

Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità*

SOMMARIO: 1. Le operazioni di corporate restructuring. – 2. Gli accordi di turn-around in Italia. – 3. Gli accordi di risanamento di questo studio. – 4. Accordi e non piani di risanamento. – 5. I soggetti coinvolti: l'impresa in crisi. – 6. I soci cedenti, i soci rimanenti e i soci nuovi. – 7. Le banche creditrici. – 8. I creditori minori e altri soggetti. – 9. Gli advisor. – 10. L'esperto. – 11. Le tappe di un'operazione di corporate restructuring e i soggetti che le percorrono. – 12. L'operazione di risanamento e il suo carattere di procedimento privato. – 13. Le banche e i diversi comportamenti abusivi che ne generano le responsabilità. – 14. L'abuso delle banche nella negoziazione. – 15. La concessione abusiva del credito nei risanamenti. – 16. L'interruzione brutale del credito nei risanamenti.

1. Le operazioni di corporate restructuring.

Ogni impresa ha come vocazione naturale quella di far crescere il proprio core business sino alle dimensioni che essa ritenga ottimali, di puntare in un mercato globalizzato ad una efficienza competitiva e di

* Questo scritto continua una linea di studi che mi ha già condotto a pubblicare il libro T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento di acquisizione di imprese*, Cedam, Padova, 2008, *passim*, la applica ad una fattispecie diversa da quella delle acquisizioni di imprese, ed anticipa la delimitazione di un lavoro monografico in corso di elaborazione. Depurato dalle parole di cortesia questo lavoro riprende alcuni elementi di tre diverse relazioni tenute rispettivamente all'Università di Foggia nell'occasione dell'incontro organizzato dalla "Summer school" sulle "Operazioni transazionali di ristrutturazioni dei debiti"; all'Università di Roma Tre nell'occasione dell'iniziativa "Working Papers a Roma Tre. Nuove idee a confronto"; a Lanciano al convegno di studi sulle "Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento". Un ringraziamento particolare è rivolto agli organizzatori di questi eventi e ai professori Bonfatti, Costantino, Capobianco, Gabrielli, Guaccero, Motti e Pardolesi per i preziosi suggerimenti avuti durante e dopo le relazioni.

creare dunque in questo modo valore¹. Queste aspirazioni dell'impresa molte volte sono raggiungibili. Altre volte si possono scontrare con fattori interni o esterni all'impresa che ne compromettono in diversa maniera la crescita sino al punto di azzerare ogni creazione di valore o nei casi più gravi distruggere quello preesistente.

In questi ultimi casi l'impresa che aspira a non cessare la sua attività e a rimanere sul mercato deve necessariamente adottare per la sua stessa sopravvivenza 'percorsi' di ristrutturazione o altrimenti detti di turnaround². E la gran parte dei turnaround di un'impresa vengono attuati in situazioni di declino o crisi finanziaria.

Ora queste situazioni sono tra loro diverse perché come osserva la dottrina aziendale: il declino si verificherebbe quando un'impresa non produce più valore e principalmente perde la sua capacità reddituale; mentre la crisi consisterebbe in una manifestazione ulteriore della performance negativa dell'impresa con effetti anche esterni come la perdita di fiducia e credito della comunità finanziaria³. Questa diversità si riflette anche sui procedimenti di turnaround adottati: perché nei casi di declino per il rilancio dell'impresa si possono anche non richiedere "sacrifici agli stakeholder" come la semplice definizione di nuovi orientamenti di gestione, il controllo e miglioramento dei servizi prodotti, l'ammodernamento degli impianti etc.; mentre nelle ipotesi di crisi il sacrificio degli "stakeholder" è inevitabile e può comportare via via la necessità di una ricapitalizzazione della società, la cessione di società controllate o di partecipazioni societarie, la variazione della compagine

¹ FACCINCANI, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 39 secondo cui "nell'ambito della dottrina economico aziendale è ampiamente condiviso il concetto che ogni impresa abbia come obiettivo principale la creazione e massimizzazione del valore".

