

**La concessione abusiva di credito**  
**e il concorso della banca nell'aggravamento del dissesto dell'insolvente**

Questa Newsletter è dedicata al tema della concessione abusiva di credito ovvero, più correttamente, alle azioni che il curatore fallimentare può esperire nei confronti del ceto bancario che abbia concorso ad aggravare il dissesto dell'impresa insolvente, erogando alla stessa finanziamenti in violazione della regola della sana e corretta gestione del credito. In proposito vi è stata un'evoluzione nella giurisprudenza che, partendo da una posizione di iniziale chiusura, è pervenuta negli anni più recenti ad affermare la legittimazione del curatore ad esercitare questo tipo di azioni, a condizione che la domanda sia strutturata secondo precisi canoni elaborati dalla giurisprudenza. Al termine dell'analisi si propone un metodo per calcolare il danno alla massa in ipotesi di aggravamento del deficit patrimoniale.

**1.** Il discorso trae origine dalle tre sentenze gemelle emanate dalla Cassazione a Sezioni Unite il 28.3.2006 nn. 7029-7030-7031, con le quali è stata negata la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione risarcitoria nei confronti dell'istituto bancario che aveva concesso credito alla società poi fallita pur in presenza di elementi tali da rendere palese lo stato d'insolvenza dell'impresa richiedente.

Le Sezioni Unite hanno osservato che un danno diretto ed immediato al patrimonio della fallita, oltre a non essere stato dedotto in quel caso, non sarebbe stato risarcibile, posto che l'abuso del credito si era perfezionato mediante la conclusione di un contratto di finanziamento al quale la società insolvente aveva partecipato con i suoi organi, sicché quel medesimo contratto non avrebbe potuto fondare un'azione risarcitoria contro la banca ad iniziativa di quella medesima società i cui organi avevano richiesto il finanziamento abusivo, né un'azione del curatore quale successore della società ex art. 43 L.F.,.

Anche la legittimazione del curatore fallimentare ad agire in rappresentanza della massa dei creditori è stata esclusa dalle tre sentenze citate. Esse hanno rilevato che le azioni di massa, come le revocatorie e le surrogatorie, sono caratterizzate dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo. Non appartiene al tale novero di azioni ogni pretesa che richieda l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo in capo ad uno o più creditori, ovvero che presupponga l'esame di specifici rapporti e del loro svolgimento. Nel caso di specie, il curatore aveva dedotto che il finanziamento abusivo avesse ingenerato nei creditori la falsa opinione della solvibilità dell'impresa: ma tale situazione, vertendo su un errore soggettivo, per sua natura deve essere accertata caso per caso e non fonda un'azione della massa.

L'esito della vicenda giudiziaria portata all'esame delle Sezioni Unite è fortemente tributario dell'impostazione che il curatore fallimentare diede all'azione in quell'occasione, in termini di inganno al mercato anziché di aggravamento del dissesto della società debitrice. È proprio da questo rilievo che partono le successive iniziative giudiziarie e le decisioni che esse hanno prodotto.

**2.** Del danno al patrimonio della società fallita si è occupata Cass. 13413/2010 la quale, pur prestando formale adesione a quanto statuito dalle Sezioni Unite del 2006, ne ha innovato profondamente l'approccio.

La peculiarità del caso deciso dalla Cassazione del 2010 risiedeva nel fatto che l'amministratore della società fallita e il direttore della filiale della banca erano stati entrambi condannati in sede penale per concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito.

La Suprema Corte del 2010 ha ritenuto che tale fattispecie integri un'ipotesi di responsabilità dell'amministratore verso la società ex art. 2393 cod. civ. e di concorso nella stessa responsabilità della banca convenuta, in relazione alla condotta del proprio funzionario. Si applica pertanto l'art. 2055 c.c. in base al quale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, sorge a carico delle stesse un'obbligazione solidale il cui adempimento può essere chiesto per l'intero anche ad un solo responsabile.

Per l'effetto, il curatore è legittimato ad agire, ai sensi dell'art. 146 L.F. in relazione all'art. 2393 cod. civ., nei confronti della banca responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita dall'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della stessa società, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione anche contro l'amministratore infedele.

