



LaScala

STUDIO LEGALE



Concessione abusiva del credito.
Quali i presupposti dell'azione risarcitoria?
Avv. Paolo Francesco Bruno e Avv. Simone Bertolotti
19 aprile 2016

INQUADRAMENTO GENERALE

RUOLO DELLA BANCA

- ❑ Attività bancaria ha carattere d'impresa: la banca si pone come operatore economico che mira al conseguimento di un utile e, necessariamente, e' soggetta al rischio di impresa.
- ❑ Paradosso: la scelta di concedere credito a strutture imprenditoriali in grave difficoltà (se non decotte) costituisce, in termini economici, un comportamento pienamente legittimo, in quanto appunto "soggetto imprenditoriale puro".
- ❑ Operatore qualificato, dotato di una organizzazione e struttura, in grado di conoscere *ex ante* il possibile futuro esito dell'operazione.
- ❑ Specifica competenza tecnica e mezzi di valutazione del merito creditizio coordinati con la "sana e prudente gestione" posta dagli artt. 14, 56 e 58 TUB e dalle istruzioni di vigilanza della banca emanate ai sensi dell'art. 53 TUB¹.

¹ "Attesa la sempre più accentuata dimensione polifunzionale assunta dalle banche, la diligenza del buon banchiere - qualificata dal maggior grado di prudenza ed attenzione che la connotazione professionale dell'agente richiede - trova applicazione non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto od operazione che sia comunque oggettivamente esplicito presso una struttura bancaria e soggettivamente svolto da un funzionario bancario" (Cass. civ. Sez. I, 15-04-1992, n. 4571)



DOVERE DELLA BANCA

- ❑ Astenersi dal concedere credito a quei soggetti che risultino immeritevoli ovvero caratterizzati da una condizione patrimoniale tale da non garantire alcuna utilizzazione produttiva del finanziamento ottenuto;
- ❑ lo stato di crisi “non appaia ragionevolmente superabile”;
- ❑ dovere che si riconduce a due premesse:
 - ❖ Principio costituzionale (art. 47, comma 1, cost.) → “*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito*”
 - ❖ Astenersi dalla continuazione dell'attività di impresa ormai “decotta”.
- ❑ Con riferimento all'ultima delle due premesse la *ratio* si rinviene dalle norme civilistiche pertinenti:
 - A. società di capitali (art. 2485 comma 1 Cod. Civ. ²) per cui vi è l'obbligo per gli amministratori di procedere senza indugio ad iscrivere la causa di scioglimento nel registro delle imprese;
 - B. società di persone (art. 2272 n. 2 Cod. Civ. ³) dissoluzione per impossibilità sopravvenuta dell'oggetto sociale, con limitazione dei poteri degli amministratori ai soli atti urgenti.

² Gli amministratori devono senza indugio accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e procedere agli adempimenti previsti dal terzo comma dell'articolo 2484. Essi, in caso di ritardo od omissione, sono personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi.

³ La società si scioglie: [...] 2) per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo.



QUALI COMPORAMENTI SONO CENSURABILI

- ❑ Comportamenti commissivi ed omissivi:
 - ❖ Concessione di finanziamenti completamente nuovi;
 - ❖ operazioni che siano finalizzate a tramutare la veste giuridica di finanziamenti pregressi magari per assistere l'esposizione con più forti garanzie collaterali;
 - ❖ proroga di finanziamenti o strumenti di finanziamento preesistenti e in scadenza (proroga apertura di credito; proroga castelletto di sconto) o al rinnovo di essi su diverse basi contrattuali;
 - ❖ omesso esercizio dei diritti potestativi verso il finanziato (chiusura dei conti o dei rapporti di apertura di credito o di castelletto etc.).

- ❑ Estranea alla fattispecie obiettiva della concessione abusiva di credito appare invece la pura dilazione di pagamento di obbligazioni (ad es. ratei di mutuo) già scadute.