² Sul punto v. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Egea, Milano, 1995, p. 4 ss. secondo cui "l'espressione *turnaround*, termine anglo-sassone letteralmente non traducibile, è stata dopo qualche esitazione, assunta per rappresentare tutti i processi sistematici di risanamento e di rilancio delle imprese".

³ Sul punto v. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, p. 4 ss. In particolare Guatri evidenzia come "il «declino» può essere, così, collegato ad una performance negativa in termini di ΔW , cioè alla «distruzione» di valore: e misurato sulla sua intensità dalla entità di tale distruzione in un definito arco temporale (annuale, ma anche pluriennale)" sì che in questo modo "un'impresa è in declino quando perde valore nel tempo" (così a p. 107). La crisi invece "è uno sviluppo ulteriore del declino" e "si concreta di solito, a seguito delle perdite economiche (di redditività e di valore), in ripercussioni gravi e crescenti sul piano dei flussi finanziari" quali "la carenza di cassa, perdita di credito e di fiducia" (così a p. 108).

societaria, il cambiamento dei manager etc.. E la distinzione ora detta assume un rilievo fondamentale a livello giuridico perché sin da subito suggerisce che il turnaround di un'impresa in declino richiede principalmente scelte interne; mentre quello di un'impresa in crisi richiede la negoziazione, conclusione ed esecuzione di accordi complessi con numerosi soggetti esterni alla vita dell'impresa ed in primis con i propri creditori.

2. Gli accordi di turnaround in Italia.

Questo studio è rivolto principalmente all'analisi di turnaround di imprese in crisi. Questo studio lo farà qui sinteticamente; sulla base degli studi degli aziendalisti, delle analisi dei giuristi e delle indicazioni che derivano da un certo numero di contratti che mi sono stati messi cortesemente a disposizione da alcuni studi professionali italiani e stranieri; ed esclusivamente per ricordare gli aspetti delle operazioni di turnaround che rilevano ai fini di un'analisi civilistica di questo settore del diritto. A questo proposito si può osservare che le operazioni di risanamento richiedono negoziazioni privatistiche complesse che nell'ambiente dei giuristi vengono normalmente qualificate come 'corporate workouts'. E queste soluzioni privatistiche cominciano ad essere riconosciute, regolamentate e protette in gran parte degli Stati con economia capitalizzate.

In Italia la diffusione degli accordi stragiudiziali moderni di risanamento delle imprese si è avuta a partire dagli anni novanta a seguito della crisi valutaria del 1992 che ha prodotto l'entrata in crisi di imprese medio grandi⁴. Oggigiorno gli accordi di risanamento sono sempre più utilizzati per il rilancio delle imprese diventando una realtà costante. E tutto ciò come noto è maturato a seguito tra l'altro della presa d'atto che (i) le soluzioni privatistiche volte alla soluzione della crisi dell'impresa rispetto a quelle pubblicistiche consentono un "risparmio netto dei costi derivanti dall'insolvenza"⁵; (ii) gli accordi stragiudiziali sono maggiormente flessibili e rapidi rispetto alle procedure di insolvenza e permettono tra l'altro alle parti di ricorrere a operazioni di finanza

⁴ Sul punto v. FACCINCANI, *Banche*, cit., p. 82.

⁵ Così STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 303.

straordinaria difficilmente praticabili con le procedure concorsuali⁶; (iii) il turnaround stragiudiziale di un'impresa consente (a differenza delle procedure d'insolvenza) di “salvare i beni immateriali di un'impresa” ancora produttivi di valore come marchi, brevetti, etc.⁷; (iv) l'efficienza del mercato richiede sempre più l'utilizzo di strumenti (non successivi al verificarsi del danno, ma) preventivi “ed ispirati dalla necessità che il rischio sia piuttosto anticipato”⁸; (v) i migliori soggetti deputati ad escogitare soluzioni idonee ad uscire da una situazione di crisi finanziaria di un'impresa sono proprio quelli direttamente interessati e non soggetti terzi⁹; e (vi) la formazione negli Stati moderni di una nuova ideologia volta a (non più sanzionare il debitore per il solo fatto di essere insolvente, ma) consentirgli l'utilizzo di strumenti idonei a evitare una liquidazione dell'impresa¹⁰.

