

IL RAPPORTO BANCA-IMPRESA, TRA CONCESSIONE ABUSIVA DI CREDITO, COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI E NUOVE LINEE GUIDA EBA

THE BANK-COMPANY RELATIONSHIP, BETWEEN ABUSIVE CREDIT GRANTING, NEGOTIATED CRISIS RESOLUTION AND NEW EBA GUIDELINES

GIOVANNI TURAZZA

Dottore commercialista in Trieste

Abstract: La più recente giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che gli organi delle procedure concorsuali siano legittimati ad agire per il risarcimento dei danni cagionati da abusiva concessione di credito. Il presente contributo si propone di analizzare il coordinamento delle regole di comportamento che sono di conseguenza tenute ad adottare le banche, con i nuovi obblighi previsti dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, ed in particolare con il dovere di agire secondo buona fede e correttezza nel corso dei procedimenti di Composizione Negoziata della Crisi. Vengono altresì analizzati i rischi cui le banche sono esposte, nelle situazioni di crisi dei loro debitori, per abusiva interruzione del credito (in senso opposto rispetto all'abusiva concessione o mantenimento del credito stesso), e quindi considerate le nuove Linee Guida EBA in tema di concessione e monitoraggio del credito, che richiedono alle banche processi valutativi e di controllo più ampi e articolati rispetto al passato.

Abstract: *The most recent jurisprudence of legitimacy has held that the bodies of insolvency proceedings are entitled to take legal action for compensation for damages caused by abusive granting of credit. This contribution aims to analyze the coordination of the rules of conduct that banks are consequently required to adopt, with the new obligations set forth in the Italian Code of enterprise crisis and insolvency, and in particular with the duty to act according to good faith and fairness in the course of the Negotiated Crisis Resolution. The risks to which banks are exposed, in crisis situations of their debtors, due to abusive credit interruption (in opposite sense respect to the abusive granting or maintenance of the credit itself) are also analysed, and therefore are considered the new EBA Guidelines on the subject of credit granting and monitoring, which require banks to evaluate and control processes that are broader and more articulated than in the past.*

Sommario: 1. Profili di responsabilità delle banche per concessione abusiva di credito. – 2. La Composizione Negoziata della Crisi: nuovi obblighi e standard di comportamento per le banche. – 3. Le banche tra concessione abusiva e interruzione brutale del credito. – 4. Monitoraggio del credito e nuove Linee Guida EBA. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Profili di responsabilità delle banche per concessione abusiva di credito

In assenza di una regolamentazione normativa, le questioni concernenti la responsabilità delle banche conseguenti a concessioni di finanziamenti non precedute da istruttorie svolte con la prescritta diligenza, sono state oggetto di frequenti, risalenti, interventi¹, che non sembrano essere ancora pervenuti ad approdi definitivi.

In via di sintesi, si può assumere in termini generali che tali fattispecie siano riferibili a situazioni in cui la banca, con grado decrescente di responsabilità: I. abbia erogato abusivamente il credito, pur conoscendo (o dovendo conoscere, trattandosi di operatore qualificato) la situazione di crisi irreversibile o d'insolvenza in cui versava l'impresa finanziata, e lo abbia fatto (con dolo o anche sola colpa) ingerendosi nei, o condizionando i, meccanismi decisori di quest'ultima, potendo in conseguenza assumere una responsabilità quale amministratore di fatto della stessa ovvero una responsabilità da eterodirezione *ex art. 2497 c.c.*²; II. abbia dato corso alla concessione del finanziamento ad impresa che si trovava in tali condizioni (insolvenza o

¹ Tra gli altri, A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 219; A. BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 287; C.M. PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione "abusiva" di credito?*, in *Giur. comm.*, 1982, p. 841; B. INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, p. 266; G. LO CASCIO, *Iniziativa giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Fall.*, 2002, p. 1181; M. ROBLES, *Erogazione abusiva di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 280; A. VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, p. 648; C. ESPOSITO, *La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di danni per abusiva concessione di credito: una breve analisi dei percorsi possibili*, in *Fall.*, 2006, p. 1133; M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, p. 258; L. STANGHELLINI, *Il credito irresponsabile alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, p. 395; C. AQUILINO, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca. Brevi riflessioni alla luce della riforma della Legge Fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 599; S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2009, p. 65; V. PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva di credito fra unità e pluralità*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1161; A. MARCINKIEWICZ, *La concessione abusiva di credito: nuove frontiere – curatore fallimentare e danno dei debitori per abusiva concessione di credito*, in *Fall.*, 2011, p. 305; F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie di concessione abusiva di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 692.

Per una più ampia disamina della dottrina del periodo, si veda A. JORIO, *Concessione abusiva di credito, fallimento, responsabilità della banca e legittimazione del curatore*, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 262, nota 1.

² Si vedano, in particolare: M. CISOLLA, *La responsabilità della banca da (co)gestione dannosa dell'impresa finanziata*, in *ilcaso.it*, 24 maggio 2020; G.P. LA SALA, *La responsabilità da abusiva concessione di credito alle imprese nella prospettiva del codice civile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, p. 805.

crisi irreversibile), pur senza ingerirsi nel processo decisionale della finanziata, ma violando (colposamente) i doveri di corretta e diligente erogazione del credito; III. si sia limitata al mantenimento degli affidamenti in essere ad impresa che, dopo l'erogazione, sia incorsa nelle anzidette situazioni di crisi irreversibile o insolvenza.

In tutti i predetti casi può verificarsi che la protrazione dell'attività, in perdita, da parte dell'impresa sovvenuta determini un aggravamento del dissesto.

Un tema nodale è rappresentato dai profili relativi alla legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio delle conseguenti azioni risarcitorie, stante che, in caso negativo, è agevole prefigurare una marcata contrazione dei possibili contenziosi, che resterebbero rimessi all'iniziativa dei singoli creditori.

Un punto di svolta è stato in proposito rappresentato dalle note sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione del 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031³, che ne hanno negato la legittimazione, trattandosi di azione ritenuta riconducibile all'art. 2395 c.c., e quindi non esercitabile dalla curatela, in quanto non di massa.

Ferma la carenza di legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni spettanti ai singoli creditori, cui si conformava un ampio novero di giurisprudenza sia di merito⁴ che di legittimità⁵, un orientamento di parziale apertura alla legittimazione del curatore si è però in seguito formato, dapprima con un *obiter dictum* nella pronuncia della Cassazione n. 13413/2010⁶, ove è stato ritenuto che il curatore sia legittimato ad agire ai sensi dell'art. 148 L. Fall. nei confronti della banca, solidalmente responsabile del danno cagionato alla società fallita dall'abusivo ricorso al credito da parte del suo amministratore. Successivamente, le coeve Cass. nn. 9983/2017⁷ e 11798/2017⁸, pur confermando che al curatore sarebbe precluso l'esercizio di tali azioni risarcitorie nell'interesse dei creditori, in quanto riconducibili a ciascun singolo creditore e quindi all'art. 2395 c.c., lo hanno ritenuto legitti-

³In *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 615 con note di L.A. RUSSO, *Legittimazione del curatore all'azione per abusiva concessione di credito* e G.B. NARDECCHIA, *L'abusiva concessione di credito all'esame delle sezioni unite*.

⁴Trib. Monza, 31 luglio 2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 375; Trib. Monza, 12 settembre 2007, in *Dir. Prat. Soc.*, 2008, 6, p. 72; Trib. Monza, 8 febbraio 2011, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 690; App. Milano, 20 marzo 2015, n. 1229, massima in *Riv. Dott. comm.*, 2015, p. 284; Trib. Napoli, 9 febbraio 2016, n. 1662, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, p. 53; Trib. Bologna, 13 luglio 2017, n. 1508, in *www.dejure.it*.