TUTELA DEI TERZI

❑ Principio di affidamento rispetto alla attività posta in essere dall'operatore qualificato: se la banca riconosce credito ad una impresa, significa che l'impresa lo merita;

❑ risalente giurisprudenza di legittimità riconosce che: "l'imprenditore che esercita l'attività creditizia, ancorché eserciti un'attività privata, è soggetto ai poteri pubblicistici di controllo e repressione previsti dalla legge bancaria (R.D.L. 12 marzo 1936 n. 375 e success. mod.). Il primo articolo di tale legge recita infatti "la raccolta del risparmio per il pubblico sotto ogni forma, e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico, regolate dalle norme della presente legge". Ciò significa, per quanto attiene all'esercizio del credito, che tale attività ha profili pubblicistici, che giustificano non soltanto la regolamentazione contenuta nella stessa legge, ma la possibilità di imporre obblighi e divieti su tale esercizio, in quanto "funzione", senza che venga per ciò intaccata l'autonomia dell'impresa creditizia. Scopo della regolamentazione così realizzata è soprattutto infatti, quello di garantire la solvibilità e la liquidità degli Istituti di credito, inseriti in un sistema, quello bancario, che, in tal modo organizzato, costituisce un ordinamento giuridico. Il dovere primario dei soggetti di tale ordinamento, cioè degli Istituti di credito, consiste, dunque, in una corretta erogazione del credito, nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche" (Cass. civ. Sez. I, 13-01-1993, n. 343).



FONTE DELLA RESPONSABILITA'

□ Si riconduce la concessione abusiva del credito alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 Cod. Civ.): questo perché un approccio a lungo seguito tende a collocare sul versante della responsabilità aquiliana tutte le ipotesi di pregiudizio arrecato agli interessi altrui al di fuori di una preconstituita relazione contrattuale, eventualmente prospettando una dilatazione della nozione di “ingiustizia” del danno (cfr. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *cei*, 1993, 539; GAGGERO, *Responsabilità civile della banca*, in *digesto civ.*, XVII, torino, 1998, 269; LUMINOSO, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *rdco*, 1984, i, 204; MONTALENTI, *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per negligente certificazione*, in *GI*, 1993, I, 2, 8) e affidando pertanto a quella norma una funzione di strumento generale di riparazione dei torti.



FONTE DELLA RESPONSABILITA'

□ Tuttavia, può profilarsi una responsabilità “diversa”, di tipo contrattuale (o meglio da “contatto sociale”): una parte della più recente dottrina prospetta la natura contrattuale della responsabilità di chi, agendo in violazione di doveri di comportamento diligente conseguenti ad una relazione qualificata (c.d. “contatto sociale”) o al proprio *status* professionale, abbia provocato danni a soggetti ai quali non era legato da un preesistente rapporto contrattuale e quindi rispetto ai quali era tenuto ad un obbligo primario di prestazione. Secondo questa concezione è lo *status* professionale del soggetto che, in quanto motivo di affidamento, costituisce la fonte di un obbligo (art. 1173 cod. civ.) di agire con diligenza a protezione dei terzi, la cui violazione darebbe luogo conseguentemente a responsabilità, di tipo appunto contrattuale, per i danni eventualmente prodottisi nella sfera giuridica dei terzi. Alla descritta ricostruzione vengono ricondotte le ipotesi della responsabilità da false informazioni (in particolare nei riguardi di banche e intermediari finanziari) o “da prospetto”, della responsabilità della banca per concessione “abusiva” del credito, della responsabilità del revisore contabile verso i terzi che abbiano fatto affidamento su una certificazione di bilancio errata (CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995, 147; SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *GI*, 1995, IV, 356; ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *GM*, 2007, 555).



DANNO E PLURIOFFENSIVITA' DEL DANNO

❑ Danno per la società:

❖ Paradosso: il finanziamento costituisce un “arricchimento” per l’impresa; in realtà è un aggravamento del dissesto indotto proprio dall’abusivo finanziamento.

❑ Danno ai terzi:

❖ Danno “informativo”, quale lesione della tutela della libertà contrattuale: lesione del libero svolgimento delle trattative;

❖ danno “concorrenziale”, poiché l’artificioso mantenimento in vita dell’impresa consente alla stessa di operare sul mercato in concorrenza con altre imprese (Cass. Civ. Sez. Unite, 28-03-2006, n. 7030 ⁴).