3. Gli accordi di risanamento di questo studio.

Gli accordi privatistici e stragiudiziali possono essere raggruppati in tre diverse tipologie. (i) Alcuni contratti denominati accordi di ristruttu-

⁶ Così STANGHELLINI, *La crisi*, cit., p. 306.

⁷ Così GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 4, secondo cui “le normali procedure giudiziarie (ed in taluni Paesi tutte le procedure pubbliche) [...] in ben pochi casi riescono nell'intento di salvaguardare i valori dell'impresa ed in particolare quelli immateriali: anzi sono spesso la premessa alla loro parziale o totale distruzione”.

⁸ Così GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 9.

⁹ Sul punto v. GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 206.

¹⁰ Le recenti riforme in materia concorsuale hanno dimostrato che il legislatore italiano è d'altro canto incline a prediligere oggigiorno soluzioni di continuità di impresa rispetto a quelle liquidatorie: sul punto v. BONELLI, *Le insolvenze dei grandi gruppi: i casi Alitalia, Chrysler, Socotherm, Viaggi del ventaglio, Gabetti, Risanamento e Tassara*, in *Crisi di imprese. Casi e Materiali*, Milano, 2011, p. 4. Per questi motivi LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di Di Marzio, Macario, Milano, 2010, p. 362 ha osservato che si è “passati dall'idea che poneva una sequenza diretta tra i) insolvenza; ii) interesse collettivo della massa creditoria; iii) par condicio creditorum; iv) avocazione da parte dello stato, attraverso il potere giuridico di curare quell'interesse collettivo, mediante la liquidazione dell'impresa fallita [...] all'idea che pone una diversa sequenza tra i) crisi d'impresa [...]; ii) ricerca di una soluzione privatistica, mediante impegno diretto dei creditori; iii) interesse pubblico alla conservazione di un valore produttivo, attraverso il salvataggio dell'impresa, senza alterazione dei meccanismi concorrenziali; iv) fallimento [...] come soluzione finale”.

razione sono regolati incisivamente dal legislatore in ordine al loro procedimento e contenuto: è questo il caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall in cui si richiede ai fini della loro conclusione l'adesione di "creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti"; "una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)" l. fall. attestante "la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo" di ristrutturazione; e l'"omologazione" del tribunale e la pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione nel registro delle imprese¹¹. (ii) Altri contratti denominati accordi c.d. di risanamento delle imprese sono sostanzialmente rimessi all'autonomia privata e regolati dal legislatore esclusivamente in ordine (non al contenuto, ma) agli effetti dall'art. 67 co. 3 lett. d) l. fall secondo cui non sono soggetti ad azione revocatoria "gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria" e la cui "fattibilità del piano" sia attestata da "un professionista designato da un debitore iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) [...]" l.f. "e 2399" c.c.". (iii) Altri accordi non sono infine regolati dalla legge fallimentare, sono stati via via negli anni praticati nelle operazioni di risanamento anche prima delle riforme del 2005-2007 e rientrano dunque nella *lex mercatoria*¹².

Questo studio non può e non vuole inventariare tutti gli accordi ora detti e gli innumerevoli problemi di diritto che essi pongono. Deve necessariamente circoscrivere il proprio oggetto. A questo fine si limiterà ad analizzare principalmente gli accordi stragiudiziali puri e dunque quelli che non necessitano del vaglio o intervento dell'autorità giudiziaria. E gli accordi ora detti sono sostanzialmente quelli (ii) e (iii). A seguito della riforma del 2005-2007 la regolazione degli accordi (ii) e la

¹¹ Su questi accordi v. recentemente VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, *passim*.

¹² Sul punto v. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da COTTINO, Padova, 2008, XI, p. 159; e recentemente MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, p. 127 ss. secondo cui la prassi negli "ultimi decenni [...] ha creato diverse tipologie di accordi stragiudiziali cc.dd. "privati" o "amichevoli" per la ristrutturazione dell'impresa in crisi (denominati spesso genericamente con il termine di "piani di ristrutturazione")".

loro esenzione alla revocatoria ha tuttavia portato gli operatori (ed in primis le banche) progressivamente ad abbandonare l'adozione degli accordi (iii) ed a richiedere (ed in alcuni casi imporre) alle imprese l'adozione di accordi di risanamento (ii). In questo quadro gli accordi (ii) presentano dunque maggior interesse rispetto a quelli (iii). Ed in questo studio analizzerò pertanto principalmente solo gli accordi (ii) anche se le osservazioni che verranno proposte potranno mutatis mutandis essere anche in parte applicate agli accordi (iii).

