

Marzo 2018

## Gli incerti confini della concessione abusiva del credito

Massimo Bondioni

### La fattispecie.

Come è noto la concessione abusiva del credito è una fattispecie di illecito frutto di un'elaborazione concettuale che muove i primi passi nel diritto francese e ha trovato seguito nella dottrina italiana verso la metà degli anni '70<sup>1</sup>.

In assenza di una regolamentazione normativa, essa scaturisce da una costruzione giurisprudenziale che fonda le radici nelle ampie maglie dell'atipicità che contraddistingue il c.d. *neminem laedere*, sfruttando la clausola generale della responsabilità extracontrattuale per assumere tratti più compiuti.

Una definizione della fattispecie, per quanto necessariamente approssimativa, potrebbe individuare la concessione di credito - da intendersi come finanziamento sotto qualsivoglia forma, non esclusi quindi beni e servizi – come quell'attività che ha l'effetto di ritardare l'emersione del dissesto stesso e la declaratoria di fallimento, ovvero l'avvio di una procedura concorsuale, il tutto in danno dei creditori dell'imprenditore in stato di dissesto.

Ad avviso dello scrivente sono due le caratteristiche che contraddistinguono la fattispecie: la **prima** consiste nel fatto che l'illecito prende forma da un finanziamento, ossia da un atto di per sé lecito che di regola arricchisce e quindi non depaupera il patrimonio di colui

---

<sup>1</sup> D. Maffei, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in Nuove Leggi Civili Commentate, 2012, 727 e segg; A. Nigro, La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito, in G. Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, vol. I, 301; Cendon-Gaudino-Ziviz in Cendon (a cura di) *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, Milano, 1994; A. Castiello D'Antonio *la banca tra "concessione abusiva" e "interruzione brutale" del credito*, in *Dir. Fallimentare* 2005, I, 765; Lo Cascio, *Iniziativa giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche in Fallimento* 2002, 1157; M. Robles, *Erogazione abusiva del credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione del curatore fallimentare del sovenuto*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2002, 274; A. Nigro, *La responsabilità della banca per erogazione del credito in Società*, 2007; R. Sgroi Santagati, *"Concessione abusiva del credito" e "brutale interruzione del credito": due ipotesi di responsabilità della banca*, in *Diritto fallimentare*, 1994, I; L. Stanghellini, *Il credito "irresponsabile" alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela* *Le Società*, n. 4, 2007, 395.

che lo riceve; la **seconda** è che la tipologia di illecito determinante il danno non può essere inferta alla generalità dei consociati, ma si declina con riguardo ad una categoria molto specifica di essi, ossia l'imprenditore in stato di dissesto, e di riflesso si produce nel patrimonio dei creditori concorrenti del finanziatore abusivo.

Tali peculiarità hanno comportato che l'ambito nel quale l'illecito extracontrattuale è cresciuto appartiene esclusivamente al fallimento e alle procedure concorsuali, non essendo ipotizzabile una responsabilità per concessione abusiva di credito "in danno" a un imprenditore *in bonis*.

### **La concessione abusiva del credito come fonte di danno all'impresa finanziata.**

S'è detto che la concessione abusiva di credito per l'impresa finanziata presenterebbe una dannosità con valenza plurioffensiva, in quanto in grado di colpire non solo il patrimonio dei terzi ma anche il patrimonio dell'impresa finanziata <sup>2</sup>.

Tuttavia è difficile ipotizzare che la concessione di credito sia idonea a produrre danno al soggetto finanziato. La concessione di credito è e rimane un fatto neutro nelle vicende dell'impresa, determinando unicamente l'obbligo di restituzione di capitale e interessi<sup>3</sup>.

Del resto basti ricordare che il finanziamento rappresenta pur sempre l'unico strumento di superamento della crisi da parte dell'impresa. Senza addentrarci nelle problematiche attinenti la ristrutturazione del debito (che avvengono di regola con il sistema bancario), è noto che la prassi bancaria ha ampiamente fatto applicazione dei rimedi attraverso i quali l'impresa può uscire dalle secche della crisi, in tutte le sue forme - non a caso tracciate nella legge fallimentare - di *way out*: il piano attestato di risanamento, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo, regolando tuttavia la sola irrevocabilità delle rimesse.

Del resto è utopistico per un'impresa pensare di poter uscire dalla crisi prescindendo dall'erogazione di finanza: tutti i piani o gli accordi di ristrutturazione presuppongono il mantenimento delle linee di credito già accordate; attività che, già di per sé, può essere considerata concessione di credito.