⁵Cass. 13 giugno 2008, n. 16031, massima in *Guida dir.*, 2008, 50, p. 112; Cass. 9 luglio 2008, n. 18832, in *Fall.*, 2009, p. 158; Cass. 23 luglio 2010, n. 17284, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1157.

⁶In *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1157, nonché in *Fall.*, 2011, p. 306.

⁷Cass. 20 aprile 2017, n. 9983, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, p. 162 con nota di F. PACILEO, in *Giur. comm.* 2018, II, p. 236, con nota di A. JORIO, in *Fall.*, 2017, p. 908 con nota di G. TARZIA e p. 1157 di L. BALESTRA, nonché in *Dir. fall.*, 2017 I, p. 720 con nota di B. INZITARI.

⁸Cass. 2 maggio 2017, n. 11798 in *Fall.*, 2017, p. 908 con le note di G. TARZIA e L. BALESTRA di cui alla nota precedente.

mato ad agire per il risarcimento dei danni cagionati per effetto dell'abusiva concessione di credito (direttamente) alla fallita società.

A dette sentenze del 2017 facevano seguito autorevoli interventi dottrinari che, pur in presenza di opinioni diverse, sollecitavano un'apertura al riconoscimento della legittimazione del curatore⁹, configurandola in particolare quale responsabilità della banca concorrente a quella degli amministratori nei confronti della collettività dei creditori sociali *ex art. 2394 c.c.*, in quanto tale ascrivibile al novero delle azioni di spettanza del curatore¹⁰. L'aggravamento del dissesto conseguente alla protrazione dell'attività comporta, infatti, la riferibilità del danno alla collettività dei creditori (che vedono ridursi le aspettative di tutela), non anche alla società, essendo – in tale ipotesi – già andato perduto il patrimonio a seguito del dissesto¹¹.

Tale ricostruzione, che apre ad un'ampia casistica, aveva inizialmente trovato riscontro in alcune decisioni di merito¹², ed ha quindi trovato conferma nelle più recenti sentenze della Cassazione, Sez. I, n. 18610 del 30 giugno 2021¹³ e n. 24725 del 14 settembre 2021¹⁴, con le quali è stata indicata una decisa apertura dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte con riferimento alla procedibilità dell'azione risarcitoria per responsabilità della banca in concorso con quella degli amministratori della società finanziata ed in seguito fallita, *ex art. 2394 c.c.*¹⁵.

⁹D. GALLETTI, *Abusiva concessione di credito e legittimazione della curatela*, nota a Cass. n. 9983/2017, *Il Fallimentarista*, 29 maggio 2017.

¹⁰A. JORIO, *Concessione abusiva di credito, fallimento, responsabilità della banca e legittimazione del curatore*, cit., p. 262, ivi rifacendosi anche alla precedente conforme opinione di A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 317.

¹¹Salvo dimostrazione, estremamente problematica, che senza aggravamento del dissesto la società si sarebbe salvata, magari con procedura alternativa.

¹²Trib. Prato 15 febbraio 2017, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 236; App. Firenze, Sez. I, 11 novembre 2019, in *Fall.*, 2020, p. 812.

¹³In *Diritto dellacrisi.it*.

¹⁴In *Il Caso.it*.

¹⁵Con tali due sentenze sono enunciati e ribaditi i seguenti principi di diritto: “*L'erogazione del credito che sia qualificabile come “abusiva”, in quanto effettuata, con dolo o colpa, ad impresa che si palesi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria ed in mancanza di concrete prospettive di superamento della crisi, integra un illecito del soggetto finanziatore, per essere egli venuto meno ai suoi doveri primari di una prudente gestione, che obbliga il medesimo al risarcimento del danno, ove ne discenda l'aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività d'impresa*”.

“*Non integra abusiva concessione di credito la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione ex ante, di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito ai detti scopi*”.

Gli arresti suggeriscono alcune considerazioni.

Anzitutto, l'orientamento risulta fondarsi, anche, sul venir meno la distinzione tra creditori anteriori e successivi al finanziamento, tutti danneggiati, in quanto tutti vedono ridursi le garanzie e aggravarsi le perdite, ancorché i soli creditori successivi possano anche lamentarsi di essere stati indotti in errore¹⁶. In secondo luogo, trattandosi di responsabilità concorrente, in virtù del principio civilistico della solidarietà ex art. 2055 c.c. la curatela può agire anche direttamente ed in via esclusiva nei confronti della banca¹⁷. In terzo luogo, appare quindi possibile la coesistenza in capo alla banca della qualità di creditore (in quanto finanziatore) e debitore (a titolo risarcitorio)¹⁸. In quarto luogo, la responsabilità (se del caso concorrente a quella degli amministratori) nei confronti della collettività dei creditori va configurata quale responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., sia in ipotesi di abusiva concessione di credito, sia in quella in abusivo mantenimento

“Il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all'impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.”.

“La responsabilità in capo alla banca, qualora abusiva finanziatrice, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui alla L.Fall., art. 146, in via di solidarietà passiva ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fatti causatori del medesimo danno, senza che, peraltro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di mero litisconsorzio facoltativo”.

Per una disamina circa la liceità dei finanziamenti ad imprese in crisi, in funzione del loro risanamento, si vedano in particolare L. STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Fall.*, 2021, p. 1181; M. VITIELLO, *Il ruolo delle banche nell'aggravamento e nella soluzione della crisi d'impresa*, in *questionegiustizia.it*, 3/2017, p. 193; N. ABRIANI-L. BENEDETTI, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, p. 41; S. BONFATTI, *Le nuove 'procedure di crisi' e le banche in vista del Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza in dirittodellacrisi.it*, 31 maggio 2022; L. BENEDETTI *La ridefinizione della fattispecie della concessione abusiva di credito ad opera della Cassazione*, nota a Cass. n. 18610/2021, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, p. 173 ss., par. 5 (ivi tra l'altro, in nota 2, una disamina delle principali discipline negli ordinamenti europei e in quello statunitense); G. FAUCELLA, *Riflessioni sulla responsabilità delle banche nel Codice della crisi con particolare riguardo all'abusiva concessione di credito*, in *dirittodellacrisi.it*, 4 gennaio 2023.

¹⁶ Cass. 30 giugno 2021, n. 18610, par. 3.6.3.

¹⁷ Così peraltro, già in precedenza, App. Firenze 11 novembre 2019, in *Fall.*, 6/2020, p. 812, con nota di G. FALCONE.

¹⁸ “Né il cumulo, in capo alla banca, della qualità di debitrice per l'azione sinora esaminata, e di creditrice per la restituzione delle somme finanziate, interessi ed altri importi, è impedito da qualche norma o principio di legge, potendo anzi operare al riguardo, se ne ricorrano gli estremi, l'istituto della compensazione tra i rispettivi crediti”, Cass. n. 24725/2021, par. 2.6.7, conforme Cass. n. 18610/2021, par. 3.6.2. Quanto all'eventuale compensazione: S. DELLE MONACHE, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del creditore*, in *Fall.*, 2021, p. 1343.

dell'affidamento¹⁹. In quinto luogo, è stato ritenuto che la fattispecie limitata al mantenimento di affidamenti costituisca una condotta meritevole di un minor rigore punitivo, anche in relazione alla prova della sequenza causale²⁰. Infine, il concorso nella causazione del danno può essere invocato dalla banca al fine della riduzione del risarcimento suo carico solo nell'ipotesi dell'azione della società, non così nel caso dell'azione dei creditori.

Quanto all'onere probatorio a carico del curatore, le citate sentenze nn. 18610 e 24725 del 2021, hanno espressamente sancito che *“sotto il profilo dell'onere della prova, ai fini della configurabilità della responsabilità del soggetto finanziatore per le condotte più volte enunciate, il curatore ha l'onere di dedurre e provare: a) la condotta violativa delle regole che disciplinano l'attività bancaria, caratterizzata da dolo o almeno da colpa, intesa come imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p.; b) il danno-evento, dato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa in perdita; c) il danno-conseguenza, rappresentato dall'aumento del dissesto; d) il rapporto di causalità fra tali danni e la condotta tenuta”*.