4. Accordi e non piani di risanamento.

Gli accordi di risanamento sono regolati dall'art. 67 co. 3, lett. d) 1. fall. A ben vedere questo articolo nell'escludere la revocatoria dagli "atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore" non utilizza tuttavia il termine accordo ma quello "di piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria". E tanto potrebbe ed ha portato taluno a rinvenire esclusivamente non un contratto di risanamento ma un piano unilaterale dell'impresa in crisi¹³ o comunque e in ogni caso a ritenere che il piano sia il principale atto di un'operazione di risanamento¹⁴.

¹³ Così v. recentemente MUNARI, *Crisi di impresa*, cit., 143 secondo cui "la natura giuridica del piano è quella di un atto unilaterale dell'imprenditore con valenza meramente organizzativa all'interno della struttura dell'impresa o di un atto unilaterale che preclude al compimento di atti coinvolgenti terzi". In dottrina v. inoltre CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 299, secondo cui il piano potrebbe avere una struttura contrattuale o diversamente essere anche "una mera manifestazione d'intenti riconducibile neppure al paradigma negoziale foss'anche unilaterale"; e NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 388, secondo cui "il piano di risanamento può anche, in punto di fatto, essere il risultato o il presupposto di intese fra il debitore ed i suoi creditori: esso però viene preso in considerazione e disciplinato dalla legge in sé e per sé, in quanto espressione dell'iniziativa individuale del debitore".

¹⁴ Più sfumata la posizione di PAJARDI - PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pp. 940-941, secondo cui il piano di risanamento di un'impresa in crisi "può non avere come base un accordo contrattuale, ma consistere anche solo in una iniziativa libera (una proposta) dell'imprenditore rivolta ai creditori, cui gli stessi, al limite, potrebbero solo prestare acquiescenza, limitandosi a non promuovere azioni esecutive e cautelari".

Ora questa tesi non può essere condivisa in questo studio per diverse ragioni. Anzitutto perché l'art. 67 co. 3 lett. d) I. fall esclude la revocatoria per “gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore” e questi ultimi sono compiuti chiaramente sulla base di accordi tra l'impresa in crisi e terzi¹⁵. Inoltre perché la funzione dell'art. 67 co. 3, lett. d) I. fall è quella di dare stabilità (escludendo la revocatoria) a tutti gli accordi necessari per un turnaround e dunque non ad un mero piano interno dell'impresa. Ancora perché si è visto al paragrafo 2 di questo studio come si analizzeranno turnaround di imprese (non in declino, ma) in crisi che come visto richiedono (non solo scelte interne, ma) la stipulazione di numerosi contratti con soggetti esterni all'impresa. Infine perché come vedremo al paragrafo 11 la pratica degli affari dimostra che un'operazione di turnaround ex art. 67 co. 3, lett. d) I. fall è portata in conclusione solo a seguito di numerosi accordi. Tra questi accordi si contano almeno quelli tra le banche e impresa in crisi che comprendono quantomeno un primo accordo iniziale di moratoria e uno finale di convenzione bancaria. Vi è poi l'accordo tra i diversi soci rimanenti, cedenti e nuovi con l'impresa in crisi: perché come vedremo un'operazione di turnaround richiede tipicamente un aumento di capitale reale; questo aumento può essere sostenuto solitamente solo da nuovi soci finanziatori disposti a comprare le partecipazioni di soci cedenti; e l'aumento ora detto viene chiaramente contrattualizzato anche con l'impresa in crisi al fine tra l'altro di determinare la futura governance di quest'ultima. Vi è poi l'accordo con l'esperto per la predisposizione di un piano di risanamento. E gli accordi ora detti dimostrano che un'operazione ex 67 co. 3, lett. d) I. fall consiste in un numero non piccolo di accordi e non può essere limitata ad un mero piano unilaterale interno dell'impresa in crisi¹⁶.