⁴ Una concessione di credito estranea alle regole di corretta amministrazione del medesimo, mantenendo artificialmente in vita una impresa quando essa invece dovrebbe uscire dal mercato, le consente di continuare una concorrenza che altrimenti non eserciterebbe. Con ciò essa, quale ne possa essere la sorte, produce danno di natura concorrenziale al concorrente, il quale a prescindere dal fallimento, può esercitare azione risarcitoria nei confronti della impresa stessa, oltre che della banca.



PROVA

Onere della prova (art. 2697 Cod. Civ.):

- ❑ esistenza del nesso causale tra finanziamento illecito concesso dalla banca ed il fittizio mantenimento in vita dell'impresa;
- ❑ pur usando l'ordinaria diligenza, egli non avrebbe potuto acquisire conoscenza dello stato di insolvenza in cui versava l'impresa finanziata;

- ❑ se creditore anteriore alla concessione: dovrà provare che il ritardo ha comportato l'impossibilità di tutelare le proprie ragioni e, quindi, di evitare o ridurre il danno;
- ❑ se creditore posteriore alla concessione: dovrà provare che senza il finanziamento illecito non avrebbe stipulato contratti con l'impresa;

- ❑ elemento psichico dell'illecito, ovvero riconducibilità del finanziamento abusivo al dolo ovvero alla colpa della banca;
- ❑ la banca potrebbe essere chiamata a rispondere (art. 2236 Cod. Civ.) del danno soltanto in caso di errore scaturente dal mancato assolvimento degli obblighi di istruttoria minima: escludiamo l'errore in senso stretto in quanto l'istruttoria del merito creditizio dovrebbe essere tale da non consentire margini di errore.



ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITA' DELLA BANCA

- ❑ Non è esimente la richiesta di finanziamento da parte della impresa;
- ❑ occorre dimostrare che il finanziamento abusivo sia eziologicamente riconducibile alla colpa della stessa impresa;
- ❑ artificioso comportamento della impresa;
- ❑ concorso colposo (anche assorbente) del danneggiato per cui l'ordinaria diligenza avrebbe consentito di avvedersi dello stato di decozione dell'impresa (art. 1227 Cod. Civ.).



INQUADRAMENTO GENERALE: LEGITTIMAZIONE ATTIVA

- ❑ riconosciuta ai creditori individualmente intesi, sia a quelli anteriori alla concessione del credito, sia a quelli posteriori;
la distinzione cronologica non attiene alla sussistenza della legittimazione processuale a proporre la domanda risarcitoria, bensì all'accertamento del nesso causale tra la concessione abusiva ed il danno asseritamente subito dal creditore;
- ❑ discusso riconoscimento a favore del soggetto finanziato, anche se da ultimo ne viene riconosciuta la legittimazione attiva da parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità e di merito;
in particolare, spunti significativi a favore di detto riconoscimento possono trarsi dall'ultima pronuncia di Cassazione nota che si è espressa in tema⁵, la quale, seppur in *obiter dictum*, ha

⁵ "premesso che la "legitimatō ad causam", attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante la deduzione di fatti in astratto idonei a fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa - con la conseguenza che, fondandosi la legittimazione ad agire, quale condizione all'azione, sulla mera allegazione fatta in domanda, una concreta ed autonoma questione intorno ad essa si delinea solo quando l'attore faccia valere un diritto altrui, prospettandolo come proprio (Sez. 3[^], Sentenza n. 14468 del 30/05/2008) -, per quanto attiene alla prospettazione della domanda come azione ex artt. 2043 e 2049 cod. civ., per la lesione arrecata al patrimonio della società - come interpretata dalla Corte di merito con accertamento non impugnato con ricorso incidentale condizionato - va precisato che, "in relazione a domanda di risarcimento del danno, derivante dalla dichiarazione di fallimento, proposta nei confronti di un terzo al cui comportamento illecito sia addebitata la verifica dello stato di insolvenza", "il curatore del fallimento è legittimato a far valere la responsabilità di terzi per fatti anteriori e colpevolmente causativi dello stato di insolvenza" (Sez. 3[^], 18/04/2000 n. 5028). Invero, da tempo questa Corte ha chiarito che il diritto al risarcimento dei danni subiti dal fallito che sia fondato sul comportamento illecito, contrattuale o extracontrattuale, di un soggetto che si assume aver cagionato la situazione di dissesto determinativa del fallimento è un ordinario credito risarcitorio da illecito che, atteso il suo contenuto patrimoniale, non rientra tra i beni ed i diritti di natura strettamente personale esclusi dall'esecuzione concorsuale ai sensi della L. Fall., art. 46, n. 1, ed è anch'esso acquisito alla massa attiva del fallimento (Sez. 1[^], 20/05/1982 n. 3115).