Con riferimento al rapporto di causalità, è stato ritenuto²¹ che *“nella serie causale il comportamento della banca si porrebbe come causa remota rispetto a quella prossima, atta a produrre l'evento dannoso, data dalla decisione imprenditoriale d'impiegare il finanziamento per l'artificioso mantenimento in vita della società”*, pervenendo alla conclusione che *“il finanziamento abusivo innesca a monte la serie causale e da ritenersi eziologicamente efficiente, in concorso con il successivo comportamento del debitore, ogni volta che in sua assenza l'evento dannoso costituito dall'aggravamento del dissesto non si sarebbe potuto verificare”*, con la precisazione che *“nella sequenza causale”²² ‘finanziamento abusivo-prosecuzione del-*

¹⁹ Diversa opinione la ritiene precontrattuale (o contrattuale), in ragione del rapporto di finanziamento instaurando (o instaurato) con l'impresa finanziata (B. INZITARI, *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, nota a Cass. n. 18610/2021, in *dirittodellacrisi.it*, 5 agosto 2021); conformi, ma con riferimento alla responsabilità verso il fallito (non a quella nei confronti della massa dei creditori, come detto, ritenuta aquiliana), Cass. n. 18610/2021, p. 3.6.5 e 3.6.6; Cass. n. 24725/2021, p. 2.6.5 e 2.6.6.

²⁰ *“La giurisprudenza chiamata ad accertare la responsabilità degli amministratori di una banca che hanno deliberato il sostegno finanziario d'impresе in crisi tende talvolta ad attenuare il rigore del giudizio quando costoro si sono limitati a prorogare i finanziamenti concessi, senza accordare nuova liquidità (cfr. in tal senso App. Napoli, 21 settembre 2017, 3838, inedita)”* – G.P. LA SALA, *La responsabilità da abusiva concessione di credito alle imprese nella prospettiva del codice civile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, p. 805; conforme Cass. n. 18610/2021, p. 3.5.3.

²¹ G.P. LA SALA, *La responsabilità da abusiva concessione di credito alle imprese nella prospettiva del codice civile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, pp. 813-814.

²² Efficacemente definita *“processo di seriazione causale”* (D. GALLETTI, *Abusiva concessione di credito e legittimazione della curatela*, cit.).

l'attività-aggravamento del dissesto' il nesso eziologico va riscontrato anche tra il secondo e il terzo termine della relazione"²³.

Per la quantificazione del danno, relativo all'aumento del dissesto, appare pacifico che vada utilizzato il metodo del differenziale dei netti patrimoniali, già adottato dalla giurisprudenza e introdotto all'ultimo comma dell'art. 2486 dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (c.c.i.i.)²⁴.

Nonostante gli articolati, condivisibili e apprezzabili percorsi argomentativi delle due citate sentenze di legittimità del 2021, non pare potersi dire che gli approdi giurisprudenziali possano considerarsi definitivi²⁵, lasciando agli operatori – in primis alle banche – i conseguenti profili di incertezza nell'assumere le decisioni più appropriate.

Ad ogni buon conto, le aperture della Cassazione in tema di legittimazione del curatore ad agire nei confronti delle banche in forza del concorso di responsabilità con gli amministratori lasciano presagire un crescente ricorso a tale fattispecie, o, come è stato meglio detto, consentono di ritenere che *"il tema dell'illegittimo finanziamento del debitore in crisi pare destinato, se così si può dire, a un luminoso futuro"*²⁶.

²³ Si pensi all'ipotesi, non inusuale, dell'erogazione di credito ad impresa in crisi, motivata dalla contropartita del rilascio di fidejussioni di terzi a garanzia di precorse esposizioni nei confronti della banca erogante (M. BONDIONI, *I dubbi del banchiere nel sempre più sottile confine tra lecito e illecito nella concessione abusiva del credito ed emergenza pandemica*", in *GiustiziaCivile.com*, 3 dicembre 2021, p. 4).

²⁴ Cass. 20 aprile 2017 n. 9983; Cass. n. 18610/2021, par. 3.3.; App. Milano, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, p. 197.

²⁵ Lo si rinviene anche nella recente ordinanza interlocutoria della Cassazione, del 24 ottobre 2022, con la quale il procedimento è stato rimesso in pubblica udienza al fine della miglior valutazione della legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione risarcitoria per concessione abusiva di credito, per i danni subiti dalla generalità dei creditori. Cass. Ordinanza interlocutoria n. 31389 del 24 ottobre 2022, non indicata la sezione, sub RG 36756/2019, in *eutekne.it.*, con breve nota su *www.eutekne.info*, 25 ottobre 2022, di M. MEOLI-M. VALINOTTI.

Con riferimento alla rilevanza della condotta meramente colposa, che potrebbe portare ad una valutazione di concessione di credito imprudente ma non abusiva, M. BONDIONI *I dubbi del banchiere nel sempre più sottile confine tra lecito e illecito nella concessione abusiva del credito ed emergenza pandemica*, in *GiustiziaCivile.com*, 3 dicembre 2021, p.4.

²⁶ L. STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, cit.

2. La Composizione Negoziata della Crisi: nuovi obblighi e standard di comportamento per le banche

Si inserisce in tale scenario il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (c.c.i.i.), che ha introdotto un triplice ordine di disposizioni relative al rapporto tra banche e imprese in crisi, in particolare nell'ambito della Composizione Negoziata della Crisi (CNC), *i*) in tema di correttezza e buona fede, nonché leale e fattiva partecipazione, alla quale debbono attenersi le banche nel corso delle trattative²⁷, *ii*) in funzione dei nuovi obblighi di comunicazione agli organi di controllo, delle variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti²⁸, nonché *iii*) quanto agli effetti

²⁷ Art. 4, 1° comma: “Nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza”.

Art. 4, 4° comma: “I creditori hanno il dovere di collaborare lealmente con il debitore, con l'esperto nella composizione negoziata e con gli organi nominati dall'autorità giudiziaria e amministrativa e di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite”.

Art. 16, 5° comma, prima parte: “Le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato”.

Art. 16, 6° comma: “Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative”.

In proposito, in dottrina, si vedano in particolare: R. RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2021, p. 595; D. LENZI *I doveri dei creditori nel Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza in dirittodellacrisi.it*, 4 maggio 2021; M. SPIOTTA, *Ruolo di creditori nella composizione negoziata e negli strumenti di regolazione della crisi/insolvenza*, in *Fall.*, 2022, p. 1276; E. ARTUSO-R. BOGONI, *Brevi spunti ricostruttivi sugli obblighi delle banche nella crisi d'impresa, alla luce della nuova composizione negoziata della crisi in dirittodellacrisi.it*, 28 gennaio 2022.

²⁸ Art. 25-decies: “Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti”. In proposito, in dottrina: R. RORDORF, *L'obbligo delle banche di comunicare le modifiche degli affidamenti agli organi di controllo delle società loro clienti ex art. 14, comma 4, CCII, in dirittodellacrisi.it*, 4 maggio 2021; B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Dir. fall.* 2020, I, p. 541; S. BALSAMO TAGNANI-M. CARLONI, *Obblighi di segnalazione degli organi di controllo societari e delle banche nel nuovo ccii*, in *Società*, 2020, p. 856; V. MAZZOLETTI, *Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di allerta e composizione della crisi*, in *Fall.*, 2020, p. 301; S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. così è se vi pare*, in *ristrutturazionaziendali.ilcaso.it* 9 agosto 2021; E. BISSOCOLI-A. TURCHI, *Il ruolo dei creditori finanziari nella Composizione Negoziata: opportunità, rischi e proposta di Linee Guida*, in *ristrutturazionaziendali.ilcaso.it*, 29 dicembre 2022.

dell'avvio del procedimento della Composizione Negoziata della Crisi sugli affidamenti in essere²⁹.