¹⁵ Sul punto v. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit., p. 374, secondo cui un piano di risanamento privo di adesioni dei creditori è un'ipotesi remota perché “è difficile ipotizzare un piano che non comporti dilazioni, rimodulazioni o riduzione di debiti esistenti”. In posizione intermedia v. VETTORI, *Il contratto sulla crisi di impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit., p. 235 secondo cui “il piano ha natura unilaterale pur essendo composto di vari atti (manifestazione di scienza e di giudizio) e negozi (rinunce, impegni de non petendo, concessioni) strumentali”.

¹⁶ Recentemente Di MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, Milano, 2011, p. 123 secondo cui “il piano costituisce il programma di ‘ristrutturazione’ a cui concorrono – realizzandolo – i contratti necessari allo scopo”.

5. I soggetti coinvolti: l'impresa in crisi.

Questo studio ha ad oggetto i contratti per il risanamento delle imprese in crisi ex art. 67 co. 3 lett. d) l. fall. Per analizzare questo argomento è necessario tuttavia ricordare preliminarmente per grandi linee alcune delle caratteristiche del mondo variegatissimo delle operazioni di turnaround. E questa ricostruzione preliminare comincia con i soggetti che intervengono a vario titolo in queste operazioni.

Qui tra i diversi soggetti che intervengono in un'operazione di turnaround un ruolo principale viene svolto dall'impresa che versa in una situazione in crisi.

Ora le ragioni che possono portare un'impresa ad una situazione di crisi e rendere così necessario un turnaround sono numerosissime. Anzitutto vi sono cause interne, imputabili all'incapacità manageriale di programmare e gestire le risorse aziendali: che possono ad esempio consistere nell'aver commesso errori di marketing; intrapreso attività lontane dal core business dell'impresa per le quali quest'ultima non possedeva le sufficienti competenze; avviato fasi di sviluppo eccessivamente veloci senza disporre delle risorse finanziarie adeguate; acquisito il controllo di imprese in difficoltà finanziarie la cui situazione patrimoniale si sia ripercossa sull'acquirente¹⁷. Inoltre un ruolo non piccolo rivestono sempre più spesso nelle crisi di impresa cause esterne "che sfuggono al dominio degli uomini dell'impresa"¹⁸: quali ad esempio le crisi settoriali che rivestono interi comparti dell'economia e dunque tutte le imprese in essi operanti; le diverse dinamiche concorrenziali note agli studiosi del diritto antitrust che portano ad affermare in un mercato l'imprenditore forte e ad escludere quello debole; l'andamento sfavorevole dei prezzi di beni e servizi prodotti dall'impresa per riduzione della domanda¹⁹. E proprio queste cause esterne dimostrano come il più delle volte l'impresa versa

¹⁷ Queste sono solo alcune delle possibili cause interne. La dottrina economica ne ha via via individuate altre. Sul punto v. FACCINCANI, *Banche*, cit., p. 54 che riconduce nelle possibili cause di crisi interne anche la carenza di innovazione e dunque all'incapacità di sviluppare "nuove idee che permettano all'azienda di essere continuamente profittevole, e come conseguenza diretta, di porre le basi per la sopravvivenza e lo sviluppo nel lungo periodo". V. inoltre per ulteriori cause interne quali la perdita di redditività, la negatività dei flussi di cassa, la perdita di manager importanti GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 60 ss.

¹⁸ Così GUATRI, *Turnaround*, cit., pp. 117.

¹⁹ Sul punto v. FACCINCANI, *Banche*, cit., pp. 54-55.

in una situazione di crisi per cause imputabili non a quest'ultima ma in generale al mercato.