LEGITTIMAZIONE ATTIVA

sostanzialmente riconosciuto detta legittimazione allorché il danno dedotto in giudizio sia riconducibile al patrimonio sociale;

□ strettamente correlato alle due questioni di cui sopra e' il tema del riconoscimento della legittimazione attiva in capo al curatore fallimentare.

Il tema e' stato affrontato *ex professo* dalla Suprema Corte di Cassazione con tre sentenze gemelle del marzo 2006⁶ le quali hanno negato detta legittimazione in capo al curatore in quanto il danno lamentato non potrebbe dirsi di pertinenza della massa dei creditori, dovendosi necessariamente procedere ad una distinzione caso per caso della posizione soggettiva dei singoli creditori potenzialmente danneggiati;

Senonchè, la circostanza che l'amministratore della società fallita e il direttore della filiale della banca siano stati condannati per "concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito", vale ad integrare un'ipotesi di responsabilità dell'amministratore verso la società ex art. 2393 cod. civ. - che il curatore può far valere ai sensi della L. Fall., art. 146 - e di concorso nella stessa responsabilità della banca convenuta in relazione alla condotta del proprio funzionario" (Cass. Civ. Se. I, 1-6-2010, n. 13143, in motivazione).

⁶ Cass. Civ. Sez. Unite, 28-3-2006, nn. 7029, 7030 e 7031.



LEGITTIMAZIONE ATTIVA

- ❑ la Cassazione pare aver ammesso ampliato il tema della legittimazione attiva, riconoscendola in capo al curatore, seppur nella limitata prospettiva in cui si individui la sussistenza di una collusione esistente tra amministratori e funzionari della banca concedente il credito;
- ❑ la giurisprudenza di merito si e' sinora attenuata, per quanto concerne la negazione della legittimazione attiva del curatore rispetto al danno arrecato ai creditori, al *dictum* delle Sezioni Unite⁷;

⁷ “Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore, l'azione di risarcimento da illecito aquilano per i danni cagionati ai creditori dell'impresa fallita dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta” (Tribunale di Monza, 31-7-2007, in *Tidona Giuridica*);

“Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile, l'azione da illecito aquilano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretto a mantenere artificiosamente in vita un'impresa decotta, suscitando nel mercato la falsa impressione che si tratti di un'impresa economicamente valida. Il curatore è, infatti, legittimato unicamente a promuovere azioni volte alla reintegrazione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica a favore dell'intera massa dei creditori, mentre l'azione de qua costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore” (Tribunale di Monza, 8-2-2011, in *Riv. dottori comm.*, 2011, 2, 440);

“Deve escludersi che l'azione risarcitoria per concessione abusiva del credito possa qualificarsi azione di massa e come tale sia riferibile all'organo rappresentativo della procedura di amministrazione straordinaria. Le riforme normative in materia fallimentare, lungi dal conferire agli organi della procedura un potere indistinto e generalizzato di rappresentanza dei creditori, proprio conferendo agli organi della procedura in modo specifico il potere, in alcuni casi, di esercitare azioni spettanti ai creditori, hanno riaffermato il principio generale di differenziazione di azioni spettanti ai creditori ed azioni spettanti agli organi della procedura, specificando i casi in cui questi ultimi siano legittimati all'esercizio di azioni non spettanti alla massa ma ai singoli creditori. Ogni pretesa che pur riguardando il patrimonio del fallito, allega a fondamento un illecito da questo subito, sfugge alla logica della universalità e della concorsualità tipiche delle azioni esecutive di massa” (Corte d'Appello di Milano, 20-3-2015, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2015, 2, 284).