Senza pretese di un'esaustiva analisi di tali articolate innovazioni, ci si limita ad osservare, per quanto di rilievo ai presenti fini, quanto al primo aspetto – dovere di agire secondo buona fede e correttezza – che già il “*Codice di Comportamento tra Banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare la crisi di impresa*”, emanato dall'ABI nel 2000, conteneva un elenco di principi generali a cui banche ed intermediari avrebbero dovuto attenersi; tra questi spiccava, in particolare, la promozione di comportamenti ispirati a principi di cooperazione ed equità sostanziale, almeno nei rapporti tra il ceto creditorio. L'iniziativa rimase però disattesa in quanto non tutte le banche aderirono a tale Codice di Comportamento: “*esso venne in gran parte ignorato, ed anzi riconfermato da comportamenti opportunistici degli operatori bancari*”³⁰.

L'attuale previsione normativa introduce un'espansione degli obblighi che già comportava l'applicazione del principio generale di buona fede previsto dall'art. 1375 c.c. alla particolare diligenza imposta alle banche nel rapporto con le imprese affidate³¹. Le banche sono ora tenute a declinare i principi di buona fede e correttezza non soltanto nei rapporti con il debitore affidato, ma anche nei rapporti

²⁹ Art. 16, 5° comma, seconda parte: “*L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore. In ogni caso la sospensione o la revoca degli affidamenti possono essere disposte se richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, con comunicazione che dà conto delle ragioni della decisione assunta*”.

Art. 18, 5° comma: “*i creditori nei cui confronti operano le misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1. I medesimi creditori possono sospendere l'adempimento dei contratti pendenti dalla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 fino alla conferma delle misure richieste*”.

In proposito, in dottrina: V. MAZZOLETTI, *Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di allerta e composizione della crisi* cit.; S. BONFATTI-S. RIZZO, *La “vigilanza prudenziale” nel Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza in dirittodellacrisi.it*, 9 dicembre 2021; A. GALIZI, *Necessità di armonizzazione tra normative in materia crisi d'impresa e di vigilanza bancaria in dirittodellacrisi.it*, discussione del 31 luglio 2022; D. CRIVELLARI *Le banche nella composizione negoziata delle crisi tra condivisione del rischio e impatto degli strumenti in ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 26 maggio 2022; E. BISSOCOLI-A. TURCHI, *Il ruolo dei creditori finanziari nella Composizione Negoziata: opportunità, rischi e proposta di Linee Guida*, cit., p. 7 ss.

³⁰ A. NOVARESE-B. BERTUZZI, *Appunti in tema di dovere di lealtà dei creditori nel nuovo Codice della crisi*, in *dirittobancario.it*, 5 giugno 2019. L'autore approfondisce anche l'utilizzo giurisprudenziale del parametro del dovere di reciproca lealtà di condotta in tema di segnalazioni alla Centrale dei Rischi.

³¹ E. ARTUSO-R. BOGONI, *Brevi spunti ricostruttivi sugli obblighi delle banche nella crisi d'impresa, alla luce della nuova composizione negoziata della crisi*, cit.

con gli altri Istituti, non di rado caratterizzati invece da atteggiamenti opportunistici³².

In termini generali, si può “*configurare almeno in via interpretativa, se non in via normativa, l’esistenza di un dovere, soprattutto dei creditori professionali, di partecipare alla gestione della crisi in modo da consentire soluzioni collettivamente efficienti*”³³. In una visione ancor più prospettica è stato valutato che tale espansione degli obblighi di correttezza e buona fede, pur collocati nel contesto di un tavolo di trattativa che si apre con la dichiarazione d’incapacità di adempimento del debitore, possano estendersi sino alla possibilità di configurare un obbligo del creditore a concedere (in misura ragionevole e fondatamente motivata) rinunce parziali, nell’ambito di un contesto di compatibilità con il risanamento volto alla tutela della conservazione dei valori aziendali e quindi dell’interesse generale³⁴.

D’altro canto, anche la previsione relativa ai nuovi obblighi di segnalazione all’organo di controllo delle variazioni, revisioni e revoche degli affidamenti, si inquadra nel contesto dei doveri di leale collaborazione con il debitore previsti in via generale all’art. 4 del c.c.i.i.³⁵.

Si discute circa l’effettiva estensione di tale obbligo di segnalazione, che dalla formulazione letterale parrebbe riferito a tutte le comunicazioni inviate ai predetti fini all’impresa, con il rischio che ciò comporti un inutile intasamento anche per modeste variazioni delle condizioni praticate, potendosi ritenere che vada invece limitato alle comunicazioni significative al fine della tempestiva individuazione di una situazione di crisi da parte dell’organo di controllo³⁶.

³² Artuso e Bogoni, *Brevi spunti ricostruttivi sugli obblighi delle banche nella crisi d’impresa, alla luce della nuova composizione negoziata della crisi*, cit. “*In concreto, talvolta proprio l’atteggiamento opportunistico di alcuni istituti rende particolarmente gravosa la realizzazione delle negoziazioni.... In generale, poi, si assiste alla volontà degli istituti meno esposti di sganciarsi dal tavolo delle trattative, forti della ridotta dannosità che potrebbe generare il mancato salvataggio*”; In tal senso, E. BISSOCOLI-A. TURCHI, *Il ruolo dei creditori finanziari nella Composizione Negoziata: opportunità, rischi e proposta di Linee Guida*, cit., p. 3.

³³ L. STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, cit.

³⁴ D. GALLETTI, in occasione del convegno *L’incerta via del risanamento nei mutevoli orizzonti del diritto della crisi*, Udine 21 maggio 2022, intervento attualmente disponibile su dirittodellacrisi.it/video. Di diversa opinione, D. LENZI, *I doveri dei creditori nel Codice della Crisi d’impresa e dell’Insolvenza*, cit., la quale ritiene, quanto alla fase di approvazione della proposta, che salva l’ipotesi di conflitto d’interessi, non possa essere soggetto a valutazione il processo decisionale dei singoli creditori anche qualora venga fatta naufragare una proposta di composizione della crisi oggettivamente migliore dell’alternativa della liquidazione giudiziale e il dissenso del singolo creditore appaia irrazionale, in quanto, diversamente, “*si aprirebbe la strada al governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*”.

³⁵ R. RORDORF, *L’obbligo delle banche di comunicare le modifiche degli affidamenti agli organi di controllo delle società loro clienti ex art. 14, comma 4, CCII*, cit.

³⁶ R. RORDORF, *L’obbligo delle banche di comunicare le modifiche degli affidamenti agli organi di*

In termini generali, l'obbligo informativo posto a carico delle banche parrebbe volto a sopperire a eventuali malfunzionamenti degli assetti organizzativi delle imprese affidate, ove non idonei a far pervenire tali informazioni all'organo di controllo³⁷. Nella fase conclamata della crisi, tale flusso informativo potrà essere d'ausilio all'organo di controllo societario anche al fine di vigilare in ordine ad eventuali comportamenti abusivi posti in essere dalle banche in termini di erogazioni o ingiustificati mantenimenti degli affidamenti³⁸.

La norma non prevede sanzioni a carico della banca che non vi adempia. Qualora dall'omessa comunicazione ne derivi un aggravamento della crisi, potrà ravvisarsi una responsabilità risarcitoria della banca o in via diretta per lesione del credito o indiretta per concorso nell'inadempimento dell'organo di controllo³⁹; tale responsabilità potrà operare sia nei confronti della società beneficiaria dell'affidamento sia, eventualmente, verso terzi danneggiati⁴⁰.