Questa decisione, tuttavia, ha lasciato aperto l'interrogativo se la stessa conclusione potesse affermarsi anche nel caso in cui il concorso della banca nell'illecito degli amministratori che ricorrono abusivamente al credito non fosse stato previamente accertato in sede penale e costituisse invece oggetto di un accertamento da effettuarsi in sede civile nel medesimo giudizio in cui la banca viene convenuta per concessione abusiva di credito. Anche questa decisione, dunque, come quella delle Sezioni Unite del 2006, appare fortemente influenzata dalle peculiarità del caso di specie.

**3.** L'approccio adottato dalla sentenza del 2010 viene ripreso ed approfondito dalla Cassazione con due sentenze quasi coeve del 2017, la n. 9983/2017 e la n. 11798/2017. In esse è centrale il tema del concorso della banca (tramite i suoi funzionari) nell'illecito commesso dagli amministratori della società insolvente.

Queste decisioni hanno infatti affermato che, a fronte di una avventata richiesta di credito da parte degli amministratori della società che ha perduto interamente il capitale ed alla conseguente e altrettanto imprudente concessione di credito da parte della banca, il fatto dannoso si identifica nel ritardo nell'emersione del dissesto e nel conseguente suo aggravamento prima dell'apertura della procedura concorsuale. Questo fatto determina l'insorgere di una responsabilità solidale (art. 2055 c.c.) degli amministratori infedeli e della banca per il danno arrecato alla società insolvente, danno che il curatore può far valere ex artt. 146 L.F. in correlazione con l'art. 2393 c.c. (Cass. 9983/2017). La responsabilità della banca finanziatrice, in questo caso, si basa sul medesimo titolo di responsabilità dell'amministratore della società insolvente, poiché la banca, per opera del suo funzionario, concorre nell'illecito di abusivo ricorso al credito proprio dell'amministratore. Il titolo di responsabilità dedotto deve quindi essere quello della mala gestio di quest'ultimo (Cass. 11798/2017).

Il principio da ultimo riportato è gravido di conseguenze pratiche. Come ben illustrato in una sentenza del Tribunale di Bologna, il curatore deve, in concreto, strutturare l'azione risarcitoria contro la banca come se stesse sperando l'azione di responsabilità verso gli amministratori a norma degli artt. 146 L.F. e 2393 c.c., e deve, per ciò, in primo luogo, allegare e dimostrare i fatti costitutivi della responsabilità dell'organo gestorio, rispetto ai quali l'istituto di credito si sia reso compartecipe mediante l'indebita concessione di credito. Non è quindi sufficiente che il Curatore evidenzi gli artifici contabili che avevano dissimulato la perdita della continuità aziendale, ma è fondamentale che individui in modo chiaro e preciso ciascuna delle operazioni non conservative successivamente poste in essere dagli amministratori ed il cui compimento sia stato reso possibile dalla erogazione imprudente del credito da parte della banca convenuta. Né a tal fine sarebbe

sufficiente affidarsi alla mera coincidenza cronologica tra erogazione del credito e compimento delle nuove operazioni, dovendosi invece dimostrare sul piano quantitativo come la prima sia stata preconditione delle seconde (Trib. Bologna, sent. n. 1508/2017, in causa n. 17788/2014 R.G.).

4. Dall'impostazione delle sentenze del 2017 si distacca Cass. 18610/2021. Questa è senza dubbio la sentenza che più approfonditamente tratta del tema che ci concerne.

La decisione del 2021 non nega che la banca possa essere tenuta a rispondere per concorso nell'illecito degli amministratori che hanno fatto ricorso abusivo al credito, ma precisa che l'istituto di credito può anche essere chiamato a rispondere per un titolo di responsabilità 'proprio', ossia per violazione colposa o dolosa delle regole che presiedono all'erogazione del credito, indipendentemente dalla configurabilità o meno di un ricorso abusivo al credito in capo agli amministratori della società fallita.

Per stabilire quando un finanziamento possa dirsi abusivo quello che rileva, tenuto conto del favor normativo per il finanziamento ai fini di risanamento dell'impresa, non è tanto che l'impresa si trovi in stato di crisi o di insolvenza, quanto il fatto che non siano ravvisabili fondate prospettive di superamento della crisi. In sostanza, il confine tra finanziamento meritevole e finanziamento abusivo dipenderà dalla ragionevolezza e fattibilità del piano aziendale predisposto per l'uscita dalla crisi.