LEGITTIMAZIONE ATTIVA

- piu' ampio, invece, il ventaglio di soluzioni offerte dalla giurisprudenza in relazione alla sussistenza della legittimazione attiva del curatore fallimentare a far valere il danno arrecato direttamente al patrimonio sociale a seguito dell'abusiva concessione di credito:
 - ❖ e' stata, infatti, sostenuta la carenza di legittimazione attiva del curatore anche in relazione a tale azione, atteso che questi, subentrando nella posizione soggettiva dell'imprenditore sovvenuto ai sensi dell'art. 43 l.f., non potrebbe scindere la propria posizione da quella del primo che ha partecipato direttamente al contratto che ha dato luogo al finanziamento poi contestato⁸;

⁸ "In proposito occorre premettere che l'appellante, in concreto, rivendica il diritto dell'Amministrazione Straordinaria di esercitare, ex art. 43 L.F., un diritto risarcitorio spettante all'imprenditore sulla base del danno conseguente all'abuso di credito. Peraltro è indubitabile che l'imprenditore abbia partecipato (sia pure nel ruolo di richiedente) ai contratti di finanziamento che hanno dato luogo all'asserito abuso di credito, né la sua richiesta di finanziamento può essere ritenuto atto estraneo alla concessione di credito per il fatto che la valutazione sull'opportunità di accoglierla o meno sia stata rimessa alle Banche. Ciò premesso si osserva che l'ipotesi in esame è stata considerata nella Sentenza n. 7029/2006 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - richiamata dalla sentenza n. 13413 della I Sez. della medesima Corte - che ha concluso esattamente come indicato dal primo Giudice. Infatti la Suprema Corte, rilevata la partecipazione dell'imprenditore al contratto che diede luogo all'abusiva concessione di credito, ha escluso che lo stesso possa aver tratto nei confronti della banca, un credito rivendicabile dal curatore ma ha ritenuto che, piuttosto, abbia dato luogo all'illecito di abuso di credito e che sia inapplicabile l'ipotesi di cui all'art. 1227 c.c. (avendo entrambe le parti del rapporto dato vita consapevolmente al medesimo illecito mentre l'ipotesi codicistica riguarda la fattispecie nella quale due distinte condotte, diversamente efficienti a produrre l'evento di danno, ma l'una avente titolo nella colpa, concorrono a produrre l'evento pregiudizievole). Ha affermato la Suprema Corte:

.. Nella vicenda in esame si ha che l'abuso del credito affermato si è perfezionato mediante la conclusione di un contratto al quale la s.r.l. partecipò con i suoi organi. a tanto legittimati dai suoi statuti. Potrebbe al più ipotizzarsi una responsabilità di costoro per mala gestio. ma questa esclude comunque ragione risarcitoria di cui si tratta per la ragione che alcun diritto di credito verso il proprio contraente in capo alla società finanziata abusivamente potette nascere. da un fatto illecito prodotto anche da attività infedele dei suoi rappresentanti.

Ragionare diversamente, pare il caso di osservare, vorrebbe dire ammettere che la banca dopo di avere subito ragione risarcitoria, e dunque avere conferito alla massa l'equivalente del pregiudizio arrecato, possa poi, non essendo venuta meno la sua qualità di creditore del fallito partecipare al riparto della massa così costruita e riprendere quanto versato" (Corte d'Appello di Milano, 20-3-2015, cit.).



LEGITTIMAZIONE ATTIVA

- ❑ e' stato addirittura sostenuto che, in mancanza dell'accertamento, esclusivamente rimesso alla cognizione del giudice penale, della sussistenza di un concorso di rilevanza penale tra gli amministratori ed i funzionari della banca nella prospettiva del ricorso abusivo al credito ovvero della bancarotta fraudolenta, al curatore fallimentare sia precluso dedurre la sussistenza di un danno risarcibile sulla base del principio esposto da Cass. 13143/2010, con conseguente inammissibilita' della domanda;
- ❑ riconoscimento della legittimazione attiva, in ragione dell'individuazione del danno lamentato come di titolarita' diretta dell'imprenditore fallito, cui il curatore subentra nella posizione sostanziale, quindi acquisendo la legittimazione a far valere i diritti risarcitori spettanti al primo. in tale prospettiva, riconosciuta la sussistenza della legittimazione attiva, la questione si sposta sul merito e conseguentemente sulla fondatezza dell'azione risarcitoria.