Peraltro, l'individuazione dei danni che ne possono derivare implica la formulazione, non agevole, di ipotesi controfattuali, con la necessità di una stima degli esiti che si sarebbero determinati nel caso di comportamento doveroso⁴¹.

Analoga responsabilità risarcitoria opererà anche in conseguenza del mancato adempimento degli obblighi di correttezza e buona fede, nonché di fattiva partecipazione alle trattative⁴², fatta salva una ancor maggiore complessità per la determinazione del danno, in relazione all'entità dell'inadempimento.

controllo delle società loro clienti ex art. 14, comma 4, CCII, cit.; B. INZITARI, Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione, cit. Circa l'eventuale ricomprensione nell'obbligo di cui all'art. 14 anche delle classificazioni peggiorative del merito di credito deliberate dalle banche, si vedano S. BALSAMO TAGNANI-M. CARLONI, Obblighi di segnalazione degli organi di controllo societari e delle banche nel nuovo ccii, cit., nonché V. MAZZOLETTI, Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di allerta e composizione della crisi, cit.

³⁷ C. BONDIONI, *Le "concessioni abusive di credito" nel contesto normativo della "composizione della crisi"* in *GiustiziaCivile.com*, 12 luglio 2022, p. 5, ove si prefigura anche un dovere della banca di verificare la sussistenza di un adeguato assetto organizzativo dell'impresa finanziata, nella fase dell'istruttoria volta all'erogazione del credito.

³⁸ B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione, cit.*

³⁹ S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. così è se vi pare, cit.*

⁴⁰ R. RORDORF, *L'obbligo delle banche di comunicare le modifiche degli affidamenti agli organi di controllo delle società loro clienti ex art. 14, comma 4, CCII, cit.; in proposito si veda anche S. BALSAMO TAGNANI-M. CARLONI, Obblighi di segnalazione degli organi di controllo societari e delle banche nel nuovo ccii, cit.*

⁴¹ R. RORDORF, *L'obbligo delle banche di comunicare le modifiche degli affidamenti agli organi di controllo delle società loro clienti ex art. 14, comma 4, CCII, cit.*

⁴² Relazione Illustrativa al D.L. n. 118/2021, che come noto ha introdotto la disciplina della Com-

Quanto all'ultimo aspetto, relativo agli effetti dell'avvio della composizione negoziata sugli affidamenti in essere, innanzitutto, l'accesso al procedimento non costituisce, di per sé, causa di sospensione e di revoca degli affidamenti, volendosi evitare che la circostanza inneschi comportamenti atti ad aggravare la situazione di crisi già in essere, essendo un dato di comune esperienza che l'esternalizzazione della crisi sia destinata ad acuirlo per effetto dei comportamenti quantomeno prudentziali generalmente adottati dai terzi.

La revoca o la sospensione dei fidi potrebbero essere comunque deliberate dalle banche qualora richieste dalla disciplina di vigilanza⁴³, e pare ragionevole, ma in assenza di una sufficiente casistica la questione è dubbia, che possano comunque essere disposte nel corso della CNC in ragione di precorsi inadempimenti dell'impresa affidata⁴⁴.

Qualora invece operino le misure protettive nei confronti delle banche in costan-

posizione Negoziata della Crisi, in seguito recepita con alcune modificazioni nel c.c.i.i. ad opera del D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83 di recepimento della direttiva *insolvency*: “la violazione di tali obblighi da parte dei creditori può venire in rilievo nell'ambito delle eventuali azioni risarcitorie che, nel caso in cui il dissesto dell'impresa derivi da comportamenti omissivi ingiustificati o non corretti delle parti coinvolte nelle trattative, possono essere esercitate, ad esempio, dal curatore fallimentare”.

⁴³ L'ipotesi non appare peraltro chiaramente identificabile, così A. GALIZI, *Necessità di armonizzazione tra normative in materia crisi d'impresa e di vigilanza bancaria*, cit., ritenute comunque riferibile a situazioni di aggravamento del rischio, D. CRIVELLARI *Le banche nella composizione negoziata delle crisi tra condivisione del rischio e impatto degli strumenti*, cit.; E. BISSOCOLI-A. TURCHI, *Il ruolo dei creditori finanziari nella Composizione Negoziata: opportunità, rischi e proposta di Linee Guida*, cit., p. 10 ss., ipotizzano invece che tale fattispecie vada ricondotta a specifici provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza, rivolti a tutti i soggetti vigilati o ad una platea di essi, ex art. 53-bis, 1° comma, lett. d), del TUB (“la Banca d'Italia può ... adottare per le materie indicate nell'art. 53, comma 1 [, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di una o più banche o dell'intero sistema bancario riguardanti anche: la restrizione delle attività o della struttura territoriale; il divieto di effettuare determinate operazioni”), ovvero riferiti a specifici istituti, nell'ambito di processi di revisione e valutazione (“*Supervisory Review and Evaluation Process*” o “SREP” – Circolare 285 – Parte Prima Titolo III – Capitolo 1 – Paragrafo 1. “*Nell'ambito dello SREP l'Autorità di Vigilanza, in caso di necessità può, inter alia, adottare dei provvedimenti aventi come obiettivo il “contenimento del livello dei rischi, anche attraverso il divieto di effettuare determinate operazioni”*”), ovvero in esecuzione di un piano di risanamento predisposto dall'organo amministrativo della banca e approvato da Banca d'Italia.

⁴⁴ V. MAZZOLETTI, *Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di allerta e composizione della crisi* cit.; secondo S. BONFATTI-S. RIZZO (*La “vigilanza prudenziale” nel Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, cit.) l'ipotesi di revoca richiesta dalla disciplina di vigilanza prudenziale va riferita al coacervo della normativa e regolamentazione secondaria relativa alla gestione del credito delle banche, apparendo plausibile interpretare il (pur troppo generico) inciso normativo “*se richiesto*” nel senso che le banche possano disporre revoche o sospensioni degli affidamenti per motivi diversi dall'accesso alla CNC, quali percentuali anomale di insoluti sui portafogli anticipati o distrazioni di incassi decanalizzati verso intermediari diversi da quello che ne aveva anticipato il portafoglio, ovvero per ragioni di ordine prudenziale anche connesse al rischio di non poter rifiutare l'utilizzo degli affidamenti in presenza di misure protettive.

za degli affidamenti, gli Istituti non potranno rifiutare di darvi esecuzione (dovendo così ad esempio dar corso a nuove anticipazioni su linee autoliquidanti), con un capovolgimento dell'ottica di svolgimento del rapporto rispetto alla sospensione (formale o di fatto) usualmente praticata in via prudenziale dagli Istituti⁴⁵.

È stato però ritenuto che il mantenimento degli affidamenti non imporrà alle banche di erogare nuovo credito, proprio in ragione del rischio di configurazione di concessione abusiva di credito⁴⁶.

Nel complesso, le nuove previsioni introdotte con il c.c.i.i. impongono alle banche l'assunzione di una molteplicità di decisioni, differenziate a seconda della specifica situazione, aziendale e procedimentale delle imprese finanziate, le cui valutazioni richiedono un quadro informativo esteso ed articolato.

3. Le banche tra concessione abusiva e interruzione brutale del credito

La delicatezza dei processi decisionali delle banche nelle situazioni di crisi delle imprese finanziate si manifesta anche in relazione al duplice rischio che potrebbe vederle incorrere in responsabilità da un lato per concessione abusiva di credito e dall'altro, in senso diametralmente opposto, per abusiva interruzione dell'erogazione del credito⁴⁷.

Vale la pena di considerare brevemente che gli elementi costitutivi della responsabilità da interruzione abusiva del credito sono stati individuati dalla giurisprudenza nella «imprevedibilità» ed «arbitrarietà» della condotta assunta dalla banca⁴⁸.

È stato ad esempio ritenuto tale il recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito in cui non sia stato superato il limite dell'affidamento concesso, benché la facoltà di recesso fosse pattiziamente prevista anche in difetto di giusta causa⁴⁹.

