della disciplina settoriale ..... » 2644
3. Sui presupposti della c.d. *asset transferability* ..... » 2645
4. La nozione di assistenza finanziaria intra-gruppo ..... » 2648
5. L'approvazione del contratto da parte dei soci ..... » 2649
6. Assistenza finanziaria intra-gruppo, disciplina delle operazioni con parti correlate e postergazione dei finanziamenti della controllante ..... » 2650

## CAPITOLO VIII

**LA DISCIPLINA EUROPEA DELL'INSOLVENZA  
TRANSFRONTALIERA. PROBLEMI APERTI  
E PROSPETTIVE DI RIFORMA**

ALBERTO MAZZONI

1. Premessa ..... » 2653
2. Quadro generale delle iniziative e proposte aventi ad oggetto la riforma del Regolamento 1346/2000: in particolare, la Proposta per un Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio modificativo del Regolamento 1346/2000 ..... » 2655
3. Ambito attuale di applicazione del Regolamento e sua progettata estensione a nuove tipologie di procedure: il nuovo art. 1, 1° co., della Proposta ..... » 2658
4. La problematica del “*centre of main interests*” (COMI): la giurisprudenza delle corti nazionali prima e dopo il caso *Eurofood* ..... » 2661
5. *Segue*: il caso *Interedil* ..... » 2669
6. Le scelte della Proposta in punto di COMI e di insolvenza di gruppo ... » 2676



7. Le altre scelte della Proposta ..... p. 2685  
 8. Libertà di stabilimento, COMI dinamico e *favor* alle riorganizzazioni transfrontaliere ..... » 2688

## CAPITOLO IX

**ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO E  
CRISI DI IMPRESA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ**

MASSIMO MIOLA

1. Tematiche ed orientamenti nella disciplina del *Konzerninsolvenzrecht* . . » 2693  
 2. La problematica nell'ordinamento italiano ..... » 2701  
 3. Attività di direzione e coordinamento e situazioni di crisi all'interno del gruppo: lineamenti generali ..... » 2705  
 4. Direzione e coordinamento e doveri previsionali nell'accertamento della crisi in ambito di gruppo ..... » 2709  
 5. *Segue*: ... e doveri di fronteggiare le situazioni di crisi ..... » 2719  
 6. Le modalità di propagazione dell'insolvenza e della crisi nei gruppi: l'«effetto domino» ..... » 2725  
 7. Il dovere di impedire la propagazione dell'insolvenza o della crisi. Suo inquadramento e risvolti applicativi: *a*) il dovere di non alterare l'equilibrio finanziario ..... » 2735  
 8. *Segue*: *b*) il dovere di prestare assistenza in presenza di squilibri finanziari ..... » 2744  
 9. Dovere di impedire la propagazione della crisi, interesse di gruppo e vantaggi compensativi ..... » 2752

## CAPITOLO X

**IL TEMPO È DANARO  
(ANCHE NELLE PROCEDURE CONCORSUALI)**

MICHELE SANDULLI

1. Il fattore tempo ..... » 2761  
 2. Rilevanza del tempo nei rapporti economici ..... » 2762  
 3. Il tempo e l'apertura delle procedure concorsuali ..... » 2763  
 4. Il tempo come elemento di valutazione di convenienza nella liquidazione fallimentare ..... » 2763  
 5. Il condizionamento del tempo nelle soluzioni concordate della crisi .... » 2766

## CAPITOLO XI

**SALVAGUARDIA DI VALORI ORGANIZZATIVI E  
COSTI DELLE PROCEDURE CONCORSUALI**

GIUSEPPE TERRANOVA

## PREMESSA

1. L'intervento del «Decreto sviluppo» in materia fallimentare ..... » 2771



## SEZIONE I

## LE NOVITÀ DI MAGGIORE RILIEVO SISTEMATICO

- |   |         |
|---|---------|
| 2. Il concordato con continuità aziendale .....   | p. 2773 |
| 3. La domanda di concordato “in bianco” .....   | » 2776  |
| 4. La consecuzione di procedure concorsuali .....   | » 2778  |
| 5. L’interferenza creata da un accordo di ristrutturazione dei debiti .....                     | » 2779  |
| 6. Decorrenza e durata del periodo sospetto .....   | » 2780  |
| 7. Effetti della consecuzione “anomala” sui rapporti pendenti e sulle ipoteche giudiziali ..... | » 2782  |
| 8. Le nuove dimensioni della concorsualità .....  | » 2784  |
| 9. Ancora sulla collocazione sistematica degli accordi di ristrutturazione dei debiti .....     | » 2787  |
| 10. I poteri gestori del tribunale .....  | » 2790  |
| 11. La figura del professionista indipendente .....   | » 2795  |
| 12. Il <i>favor</i> per la proposta del debitore .....  | » 2797  |
| 13. Il principio del “silenzio-assenso” .....   | » 2798  |
| 14. La soglia del venti per cento per la “contestazione della convenienza” ..                   | » 2800  |

## SEZIONE II

## I PROFILI FUNZIONALI DELLA RIFORMA

- |   |        |
|---|--------|
| 15. Uno sguardo d’insieme .....   | » 2805 |
| 16. Gli interventi dotati di valenza finanziaria .....  | » 2807 |
| 17. Gli interventi di natura economica: il pagamento dei debiti per beni o servizi essenziali ..... | » 2813 |
| 18. Il potere di “sciogliere” i contratti in corso di esecuzione .....                              | » 2819 |
| 19. La <i>ratio</i> della norma .....   | » 2822 |
| 20. Il divieto di <i>venire contra factum proprium</i> .....  | » 2825 |
| 21. La sorte dei “piani attestati” .....  | » 2829 |
| 22. Il mantenimento delle posizioni di mercato .....  | » 2830 |

## CONCLUSIONI

- |   |        |
|---|--------|
| 23. I costi dell’intermediazione giuridica e i “costi di sistema” ..... | » 2832 |
|---|--------|

## CAPITOLO XII

**PRINCIPI E PROBLEMI DI “DIRITTO SOCIETARIO DELLA CRISI”**

UMBERTO TOMBARI

- |  |        |
|--|--------|
| 1. Il complesso ed irrisolto rapporto tra “diritto della crisi d’impresa” e “diritto societario” ..... | » 2835 |
| 2. Il “diritto societario della crisi” come “sistema tendenzialmente autonomo” .....                   | » 2843 |





3. I finanziamenti dei soci e i finanziamenti infragruppo *ex artt. 182-quater e quinquies* l. fall. come esempio di “diritto societario della crisi” . . . . . p. 2846
4. *Segue*: i finanziamenti dei soci e i finanziamenti infragruppo “in occasione” della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti: profili ricostruttivi . . . . . » 2851
5. “Diritto societario della crisi” e art. 182-*sexies* l. fall. . . . . » 2854

## SEZIONE II

### FALLIMENTO E AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA

#### CAPITOLO I

#### LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ESERCIZIO PROVVISORIO: CONTINUITÀ DELL'IMPRESA IN CRISI NEL (E FUORI DAL) FALLIMENTO

FRANCESCO BARACHINI

1. Il *favor* verso la prosecuzione dell'attività d'impresa nel nuovo sistema concorsuale . . . . . » 2863
2. Continuità verso liquidazione; esercizio provvisorio verso affitto: alcune considerazioni preliminari e di metodo . . . . . » 2865
3. La “nuova” disciplina dell'esercizio provvisorio: il significato delle scelte operate dal legislatore e le possibili implicazioni sul piano sistematico e interpretativo . . . . . » 2867
4. Il confronto tra la disciplina dell'esercizio provvisorio e quella delle soluzioni negoziali. I possibili margini di “valorizzazione” dell'istituto . . . . . » 2872
5. *Segue*: le possibili “ricadute” sulla disciplina delle procedure concorsuali: *a)* la sorte dei contratti pendenti e la “regola” della prededucibilità dei crediti . . . . . » 2876
6. *Segue*: *b)* il regime degli atti di straordinaria amministrazione . . . . . » 2883

#### CAPITOLO II

#### LA TUTELA DEI TERZI DI BUONA FEDE ACQUIRENTI DEI BENI MOBILI DEL FALLITO

FEDERICO BRIOLINI

1. Premessa. La storia del problema . . . . . » 2891
2. Il nuovo quadro normativo e l'interpretazione che tutela l'affidamento dei terzi richiamando l'art. 2193, 1° e 2° co., c.c. . . . . » 2898
3. La (possibile) attribuzione alla pubblicità *ex art. 16, 2° co., l. fall.* dell'efficacia di pubblicità notizia ovvero di pubblicità costitutiva parziale . . . . . » 2903
4. L'efficacia dichiarativa (positiva e negativa) dell'iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese: conseguenze e corollari . . . . . » 2906
5. I rapporti fra l'art. 44 e il precetto dettato dall'art. 45 l. fall.: cenni . . . . . » 2911



## CAPITOLO III

**LA CONVERSIONE DELL'AMMINISTRAZIONE  
STRAORDINARIA IN FALLIMENTO ED I POTERI  
DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA**