L'impresa in crisi può essere costituita secondo uno dei possibili moduli organizzativi dell'impresa. L'impresa in crisi può inoltre svolgere una delle infinite attività economiche. L'impresa in crisi può essere infine di piccola, media o grande dimensione. La dimensione dell'impresa in crisi è in grado sin da subito di evidenziare le capacità di successo di un workout agreement, perché normalmente "le banche si adoperano per contribuire a evitare la dissoluzione di grandi apparati aziendali tramite un atteggiamento di collaborazione e funzionale a un risanamento aziendale anche quando la liquidazione, sotto un profilo strettamente economico, risulterebbe la scelta ottimale"²⁰. E questo studio intende analizzare un'operazione che vede in campo un'impresa in crisi di media complessità e che pertanto richiede come vedremo per il turnaround l'intervento di numerosi soggetti: anche se le considerazioni che verranno espresse in questa relazione potranno essere rivolte mutatis mutandis anche verso imprese piccole o grandi in crisi.

6. I soci cedenti, i soci rimanenti e i soci nuovi.

Un'operazione di turnaround da crisi può richiedere sacrifici agli stakeholders. Generalmente questi sacrifici vengono richiesti anche dal ceto bancario come condicio sine qua non per l'erogazione di nuova finanza. È una tipica forma di sacrificio che le banche sono solite richiedere consiste nel "costringere" l'impresa in crisi a deliberare e sottoscrivere un aumento di capitale (non mediante conversione finanziamenti, ma) 'reale' che patrimonializzi la società e ad un tempo responsabilizzi i soci e li fidelizzi ulteriormente all'impresa²¹.

²⁰ FACCINCANI, *Banche*, cit., p. 72.

²¹ Sul punto v. GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 180. Sulla possibilità che in turnaround di impresa venga richiesto un aumento di capitale (non reale, ma) mediante compensazione e dunque conversione dei crediti/finanziamenti esistenti: v. STANGHELLINI, *La crisi*, cit., pp. 317-318. L'ipotesi tuttavia della conversione dei finanziamenti in capitale mi sembra essere richiesta con frequenza minore nella prassi rispetto agli aumenti di capitale reale e questo principalmente per la natura dei finanziamenti soci che come tali sono postergati ex art. 2467 c.c. rispetto agli altri crediti come ad esempio quelli bancari. Ciò che non comporta dunque per le banche un reale pericolo preferenziale da parte dei soci rispetto alle loro ragioni creditizie.

In questi casi tuttavia soltanto alcuni soci dell'impresa in crisi possono essere disposti ed avere i mezzi per partecipare ad una ricapitalizzazione reale della società. Altri soci possono tuttavia trovarsi in una situazione di difficoltà economica o semplicemente non volere partecipare ad un aumento di capitale di un'impresa. Questi ultimi soggetti di fronte allo "spettro del fallimento" sono normalmente disposti a cedere le loro partecipazioni o azioni ad un prezzo simbolico a terzi interessati ad una loro partecipazione nell'impresa. Ed in simili casi l'operazione di turnaround tipicamente comporta la vendita delle partecipazioni o azioni a nuovi partner interessati.

I nuovi partner sono naturalmente intenzionati a definire i rapporti di vendita con i soci cedenti. Essi sono tuttavia altrettanto interessati a definire i rapporti di governance futura dell'impresa in crisi con i soci rimanenti. E alcune operazioni di turnaround possono compiersi solo a seguito della stipulazione di accordi tra soci cedenti, rimanenti e nuovi che richiedono trattative con più di due contraenti e così facendo arricchiscono il modello di negoziazione lineare di un semplice contratto.

7. Le banche creditrici.

Il turnaround di un'impresa in crisi può richiedere per la sua realizzazione l'erogazione di nuovi crediti all'impresa (la c.d. messa a disposizione di nuova finanza) ad opera di soggetti diversi dai soci (e sotto forma di capitale di credito e non di rischio come tipicamente avviene negli aumenti di capitale)²². Altre volte è necessario che i creditori esistenti si astengano inoltre per un determinato periodo dal richiedere il rientro dell'esposizione debitoria dell'impresa in crisi e dunque concedano quella che gli operatori normalmente denominano come una moratoria o standstill. Altre volte ancora il turnaround di un'impresa richiede che i creditori rinuncino a parte dei loro crediti nei confronti dell'impresa in crisi e dunque compiano quello che viene normalmente