⁴⁵ Un'interessante illustrazione delle dinamiche delle trattative tra imprese debentriche e banche è rinvenibile in P. RINALDI, *La composizione negoziata della crisi e i rapporti con gli intermediari creditizi in ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 9 settembre 2021.

⁴⁶ A. ROSSI, *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Fall.*, 2021, p. 1506.

⁴⁷ R. DEL PORTO, *Brevi note in tema di concessione abusiva del credito in ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 3 febbraio 2022.

⁴⁸ S. BALSAMO TAGNANI-G. VOLPI, *Concessione ed interruzione abusiva del credito: nuovi profili di responsabilità della banca nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in Contratto e impresa*, 2020, p. 225.

⁴⁹ E. ARTUSO-R. BOGONI, *Brevi spunti ricostruttivi sugli obblighi delle banche nella crisi d'impresa, alla luce della nuova composizione negoziata della crisi*, cit., con riferimento a Cass. n. 29317/2020, Cass., Sez. I, n. 17291 del 24 agosto 2016, nonché, Cass. n. 9321/2000; Cass. n. 4538/1997, in *dirittodellacrisi.it*, 28 gennaio 2022.

Analoghe le conclusioni nell'ipotesi in cui l'istituto di credito abbia richiesto al cliente l'immediato rientro dallo sconfinamento di conto corrente dopo aver lungamente tollerato tale comportamento⁵⁰.

È stata considerata rilevante in tale fattispecie la circostanza che le revoche degli affidamenti siano avvenute in violazione dei principi generali della buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.), tenuto conto del comportamento delle banche che avevano concesso sistematicamente il credito al correntista, del ragionevole affidamento del cliente nella disponibilità finanziaria in ragione della sua non mutata condizione economica⁵¹.

In questa ottica, in ogni caso, il recesso non dovrà essere intimato con effetto repentino, per consentire all'imprenditore di continuare a operare per un tempo sufficiente a consentirgli di ricercare un altro finanziatore e ad evitare eccessive difficoltà nello svolgimento dell'attività imprenditoriale⁵²⁻⁵³.

In termini generali, si può quindi oggi ritenere che la posizione della banca nelle situazioni di crisi del cliente affidato, pur delicata, non resti sospesa in un limbo indefinito tra responsabilità da concessione abusiva o da interruzione abusiva, in quanto la distinzione del finanziamento "meritevole" da quello "abusivo" si fonderà sulla valutazione della concreta situazione dell'impresa sovvenuta e sulla ragionevolezza e fattibilità di un piano aziendale di risanamento⁵⁴.

Del resto, analoghe considerazioni erano state sviluppate già nel 2005, ritenen-

⁵⁰ S. BALSAMO TAGNANI-G. VOLPI, *Concessione ed interruzione abusiva del credito: nuovi profili di responsabilità della banca nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.; con riferimento alla rilevanza della tolleranza degli sconfinamenti si veda Trib. Milano, 8 settembre 2006, con ampia nota di C. MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, Parte II, p. 85 ss.

⁵¹ C. MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*, cit.; S. DELLE MONACHE *Concessione abusiva del credito e legittimazione del creditore*, in *Fall.*, 2021, p. 1329 ss.

⁵² E. ARTUSO-R. BOGONI, *Brevi spunti ricostruttivi sugli obblighi delle banche nella crisi d'impresa, alla luce della nuova composizione negoziata della crisi*, cit., con riferimento a Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Napoli, 29 maggio 2012, n. 1738.

⁵³ Quanto alle mutate condizioni del cliente affidato, la mera diminuzione delle garanzie patrimoniali non sono state ritenute idonee a consentire il recesso della banca – Cass., Sez. I, 24 agosto 2016, n. 17291, in *dirittobancario.it*, 29 agosto 2016, con nota di U. MALVAGNA.

La considerazione risulta di particolare attualità, alla luce delle considerazioni introdotte con le Linee Guida EBA relative al processo di erogazione e monitoraggio del credito (entrate in vigore il 30.06.2021 per quanto riguarda le nuove concessioni di credito), che privilegiano la capacità dell'impresa affidata di sostenerne i flussi finanziari del rimborso, in un'ottica di *forward looking* nel mentre le garanzie vengono considerate in funzione della mitigazione del rischio e non già di capacità restituitiva – A. BERTI, *Rapporto banca-impresa: mutamenti legislativi e regolamentari*, in *Bilancio e Revisione*, 2022, 8-9, p. 5.

⁵⁴ E. ARTUSO-R. BOGONI, *Brevi spunti ricostruttivi sugli obblighi delle banche nella crisi d'impresa, alla luce della nuova composizione negoziata della crisi*, cit.

dosi che “la chiarificazione di taluni profili problematici attinenti alle due fattispecie concorrono a stemperare e rescindere il presunto dilemma, mai potendo reputarsi ingiustificata, bensì all’opposto dovuta, l’interruzione del credito ad un’impresa divenuta insolvente; né – specularmente – abusivo, quale che sia l’esito ultimo delle vicende del caso concreto, il credito accordato ad un’impresa che risulti risanabile all’atto della relativa concessione”⁵⁵.

In sintesi: tra concessione abusiva e revoca brutale, la scelta è legittima se fondata.

4. Monitoraggio del credito e nuove Linee Guida EBA

Si è già detto che stante tali contesti di operatività, è opportuno che le banche provvedano a rafforzare i propri sistemi di valutazione del merito creditizio⁵⁶ ed a rafforzare i loro presidi di monitoraggio periodico del credito⁵⁷.

L’innalzamento del livello di approfondimento delle attività di valutazione dei clienti affidati potrà avvenire, sia in fase di erogazione del credito che nel corso del rapporto, utilizzando sistemi informatici sviluppati utilizzando i moderni meccanismi di intelligenza artificiale⁵⁸, per combinare gli elementi informativi disponibili: i) ai singoli Istituti, in particolare desumibili dall’andamento dei rapporti (c.d. andamentale interno); ii) da terzi, non esclusivamente da Centrale Rischi e CRIFF ma anche da informazioni pubblicamente disponibili⁵⁹, iii) dall’impresa sovvenuta, non

⁵⁵ A. CASTIELLO D’ANTONIO, *La banca tra ‘concessione abusiva’ e ‘interruzione brutale’ del credito*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 765.

⁵⁶ A. ROSSI, *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell’imprenditore e risanamento dell’impresa*, in *Fall.*, 2021, p. 1506, ritiene che “la ormai consolidata giurisprudenza della Suprema Corte in materia di concessione abusiva di credito imponga al ceto bancario una valutazione del merito creditizio dell’imprenditore in crisi viepiù rigorosa”.

⁵⁷ D. CRIVELLARI, *Le banche nella composizione negoziata delle crisi tra condivisione del rischio e impatto degli strumenti*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 26 maggio 2022.

⁵⁸ AIFIRM – Associazione Italiana Financial Industry Risk Managers, POSITION PAPER N° 33, *Artificial Intelligence e credit risk – Possibili utilizzi di metodologie e dati alternativi nei sistemi interni di rating*, gennaio 2022. Paragrafo 3.1: *Utilizzo di tecniche e dati alternativi nei modelli probability of default*:

“la stima dei modelli di PD (Probability of Default) si sta evolvendo per coglierne a pieno le opportunità. Alla luce di ciò, i nuovi modelli avanzati sfrutteranno maggiormente, oltre ai moduli tradizionali:

- fonti dati interne disponibili e di proprietà della Banca, ma ad oggi non utilizzate;
- nuove fonti dato anche esterne alla Banca;
- nuovi algoritmi (i.e. Machine Learning)”.