Ragionare diversamente, pare il caso di osservare, vorrebbe dire ammettere che la banca dopo di avere subito razione risarcitoria, e dunque avere conferito alla massa l'equivalente del pregiudizio arrecato, possa poi, non essendo venuta meno la sua qualità di creditore del fallito partecipare al riparto della massa così costruita e riprendere quanto versato” (Corte d'Appello di Milano, 20-3-2015, cit.).

⁹ In tal senso cfr. Tribunale di Novara, 18-11-2011, Est. Dott. Filice, inedita, poi riformata sul punto specifico da Corte d'Appello di Torino, 9-5-2013, inedita, Est. Dott. Della Fina, secondo cui si deve *“ritenere senz'altro sussistente la legittimazione attiva del Commissario straordinario che imputi ad un terzo di avere, per propri comportamenti costituenti atto illecito, ovvero per inadempimento contrattuale, arrecato danni alla società (non invece ai creditori) soggetta alla procedura concorsuale”,* pur ritenendo infondata nel merito la domanda.

¹⁰ Cfr. Corte d'Appello di Torino, 9-5-2013, cit.



LEGITTIMAZIONE PASSIVA

- ❑ l'individuazione dei soggetti legittimati passivi e' relativamente piu' semplice e, anche in questo caso, ovviamente dipende dalla natura dell'azione esercitata o, se si preferisce, dal danno dedotto in giudizio;
- ❑ ove esercitata dal singolo creditore, legittimata passiva dell'azione risarcitoria sara' indubbiamente la banca che ha concesso il credito asseritamente abusivo; possibile, in tale prospettiva, estendere la platea dei legittimati passivi anche al debitore insolvente ovvero agli amministratori di quest'ultimo.

Occorre, al riguardo, effettuare alcune precisazioni:

- ❖ l'azione risarcitoria esercitata nei confronti del debitore insolvente – ove ammissibile per l'ipotesi in cui quest'ultimo non sia *medio tempore* stato ammesso a procedura concorsuale che preveda il procedimento di accertamento del passivo – dovra' prevedere l'allegazione di un *quid pluris* rispetto al credito insoddisfatto posto a fondamento dell'azione risarcitoria proposta dal creditore;
- ❖ l'azione risarcitoria proposta nei confronti degli amministratori deve essere ricondotta all'ambito di applicazione di cui all'art. 2395 Cod. Civ., trattandosi, in linea di principio, di voce di danno arrecato direttamente al creditore e, come tale, sottratto alla legittimazione esclusiva spettante al curatore in caso di fallimento del debitore ai sensi dell'art. 2393 *bis* Cod. Civ.;



LEGITTIMAZIONE PASSIVA

- ❑ ove esercitata dalla società *in bonis*, principale legittimata passiva sarà la banca finanziatrice, ferma restando la possibilità di estendere la domanda anche agli amministratori che hanno richiesto il finanziamento in assenza dei presupposti economici necessari;
- ❑ l'esercizio dell'azione risarcitoria da parte del curatore fallimentare sconta la necessità di risolvere le problematiche giuridiche sopra esposte.



COMPETENZA E DELIBERA ASSEMBLEARE

- ❑ l'esercizio dell'azione risarcitoria nelle varie articolazioni sopra esposte sconta la risoluzione di ulteriori problematiche di natura "preliminare";
- ❑ occorre in primo luogo evidenziare come l'eventuale proposizione della domanda risarcitoria anche o solo nei confronti degli amministratori sociali sia idonea a determinare la competenza della sezione specializzata delle imprese ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. a), D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, come modificato dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1. si ritiene di poter estendere tale competenza esclusiva anche all'azione di cui all'art. 2395 Cod. Civ., attesa la natura tendenzialmente omnicomprensiva della competenza prevista da detta norma piu' dubbio se la competenza del tribunale delle imprese possa essere estesa anche all'azione risarcitoria proposta nei confronti della sola banca, ma riconducibile al concorso ritenuto sussistente tra gli amministratori della societa' ed i funzionari della banca, dovendosi aver riferimento al disposto di cui all'art. 3, comma 3, D.Lgs. 168/2003¹¹.
- ❑ ove la domanda risarcitoria sia azionata da societa' di capitali nei confronti del proprio ex amministratore, sara' necessario, a pena di inammissibilita' della domanda, l'emissione di delibera assembleare che autorizzi l'azione di responsabilita' e cio' anche per l'ipotesi in cui i fatti contestati integrino fattispecie di reato.