CONCETTO COSTA

1. La conversione in fallimento come tratto qualificante della riforma del 1999 dell'amministrazione straordinaria, e la sua recente estensione anche alle procedure anteriori. Quadro normativo e prime considerazioni ..... p. 2917
2. Analisi delle singole ipotesi normative di conversione e considerazioni in ordine alla funzione ed ai poteri dell'Autorità giudiziaria relativamente al verificarsi dei presupposti della conversione ..... » 2923
3. Il procedimento di conversione e l'estensione dei poteri, anche istruttori, dell'Autorità giudiziaria ..... » 2928
4. Effetti della conversione, consecuzione tra procedure e disciplina applicabile ..... » 2933

## SEZIONE III

## SOLUZIONI CONCORDATE

## CAPITOLO I

**CREDITI ACCORDATI IN FUNZIONE OD IN  
ESECUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO O  
DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI  
(ART. 182-QUATER L. FALL.)**

ANDREA BARTALENA

1. Considerazioni introduttive ..... » 2945
2. L'alterazione della posizione dei creditori anteriori per effetto di atti che incidono sul patrimonio del debitore ..... » 2948
3. I finanziamenti nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti: considerazioni generali ..... » 2953
4. Le fattispecie di cui all'art. 182-*quater* l. fall.: i finanziamenti «in esecuzione» ..... » 2961
5. *Segue*: i finanziamenti-ponte ..... » 2963
6. *Segue*: i finanziamenti dei soci ..... » 2968
7. La prededuzione ..... » 2976

## CAPITOLO II

**LA DISCIPLINA DEI CREDITI PRIVILEGIATI  
NEL CONCORDATO PREVENTIVO CON  
CONTINUITÀ AZIENDALE**

SIDO BONFATTI

1. Premessa. La disciplina dei crediti privilegiati nel Concordato preventivo «con continuità aziendale» ..... » 2982

2. Profili problematici di carattere generale della disciplina dei crediti privilegiati nel Concordato preventivo .....	p. 2985
2.1. Contenuto della domanda di concordato in presenza di crediti privilegiati (e di beni concessi in locazione finanziaria) .....	» 2985
2.2. Sospensione degli interessi sui crediti privilegiati; scadenza dei debiti pecuniari; compensazione; credito di regresso del coobbligato o fideiussione dell'impresa in concordato con diritto di garanzia. ....	» 2986
2.3. Ipotecche giudiziali iscritte in forza di decreto ingiuntivo opposto dall'imprenditore in Concordato .....	» 2988
2.4. Crediti privilegiati conseguenti alla mancata esecuzione di contratti preliminari immobiliari .....	» 2988
2.5. Soddifacimento dei creditori nel Concordato preventivo dilatorio. Estensione del privilegio agli interessi e ammissibilità di un pagamento dilazionato (rinvio) .....	» 2989
2.6. Ammissibilità del mancato soddifacimento integrale dei crediti privilegiati nel Concordato preventivo .....	» 2990
2.7. Ambito di applicazione della norma concernente il possibile soddifacimento parziale dei crediti privilegiati. In particolare: A) le pretese assistite da cessione di credito <i>pro solvendo</i> .....	» 2993
2.8. B) Crediti assistiti da privilegio per rivalsa Iva .....	» 2996
2.9. C) Crediti assistiti da privilegio generale .....	» 2997
2.10. Requisiti dell'“esperto stimatore”, rapporti con lo “esperto attestatore”, ruolo, forma e contenuto della “relazione di stima” .....	» 3000
2.11. Ammissibilità della soddisfazione dei crediti privilegiati in percentuale decrescente correlata al rispettivo grado di prelazione ma senza necessario soddifacimento integrale dei crediti poziori .....	» 3002
2.12. Effetti della previsione di un soddifacimento solo parziale dei crediti privilegiati sull'ammissione (parziale) al voto e sulla collocazione (parziale) tra i crediti chirografari .....	» 3004
2.13. “Declassamento” del credito privilegiato per rinuncia del creditore .....	» 3006
2.14. Ammissibilità del pagamento dilazionato dei crediti privilegiati ed effetti sull'esercizio del voto .....	» 3007
3. Effetti dell'applicabilità dell'art. 160, 2° co., 1. fall. anche al Concordato preventivo «con continuità aziendale» .....	» 3012

### CAPITOLO III

#### NUOVI PRINCIPI E VECCHI PROBLEMI NEL CONCORDATO PREVENTIVO CON “CONTINUITÀ AZIENDALE”

MARIO CAMPOBASSO

1. Il concordato con continuità aziendale come sottotipo di concordato preventivo .....	» 3015
2. Definizione di concordato in “continuità aziendale” .....	» 3016
3. Contenuto della proposta .....	» 3017
4. Le difficoltà sollevate dai concordati con continuità aziendale prima del decreto sviluppo .....	» 3019
4.1. La sospensione della disciplina sulle perdite di capitale .....	» 3020
4.2. Difficile continuazione nella fase di ammissione prima della riforma. ....	» 3021
4.3. Questioni pregresse sul pagamento dei creditori anteriori .....	» 3023

5. Controlli in sede di ammissione .....	<i>p.</i> 3024
6. Effetti della procedura concordataria sulla gestione aziendale .....	» 3026
7. Autorizzazione ad effettuare pagamenti in deroga alla <i>par condicio</i> ....	» 3030
8. Contratti in corso di esecuzione .....	» 3032
9. Autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili .....	» 3037
10. Aspetti critici .....	» 3038
10.1. La posizione del professionista attestatore .....	» 3038
10.2. Eccessivi costi e durata della procedura .....	» 3039
10.3. Il trattamento dei creditori privilegiati .....	» 3040
10.4. Moltiplicazione delle ipotesi di prededucibilità .....	» 3043

## CAPITOLO IV

**LINEE DI CREDITO «AUTOLIQUIDANTI»  
E (PRE) CONCORDATO PREVENTIVO**

CLAUDIO FRIGENI

1. Crisi di impresa, affidamenti bancari e pre-concordato .....	» 3045
2. Gli affidamenti per lo «smobilizzo» di crediti: in particolare, le linee di credito «autoliquidanti» .....	» 3056
3. Domanda di (pre)concordato e trattamento degli «anticipi» pregressi ..	» 3061
4. Domanda di (pre)concordato e interruzione delle linee di credito «autoliquidanti» da parte delle banche .....	» 3067
5. L'autorizzazione giudiziale <i>ex art. 169-bis</i> l. fall. allo scioglimento o alla sospensione delle linee di credito «autoliquidanti» da parte del debitore ..	» 3072
6. Domanda di (pre)concordato e continuazione dell'attività di «smobilizzo» nell'ambito delle linee di credito «autoliquidanti» .....	» 3078

## CAPITOLO V

**I PROFESSIONISTI NELLE PROCEDURE DI RISOLUZIONE  
CONCORDATA DELLA CRISI D'IMPRESA**

ANDREA PISANI MASSAMORMILE

1. L'intervento dei professionisti. La legge mostra di crederci, gli interpreti (forse) un po' meno .....	» 3085
2. L'attività affidata ai professionisti consiste innanzi tutto in un controllo. La «valutazione» di cui all'art. 161, 2° co. ....	» 3087
3. <i>Segue</i> : l'attestazione di cui all'art. 161, 3° co., e le altre attestazioni ....	» 3089
4. <i>Segue</i> : modalità ed utilità del controllo effettuato da un «privato» ....	» 3090
5. I requisiti soggettivi. Ricostruzione del dato normativo .....	» 3092
6. La professionalità. Coerenza fra preparazione tecnica e compito assegnato. I dubbi circa il professionista di cui all'art. 160, 2° co. ....	» 3093
6.1. I dubbi circa il professionista di cui all'art. 161, 3° co. ....	» 3095
6.2. Il mancato richiamo dell'art. 28, 1° co., lett. c), e l'esigenza di capacità ed esperienze adeguate .....	» 3097
7. L'indipendenza. La nozione di cui all'art. 67, 3° co., lett. d) .....	» 3099

7.1. Pluralità di attestazioni e diversità soggettiva dei professionisti. L'«intreccio» fra domanda di concordato e domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione .....	p. 3101
7.2. <i>Segue</i> : il passaggio dalla procedura di ristrutturazione dei debiti al concordato. Le attestazioni di cui all'art. 186- <i>bis</i> .....	» 3104
8. La sentenza n. 1521 del 2003. Oscillazioni sul tema del controllo della fattibilità del piano .....	» 3106
8.1. La distinzione fra fattibilità economica e giuridica. Incertezze ....	» 3108
8.2. Il controllo di legalità e la verifica dei requisiti dei professionisti ...	» 3110