⁵⁹ Informazioni tra l’altro rilevanti ai fini dell’eventuale esercizio dell’azione revocatoria fallimentare

esclusivamente gli usuali bilanci e situazioni infrannuali consuntivi, dovendosi prefigurare la richiesta ai clienti oltre che di piani strategici e previsioni economico finanziarie, anche di informazioni di tipo non quantitativo relative ai fattori chiave di successo (KPI)⁶⁰.

Tali esigenze sono state peraltro recepite con l’emanazione delle, già richiamate, Linee Guida dell’EBA in tema di concessione e monitoraggio dei prestiti, la cui applicazione è stata fissata al 30.06.2021 per i nuovi prestiti e al 30.06.2024 per il monitoraggio di quelli in essere. Tali Linee Guida rappresentano senza dubbio un sostanziale elemento di novità nel framework di regolamentazione bancaria⁶¹.

re in relazione alla dimostrazione della conoscenza dello stato d’insolvenza, di acquisizione più agevole per le banche locali che usualmente hanno un maggior presidio del territorio.

Si consideri che nello studio già citato di AIFIRM, *“Artificial Intelligence e credit risk – Possibili utilizzi di metodologie e dati alternativi nei sistemi interni di rating”*, al fine della stima da parte delle banche della probabilità di default dei clienti affidati si prevede anche di far riferimento a *“dati social acquisiti da pagine web dell’azienda”*, da utilizzare *“per determinare il web sentiment dell’azienda, ovvero il gradimento da parte dell’utente e la reputazione dell’azienda”* (paragrafo 3.1).

⁶⁰ Si veda in proposito lo studio *Informazioni non finanziarie per gli adeguati assetti e per la previsione delle crisi nella PMI* della Fondazione OIBR – Organismo Italiano Business Reporting, aprile 2022.

Peraltro amministratori, sindaci e revisori di società sono da tempo tenuti a considerare elementi non quantitativi in tema di verifica della continuità aziendale – Principio di revisione ISA 570, ivi, al paragrafo A.3, tra gli esempi di eventi o circostanze che possono far sorgere dubbi significativi sulla capacità dell’impresa di continuare ad operare come un’entità in funzionamento:

- *perdita di membri della direzione con responsabilità strategiche senza una loro sostituzione; (perdita di mercati fondamentali, di clienti chiave, di contratti di distribuzione, di concessioni o di fornitori importanti;*
- *difficoltà con il personale;*
- *scarsità nell’approvvigionamento di forniture importanti;*
- *comparsa di concorrenti di grande successo;*
- *procedimenti legali o regolamentari in corso che, in caso di soccombenza, possono comportare richieste di risarcimento cui l’impresa probabilmente non è in grado di far fronte;*
- *modifiche di leggi o regolamenti o delle politiche governative che si presume possano influenzare negativamente l’impresa;*
- *eventi catastrofici contro i quali non è stata stipulata una polizza assicurativa ovvero contro i quali è stata stipulata una polizza assicurativa con massimali insufficienti.*

⁶¹ AIFIRM Associazione Italiana Financial Industry Risk Managers, POSITION PAPER N° 30, *Rischio di credito 2.0*, agosto 2021: *“Per la prima volta il regolatore interviene in modo specifico su un tema che era tradizionalmente estraneo agli ambiti della regolamentazione finanziaria. Il processo di gestione del credito, e in particolare le fasi di concessione e monitoraggio, sono sempre stati considerati come aspetti tipicamente di business e di competenza esclusiva della singola banca”*.

Le Linee Guida sono state introdotte all’esito di un percorso avviato con l’introduzione della normativa relativa ai requisiti di capitale (Basilea II e Basilea III) con l’introduzione dei requisiti di utilizzo dei sistemi di rating, cui hanno fatto seguito le linee guida BCE in materia di *Non Performing Loans*, finalizzati a spingere le banche a definire processi di gestione degli NPL, la normativa sul *Calendar Provisioning* che disciplina i livelli minimi di copertura delle perdite future derivanti dalle NPE, e quella sulla nuova definizione di *default*.

Un altro elemento di novità introdotto dalle Linee Guida riguarda l'enfasi che gli istituti debbono porre sulla valutazione approfondita della capacità delle imprese finanziate di generare reddito e flussi di cassa futuri (*forward looking*), realistici e sostenibili, in quanto significativi della capacità restitutoria dei prestiti erogati.

Il processo valutativo richiesto è caratterizzato da termini più ampi e articolati, con una focalizzazione anche su elementi di carattere commerciale e su un adeguato controllo dei rischi, attribuendo maggiore importanza agli aspetti non quantitativi con attenzione alla struttura organizzativa, al modello di business e alla strategia aziendale del cliente.

È tra l'altro previsto che i meccanismi di controllo delle banche integrino un sistema di *early warning*, che consenta la tempestiva rilevazione di criticità endogene o esogene all'impresa affidata attraverso una serie di indicatori di preallerta quantitativi e qualitativi, allo scopo di intercettarne tempestivamente i segnali di difficoltà e attuare proattivamente misure di tutela del credito⁶².

Viene previsto che nell'ambito del monitoraggio continuativo del rischio del credito le banche siano tenute a considerare sia segnali esogeni (anche macroeconomici) sia endogeni all'impresa finanziata, di deterioramento della qualità creditizia⁶³.

Appaiono invece piuttosto ambiziose e di dubbia procedibilità talune Linee Gui-

⁶² A. GUIOTTO, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, in *Fall.*, 2021, p. 1201 ss.; G. BENVENUTO-S. MEANI *Nuove Linee guida EBA sull'erogazione e monitoraggio del credito*, in *Il Fallimentarista*, 21 luglio 2021.

⁶³ A. GUIOTTO, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, cit., p. 1203: "le Linee guida EBA identificano una lunga serie di eventi idiosincratici considerati potenzialmente idonei a peggiorare o pregiudicare il merito creditizio. Tra questi, alcuni possono essere verificati dalla banca attraverso il solo controllo delle movimentazioni del conto bancario, quali ritardi nel pagamento o operazioni anomale o livelli elevati di utilizzo della linea di credito, mentre per altri saranno necessarie sia la richiesta di report periodici all'impresa, sia competenze non elementari di natura aziendalistica ed economica. Tra gli elementi individuati come critici dalle Linee guida EBA, infatti, a titolo di esempio vi sono: variazioni negative del fatturato, dei flussi di cassa, dell'utile o del margine operativo dell'impresa cliente; ritardi significativi nell'esecuzione del business plan; cambiamenti nelle condizioni di accesso ai mercati o significativi peggioramenti nelle condizioni offerte a clienti e da fornitori; importanti sviluppi sfavorevoli nell'andamento del settore di attività dell'impresa".

P. RINALDI, *Il fallimento su credito deteriorato*, in *Fall.*, 2021, p. 1217, nell'ambito di un'ampia disamina del ruolo e delle strategie delle banche nella gestione del credito deteriorato, segnala tra l'altro, in relazione alle *guidelines* in tema di *early warnings*, che "occorre sviluppare motori di EW per ciascun portafoglio, da calcolare su base mensile (in taluni segmenti anche con frequenza inferiore), sia a livello di portafoglio che di singolo debitore".

È previsto anche il monitoraggio del rispetto dei *covenants* contrattuali, che, ove applicabile, si configura come un ulteriore strumento di *early warning* finalizzato all'individuazione di segnali di deterioramento del merito creditizio o di disallineamento rispetto agli obblighi contrattuali assunti al momento della concessione dell'affidamento – AIFIRM, *POSITION PAPER N° 30 "Rischio di credito 2.0"*, agosto 2021, cit., par. 6.2.

da EBA, in tema di: analisi di sensitività da parte degli Istituti della potenziale esposizione, rispetto a possibili shock esterni⁶⁴;

generazione dei business plan internamente da parte della banca, per valutare i flussi di cassa prospettici in assenza di business plan dell'impresa, e come strumento di *benchmark* con cui valutare invece i business plan forniti dall'impresa. In caso di non disponibilità né di un business plan né di dati di bilancio a consuntivo, per i piccoli operatori economici si assume possibile ricostruire un "bilancio virtuale" osservando la movimentazione di conto corrente (*cash-in /cash-out*)⁶⁵.