²²Sul punto v. STANGHELLINI, *La crisi*, cit., p. 321 secondo cui "l'ulteriore prestito è, in sostanza, del tutto razionale quando il rischio e il costo di fornire (perdendola) siano inferiori al beneficio costituito dall'accresciuta probabilità di recuperare anche la vecchia". V. inoltre GALLETTI, *La ripartizione*, cit., 346-347 secondo cui "le scienze aziendalistiche insegnano che è difficile che una ristrutturazione riesca se i creditori non erogano «nuova finanza»".

denominato lo stralcio di parte della vecchia finanza. In tutti questi casi devono allora intervenire le banche. Esse sono portatrici normalmente della maggioranza del credito di cui l'impresa in crisi è debitrice. E senza il loro intervento nessuna delle operazioni ora dette sarebbe possibile, non si riuscirebbero a trovare nuovi partner disposti ad entrare nella compagine sociale, e si aprirebbe pertanto la via del fallimento.

Il ruolo delle banche nei turnaround può essere d'altro canto rilevante anche sotto un altro profilo. Gli aziendalisti hanno infatti da tempo osservato che tutte le volte in cui l'impresa versa in una situazione di crisi dovuta a fattori interni il management è solitamente restio a dichiarare lo stato di performance negativo.²³ La mancata e tempestiva dichiarazione della crisi può rendere tuttavia quest'ultima irreversibile. Le banche sono soggetti normalmente in grado di monitorare l'andamento delle imprese a cui hanno fatto credito; di verificare quando esse versino in situazioni di crisi; e di richiedere e ottenere l'adozione di piani di risanamento²⁴. D'altro canto le banche svolgono anche un monitoring dell'impresa in crisi successivo all'adozione degli accordi di risanamento e che si concretizza nella verifica del rispetto del programma di risanamento dell'impresa e ad un tempo nel rilascio delle diverse autorizzazioni che la convenzione bancaria di volta in volta richiede all'impresa in crisi per il compimento di operazioni che superino una soglia determinata. E le banche sono allora protagoniste nella negoziazione dei diversi contratti necessari per un turnaround e ad un tempo svolgono un compito di controllo in tutta la fase di esecuzione dei contratti. Anche se come vedremo alcune volte le banche possono assumere dei comportamenti non corretti e dare luogo a loro responsabilità.

8. I creditori minori e altri soggetti.

Ogni impresa in crisi ha normalmente crediti nei confronti (non solo delle banche, ma anche) di creditori minori. Tra i creditori minori che potrebbero entrare in un turnaround vi sono i fornitori dell'impresa.

²³ Sulla difficoltà anche per lo stesso azionista della società in alcuni casi di palesare la situazione di crisi v. PAJARDI, *La ristrutturazione del debito*, in *Gestione della crisi aziendale dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, a cura di Danovi, Quagli, Milano, 2008, p. 252; ZANOTTI, *Le banche e le ristrutturazioni delle imprese in crisi*, in *Corporate e investment banking*, a cura di Forestieri, Milano, 2005, p. 420.

²⁴ V. sul punto ZANOTTI, *Le banche*, cit., p. 420.

I creditori minori sono meno incentivati a partecipare ad un turnaround e ad un tempo se numerosi rendono di fatto impossibile l'operazione. Anzitutto i fornitori non possiedono a differenza delle banche gli strumenti per la copertura del rischio e dunque sono disincentivati a partecipare agli accordi di risanamento²⁵. Inoltre le negoziazioni per un'operazione di turnaround sono molto complesse, richiedono l'intervento quantomeno di numerosi legal advisor, e comportano così costi non piccoli a volte maggiori rispetto al credito vantato. Infine il negoziato per un'operazione di turnaround richiede solitamente per il suo successo una capacità di coordinamento dei creditori non solo con l'impresa in crisi ma anche al loro interno: e questo coordinamento è possibile quando i maggiori creditori di un'impresa sono le banche vista la loro centenaria tradizione di collegamento e di reciproco coordinamento; ma risulta arduo se non impraticabile con i fornitori vista la loro non organizzazione al coordinamento e i loro diversi interessi particolari non necessariamente convergenti tra loro²⁶.