## CAPITOLO VI

### GARANZIE SU BENI DEL TERZO E VOTO NEL CONCORDATO PREVENTIVO

PAOLO PISCITELLO

1. Premessa .....	» 3113
2. Garanzie su beni del terzo ed esercizio del diritto di voto: lo stato della questione .....	» 3114
3. <i>Segue</i> : la stratificazione normativa e l'interpretazione dell'art. 834 del codice di commercio del 1882. L'art. 14, l. 24.5.1903, n. 197 e la "prospettiva" di Bolaffio .....	» 3116
4. Soddisfazione dei creditori e diritto di voto nel concordato preventivo ..	» 3119
5. <i>Segue</i> : l'analisi delle ragioni di esclusione dal voto. L'irrilevanza dell'interesse del creditore ed il concorso sul patrimonio del debitore .....	» 3124
6. Costituzione in pegno delle quote della società proponente e legittimazione al voto .....	» 3127
7. Le linee perimetrali della soluzione accolta. Trasferimento a terzi dei beni vincolati ed esclusione del voto .....	» 3129

## CAPITOLO VII

### IL CONFLITTO DI INTERESSI DEI CREDITORI NEL CONCORDATO

ROBERTO SACCHI

1. L'esigenza di protezione dei creditori di minoranza .....	» 3131
2. Principio di maggioranza e trattamento del conflitto di interessi nella votazione dei creditori .....	» 3135
3. Il sindacato giudiziario sulla formazione delle classi e sulla omessa classificazione .....	» 3140
4. <i>Homo homini lupus</i> .....	» 3147
5. La difficoltà di individuare la soglia di rilevanza dell'eterogeneità di interessi dei creditori .....	» 3152
6. Conflitto di interessi dei creditori e convenienza del concordato .....	» 3154
7. Conclusioni .....	» 3158

## CAPITOLO VIII

**CONCORDATO PREVENTIVO E SCIoglIMENTO DEI  
CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE**

GIULIANA SCOGNAMIGLIO

1. Cenni al problema generale degli effetti spiegati sui contratti preesistenti dalle procedure concorsuali e dal concordato preventivo in specie . . . . . p. 3163
2. Concordato preventivo e contratti in corso di esecuzione: la novella del 2012 . . . . . » 3168
3. La nozione di «contratti in corso di esecuzione» . . . . . » 3173
4. Una breve digressione sui contratti di durata ed il pagamento dei debiti per prestazioni anteriori nel c.p. . . . . » 3175
5. Inefficacia, in caso di c.p., di clausole negoziali di scioglimento automatico dei contratti . . . . . » 3179
6. I criteri ispiratori della decisione giudiziale sull'istanza di autorizzazione presentata ai sensi dell'art. 169-bis: comparazione e bilanciamento dei diversi interessi in gioco . . . . . » 3181
7. Sospensione/scioglimento dei contratti in corso di esecuzione e disciplina del concordato «con riserva» . . . . . » 3187
8. Profili procedurali: modalità e tempo di presentazione dell'istanza *ex art. 169-bis* l. fall.; determinazione dell'indennizzo, individuazione di un subprocedimento nell'ambito del procedimento di c.p.; efficacia immediata del provvedimento reso dal giudice . . . . . » 3193

## CAPITOLO IX

**IL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE**

LORENZO STANGHELLINI

1. Continuità aziendale e interesse dei creditori: un valore non scontato . . » 3201
  2. Gli strumenti a tutela della continuità aziendale nella situazione di crisi: il concordato "con riserva" . . . . . » 3203
  3. Il concordato con continuità aziendale: l'art. 186-bis l. fall. come norma di applicazione necessaria quando vi sia la continuità aziendale . . . . . » 3207
  4. Le cautele: contenuto aggiuntivo del piano e dell'attestazione . . . . . » 3209
  5. Le agevolazioni (specifiche e generali) per la continuità aziendale . . . . » 3212
  6. La fattispecie del concordato con continuità aziendale: non tassatività dell'elencazione e rapporti con l'affitto d'azienda . . . . . » 3214
  7. Il rapporto tra il "concordato in bianco" e il concordato con continuità aziendale. Il problema dei contratti in corso di esecuzione . . . . . » 3218
  8. La vendita e il conferimento dell'azienda: tempistica ed effetti. Rapporti con la cessazione dell'attività *ex art. 186-bis*, ult. co., l. fall. . . . . » 3225
  9. Il trattamento dei creditori con prelazione . . . . . » 3232
  10. Il pagamento di crediti anteriori . . . . . » 3240
- Elenco Autori* . . . . . » 3245



## CAPITOLO IX

### NOTE A MARGINE DELLA DISCIPLINA DI TRASPARENZA DEI SERVIZI DI PAGAMENTO

MARILENA RISPOLI FARINA

SOMMARIO: 1. Il difficile compito del legislatore: il recepimento della disciplina di trasparenza dei servizi di pagamento. – 2. Ambito di applicazione oggettivo del Capo II-*bis* del Testo Unico bancario: la nozione di servizio di pagamento, di operazione di pagamento e di contratto quadro. – 3. *Segue*. – 4. Ambito di applicazione soggettivo. – 5. Il regime probatorio. – 6. Obiettivi e criteri di intervento della Banca d'Italia.



#### **1. *Il difficile compito del legislatore: il recepimento della disciplina di trasparenza dei servizi di pagamento.***

Il Titolo III della direttiva sui servizi di pagamento (PSD), dedicato alla “Trasparenza delle condizioni e (ai) requisiti informativi per i servizi di pagamento”<sup>1</sup> è stato recepito, con una leggera modifica lessicale, nel Titolo

<sup>1</sup> Come è noto la direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, si propone di creare un mercato unico dei servizi di pagamento, promuovendo la piena armonizzazione delle regolamentazioni nazionali. A tale scopo introduce una disciplina dei requisiti di accesso al mercato dei servizi di pagamento da parte degli operatori, requisiti informativi per lo svolgimento delle operazioni e precisa diritti ed obblighi degli utenti e dei prestatori dei servizi. Sui profili generali, si veda MANCINI, PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 63, Roma 2008, nonché RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O., *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano 2010, 449. Il Titolo III della Direttiva PSD attua una distinzione tra le singole operazioni di pagamento (artt. 35-39) e i contratti quadro (artt. 40-48) in merito sia alla tipologia che alle modalità con cui trasmettere le informazioni alla clientela prima della stipula del contratto quadro, nonché successivamente, dettando



IV del d.lg. n. 11/2010 di attuazione della direttiva, contenente norme sulla “Trasparenza delle condizioni contrattuali ed obblighi informativi”.

Il compito di determinare la disciplina nazionale<sup>2</sup> in materia di trasparenza dei Servizi di pagamento è affidato all'art. 34 del decreto n. 11/2010, che alla lett. b) introduce un *nuovo* Capo, il II-*bis*, nel preesistente Titolo VI del t.u.b., contenente le disposizioni di *Trasparenza delle condizioni contrattuali*<sup>3</sup>.

Il complesso di norme, rappresentato dagli artt. dal 126-*bis* al 126-*octies*, racchiude una disciplina di trasparenza applicabile ai servizi di pagamento e si affianca a quella del Capo II (che lo precede) che si applica alle *operazioni di credito al consumo*<sup>4</sup>. Si tratta di due discipline con caratteristiche di *specialità* rispetto a quella, per così dire, “generale” contenuta nel Capo I, che discendono dall'essere state fortemente armonizzate in sede comunitaria, così da costituire dei micro-sistemi molto coesi che, proiettati nel contesto generale della disciplina nazionale preesistente, mantengono la loro specificità<sup>5</sup>. Che il legislatore delegato abbia voluto preservare tale specificità, può emergere dal dettato dell'art. 115, che fa da esordio alla disciplina di trasparenza del t.u.b. stabilendo (al 3° co.) che le disposizioni del Capo I del Titolo VI, *non si applicano* ai contratti di credito disciplinati dal Capo

regole più stringenti in presenza dello stesso, che si riflettono nella disciplina di recepimento. Per un quadro generale degli obblighi di trasparenza sanciti dalla PSD, e sulla funzione di tale disciplina, sia consentito il rinvio a RISPOLI FARINA, SPENA, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO, *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., 78 ss.

<sup>2</sup> Per una prima analisi della disciplina del decreto di attuazione n. 11/2010, si veda SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, *Commento*, in *Banca borsa*, 2010, I, 347 ss. e Circolare ABI, Serie tecnica n. 14, 31.3.2010. Per un Commento generale, si veda MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011.

<sup>3</sup> Il Titolo VI del t.u.b. è quindi articolato in un Capo I (Operazioni e servizi finanziari) la cui disciplina è contenuta negli artt. 115-120-*quater*; un Capo II (Credito ai consumatori) negli artt. 120-126-*quater*, e un Capo II-*bis* (Servizi di pagamento), negli artt. 126-*bis*-127-*bis*.

<sup>4</sup> Il Capo II è stato integralmente sostituito dall'art. 1, d.lg. n. 141/2010 e successivamente modificato dall'art. 1, d.lg. n. 218/2010. Ulteriori modifiche sono state apportate dal d.lg. n. 169/2012.

<sup>5</sup> Per NIGRO, le nuove normative si caratterizzano per il fatto di disegnare non un *regime omogeneo* di trasparenza, bensì un articolatissimo complesso di regimi e “sottoregimi” differenziati, v. *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla “consulenza” nell'erogazione del credito? in Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la Trasparenza?*, Torino, 2011, 32; per MIRONE, *sub art. 115*, in *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, Torino, 2013, 2, 1289, la disciplina del Capo I è stata soggetta a varie spinte centrifughe che hanno determinato una progressiva frammentazione del sistema.



II e ai servizi di pagamento disciplinati dal Capo II-*bis* «a meno che siano espressamente richiamate»<sup>6</sup>.

Per quanto riguarda il credito al consumatore, le disposizioni che continuano ad applicarsi, per il richiamo operato dall'art. 125-*bis*, sono i commi 2°, 3° e 6° dell'art. 117<sup>7</sup> che concernono il potere del Cicer di prevedere che per determinati contratti sia prevista una forma alternativa a quella scritta, la nullità in ipotesi di inosservanza della forma prescritta, l'integrazione del contratto in caso di nullità parziale; l'art. 118 in tema di *ius variandi*, l'art. 119, 4° co., in tema di rendiconto delle operazioni, nonché il 2° co. dell'art. 120, in tema di anatocismo.

Per i servizi di pagamento viene richiamata, dall'art. 126-*quinquies*, l'applicazione dei commi 1°, 2°, 3°, 4°, 6° e 7° dell'art. 117, per i contratti quadro. Sussiste quindi, anche per le operazioni di pagamento, la necessità della forma scritta, il potere di previsione in materia di forma dei contratti (non in capo al Cicer bensì alla Banca d'Italia), già menzionato per il credito al consumo, la nullità in caso di violazione della forma prescritta, la necessità di indicare nei contratti il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticato, la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse nonché di quelle che prevedono tassi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati, nonché delle integrazioni in caso di nullità parziale. È richiamato altresì il potere della Banca d'Italia, previsto dal 7° co.<sup>8</sup>, di prescrivere il contenuto di determinati contratti.

È importante sottolineare, invece, il mancato richiamo (in contrasto con la scelta operata per il credito al consumo) dell'art. 118 in tema di *jus variandi*, il che trova spiegazione, sul piano formale, nella apposita regolamentazione contenuta per i servizi di pagamento nell'art. 126-*sexies*. Lascia però perplessi sotto il profilo sostanziale il fatto che la richiamata norma attribuisce al prestatore-banca una facoltà di modifica del regolamento negoziale ben più ampia di quella accordatagli per le operazioni bancarie e (in virtù del richiamo contenuto nell'art. 125-*bis*) per quelle di credito al consumo.

Basti qui rilevare che nei servizi di pagamento lo *jus variandi* investe tutte le condizioni negoziali, anche aventi ad oggetto i tassi di interesse, nei

<sup>6</sup> Si veda SPENA, *sub* art. 115, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Testo Unico bancario, Commentario, Addenda di aggiornamento*, Milano, 2011, e MIRONE, *sub* art. 115, cit., 1286.

<sup>7</sup> Così come modificato dall'art. 3, 1° co., d.lg. n. 218/2010.

<sup>8</sup> Per un puntuale commento dei precetti contenuti nell'art. 117, si veda SPENA, *sub* art. 117, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Testo Unico bancario, Commentario, Addenda di aggiornamento*, cit., 41 ss.

rapporti di durata tanto a tempo determinato che indeterminato (a differenza dell'art. 118, che per i primi esclude la possibilità di variare i tassi d'interesse), e consente le variazioni delle condizioni, che non riguardano "i tassi di interesse e di cambio", anche in assenza di un giustificato motivo (a differenza dell'art. 118 che richiede sempre la sussistenza del "giustificato motivo")<sup>9</sup>.

Recenti interpretazioni hanno rilevato che, alla luce del recepimento delle direttive in materia di servizi di pagamento (e di credito al consumo) la disciplina del Capo I del t.u.b., contenuta negli artt. dal 115 al 120-*bis*, assume ormai valore *residuale*<sup>10</sup>. L'ipotesi può essere di certo suggestiva: il recente contesto normativo, in cui emergono le discipline di settore con le loro peculiarità, non attribuisce più alle norme di trasparenza delle condizioni contrattuali quella portata generale che discendeva dalla l. n. 154/1992 sulla trasparenza. Tuttavia, la asserita "residualità" non implica di certo un giudizio di valore nei confronti delle norme richiamate, la cui rilevante portata è evidente dai richiami al loro contenuto<sup>11</sup>.

La prima disposizione contenuta nel Capo II-*bis* – l'art. 126-*bis* che detta disposizioni di carattere generale<sup>12</sup> – presenta particolare rilievo in quanto intende realizzare, sulla falsariga della disciplina comunitaria, una serie di obiettivi che, schematicamente, possiamo indicare come: la definizione del campo di applicazione oggettivo e soggettivo della disciplina di trasparenza; l'estensione dell'applicazione delle norme in questione alle micro-imprese, oltre che ai consumatori nonché la possibilità di deroga alla disciplina predisposta, se l'utente non è un consumatore o una micro-impresa (artt. 30, 1°, 2° co., PSD); la previsione della c.d. "inversione dell'onere della prova" (di avere rispettato gli obblighi informativi) a carico del prestatore del servizio di pagamento (art. 33 PSD); inoltre, la norma affida alla Banca d'Italia il compito di realizzare il coordinamento tra le norme di trasparenza *generali* e quelle speciali (con particolare riguardo alla disciplina del conto corrente bancario)<sup>13</sup> e, nell'esercizio dei poteri che le successive disposizioni

<sup>9</sup> Ampia disamina in TROIANO V., *sub art. 126-sexies*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, cit., 2, 1490.

<sup>10</sup> Così SPENA, *op. cit.*, 37.

<sup>11</sup> «Abbastanza scarna ma importante» a detta di NIGRO, *op. cit.*, 33.

<sup>12</sup> Riflette la formula "Regole generali" del Capo I, del Titolo III della direttiva PSD. Si veda SCIARRONE ALIBRANDI, *sub art. 126-bis*, in PORZIO, BELLÌ, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO, *Testo Unico Bancario, Commentario*, 2010, cit., 1079.

<sup>13</sup> La Banca d'Italia ha allo stato emanato le Disposizioni in attuazione del Capo II. Si vedano le "Disposizioni Banca d'Italia di recepimento della PSD", approvate con il provvedimento 15.2.2010 che, in attuazione del Capo II del t.u.b. hanno introdotto la Sezione VI, Servizi di pagamento, nell'ambito delle Disposizioni sulla Trasparenza delle operazioni e dei

del Capo II-bis le affidano, anche della finalità di garantire «un adeguato livello di affidabilità ed efficienza dei servizi di pagamento».

**2. Ambito di applicazione oggettivo del Capo II-bis del Testo Unico bancario: la nozione di servizio di pagamento, di operazione di pagamento e di contratto quadro.**

Già l'esordio della norma evidenzia che il legislatore si è posto nella prospettiva di ben chiarire l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina del Capo II-bis, operando una serie di precisazioni. Al 1° co. dell'art. 126-bis afferma che le norme del Capo II si applicano «ai contratti quadro relativi a servizi di pagamento e alle operazioni di pagamento, anche se queste non rientrano in un contratto quadro, quando i servizi sono offerti sul territorio della Repubblica».

Va ricordato innanzitutto che per quanto concerne la nozione di “servizi di pagamento”, l'art. 1 del decreto n. 11 (Definizioni) dà una elencazione, alla lett. b), di attività che rientrano in essa e di altre (servizi ed operazioni) cui la disciplina del decreto non si applica. Va osservato che la nozione di “Servizio di pagamento”, offerta dalla direttiva e raccolta dal legislatore italiano è molto ampia: in essa vanno compresi «i prelievi in contante da un conto di pagamento e, in sostanza, tutte le tipologie invalse nella consolidata prassi di trasferimento di fondi da un conto all'altro (bonifici, addebiti diretti, operazioni mediante carte di pagamento) con esclusione, in sintesi, dei soli pagamenti a mezzo assegni, cambiali e titolo cartacei ad essi assimilati». Si prescinde, inoltre, dal carattere nazionale o transfrontaliero dei servizi di pagamento e dal loro importo.

Scelta indubbiamente ambiziosa, quella del legislatore comunitario, nei confronti di direttive precedenti, come la direttiva 1997/57/CE, e da ricollegare alla acquisita consapevolezza che la creazione di regole il più possibile comuni sia fondamentale per il corretto funzionamento del mercato unico dei servizi di pagamento. Ma mentre la direttiva 2007/64 si applica ai servizi di pagamento prestati nella Comunità (art. 2, 1° co.) secondo il principio delle *two legs transaction*, il legislatore italiano ha scelto di estendere la disciplina a tutti i servizi offerti sul territorio della Repubblica, purché prestati in Euro o in valuta ufficiale di uno Stato membro appartenente

servizi bancari e finanziari e sulla correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti. Ha inoltre emanato le “Disposizioni sui diritti e obblighi delle parti” in attuazione del Titolo II del d.lg. n. 11/2010; v. anche i successivi aggiornamenti.

all'Unione monetaria, nonché ai servizi di pagamento prestati nella valuta di uno stato appartenente allo Spazio Economico Europeo (art. 2, d.lg. n. 11, 1° co.)<sup>14</sup>.

L'orientamento seguito appare in linea con l'ambito applicativo della disciplina generale di trasparenza (art. 115, 1° co., t.u.b.) e trova adeguata giustificazione nell'opportunità di regolamentare i comportamenti degli intermediari nei confronti dei clienti<sup>15</sup>, indipendentemente dalla nazionalità e dalla disciplina applicabile agli operatori coinvolti.

Infine, in linea con quanto richiesto dalla direttiva e con quanto già stabilito dal d.lg. n. 11/2010 il 2° co. dell'art. 126-*bis* assoggetta alla normativa di trasparenza del Capo II-*bis* anche il servizio di emissione di moneta elettronica<sup>16</sup>.

### 3. *Segue.*

L'ambito di applicazione oggettivo della disciplina di trasparenza individuato dal d.lg. di recepimento al 1° co. dell'art. 126-*bis* ricalca sostanzialmente la definizione utilizzata dalla direttiva la quale (art. 30) con nettezza dispone che la disciplina di trasparenza del Titolo III si applica «alle singole operazioni di pagamento, ai contratti quadro e alle operazioni di pagamento da essi contemplate». Le soluzioni adottate nella disciplina di trasparenza si diversifi-

<sup>14</sup> L'art. 2, 1° co., della PSD prevede che (ad eccezione dell'art. 73) i Titoli III (trasparenza) e IV (diritti e obblighi delle parti) della PSD si applichino solo se entrambi i prestatori di servizi di pagamento, dell'ordinante e del beneficiario, siano situati nella Unione Europea (lo stesso è previsto nel caso di unico prestatore di servizi di pagamento). Marcando una netta asimmetria rispetto al dettato comunitario, l'art. 2, 3° co., d.lg. n. 11/2010 limita invece l'applicazione dell'approccio "two legs" al solo Titolo II del decreto medesimo (corrispondente al Titolo IV della PSD) escludendo invece il Titolo III (corrispondente all'analogo Titolo III della direttiva). In sostanza, il legislatore italiano ha esteso gli obblighi di trasparenza anche alle operazioni gestite da due prestatori di servizi di pagamento di cui uno solo insediato nel territorio della Comunità.

<sup>15</sup> In vista di tale finalità apparirebbe incongrua una limitazione dell'applicazione delle norme di trasparenza soltanto alle ipotesi in cui entrambi gli intermediari siano situati nel territorio della Comunità. Si veda SCIARRONE ALIBRANDI, *sub art. 126-bis*, cit., 1082.

<sup>16</sup> La definizione di moneta elettronica è data dalla lett. *h-ter*) dell'art. 1, 1° co., t.u.b. Per la nozione di "moneta elettronica" si rinvia a OLIVIERI, *La nozione di moneta elettronica*, in *Gli istituti di moneta elettronica*, a cura di Spina, Gimigliano, Milano, 2005. Si veda, GIMIGLIANO, *sub artt. 114-bis-114-quinquies*, in PORZIO, BELLI, LO SAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO, *Testo Unico Bancario, Commentario*, Milano, 2010, 894 ss.; FALCONE, "La nozione", *sub artt. 114-bis-quinquies*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, cit., 2, 1232.

cano poi a seconda che si tratti di operazioni di pagamento che non rientrano in un contratto quadro (art. 35 dir.) o invece vi rientrano (art. 40 dir.).

L'art. 4 della direttiva, intende per contratto quadro «un contratto di servizi di pagamento che disciplini la futura esecuzione delle operazioni di pagamento individuali e successive e che può comportare l'obbligo di aprire un conto di pagamento e le relative condizioni». Definizione che va letta collegandola con il n. 5 dell'art. 1) dir., per il quale l'operazione di pagamento è «l'atto disposto dal pagatore o dal beneficiario, di collocare, trasferire o ritirare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore o il beneficiario». Ad essa corrisponde, nel testo del decreto di attuazione, all'art. 1, lett. c) la definizione di «attività posta in essere dal pagatore o dal beneficiario, di versare, trasferire o prelevare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra pagatore e beneficiario».

La corrispondente definizione, data dal d.lg. di recepimento, art. 1, lett. i) del contratto quadro come del «(...) contratto che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento» induce subito a due considerazioni. Il contenuto caratterizzante il contratto quadro è dato dalla predeterminazione negoziale delle condizioni delle “singole e ricorrenti” operazioni di pagamento e non di una singola operazione. In secondo luogo, la programmazione della futura attività negoziale appare elemento che accomuna il contratto quadro dei servizi di pagamento alla nozione generalmente accettata di “contratto quadro”<sup>17</sup>.

Il contratto quadro può avere vari oggetti: dall'esecuzione di un solo tipo di servizi di pagamento ad una tipologia variegata (bonifici, carte di credito). Può essere autosufficiente o prevedere l'inserimento di altri accordi specifici, relativi a singoli servizi di pagamento.

<sup>17</sup> Vi è sostanziale accordo in dottrina sulla definizione di contratto quadro o normativo, come del contratto con il quale le parti prestabiliscono il contenuto di singoli specifici contratti che successivamente stipuleranno. Si veda, ampiamente, SPENA, *sub art. 126-quinquies*. Per la definizione nella direttiva, v. RISPOLI FARINA, SPENA, *op. cit.* Per SCIARRONE ALIBRANDI, *sub art. 126-bis*, cit., 1084, invece il contratto quadro dei servizi di pagamento non ha necessariamente la struttura di un contratto normativo, potendo anche essere immediatamente produttivo di diritti ed obblighi in capo all'intermediario e al cliente. Tanto è a dirsi per l'obbligo dell'intermediario di eseguire le operazioni di pagamento che ne costituiscono l'oggetto. A conferma di tale lettura viene invocata la disciplina del rifiuto degli ordini di pagamento di cui all'art. 16, 1° co., d.lg. n. 11 (attuativo dell'art. 65 della PSD) in base al quale si esclude la rifiutabilità di un ordine di pagamento autorizzato quando «tutte le condizioni del contratto quadro sono soddisfatte».

La lett. *i*) dell'art. 1 del decreto, già ricordata, stabilisce inoltre che il contratto quadro «può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento»<sup>18</sup>.

Il riferimento operato dal legislatore al “conto di pagamento”, definito dalla lett. *l*) dello stesso art. 1 nei termini di «un conto intrattenuto presso un prestatore di servizi di pagamento da uno o più utilizzatori di servizi di pagamento per l'esecuzione di operazioni di pagamento», insieme all'ampia definizione di servizi di pagamento (che ricomprende anche prelievi e versamenti in contante)<sup>19</sup>, induce subito il quesito dell'applicabilità o meno al contratto di conto corrente utilizzato per i servizi di pagamento, della disciplina di trasparenza dettata dal decreto per il contratto quadro<sup>20</sup>. Problema

<sup>18</sup> Si replica anche in tale parte della norma la disciplina comunitaria che all'art. 4, n. 12, precisa che il contratto quadro *può* comportare l'obbligo di aprire un conto di pagamento. Non è necessario quindi che nel contratto sia presente la regolamentazione dei diritti e obblighi della parti relativi al conto di pagamento. Donde il corollario che la ricorrente conclusione delle operazioni di pagamento comporta l'obbligo della preventiva stipula di un contratto quadro, ma non quello dell'apertura di un «conto di pagamento, che si configura come un elemento naturale e non necessario della fattispecie tipizzata dal legislatore» (si veda RISPOLI FARINA, SPENA, *op. cit.*, 80). La seconda considerazione che può trarsi dalla norma definitiva è che il tratto tipizzante del «contratto quadro» è costituito dalla predeterminazione negoziale delle condizioni delle «singole e ricorrenti» operazioni di pagamento e non invece di una sola operazione. Tale peculiarità segna anche la linea di demarcazione tra la disciplina contenuta nell'art. 126-*quinquies*, nonché nei successivi 126-*sexies* e *septies* del t.u.b. espressamente riferiti al contratto quadro, e le altre disposizioni del Capo II *bis*, le quali si applicano indistintamente «alle operazioni di pagamento, anche se non rientrano in un contratto quadro» (così l'art. 126-*bis*, 1° co.). Si veda MANCINI, *sub* art. 1, lett. *i*), in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO, *L'attuazione della direttiva sui servizi di pagamento*, Torino, 2011.

<sup>19</sup> La previsione del “conto di pagamento” e il considerare fra i servizi di pagamento tutte le operazioni di gestione dello stesso, costituisce secondo MARULLO REETZ, (*sub* art. 1, in *La nuova disciplina*, cit.) una delle salienti innovazioni del legislatore (oltre all'acquisizione di strumenti di pagamento e all'esecuzione di pagamenti attraverso dispositivi di telecomunicazione). Nel disciplinare il conto di pagamento il legislatore ha adottato un approccio funzionale: a tale categoria è, infatti, riconducibile ogni conto che assolve alla funzione di registrare o consentire le operazioni di pagamento effettuate dalla clientela dei prestatori di servizi di pagamento. Rispondono dunque a tale caratteristica il conto corrente bancario, quello postale, i conti relativi alle carte di pagamento, nella misura in cui sono funzionali all'esecuzione di pagamenti. Il conto corrente bancario è quindi anche conto di pagamento quando a valere su di esso vengono eseguite operazioni di pagamento. Sulla definizione di conto di pagamento offerta dalla PSD v. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in MANCINI, PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, cit., 25.

<sup>20</sup> Il problema è posto da SCIARRONE ALIBRANDI, *sub* art. 126-*bis*, cit., 1084. Anche, NIGRO, *op. cit.*, 35, sottolinea la difficoltà di ricostruire la disciplina applicabile ai servizi di pagamento regolati in conto corrente, considerata la attuale coesistenza di tre regimi di trasparenza nel t.u.b. L'autore considera apprezzabile la linea seguita dalla Banca d'Italia, nelle *Istruzioni* sulla Trasparenza del marzo 2010, al fine di rendere la disciplina dei servizi

sentito dal legislatore italiano che al 5° co. dell'art. 126-*bis* ha, come si è già sottolineato, affidato alla Banca d'Italia il compito di coordinare le disposizioni di trasparenza dettate per le operazioni bancarie al Capo I del Titolo VI del t.u.b. con quelle relative ai servizi di pagamento nelle ipotesi in cui questi ultimi siano regolati in conto corrente o commercializzati unitamente a un conto corrente (ma vedi *infra* § 6).

#### 4. Ambito di applicazione soggettivo.

Il 3° co. dell'art. 126-*bis* (replicando il 1° co. dell'art. 30 della direttiva) precisa che le previsioni del Capo II-*bis* possono non applicarsi, previo accordo delle parti, se l'utente del servizio di pagamento non è né un consumatore né – aggiunge – una micro-impresa. Va ricordato che il considerando 20 della direttiva<sup>21</sup> precisa che alcune disposizioni devono tener conto della diversa posizione che i consumatori rivestono nella dinamica contrattuale al fine di garantire una maggiore protezione. Per queste la direttiva pone *norme inderogabili*, che possono essere modificate per volontà delle imprese e dei prestatori di servizi di pagamento, quando il contraente non sia un consumatore. La disciplina di maggior tutela può essere estesa dagli Stati membri anche alle micro-impresе, così come definite dalla disciplina comunitaria nella raccomandazione della Commissione del maggio 2003. In tale direzione si è posto il legislatore italiano<sup>22</sup>.

Ma la possibilità di derogare alla disciplina speciale è consentita in deroga, a sua volta, ad una disposizione della disciplina generale di trasparenza sancita dall'art. 127, 1° co., del t.u.b., che stabilisce il principio in base al quale le norme di trasparenza del Titolo VI del t.u.b. (tutte, anche quelle dei servizi di pagamento) sono derogabili solo in senso più favorevole al

di pagamento quanto più possibile omogenea rispetto alla disciplina di trasparenza prevista per la generalità delle operazioni bancarie. Ma si veda il § 6.

<sup>21</sup> «Dato che i consumatori e le imprese» recita il Considerando «non si trovano nella stessa posizione, non necessitano dello stesso livello di protezione. Mentre è importante garantire i diritti dei consumatori con disposizioni cui non si può derogare per contratto, è ragionevole far sì che le imprese e le organizzazioni stabiliscano diversamente. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero poter stabilire che le micro-impresе, quali definite dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle micro-impresе, piccole e medie impresе (...) debbano essere trattate al pari dei consumatori. In ogni caso, alcune disposizioni centrali della presente direttiva dovrebbero essere sempre applicabili a prescindere dallo *status* dell'utente».

<sup>22</sup> Per una puntuale analisi della definizione di “micro impresе”, si rinvia al *Commento* di A. SANTORO, *sub* art. 1, in *La nuova disciplina*, cit.

cliente<sup>23</sup> (senza specificare se sia o no un consumatore)<sup>24</sup>. Si tratta di un'evidente ipotesi di divergenza tra la disciplina nazionale e generale di trasparenza e quella comunitaria. La prima intende attuare una tutela del cliente, in un'accezione ampia, nel presupposto che questi sia contraente debole<sup>25</sup> nei rapporti con gli intermediari, mentre la seconda differenzia clienti consumatori e non, apprestando per i primi una tutela più pregnante, che si esprime nell'inderogabilità di alcune norme. Va chiarito che gli obiettivi, di maggior efficienza e sicurezza, legati alla "modernizzazione" e alla "razionalizzazione" della disciplina dei servizi di pagamento sono comuni a tutti gli utenti dei servizi<sup>26</sup> nel cui interesse generale sono poste le norme dei Titoli II, che riguarda i diritti e gli obblighi delle parti nell'attività di prestazione dei servizi di pagamento e IV, che si occupa in particolare della trasparenza.

Da questo punto di vista, la direttiva va in controtendenza rispetto alla generale propensione della disciplina comunitaria a tutelare il "consumatore", e si inserisce nel filone degli interventi a tutela del contraente

<sup>23</sup> La norma posta dal 1° co. è invariata anche nella nuova versione dell'art. 127, risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 4, 3° co., d.lg. n. 141/2010 e dall'art. 3, 4° co., d.lg. n. 218/2010. Si vedano i rilievi di GRECO, *sub* art. 127, in PORZIO, BELLÌ, LO SAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO, *Testo Unico Bancario Commentario*, Milano, 2010, 1127 ss. e in *Addenda* di aggiornamento al *Commentario*, Milano, 2011, 109.

<sup>24</sup> La relazione illustrativa precisa infatti che il richiamo all'art. 127, 1° co. – che vieta di derogare alla disciplina sulla trasparenza se non in senso più favorevole al cliente – è necessario in quanto quest'ultima norma è inserita nel Capo III del Titolo VI del t.u.b.; pertanto, in mancanza di eccezioni, si applicherebbe anche ai servizi di pagamento, quando invece la PSD consente che le parti si accordino per escludere l'applicazione di tutte o parte delle tutele previste dal Titolo III della direttiva, se il cliente non è un consumatore o una micro-impresa.

<sup>25</sup> Le Disposizioni di vigilanza del luglio 2009 in materia di disciplina generale di Trasparenza hanno in verità anche esse introdotto una classificazione della clientela, che è tuttavia funzionale a differenziare l'applicazione di alcune "frazioni" della disciplina in relazione alla tipologia dei clienti, in attuazione del principio di proporzionalità, così come stabilito per l'ordinamento finanziario in attuazione della direttiva Mifid. Si parla di un "sottoinsieme" di norme che realizzano un sistema di cerchi concentrici: il più ampio abbraccia tutti i clienti, l'intermedio i c.d. clienti al dettaglio, nel cui ambito rientrano i consumatori, le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, gli enti senza fini di lucro, le imprese di minori dimensioni; il più ristretto comprende i consumatori. La classificazione comporta differenti "Statuti informativi", che appaiono conformi al criterio di proporzionalità, nonché di economicità perseguito dalle *Istruzioni*, e risulta apprezzabile in tale ottica a parere di NIGRO, *op. cit.*, 34. Per SCIARRONE ALIBRANDI la classificazione suddetta *diversifica* la disciplina, ma a differenza della classificazione operata per i servizi di pagamento, non rende disponibile alle parti la *totale disapplicazione* della stessa, v. *Commento*, in *Banca e borsa*, 2010, I, 387.

<sup>26</sup> Si veda RISPOLI FARINA, SPENA, *op. cit.*, 77.



debole<sup>27</sup>. Anche per il cliente non consumatore la direttiva prevede infatti disposizioni non derogabili e di forte tutela, come l'art. 69, che fissa il tempo massimo di esecuzione dell'operazione tra prestatore del pagatore e prestatore del beneficiario, se non disposta su supporto cartaceo, in un solo giorno e, quando disposta su supporto cartaceo, in due giorni.

Un possibile risvolto negativo della scelta del legislatore comunitario che, accanto a norme inderogabili, prevede anche norme derogabili previo accordo tra le parti, è di attribuire un ruolo centrale alla libera contrattazione, che può svuotare di contenuto importanti disposizioni, come quelle volte ad attribuire diritti ed obblighi ai contraenti. Possono citarsi le norme che regolano la responsabilità del prestatore di servizi di pagamento, nell'ipotesi di mancata o inesatta esecuzione dell'operazione, ovvero le regole dettate dall'art. 127-ter in tema di spese.

Sarebbe stato più opportuno, si segnala, che il legislatore comunitario avesse adottato regole differenziate, ma inderogabili anche per i non consumatori<sup>28</sup>.