Il problema, quindi, non è l'erogazione/mantenimento delle linee di credito, ma come queste risorse sono gestite e questo attiene a profili di successo dell'iniziativa, ma non investe la concessione del credito. S'è quindi osservato come le scelte se concedere o meno credito non rilevano sul danno arrecato al patrimonio sociale, giacché questo dipende dall'atto di mala gestio degli amministratori <sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> B. Inzitari, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il destinatario del credito*, in *Società*, 2007, 462.

<sup>3</sup> Trib. Monza, 31.7.2007, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, II, 375.

<sup>4</sup> Cass., S.U., 28 marzo 2006, n. 7029, in *Dir. Fallimentare*, 2006, II, 323.

In argomento appaiono di estremo interesse le riflessioni svolte in ordine alla responsabilità della banca nell'erogazione del credito all'impresa in concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione debiti ex art. 182 *bis* l.f., per quanto la conclusione di ritenere responsabile il finanziatore anche in caso di colpa, appare eccessivamente severa <sup>5</sup>. In ogni caso la nitida visione delle differenze nel ruolo della banca, sul piano del dovere di diligenza, a seconda che operi sulla base della disciplina specifica del TUF o del TUB, è sicuramente condivisibile <sup>6</sup>.

### **Il tema della legittimazione del Curatore rispetto alla concessione abusiva del credito nella giurisprudenza della Suprema Corte.**

È noto che un primo terreno di confronto – o sarebbe meglio dire di scontro – della fattispecie, ha riguardato il profilo processuale concernente la legittimazione del Curatore a proporre la domanda risarcitoria rispetto alle c.d. azioni di massa, e in buona sostanza con la non agevole delimitazione delle stesse (si veda da ultimo Corte di Cassazione, SS.UU., 23 gennaio 2017 n. 1641).

Ed infatti la giurisprudenza sulla concessione abusiva del credito, nell'ultimo decennio si è trovata impegnata ad affrontare il profilo preliminare e processuale della fattispecie che, sebbene ampiamente discusso<sup>7</sup>, pare opportuno in questa sede provare a sintetizzare, in quanto funzionale e strumentale rispetto al tema specifico del presente contributo, vale a dire il tentativo di delineare con maggiore precisione i contorni della fattispecie - estremamente atipica - della responsabilità per concessione abusiva del credito.

È noto come le tre sentenze della Cassazione risalenti al 2006 (Cass., S.U., 28 marzo 2006, n. 7029, in Dir. fall., 2006, II, 323; Cass., S.U., 28.3.2006, n. 7030, in Corr. giur., 2006, 643; Cass., S.U., 28 marzo 2006, n. 7031, in Dir. fall., 2007, II, 195), abbiano escluso la legittimazione del curatore fallimentare a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile (nella specie, una banca), l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito, ossia dal finanziamento diretto a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta, che abbia creato nel mercato la falsa impressione che si tratti di impresa economicamente valida.

La legittimazione ad agire in giudizio è stata circoscritta a una serie limitata di soggetti vale a dire i singoli creditori che possono dimostrare di aver contratto con l'imprenditore poi dichiarato fallito, fidando sulla sua solvibilità in funzione del credito che egli godeva sul sistema bancario.

L'esclusione della legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori dipende sostanzialmente dal fatto che questa è limitata alle azioni c.d. di massa,

---

<sup>5</sup> D. Maffei, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in Nuove Leggi Civili Commentate, 2012, 736 e segg.

<sup>6</sup> D. Maffei, cit., 732 e segg.

<sup>7</sup> G. Tarzia "La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento", in Il Fallimento 8-9/2017, 911.

finalizzate alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo: non appartiene a tale specie l'azione risarcitoria in questione, la quale, analogamente a quella prevista dall'art. 2395 c.c., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, giacché, per un verso, il danno derivante dall'attività di sovvenzione abusiva deve essere valutato caso per caso nella sua esistenza ed entità (essendo ipotizzabile che creditori aventi il diritto di partecipare al riparto non abbiano ricevuto pregiudizio dalla continuazione dell'impresa), e, per altro verso, la posizione dei singoli creditori, quanto ai presupposti per la configurabilità del pregiudizio, è diversa a seconda che siano antecedenti o successivi all'attività medesima.

Appare superfluo osservare che limitare la legittimazione ai singoli creditori, trasla la portata della azione ai limiti della astrazione e, non a caso, non si ha notizia di precedenti giurisprudenziali al riguardo. Ben difficilmente un singolo creditore potrà provare la sussistenza dei presupposti fondanti l'illecito, ragion per cui si asterrà dal promuovere qualsivoglia azione verso le banche onde evitare di affrontare non solo un giudizio incerto, ma i certi i costi di un'azione di così difficile delibazione.

Nel solco della negazione della legittimazione tout court del curatore a proporre l'azione de qua, si è posta anche la sentenza della Cassazione n. 17284 del 2010. Seppur con i distinguo che vedremo nel prosieguo sono allineate al precedente anche la sentenza n. 13413/2010, la sentenza n. 9983 del 2017 e infine la sentenza n. 11798 del 2017.

La concordanza delle pronunce – ove mai è stata riconosciuta la legittimazione del Curatore in relazione all'illecito che ci occupa - sembrerebbe escludere ogni dubbio, sennonché un attento esame degli *obiter dicta* di tali decisioni complica in maniera significativa lo scenario ma, soprattutto non scioglie i dubbi sulla natura e sui presupposti dell'illecito: la ponderosa produzione giurisprudenziale riportata, infatti, non affronta la struttura dell'illecito sotto il profilo della condotta, dell'elemento soggettivo e/o dell'ingiustizia del danno.

La Suprema Corte, chiamata a dirimere la questione della legittimazione del curatore, come è ovvio sfiora, senza però approfondire, la struttura dell'illecito e rilevanti tematiche connesse alla fattispecie che, attese le sue peculiarità, presenta non pochi profili problematici.

Procediamo quindi ad analizzare ciò che emerge tra le pieghe delle richiamate pronunzie in tema di legittimazione, nel tentativo di offrire, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni spunti di riflessione.

### **I riflessi delle pronunce della Suprema Corte in tema di legittimazione sulla natura e sulla struttura della fattispecie.**

In una delle tre sentenze della Cassazione risalenti al 2006 che hanno sancito la carenza di legittimazione del Curatore in relazione alla concessione abusiva del credito, la

Suprema Corte si è spinta ad analizzare la fattispecie oltre il profilo legittimazione, sebbene senza efficacia decisoria (n. 7029/2006).

La valenza di tale *obiter* è potenzialmente decisivo e dirompente in quanto pone in discussione, alla radice, la possibilità di configurare una responsabilità della banca verso la società fallita per aver mantenuto in essere o concesso linee di affidamento: infatti se *“l’abuso del credito affermato si è perfezionato mediante un contratto al quale la società partecipò con i suoi organi, a tanto legittimati dal suo statuto, potrebbe al più ipotizzarsi una responsabilità di costoro per mala gestio, ma questa esclude comunque l’azione risarcitoria di cui si tratta, per la ragione che nessun diritto di credito verso il proprio contraente in capo alla società finanziata abusivamente potette nascere da un fatto illecito prodotto da attività infedele dei suoi rappresentanti”*.

Nel 2006 quindi l’ipotesi di configurare, in concreto, un’azione di risarcimento per “concessione abusiva di credito” sembrava ridotta al lumicino: quand’anche superati i non agevoli ostacoli in tema di legittimazione – spettante al singolo creditore – vi era da affrontare il grave dubbio insinuato dalla Cassazione in ordine alla meritevolezza di una tale fattispecie di responsabilità.

Dubbi più che legittimi, considerato che, nella costruzione della fattispecie, il finanziatore viene sanzionato per aver adempiuto ad un obbligo contrattuale nei confronti della propria controparte contrattuale, che è lo stesso debitore a richiedere il finanziamento e che, peraltro, l’atto illecito si sostanzia in un arricchimento del soggetto danneggiato.

Se non un *requiem*, nel mondo del diritto vivente, un commiato per la concessione abusiva di credito.

Senonché nel 2010 la Cassazione è tornata a confrontarsi nuovamente con il tema della legittimazione della concessione abusiva di credito con due pronunce la n. 17284 e n. 13413: nella prima è fatta semplice applicazione dei principi già espressi in tema di legittimazione, mentre la seconda merita una particolare menzione.

Essa, sempre nell’applicare e richiamare il principio che nega la legittimazione del Curatore nella fattispecie di concessione abusiva del credito, si trova innanzi ad una fattispecie estremamente peculiare, ove vi era stata condanna in sede penale per concorso nei reati di bancarotta e di ricorso abusivo al credito (art. 218 l.f.) sia dell’amministratore che del direttore della filiale che aveva concesso il credito.

Anche in tale pronuncia la Cassazione ribadiva il principio espresso dalle SS.UU. nella sentenza 7029/2006, escludendo in radice la possibilità di configurare un danno alla società finanziata ed al suo patrimonio per la prosecuzione dei contratti di credito ma, considerato il caso concreto, aggiungeva che la banca fosse da ritenersi responsabile per il danno da reato subito dalla società.

E' quindi evidente che nel caso di cui alla sentenza n. 13413/2010 la banca è riconosciuta responsabile per un titolo che nulla ha a che vedere con la fattispecie di concessione abusiva di credito di cui si tratta.

Nonostante ciò la sentenza suscitava un fervente dibattito dottrinale <sup>8</sup> dal quale la concessione abusiva di credito, apparentemente sepolta dalle pronunzie del 2006, sembrava poter riemergere a nuova vita.

Sebbene la sentenza del 2010 ribadiva l'impossibilità di configurare una responsabilità extracontrattuale per concessione abusiva del credito, i vari commentatori hanno tratto spunto dalla concreta fattispecie esaminata dalla sentenza n. 13413/2010 per delineare un'ipotesi 'residuale' di responsabilità del soggetto finanziatore, vale a dire nel caso di concorso della banca nella dissimulazione dello stato dissesto, ovvero nel caso limite in cui sia stata la stessa banca a forzare gli amministratori a chiedere un sostegno creditizio irragionevole.

Tanto è bastato per giungere alla pronunzia n. 9983 del 2017 nella quale - oltre ad esser nuovamente ribadita la carenza di legittimazione del Curatore rispetto all'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito - la Suprema Corte, sempre in termini di *obiter dictum*, fornisce una sorta di grimaldello per liberare dalle catene la legittimazione del Curatore in materia di responsabilità da concessione abusiva del credito.

Il Curatore sarebbe infatti in generale legittimato ad agire ai sensi dell'art. 146 L.F. in correlazione all'art. 2393 c.c. nei confronti della banca, terza responsabile in via solidale del danno cagionato dalla fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte della società: tale legittimazione deriverebbe da quanto statuito dalla stessa Suprema Corte nella specifica fattispecie di cui alla sentenza 13413 del 2010 e nella pronunzia a Sezioni Unite del 2006, che pur rilevando la novità della domanda e quindi la sua inammissibilità, avrebbe confermato implicitamente la possibilità di configurare la concessione abusiva di credito.

In merito alle conclusioni di tale sentenza non possono che condividersi le riserve manifestate da coloro i quali <sup>9</sup> hanno ritenuto che né la pronunzia del 2010 - ove è riconosciuta una responsabilità per danno da reato a fronte di una preesistente condanna penale - né tantomeno la sentenza a Sezione Unite del 2006 - ove la possibilità di delineare una responsabilità da illecito aquiliano per concessione abusiva di credito è al contrario espressamente esclusa - consentano di giungere alla generale legittimazione del curatore che la sentenza n. 9983 del 2017 estrapola dai precedenti della Corte.

---

<sup>8</sup> A. Marcinkiewicz; *La concessione abusiva di credito: nuove frontiere - curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito*, in *Il Fallimento*, 2011, 305.

<sup>9</sup> G. Tarzia, *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fallimento*, 8-9, 2017, 911.

Del tutto differente invece l'impostazione della successiva sentenza n. 11798 del 2017.

In primo luogo si segnala che la sottostante pronuncia di merito (Corte di Appello di Milano 20.3.2015 n. 1229) ripropone pedissequamente quanto affermato dalle SS.UU. nella pronuncia n. 7029/2006, sulla intrinseca difficoltà di configurare una responsabilità in capo alla banca per la conclusione di un contratto di finanziamento – quindi lecito - al quale ha partecipato in assoluta libertà il soggetto finanziato.

Anche sul tema della legittimazione la Corte di Cassazione non si scosta dai principi delle SS.UU. del 2006 e, in aperto contrasto con la pronuncia n. 9983/2017, precisa come non sussista una legittimazione del curatore ex art. 146 comma 2 L.F. in caso di concessione abusiva di credito; su tale norma quindi non può essere fondata una revisione della consolidata giurisprudenza sul punto.

Pure in questo caso sotto forma di *obiter dictum* la Corte, nel precisare che la legittimazione va esclusa, aggiunge che il difetto risiede nel fatto che la procedura concorsuale non ha delineato comportamenti di rilevanza penale da parte degli amministratori, né concorrenti con l'azione di funzionari bancari.

Avvicinandosi sul piano concettuale a quanto statuito dalla Suprema Corte nella sentenza n. 13413/2010 (ove si badi a monte era stata accertata una responsabilità penale degli amministratori in concorso con un direttore della banca e riconosciuta quindi una responsabilità civile da reato) questa pronuncia pare aprire uno spiraglio per la legittimazione del curatore rispetto alla concessione abusiva del credito.

Tale configurazione, che sembra necessitare una responsabilità penale alla base e/o un contegno di natura dolosa da parte dei soggetti attivi dell'illecito, presenta tratti che si distinguono da ognuno dei precedenti arresti giurisprudenziali.

Dopo oltre un decennio di pronunce e di dibattito dottrinale l'incertezza regna sovrana in quanto sul piano delle legittimazione si cerca di superare i principi delinati dalle SS.UU. del 2006 riconoscendola a seconda dei casi prospettati anche al Curatore fallimentare. Nel merito, come si è cercato di illustrare riguardo la configurabilità della fattispecie, ci sono pronunce che pur condividendo l'*iter* argomentativo che escluderebbe la responsabilità per concessione di credito, concludono in modo apertamente contrastante con le pronunce citate configurandola in concreto (a favore Cass. n. 9983/2017; *contra ex pluribus* Cass. n. 7029/2006, Corte Appello di Milano 20.3.2015 n. 1229; Corte Appello Milano 7.10.2011 n. 2695).

## Conclusioni

L'allargamento dei confini della responsabilità civile fa i conti con un'accelerazione crescente della richiesta di risarcimento, oggi più estesa di un tempo.

Anche la fattispecie in esame fa parte di queste nuove tendenze risarcitorie, tanto che per certi aspetti ha sostituito l'azione revocatoria fallimentare ora notevolmente circoscritta per effetto delle limitazioni legislative.

È una forma di responsabilizzazione nella concessione del credito che a parere dello scrivente può generare responsabilità da parte dell'istituto a determinate condizioni.

Se da un lato non va dimenticato che il sostegno alle imprese rappresenta una funzione essenziale per il Paese, dall'altro l'artificiale permanenza sul mercato di un'impresa insolvente genera sicuramente un danno.

Sappiamo che la giurisprudenza esclude la responsabilità dell'imprenditore se scelte infelici sul piano imprenditoriale, l'hanno condotto al dissesto, ma la responsabilità nasce da specifiche attività di mala gestio. Di conseguenza imputare alla banca una responsabilità per aver sostenuto quell'imprenditore, determinerebbe la nascita in capo alla stessa di una responsabilità che non è ascrivibile a colui che ha agito, pur avendo essa stessa operato come imprenditore; imprenditore che eroga credito. Del resto l'attività bancaria, sebbene sottoposta ad un imponente regime di vincoli e controlli che la arricchiscono di una dimensione pubblicistica, ai sensi dell'art. 10 del t.u.b. rimane pur sempre un'attività di impresa rispetto a cui non esiste alcuna norma che impedisca di concedere credito anche ad un soggetto in difficoltà.

La ristrutturazione finanziaria di un'impresa in difficoltà raramente è aliena dall'apporto di nuova finanza che spesso l'imprenditore non è in grado di profondere.

Di conseguenza l'imprenditore deve concludere contratti della più varia natura e soprattutto trovare supporto nel mercato finanziario, di guisa che la concessione di credito all'impresa in crisi, ancorchè rischiosa per il connaturato rischio di non recuperare il finanziamento erogato, non può tradursi anche nel rischio di responsabilità per l'istituto di credito in azioni risarcitorie, che, sommato al rischio delle revocatorie fallimentari, indurrebbe qualsiasi operatore finanziario ad abbandonare il campo.

Per l'effetto la responsabilità del banchiere per concessione del credito non può prescindere da un rigoroso accertamento dell'elemento soggettivo della condotta, la quale deve colorarsi dei caratteri propri del dolo o della colpa grave.

Non a caso la legislazione francese ha colto il problema e l'ha risolto volgendo lo sguardo al profilo soggettivo. Infatti se ormai da un lato è chiara l'importanza del supporto finanziario all'impresa in temporanea crisi, dall'altro il legislatore d'oltr'alpe ha limitato con l'art. 650-1 code comm. la responsabilità per concessione abusiva di credito alle sole ipotesi di comportamento fraudolento di interferenze nella gestione della impresa e di ottenimento di garanzie sproporzionate rispetto al credito; non, quindi, una responsabilità meramente colposa.

Il criterio guida per fondare la responsabilità nella concessione abusiva del credito, tratteggiato dal prof. Roppo<sup>10</sup> alla fine degli anni 90, è diventato norma nella legislazione francese.

---

<sup>10</sup> V. Roppo, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Il Fallimento*, 9, 1997, 869.