¹¹ "Le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2".

¹² "La deliberazione assembleare di autorizzazione all'esperimento dell'azione sociale di responsabilità, di cui all'art. 2393, comma 1, c.c., è necessaria anche nel caso in cui gli atti di mala gestio posti in essere dagli amministratori integrino ipotesi di reato, purché le condotte contestate abbiano un collegamento con la carica ricoperta e con i doveri dalla stessa rivenienti. In tal caso, la qualificazione degli atti gestori deve avvenire alla luce delle (sole) disposizioni che disciplinano le azioni di responsabilità in materia societaria, le quali, in forza del principio di specialità, prevalgono sulle norme generali (quali l'art. 2043 c.c.). Pertanto, l'azione con la quale si chiedi all'amministratore la restituzione di beni o somme della società, di cui di cui lo stesso si è indebitamente appropriato, rientra nell'ipotesi di cui all'art. 2393 c.c. e, quindi, in assenza della delibera assembleare (preesistente al giudizio ovvero intervenuta in corso di causa), deve essere dichiarata inammissibile" (Corte d'Appello di Milano, 12-2-2015, in DeJure).

La necessità che anche l'azione sociale di responsabilità promossa nei confronti di amministratori di s.r.l. sia autorizzata da delibera assembleare è stata affermata dalla prevalente giurisprudenza di merito (cfr. Tribunale di Messina, 12-5-2015, in Redazione Giuffrè 2016).



VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO E STRUMENTI DI TUTELA DELLA BANCA

- ❑ Come visto, il presupposto dell'azione risarcitoria e' rappresentato dalla concessione di credito a societa' in situazione di crisi;
- ❑ una prima possibile tutela e' rappresentata dalla circostanza per la quale il credito venga concesso nell'ambito di uno degli strumenti previsti dalla legge fallimentare a favore della soluzione concordata della crisi d'impresa, rappresentati nello specifico dal piano attestato di risanamento *ex art. 67, III comma, lett. d), l.f.*, dall'accordo di ristrutturazione omologato ai sensi dell'*art. 182 bis l.f.* ovvero dal concordato preventivo;
per quanto, infatti, tali strumenti abbiano finalita' istituzionalmente diversa da quella inerente la tutela della banca dall'azione risarcitoria derivante dalla concessione abusiva di credito, la dottrina ritiene che essi siano senz'altro utilizzabili anche nella prospettiva di negare fondatezza a detta azione¹³;

¹³ *"Dunque, sia che il finanziamento si ponga in essere nell'ambito di una soluzione concordata della crisi d'impresa, sia che esso si realizzi a prescindere dalla partecipazione della banca al tentativo di ristrutturazione, la responsabilita' per concessione abusiva di credito e' egualmente prospettabile al sopravvenire della insolvenza del finanziato. Tuttavia, solo nel primo caso e non anche nel secondo l'erogazione puo' effettuarsi al riparo da eccessivi rischi e incertezze sulla sussistenza o meno della responsabilita': solo nel primo caso, infatti, sussiste un piano di risanamento agevolmente verificabile dalla banca secondo parametri legalmente imposti"* (Di Marzio, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito, in Banca borsa tit. cred., 2009, 382 e ss.*).