##### 5. Il regime probatorio.

La disposizione di carattere generale contenuta nel 4° co. recepisce il principio c.d. di “inversione dell'onere della prova” nelle controversie che possono sorgere tra prestatore di servizi di pagamento e beneficiario, principio ormai acquisito nell'ordinamento finanziario, come testimonia un'analogha disposizione contenuta nell'art. 23 del t.u.f. e nella prassi giurisprudenziale. È un profilo della PSD che non è stato oggetto di armonizzazione massima, in quanto l'art. 33 della direttiva affida alla *scelta* del legislatore nazionale l'inserimento della norma nell'ambito della disciplina «(...) sui requisiti dell'informazione» di cui al Titolo III, denominato “Trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento”. La direttiva, al citato art. 33, pare chiaramente delimitare la portata della norma alle controversie relative ai requisiti informativi, ma, come giustamente è stato

<sup>27</sup> Segnala il passaggio dalla “protezione del consumatore” alla protezione del cliente, ROPPO, *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? Professionisti? Clienti*, in *Armonizzazione*, cit., 286 ss. Per una attenta lettura delle norme di trasparenza della PDS, si veda PAGLIANTINI, *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO, *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., 449.

<sup>28</sup> Così rileva SCIARRONE ALIBRANDI, *sub art. 126-bis*, cit., 1087.

rilevato<sup>29</sup>, la previsione del 4° co., dell'art. 126-*bis*, in quanto riferita a *tutti gli obblighi* del Capo II-*bis*, copre in prevalenza obblighi a contenuto informativo. D'altra parte, tale norma è idonea a ricomprendere anche obblighi differenti, come ad esempio quello previsto dall'art. 126-*ter*, al 2° co., di proporzionare le spese inerenti l'informativa, nelle ipotesi in cui possano essere addossate al cliente, «ai costi effettivamente sostenuti».

In definitiva, il legislatore italiano ha inteso recepire la disposizione comunitaria in un'ottica di più generale tutela del cliente, con la conseguenza che, in un eventuale giudizio avente per oggetto la violazione degli obblighi a carico della banca sanciti nel Capo II-*bis*, sarà onere della banca fornire la prova del suo adempimento<sup>30</sup>.

## 6. Obiettivi e criteri di intervento della Banca d'Italia.

I commi 5° e 6° chiudono l'art. 126-*bis* con la previsione di due obblighi a carico dell'autorità di vigilanza. In primo luogo, la Banca d'Italia deve

<sup>29</sup> SCIARRONE ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 1088. Per ROPPO, *op. cit.*, 293, la deroga convenzionale avrà uno scarso rilievo nella prassi. TROIANO O., ha espresso forti perplessità sulla possibilità che attraverso il sistema derogatorio si crei un doppio binario che mina l'intento unitario della contrattazione, in *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazione e problemi della Single Euro Payments Area*, in AA.VV., *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, a cura di Mancini, Perassi, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Ricerca giuridica della Consulenza legale*, n. 63, cit., 53-57.

<sup>30</sup> Accede a diversa interpretazione SALANITRO, per il quale la norma ha per oggetto l'adempimento degli obblighi informativi, relativi alle condizioni economiche del servizio, da comunicare al cliente sia nella fase precontrattuale, sia in fase contrattuale, e non l'adempimento degli obblighi relativi all'esecuzione dell'ordine di pagamento, che sono disciplinati da altre norme e che rientrano quindi, in ipotesi di inadempimento o ritardo nella disciplina dell'art. 1218 cc. Ad evitare, tuttavia, di considerare superflua la disciplina sull'onere probatorio, in quanto coincidente con la disciplina probatoria dell'art. 1218 c.c., l'Autore osserva che essa non appare inutilmente riproduttiva, almeno per quanto concerne la fase precontrattuale, se questa viene ricompresa nella responsabilità aquiliana. Sottolinea infine che la violazione degli obblighi informativi sulle condizioni economiche dei servizi di pagamento comporta la nullità relativa dei contratti quadro e la loro sostituzione in base ai criteri indicati nell'art. 117 t.u.b., in quanto compatibili. Si veda *Gli interventi normativi in materia di responsabilità della banca*, in *Nuove regole per le relazioni*, cit., 89. Su tale profilo, SPENA, *sub art. 126-quinquies*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Testo Unico bancario, Commentario, Addenda di aggiornamento*, cit. TROIANO V. sottolinea che la regola contenuta nella norma detta una regola di indirizzo in qualunque vicenda in cui si discuta della dimostrazione dell'agire del prestatore di servizi su aspetti regolati dal Capo II, donde l'immediata applicabilità anche nei casi di ricorso ai sistemi di *risoluzione stragiudiziale delle controversie* (v. *sub art. 126-bis*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, cit., 1482).

attuare un coordinamento tra gli obblighi informativi previsti dalla disciplina generale di trasparenza per il conto corrente e quelli specifici dei servizi di pagamento ai sensi della PSD (così la *Relazione illustrativa* al decreto).

La disposizione del 5° co. – motiva ancora la *Relazione illustrativa* – tiene conto della natura del conto corrente (che comprende una molteplicità di servizi, tra cui anche quelli di pagamento) e dalla conseguente necessità che le informazioni concernenti tutti i rapporti commercializzati con il conto corrente vengano fornite in maniera omogenea.

La direttiva, sottolinea la *Relazione*, fissa il contenuto e le caratteristiche delle informazioni da rendere al cliente, ma non impedisce che le stesse siano inserite accanto ad altre nell'ambito di un unico documento. Se ne deduce che la normativa secondaria può prevedere che l'informativa sui servizi di pagamento sia inclusa in quella relativa al conto corrente; ove necessario, i documenti di trasparenza previsti per il conto corrente andranno ovviamente integrati al fine di assicurare che tutte le informazioni prescritte dalla PSD siano fornite al cliente anche in caso di commercializzazione dei servizi di pagamento insieme al conto corrente.

Sulla base di tali considerazioni, la Banca d'Italia è stata investita del compito di emanare la normativa secondaria relativa al Capo II-*bis* (ossia quella prevista dall'art. 126-*quater* in tema di contenuti e modalità delle informazioni e delle condizioni relative alle operazioni di pagamento e ai contratti che il prestatore è tenuto a trasmettere all'utente) avendo riguardo, per i servizi di pagamento regolati in conto corrente e o commercializzati unitamente a un conto corrente alle disposizioni previste dal Capo I del t.u.b., rinunziando il legislatore a risolvere direttamente la possibile interferenza tra disciplina del contratto di conto corrente e disciplina del contratto quadro<sup>31</sup>.

Non sono mancate le osservazioni critiche in merito alla scelta del legislatore delegato. In considerazione della più volte rilevata necessità di far assumere al contratto di conto corrente la natura di contratto quadro, si è rilevata la impossibilità di mantenere distinti i due contratti e di poter considerare il primo sottratto all'applicazione delle regole della direttiva PSD. Si è anche rilevato che tale disciplina si discosta dalle soluzioni adottate dalle nuove disposizioni di trasparenza emanate dalla Banca d'Italia nel luglio 2009, in cui il contratto di conto corrente ha acquistato una posi-

<sup>31</sup> L'art. 126-*bis*, 5° co. è indice dell'intento del legislatore di evitare che la difficile individuazione del tipo contrattuale, in determinate situazioni, influisca sul contenuto della disciplina in concreto applicabile.

zione centrale, con introduzione di elementi innovativi rilevanti, quali l'ISC, la tipizzazione ai sensi dell'art. 117, 8° co., del "conto corrente semplice", la standardizzazione dei fogli informativi<sup>32</sup>. Le differenze tra i due sistemi, attengono a vari e significativi profili, quali la maggiore incidenza dell'informativa precontrattuale della PSD rispetto a quanto imposto dalla normativa italiana: valga, per tutte, la regola che impone di fornire al cliente, su supporto duraturo (e non semplicemente di mettere a sua disposizione) una serie di informazioni personalizzate relative al contenuto del contratto<sup>33</sup>; diversa è la disciplina in merito alle spese, nonché quella dello *ius variandi* e quella del recesso.

La scelta operata dalla Banca d'Italia, nell'esercizio dei suoi poteri regolamentari, è nella linea di applicare entrambe le discipline di trasparenza, rispetto al contratto di conto corrente: quella speciale, per quanto concerne le sole clausole contrattuali che hanno riguardo ai servizi di pagamento, quella generale per quanto riguarda la residua parte del contratto<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Si veda, ampiamente, CARRIÈRE, BASCELLI, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d'Italia*, in *Contr.*, 2009, 619 ss.; PALMIERI, VELLA, *Il provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in tema di trasparenza bancaria*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2010, 345; MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissione di massimo scoperto*, in *Banca borsa*, 2010, I, 573; QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Leggi civ. comm.*, 2010, 1 ss.

<sup>33</sup> Non vanno sottolineate, tuttavia, recenti modificazioni della disciplina del t.u.b., quali quella introdotta al 1° co. dell'art. 119, con la quale è stata introdotta la possibilità di fornire le informazioni periodiche, oltre che su supporto cartaceo, anche su supporto "durevole" se preventivamente accettata dal cliente, così come già previsto dalle Istruzioni della Banca d'Italia del 2009, alla sezione IV. La regola si applica anche ai servizi di pagamento, in virtù del rinvio operato dalla sezione VI delle Istruzioni in materia di servizi di pagamento del febbraio 2010 e della delega contenuta nell'art.126-*quater*, portando ad una omologazione delle due discipline. Così SPENA, *sub art. 119*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Testo Unico bancario, Commentario, Addenda di aggiornamento*, cit.

<sup>34</sup> Laddove non espressamente disciplinato, le Disposizioni rinviano alla Sezione I (contenente disposizioni di carattere generale in tema di Trasparenza), Seconda, paragrafi 1, 3, 4 e 5 (premessa, fogli informativi, offerta fuori sede, annunci pubblicitari) e 7 (documento di sintesi); sezione III (contratti), salvo quanto previsto dal par. 5; sezione V (tecniche di comunicazione a distanza) salvo quanto previsto dal par.4.1.2; sezione X (controlli). Il paragrafo 5, che regola la modifica delle condizioni previste nel contratto dettando regole speciali (si veda il Commento all'art. 126-*quinquies, infra*) precisa che nel caso di contratto quadro relativo a servizi di pagamento conclusi unitamente al contratto di conto corrente, la disciplina suddetta si applica alle sole modifiche avente ad oggetto le condizioni relative al servizio di pagamento. Precisa inoltre che se la struttura del prezzo non consente di identificare le componenti di costo riguardanti in modo specifico i servizi di pagamento (come nei c.d. conti correnti a pacchetto) a tutte le modifiche si applica l'art. 118 t.u.b., in tema di Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali e il Paragrafo 2 della Sezione IV che le attua, ovvero la disciplina generale dello *ius variandi*.

Si vedano in proposito le recenti *Istruzioni* della Banca d'Italia del giugno 2012, che alla Sezione VI, contengono le disposizioni sui servizi di pagamento in attuazione del Capo II-*bis*<sup>35</sup>. La soluzione non è apparsa in linea generale appagante, non solo nell'ottica di rispettare lo spirito della direttiva PSD, ma anche in considerazione delle difficoltà applicative che possono sorgere per gli operatori del settore<sup>36</sup>.

Tuttavia, si può invece evidenziare che la scelta della Banca d'Italia di conservare la valenza generale (per gli aspetti non diversamente disciplinati) almeno sul piano regolamentare della normativa in tema di trasparenza bancaria, relativamente alla informativa precontrattuale e contrattuale (regole di forma e contenuto del contratto) dovrebbe contribuire a risolvere gli eventuali problemi, avvertiti dallo stesso legislatore, che potrebbero sorgere in ordine all'individuazione delle regole applicabili a quei contratti, come il conto corrente bancario, la cui causa prevalente si atteggia in concreto sempre più come "disciplinare" della futura prestazione di "operazioni di pagamento singole e ricorrenti" e, quindi, di un contratto quadro al quale si accompagna l'apertura e la gestione di un conto corrente.

È consequenziale poi che per i singoli servizi prestati in attuazione del conto corrente bancario (deleghe di pagamento, ecc.) si deve far riferimento per l'individuazione della disciplina applicabile, al concreto atteggiarsi della prestazione. Se si tratta di operazioni di pagamento (deleghe bancarie, bonifici, ecc.) si applicano le norme della sez IV delle Istruzioni e gli artt. 126-*bis* ss. t.u.b., se invece sono a contenuto diverso (ad esempio il ser-

<sup>35</sup> Che si applicano ai contratti quadro relativi ai servizi di pagamento e alle operazioni di pagamento, anche non inserite in un contratto quadro.

<sup>36</sup> Così V. SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, *op. cit.*, 387. Lo stesso criterio risulta applicato, ma con effetti opposti, in materia di spese per l'informativa sui servizi di pagamento, quando essi siano commercializzati in conto corrente. Sulla base delle disposizioni tuttora vigenti, ossia l'art. 127-*bis* t.u.b., e delle Istruzioni Banca d'Italia, di attuazione della PSD, le banche possono chiedere un rimborso delle spese per le comunicazioni periodiche sul conto corrente fornite su supporto cartaceo al cliente, che riguardino la parte della documentazione relativa ai servizi diversi da quelli di pagamento. Risultando difficile stabilire se un certo ammontare rifletta o meno le spese sostenute per l'invio della comunicazione, considerato che la gran parte delle comunicazioni sui servizi di pagamento sono rese ai clienti utilizzando l'informativa periodica sul conto corrente bancario, viene così a svuotarsi di contenuto l'art. 126-*ter* (che prevede la gratuità solo per le comunicazioni telematiche e quelle relative allo *ius variandi* ai sensi dell'art. 118 t.u.b.). Sarebbe stato preferibile estendere la gratuità a tutte le comunicazioni concernente il rapporto di conto corrente, almeno nei rapporti con consumatori e micro-imprese., al fine di evitare incertezze agli operatori. Per Nigro risulta invece apprezzabile la linea prospettata dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni del febbraio 2010, laddove si sottolinea l'obiettivo di rendere la disciplina di trasparenza dei servizi di pagamento quanto più possibile omogenea rispetto alla disciplina di trasparenza prevista per la generalità delle imprese bancarie. V. *op. cit.*, 35.

vizio della cassetta di sicurezza) quelle del Capo I ss. delle *Istruzioni*, nonché gli artt. 116 ss. t.u.b. Pertanto, non c'è sovrapposizione di discipline, ma sostanziale attrazione alla disciplina della trasparenza bancaria delle regole in tema di informativa precontrattuale, forma e contenuto dei contratti per il conto corrente bancario, indipendente dal concreto atteggiarsi della sua causa, cosicché almeno sul piano regolamentare la predetta disciplina riacquista quella valenza generale, che parrebbe invece persa al livello di norma primaria.

Per quanto concerne il secondo obbligo, individuato a carico della Banca d'Italia, si può ipotizzare che esso rifletta l'esigenza di operare un collegamento tra le finalità dei poteri attribuiti all'Autorità dal Capo II-*bis*<sup>37</sup> e quelli conferiti dall'art. 146 t.u.b., norma che di recente è stata riformulata alla luce del recepimento della PSD, così da assumere il ruolo fondamentale nella definizione dei poteri di vigilanza in materia di servizi di pagamento, sia dal lato dell'attività di *oversight* sui sistemi di pagamento che da quello del rapporto banca-cliente<sup>38</sup>. L'art. 146, al 1° co., prevede infatti che la Banca d'Italia esercita la sorveglianza sul sistema dei pagamenti, avendo riguardo al suo regolare funzionamento, alla *sua affidabilità ed efficienza*, nonché alla tutela degli utenti dei servizi di pagamento.

Accanto all'obiettivo di realizzare la tutela diretta del cliente con la prescrizione degli obblighi informativi e degli altri obblighi scaturenti dalle disposizioni del Capo II-*bis*, che fanno seguito al 126-*bis*, il legislatore pone analogamente, alla Banca d'Italia l'obiettivo di garantire un adeguato livello di "*affidabilità ed efficienza*" dei servizi di pagamento. La formula adottata dal 4° co. – «(...) Nell'esercizio dei poteri regolamentari previsti dal presente Capo, la Banca d'Italia tiene conto anche della finalità di garantire un adeguato livello di affidabilità ed efficienza dei servizi di pagamento» – evidenzia la necessità di precostituire regole che siano lette anche in una visione macroprudenziale. Va ricordato del resto che la direttiva PSD ha tra i suoi principali obiettivi, come enuncia il considerando n. 4, di assicurare all'industria dei pagamenti un quadro giuridico, moderno e coerente, che

<sup>37</sup> Le finalità di assicurare la *Trasparenza*, nelle multiformi accezioni che essa può assumere: dalla *protezione* al *riequilibrio*. Si veda RISPOLI FARINA, SPENA, *op. cit.*, 82, per le finalità della disciplina di "trasparenza" nella Direttiva PSD, e più in generale nei contratti bancari.

<sup>38</sup> Per la nuova disciplina contenuta nell'art. 146 t.u.b., si veda SCIARRONE ALIBRANDI, *sub art.* 146, in PORZIO, BELLI, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO, *Testo Unico Bancario, Commentario*, cit.

garantisca parità di condizioni a tutte le imprese, consentendo (agli utenti anche non consumatori) di orientare la scelta del servizio «(...) valendosi dei vantaggi connessi al maggior livello *di sicurezza ed efficacia* rispetto agli standard esistenti a livello nazionale<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Sull'inserimento di ulteriori finalità accanto a quelle previste dall'art. 5 t.u.b., ma anche sulla necessità di modificare la norma, in considerazione dell'arricchimento delle finalità che si pongono alle Autorità, dopo le recenti innovazioni apportate al t.u.b., si veda NIGRO, *op. cit.*, 32, e SCIARRONE ALIBRANDI, *sub art. 126-bis*, cit., 1089.