Avrebbe forse potuto essere più proficuamente sviluppata la previsione di utilizzo dell'andamentale interno, non solo in relazione a sconfinamenti e livelli di utilizzo dei fidi, ritardi nei pagamenti e insoluti, ma anche in rapporto alla verifica di un appropriato utilizzo delle linee di credito autoliquidanti: si pensi alle informazioni desumibili (verosimilmente mediante mero utilizzo di automatismi informatici) dalle modalità di estinzione degli anticipi su fatture, che quando eseguiti con fondi non provenienti dai debitori ceduti dovrebbero far scattare un indicatore di anomalia, ad evidenza di una prassi che permane diffusa all'insorgere della crisi.

Merita aggiungere che appare assai significativa del cambiamento organizzativo e culturale richiesto alla governance delle banche la previsione che le rispettive funzioni vengano dotate delle competenze e delle risorse necessarie a svolgere le valutazioni previste, e che il consiglio di amministrazione valuti periodicamente la struttura organizzativa della banca al fine di assicurare che le funzioni demandate alla concessione del credito, compresa l'assunzione di decisioni sul credito e la gestione del rischio di credito, siano dotate di risorse adeguate⁶⁶.

È verosimile che il successo nell'adeguamento al nuovo approccio richiesto, possa risultare più agevole per le grandi banche e i gruppi bancari rispetto alle banche di minori dimensioni⁶⁷, anche in ragione dei costi richiesti per i necessari

⁶⁴ AIFIRM, *POSITION PAPER N° 30 "Rischio di credito 2.0"*, agosto 2021, cit., p. 14.

⁶⁵ AIFIRM, *POSITION PAPER N° 30 "Rischio di credito 2.0"*, agosto 2021, cit., par. 5.3.3.4. Ivi, tra l'altro: "Per la costruzione dei bilanci prospettici la Banca deve dotarsi di previsioni prospettiche mediante modelli che fattorizzino l'impatto sulle poste di:

– previsioni delle variabili macroeconomiche: ad esempio PIL, tassi di interesse, tasso di disoccupazione, ecc.;

– previsioni settoriali ...;

– impatto delle previsioni sulla supply-chain di appartenenza;

– ulteriori elementi specifici dell'impresa: incidenza dei costi fissi (flessibilità operativa), area geografica, esposizione internazionale, ecc...".

⁶⁶ A. GUIOTTO, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, cit., p. 1202; Linee Guida EBA, par. 81.

⁶⁷ A. BERTI, *Rapporto banca-impresa: mutamenti legislativi e regolamentari*, cit., p. 5, con specifico riferimento ai mezzi di digitalizzazione dei grandi gruppi bancari, rispetto alle piccole banche (ed ai gruppi cooperativi ICCREA e CCB, organizzate con *outsourcing* di gruppo, che presenterebbero tuttora

investimenti, informatici e in risorse umane⁶⁸.

Per tutte le banche comunque, la capacità di adozione delle Linee Guida EBA assumerà rilevanza nella valutazione dell'eventuale abusività dei comportamenti adottati, in relazione alla conformità o meno agli standard previsti dalla disciplina di settore, che costituiscono i metodi e le procedure di riferimento richiamate dalle due citate sentenze del 2021 della Cassazione⁶⁹, e che andranno valutate secondo le regole della Business Judgement Rule.

5. Considerazioni conclusive

In generale, un certo grado di scetticismo circa i risultati concreti del processo di innovazione richiesto alle banche appare quanto meno comprensibile⁷⁰, anche perché la consapevolezza della necessità di una gestione più appropriata dei flussi informativi riguardanti la clientela affidata, in particolare nelle situazioni di crisi, non è un'esigenza sorta di recente, ma già identificata sin dalla fine degli anni '90 da chi si è occupato del ruolo, già allora innovativo, richiesto alle banche nella composizione delle crisi d'impresa⁷¹.

È però un dato di fatto che il sistema bancario, sulla spinta del regolatore, ha in un certo qual modo fatto da apripista alle imprese nello sviluppo di sistemi organiz-

“una notevole dose di problemi informatici da risolvere”), la cui natura di banche di relazione legate ai territori ne determina una sorta di crisi di crescita.

⁶⁸ In relazione ai necessari investimenti in IT, M. VALLINO *Erogazione e monitoraggio del credito: cosa cambia per banche e imprese in Amministrazione & Finanza*, 2020, n. 2, p. 74. In relazione ai relativi tempi di adeguamento da parte delle banche, in particolare quanto al monitoraggio; E. ALAIO *Erogazione e monitoraggio del credito: linee guida EBA e impatto sulle banche LSI*, in *Amministrazione & Finanza*, 2021, n. 4, p. 72.

⁶⁹ Cass. 30 giugno 2021, n. 18610, par. 3.5.3; Cass. 24 settembre 2021, n. 24725 par. 2.5.3. In proposito, si veda V. MEDUGNO-E. ALAIO *Le Linee guida EBA sull'originazione e il monitoring e la concessione abusiva del credito*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 12/2021, p. 81 ss.; E. ANDREANI, *Verifica del merito creditizio ed abusiva concessione di credito*, in *ristrutturazionaziendali.ilcaso.it*, 2 gennaio 2023, p. 6 ss. “Le linee Guida EBA come strumento di verifica del merito creditizio alla luce dei principi sanciti dal recente indirizzo giurisprudenziale”.

⁷⁰ A. BERTI, *Rapporto banca-impresa: mutamenti legislativi e regolamentari*, cit., p. 14, segnala da un lato che le imprese rimangono ancorate a una concezione garantista del credito, assai lontana dalla mentalità *forward looking* alla quale sono chiamate le banche che le finanziano, e dall'altro che le banche non avrebbero fatto propri, nella loro prassi quotidiana i contenuti essenziali delle nuove prescrizioni del regolatore europeo.

⁷¹ F. CESARINI, *Le banche creditrici dell'impresa in crisi: responsabilità, problemi* in Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale n. 44 – marzo 1997 – Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche, Roma, 22 marzo 1996.

zativi evoluti, si da indurre ad un'aspettativa di realizzabilità di meccanismi decisionali idonei a dar corso ad una più diffusa collaborazione con le imprese affidate⁷², che consentano di far emergere una nuova modalità di relazione costruttiva nel disegnare la figura della banca di riferimento⁷³.

Per la realizzazione di tali prospettive non sarà sufficiente il cambiamento culturale cui sono chiamate le banche anche dalle prescrizioni loro imposte dalle nuove regole della composizione della crisi. Sarà infatti necessario che anche le imprese colgano fattivamente l'enfasi posta dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi e sviluppino, pur con gradualità e secondo criteri di proporzionalità dimensionali, meccanismi di pianificazione e controllo adeguati ai contesti di mercato in cui operano.

È plausibile ritenere che ai consulenti delle imprese, in special modo ai commercialisti delle piccole e micro imprese, che costituiscono tanta parte del tessuto economico nazionale, venga richiesto di accompagnare e indirizzare le imprese loro clienti in questo percorso, rendendole consapevoli che non si tratta dell'ennesimo adempimento burocratico e facendone invece cogliere le utilità.

Ai professionisti, curatori e legali delle procedure, e ai giudici, chiamati a valutare *ex post* le fattispecie patologiche, competeranno valutazioni equilibrate, con ottica *ex ante*, fondate anche sui quadri informativi a suo tempo elaborati, che gli Istituti potranno essere chiamati a produrre a sostegno delle proprie scelte.

⁷² A. GUIOTTO, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, cit., p. 1203.

⁷³ A. BERTI, *Rapporto banca-impresa: mutamenti legislativi e regolamentari*, cit., pp. 14-15.