Il finanziamento abusivo ha l'effetto di mantenere artificiosamente in vita un'impresa decotta, aggravandone il dissesto, vuoi con l'addebito degli interessi passivi, vuoi per effetto delle nuove perdite. Si tratta quindi di un danno diretto al patrimonio dell'impresa, che però di riflesso determina una diminuita garanzia patrimoniale dell'impresa stessa per tutti i creditori ammessi al concorso, i quali si troveranno a beneficiare di riparti fallimentari inferiori rispetto a quelli di cui avrebbero potuto godere in caso di tempestiva apertura del concorso.

Su queste premesse la sentenza del 2021 ha ammesso la legittimazione ad agire del curatore fallimentare sia rispetto all'azione della società, sia rispetto all'azione dei creditori. In entrambi i casi il curatore non fa altro che agire a reintegrazione del patrimonio sociale pregiudicato dall'abusiva concessione di credito. Quando esercita l'azione della massa il curatore non si sostituisce ai singoli creditori ma amministra il patrimonio dell'impresa soggetta ad esecuzione concorsuale, recuperandolo alla sua funzione di garanzia per il successivo riparto a favore di tutti i creditori ammessi al passivo.

La legittimazione del curatore si fonda, da un lato, sul carattere di massa del danno da aggravamento del dissesto, frutto del finanziamento abusivo e della continuazione dell'impresa decotta che esso ha reso possibile; dall'altro lato, sul rilievo che la legittimazione del curatore alle azioni di massa non concerne solo le ipotesi espressamente nominate (come le revocatorie e le azioni di responsabilità contro gli organi sociali), ma costituisce un principio di ordine generale, tale per cui il curatore è titolare della specifica 'missione' di esercitare tutte le azioni che tendano a ripristinare la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c. mirando alla ricostituzione del patrimonio dell'imprenditore nell'interesse della massa.

5. A conclusione di questa rassegna vorremmo ricordare che la platea delle azioni a disposizione delle curatele fallimentari comprende oggi anche l'azione risarcitoria per bancarotta preferenziale. In passato si tendeva a ritenere che il curatore non fosse legittimato ad esperire tale azione, ritenuta estranea al novero delle azioni di massa, sul presupposto che il pagamento preferenziale arrecherebbe un danno solo ai singoli creditori rimasti insoddisfatti, ma non alla società, né alla generalità dei creditori.

Questa impostazione è stata ribaltata dalla sentenza n. 1641/2017 con cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori alla falceria fallimentare. In tale prospettiva, il pagamento preferenziale può comportare una riduzione del patrimonio sociale in misura anche superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori. Dal punto di vista strettamente contabile, il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale cagionata, appunto, dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori. Quello arrecato dal pagamento preferenziale è dunque un danno di massa, che legittima il curatore fallimentare all'esercizio dell'azione risarcitoria.

**6.** Applicando i principi enucleati dalla Suprema Corte è ora possibile formulare un esempio pratico di come calcolare il danno arrecato alla massa dei creditori.

Si ipotizzi che sia possibile dimostrare che, grazie ad un finanziamento concesso quando la società era già insolvente, la stessa abbia potuto restare in esercizio ed il suo deficit patrimoniale sia passato da - 10milioni alla data di erogazione del finanziamento a - 20milioni alla data del fallimento.

Assumiamo inoltre che le percentuali di riparto per i creditori chirografari rilevate alla data della dichiarazione di fallimento siano pari al 10%. Ciò significa che, se l'insolvenza fosse stata dichiarata al momento della concessione del finanziamento abusivo, le percentuali di riparto sarebbero state il doppio, dicasi il 20%, in coerenza con l'aggravamento del deficit che si è rilevato. L'aver tenuto in vita la società mediante il finanziamento abusivo ha quindi determinato un peggioramento di 10 punti percentuali nelle percentuali di riparto.

Assumiamo ora che lo stato passivo del fallimento ammonti a 150milioni. Il danno per la massa dei creditori sarà pari al prodotto del debito concorsuale per il peggioramento percentuale del recovery ratio ed ammonterà, nell'esempio fatto, al 10% di 150milioni, dicasi a 15milioni.

Studio Legale Bassignana & Travaglia

Gennaio 2022