Contra "La circostanza che il piano di risanamento sia stato ritenuto ragionevole da un esperto indipendente non esclude la possibilita' di configurare la responsabilita' delle banche per concessione abusiva del credito; ed invero, l'intervento dell'esperto costituisce presupposto necessario per ottenere l'esclusione dalla disciplina della revocatoria fallimentare ex art. 67 l. fall. dei pagamenti e delle garanzie prestatati in esecuzione del piano, ma non comporta la riduzione degli strumenti di tutela dei creditori danneggiati dall'operazione in base alla disciplina generale dell'illecito civile" (Piscitello, *Piani di risanamento e posizione delle banche, in Banca borsa tit. cred., 2007, 538 e ss.*).



VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO E STRUMENTI DI TUTELA DELLA BANCA

- ❑ sarà, ovviamente, necessario verificare che il finanziamento risulti previsto ovvero trovi corrispondenza nel piano o nell'accordo di cui sopra, nonché che vengano ottenute le prescritte autorizzazioni nell'ambito del concordato preventivo, secondo quanto previsto dagli artt. 182 *quater* e *quinquies* l.f.;
- ❑ discorso a parte merita, invece, l'ipotesi del finanziamento concesso in esecuzione del piano attestato di risanamento ex art. 67, III comma, lett. d), l.f., il quale, come noto, non contempla alcuna verifica di natura giudiziale circa la sua ragionevolezza – al contrario dell'accordo ex art. 182 *bis* l.f. e del concordato preventivo, che si concludono con l'omologa del tribunale, ovvero dei finanziamenti previsti dagli artt. 182 *quater* e *quinquies* l.f., che richiedono l'autorizzazione giudiziale – che è rimessa all'attestazione di un esperto terzo ed indipendente, la quale è, però, suscettibile di controllo giudiziale nell'ambito di un eventuale contenzioso;
in tale prospettiva, oggetto di valutazione giudiziale sarà la sussistenza *ex ante*, al momento della concessione del credito, dei requisiti minimi perché il piano di risanamento potrà considerarsi ragionevole, potendosi, in difetto, ritenere comunque sussistente il presupposto soggettivo dell'azione risarcitoria in capo alla banca, pur sempre ricondotto alla nozione di colpa, da valutarsi in termini più stringenti alla luce della natura di operatore economico qualificato di quest'ultima¹⁴;

¹⁴“L'incentivazione al finanziamento di operazioni di risanamento o liquidazione non implica un qualche favore per il finanziamento della crisi d'impresa. Il limite della protezione legale è dato dalla funzionalità della erogazione alla soluzione della crisi; dipende pertanto dalla ragionevolezza e fattibilità del piano a cui contribuisce la banca con la sua erogazione. Per il sostegno colposo a un programma inidoneo a risolvere la crisi, il quale trasmoda inevitabilmente in un finanziamento della crisi d'impresa, non soccorrono ragioni di tutela” (Di Marzio, cit.).



VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO E STRUMENTI DI TUTELA DELLA BANCA

- in assenza del ricorso da parte dell'imprenditore in dissesto agli strumenti di composizione concordata della crisi nei termini sopra citati, la valutazione circa il fondamento della domanda risarcitoria dovrà essere valutata sulla base della conoscibilità da parte della banca dello stato di crisi del soggetto finanziato.

Vi è, in tale prospettiva, un *quid pluris* rispetto all'accertamento del presupposto soggettivo dell'azione revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, II comma, l.f., atteso che, al riguardo, la giurisprudenza di legittimità e di merito richiede che, affinché possa dirsi integrato detto presupposto soggettivo, la *scientia decoctionis* sia effettiva e non meramente potenziale.

Nel caso di specie, pare, invece, sufficiente, ove si acceda alla tesi della sussistenza della sola colpa, la conoscibilità dello stato di crisi, per quanto esso debba risultare desumibile sulla base di dati oggettivi resi noti o comunque conoscibili dalla banca sulla base dell'ordinaria diligenza. Il novero delle fonti cognitive utilizzabili al riguardo è quello noto (bilanci depositati ovvero situazioni infrannuali consegnate alla banca, dati della centrale rischi, presenza di protesti, iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, procedure esecutive in corso, notizie di stampa, andamento dei rapporti bancari, ecc.).



Grazie per l'attenzione

Contatti:

p.bruno@lascalaw.com

s.bertolotti@lascalaw.com

tel. 02 439251

www.lascalaw.com

www.iusletter.com