Esistono poi altri soggetti ‘terzi’ che possono intervenire a diverso titolo nella negoziazione dell'accordo di risanamento. Tra questi un ruolo non piccolo assumono specie nelle imprese in crisi di medio grandi dimensioni i lavoratori e le organizzazioni sindacali. I piani di risanamento possono infatti prevedere come primo rimedio una riduzione del personale; una cessione a terzi di rami d'azienda e dei dipendenti di questa; etc.. Qui chiaramente la negoziazione con questi soggetti può risultare cruciale per un turnaround di impresa. E da tempo gli aziendalisti hanno d'altro canto più volte rilevato come non siano stati “pochi, nella storia

²⁵ Sul punto v. STANGHELLINI, *La crisi*, cit., p. 303. Sul ruolo che i fornitori possono avere nei risanamenti di impresa v. PAJARDI, *La ristrutturazione del debito*, in *Gestione della crisi aziendale dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, cit., p. 252 ove si osserva che i fornitori possono entrare in operazioni di risanamento solo nell'ipotesi in cui la loro aspettativa non sia limitata al mero recupero del credito ma anche a proseguire un rapporto di fornitura con l'impresa in crisi”.

²⁶ GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 208 secondo cui l'esperienza americana da tempo detta ai workout agreement ha dimostrato che i creditori bancari “sono i meglio disposti a riconoscere i vantaggi potenziali delle soluzioni privatistiche delle crisi, mentre i fornitori sono non di rado pure alle origini di tali difficoltà. Deriva da ciò che il successo del Piano proposto dipende parecchio dalla struttura del passivo: le maggiori probabilità di successo si hanno in presenza di poche categorie di debiti e di un indebitamento molto concentrato; mentre la diversificazione ed il frazionamento del passivo indeboliscono tali probabilità”.

di diversi Paesi, i casi di declino aziendale trasformatisi in crisi per l'irriducibile, prolungata opposizione sindacale ai rimedi proposti”²⁷.

9. Gli advisor.

In ogni operazione di ristrutturazione rivestono un ruolo principale i soggetti che esercitano le due attività di financial e rispettivamente legal advising²⁸.

A. Nelle operazioni di turnaround la consulenza economica tipicamente richiesta al financial advisor dell’impresa in crisi si sostanzia nello studio e predisposizione di un piano di risanamento dell’impresa in crisi. In alcune ipotesi già si è detto che questo piano può prevedere la vendita di alcune partecipazioni sociali ad un nuovo socio disposto ad entrare nel progetto di rilancio dell’impresa. In questi casi allora la consulenza del financial advisor si caratterizza ulteriormente e assume connotati tipicamente simili a quella richiesta nelle operazioni di acquisizione²⁹. D’altro canto anche il nuovo socio è assistito da un financial advisor e la attività di quest’ultimo rientra tipicamente in quella ora da ultimo descritta.

Il financial advising può essere esercitato da soggetti organizzati secondo il modello e lo statuto generale dell’impresa, o secondo quelli particolari propri delle banche e delle imprese di investimento, o infine secondo quello proprio del “lavoro autonomo” e così secondo “le disposizioni generali” dettate per i suoi contratti dagli artt. 2222- 2228 c.c.. L’ipotesi di financial advising del lavoratore autonomo, appartenente o meno a categorie di professionisti protetti, è tuttavia sostanzialmente teorica. Anche l’ipotesi di financial advising stipulato con imprese soggette soltanto allo statuto generale della attività imprenditoriale non ricorre molte volte. A ben vedere le attività di consulenza economica in operazioni di ristrutturazioni sono svolte principalmente dalle banche

²⁷ Sul punto v. GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 183.

²⁸ Sul punto v. GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 161, secondo cui la professionalità e autorevolezza delle “merchants banks ed alcuni studi professionali” svolge un ruolo fondamentale nell’accettazione del piano per il turnaround.

²⁹ Sul punto sia consentito rinviare a T.M. UBERTAZZI, *Il contratto di «financial advising» nelle acquisizioni di imprese*, in *I contratti per l’impresa. II. Banca, mercati e società*, a cura di Gitti, Maugeri, