

EDITORIALI

L'ufficio di diritto privato della banca e la concessione di credito abusiva, o imprudente

Daniele Maffei

Professore Ordinario di Diritto Privato
Università di Brescia

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da

Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri, Filippo Sartori,
Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria

Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciruolo, Prof.ssa Carmela Robustella,
Dott. Luca Lentini

Mercato dei capitali finanza strutturata

Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Dott. Ugo Malvagna, Dott.ssa Anna Toniolo,
Dott. Francesco Petrosino

Assicurazioni e previdenza

Prof. Paoloefisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Dott. Giovanni Maria Berti De
Marinis, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati

Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro,
Prof.ssa Mariateresa Maggiolino

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza

Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio
Didone, Prof. Alessio di Amato

Fiscalità finanziaria

Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini, Dott. Ernesto Bagarotto

Criteri di Revisione

I contributi inviati per la pubblicazione sui Dialoghi di Diritto dell'Economia – editoriali, articoli, note – sono sottoposti a una procedura di valutazione scientifica.

Dopo un primo vaglio della Direzione scientifica, ogni contributo è sottoposto ad uno o più revisori sulla base delle indicazioni dei Direttori d'Area.

La revisione viene effettuata con il sistema dell'anonimato: il Revisore non conosce l'identità dell'Autore, né l'Autore quella del Revisore.

Nel caso di giudizio positivo subordinato a modifiche o integrazioni suggerite dal Revisore, l'autore provvederà ad effettuare le correzioni entro quindici giorni.

L'accettazione dello scritto ai fini della pubblicazione sulla Rivista vincola l'Autore a non pubblicare altrove il contributo senza il consenso scritto dell'Editore.

Sede della Redazione

Università degli Studi di Trento – Facoltà di Giurisprudenza

Via Verdi, n. 53, 38122 TRENTO

Le due ordinanze Cass., 30 giugno 2021, n. 18610 e Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, che recano motivazioni identiche, esaminano la concessione di credito all'impresa – non, al consumatore (artt. 124 bis, 120 *undecies* TUB)¹–.

Riassumiamone i termini principali.

L'illiceità della condotta della banca dipende da dolo o anche da colpa, sicché, al fine di far rientrare intuitivamente nella figura l'ipotesi della colpa (che è la patologia più frequente), insieme a quella del dolo (meno frequente²), si può parlare di <<concessione imprudente>> di credito³.

I regimi sono diversi a seconda che si sia, o non, in presenza di un progetto formalizzato di sostegno all'impresa. Perché, in presenza di un progetto di sostegno formalizzato secondo le procedure di legge – il <<finanziamento al debitore in crisi erogato con causa di salvataggio>>⁴–, l'illiceità della condotta, secondo la Corte di cassazione del 2021, può essere bensì ravvisata, ma entro margini <<in concreto alquanto ristretti>>. E lo stesso vale, anche al di fuori delle forme di legge, in presenza di un piano aziendale (i)ragionevole – ovviamente *ex ante* – e (ii) fattibile – ovviamente *ex ante*. Una restrizione dell'ambito di individuazione della responsabilità che è opportuna, a mio avviso: opportunamente si osserva che <<in vista del meritevole obiettivo di consentire l'afflusso di finanza al debitore che pur essendo in crisi abbia prospettive di risanamento, la legge appronta una panoplia di strumenti e tutele miranti a rendere più probabile la restituzione del finanziamento, quantunque effettuato in un momento in cui il finanziato

1 Sull'analitica disciplina dell'erogazione di credito ai consumatori M. De Poli, *I contratti delle banche nel diritto comunitario e internazionale*, in E. Capobianco (cur.), *Contratti bancari*, Milano, 2021, pp. 61 ss.

2 Casistica in M. Franzoni, *La concessione abusiva di credito*, in *Responsabilità civile*, 2010, p. 328: <<quando la banca continua ad erogare il credito all'impresa insolvente, poiché le sue garanzie le consentono di non subire pregiudizio alcuno; quando c'è una consapevole irregolarità dell'affidamento o del finanziamento; quando l'erogazione del credito è data in ragione delle note condizioni patrimoniali dell'imprenditore sovvenuto, c'è una certa prossimità con il dolo. Ancora la prossimità è tipica anche in tutte le ipotesi nelle quali la scelta bancaria di erogare il finanziamento è mosso da secondi fini. Tale può essere il finanziamento: – fatto allo scopo (o con la conseguenza) di acquisire l'oggetto della garanzia reale, mediante un patto commissorio; – fatto allo scopo di provocare il consolidamento di ipoteche che altrimenti sarebbero soggette a revocatoria in caso di insolvenza tempestivamente dichiarata; – fatto allo scopo di munire di garanzia un preesistente debito o di ottenere il rimborso «abbandonando gli altri creditori al loro destino»>>.

3 Già F. Di Marzio, *L'abuso nella concessione di credito*, in *Contr. impr.*, 2015, pp. 323 s. afferma che <<la concessione di credito è stabilita sulla scorta di una condotta negligente (quando non dolosa) posta a verificare e affermare un merito creditizio invece inesistente nella realtà>> e descrive la condotta richiamando <<il dolo o la negligenza nel merito creditizio>>.

4 L. Stanghellini, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Fall.*, 2021, pp. 1183 s.

è, per definizione, in difficoltà»⁵.

Sul piano del rapporto tra mondo TUB (l'ordinamento del credito) e mondo TUF (l'ordinamento degli investimenti finanziari)⁶, le ordinanze affermano, in un passaggio molto importante della motivazione, che il TUF conterrebbe disposizioni analoghe al TUB⁷, ma è un passaggio da interpretare con attenzione, perché i principi ispiratori del TUF e delle attività di investimento sono per più aspetti diversi, e sono addirittura opposti su un punto, che nel mondo TUB la gestione <<prudente>> implica un *surplus* di egoismo (fare il proprio interesse) cui la banca è tenuta quando concede credito⁸, e non ve ne è traccia nel mondo TUF, in cui la banca deve curare nella sostanza l'interesse altrui (cooperando, dietro un corrispettivo determinato o determinabile, affinché i programmi di flussi finanziari incorporati negli investimenti siano idonei *ex ante* a generare guadagni per il cliente, a fronte dei correlativi rischi).

La concessione imprudente (o abusiva) è al postutto qui: nel limite alla libertà di concedere credito consistente in ciò, che la banca non *può*, ma *deve* essere egoista (quindi concedere credito solo se il prenditore è meritevole), e deve esserlo in modo corretto (quindi non favorire se stessa in relazione ad altri rapporti sapendo o dovendo sapere di finanziare un'impresa non meritevole di credito) e professionale (quindi valutare il merito di credito nel rispetto di tutte le regole tecniche di condotta). La valutazione del merito di credito resta ciò che non può non essere, una valutazione di diligenza professionale ai sensi dell'art. 1176, comma 2 cod. civ., da condurre in concreto⁹.

Dove è incondizionatamente esatto che il TUF contiene principi analoghi al TUB è da un punto di vista più di fondo, quello per cui la banca, sia che presti servizi di investimento sia che presti servizi bancari, è tenuta a curare un interesse privato (il proprio nel TUB; quello del cliente nel TUF) per ragioni di ordine pubblico (la stabilità nel TUB; la fiducia e integrità dei mercati nel TUF).

5 L. Stanghellini, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Fall.*, 2021, pp. 1184.

6 D. Maffeis, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2012, II, pp. 727 ss. Distingue l'«*antecedente fattuale*» dell'attività bancaria e dell'attività finanziaria R. Di Raimo, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, in G. Conte – AA. VV., *Arbitro bancario finanziario*, Milano, 2021, p. 211, nota 1.

7 «*Analoghe disposizioni sono previste nel testo unico della finanza e nel codice delle assicurazioni private, tutte relative all'operatività sul mercato dei soggetti nel settore finanziario*».

8 D. Maffeis, *I limiti di azione del contraente egoista*, in R. Sacchi (cur.), *Conflitto di interessi e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, Milano, 2020, pp. 547 ss.

9 A.A. Dolmetta, «*Merito del credito*» e procedure di sovraindebitamento, in *Fall.*, 2021, p. 1209.

Come ho detto altre volte¹⁰, ciò fa del banchiere di inizio millennio il titolare di un ufficio di diritto privato, come dimostra più di altre, oggi, a livello dei dati sistematici, la novità legislativa della *product governance*, combinata alla *product intervention*. Perché l'ordine pubblico incide a fondo, dall'inizio alla fine dell'attività, sulla conformazione delle scelte contrattuali della banca. E quindi sui rimedi. Le due ordinanze del 2021 sulla concessione *abusiva*, con il richiamo al dato per cui *<<analoghe disposizioni sono previste nel testo unico della finanza e nel codice delle assicurazioni private, tutte relative all'operatività sul mercato dei soggetti nel settore finanziario>>* e *<<dal sistema normativo nel suo complesso emerge la rilevanza primaria per l'ordinamento dell'obbligo di valutare con prudenza, da parte dell'istituto bancario, la concessione del credito ai soggetti finanziati, in particolare ove in difficoltà economica>>*, sono in questa direzione, della concessione *imprudente*, non tanto come limite alla libertà di contrattare che supera il limite dell'esercizio lecito per sconfinare nell'abuso, ma come segnale, ulteriore, dell'ufficio di diritto privato della banca.

Da ciò non deriva, e perché mai, che ora esista un divieto di concedere credito se non quando ciò sia motivato da un interesse generale di carattere pubblico; del tutto diversamente, esiste un divieto di concedere credito se non quando la concessione sia motivata bensì dall'interesse privato della banca, ma da un interesse che sia coerente con la sana e prudente gestione: e tutto ciò per ragioni di ordine pubblico. Le ordinanze lo esprimono osservando che *<<l'attività di concessione del credito da parte degli istituti bancari non costituisce mero affare privato tra le stesse parti del contratto di finanziamento>>* e *<<l'ordinamento ha predisposto una serie di principi, controlli e regole, nell'intento di gestire i rischi specifici del settore, attese le possibili conseguenze negative dell'inadempimento non solo nella sfera della banca contraente, ma ben oltre di questa; potendo, peraltro, queste coinvolgere in primis il soggetto finanziato, nonché, in una visuale macroeconomica, un numero indefinito di soggetti che siano entrati in affari col finanziato stesso>>*.

Nel caso della concessione imprudente di credito, come il pregiudizio del cliente diventa una lesione generalizzata è presto detto: la lesione del patrimonio del cliente, che si conferma essere ravvisabile¹¹, coincide con la lesione della garanzia patrimoniale - dei creditori antecedenti e successivi - stante la regola dell'art. 2740 cod. civ.

¹⁰ D. Maffeis, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 63 ss.

¹¹ In dottrina B. Inzitari, *Relazione ne Il «credito responsabile»: dal credito all'impresa al credito al consumo (atti del convegno, Alba, 18 novembre 2006)*, in *Società*, 2007, pp. 393 ss.

Mentre la responsabilità c.d. contrattuale della banca nei confronti del cliente – legittimato ad agire personalmente, anche *in bonis*¹² – può essere attenuata per il concorso del cliente – che ad es. abbia fatto reiterata richiesta di ordinario credito in luogo del ricorso a soluzioni alternative di risoluzione della crisi, o abbia proseguito l'attività sociale in modo infruttuoso e pregiudizievole nonostante il sopraggiunto stato di scioglimento –, invece non lo può la responsabilità nei confronti della massa, per l'assenza di un contatto tra banca e terzi danneggiati.

Ma non è detto che in prospettiva il rimedio resti soltanto risarcitorio: se il contratto che integra la concessione di credito imprudente o abusiva è considerato privo di causa concreta¹³, o non meritevole di tutela, o illecito per violazione di principi di ordine pubblico, il curatore, ferma la restituzione del capitale, potrebbe chiedere la restituzione del corrispettivo e quindi degli interessi e di ogni altra somma corrisposta indebitamente.

Sotto il profilo della compensazione, le ordinanze 18610 e 24725 del 2021 non richiamano, a mio avviso a ragione, Cass. 16706 del 2020 che aveva escluso il diritto di un'impresa (non, una banca) alla restituzione delle prestazioni effettuate a beneficio di altra impresa insolvente, considerando la sua prestazione immorale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2035 cod.civ.¹⁴.

¹² Si legge nella motivazione delle due ordinanze che <<In caso di fallimento, per il ristoro di tale pregiudizio [il danno alla società] è legittimato ad agire lo stesso curatore fallimentare, anzitutto al medesimo titolo per il quale avrebbe potuto agire l'imprenditore danneggiato>>.

¹³ A.A. Dolmetta, *Merito del credito e concessione abusiva. Dopo Cass. n. 18610/2021*, in *Dirittobancario*, ottobre 2021.

¹⁴ Cfr. nella giurisprudenza di merito Trib. Vicenza 22 aprile 2021, in www.ilcaso.it.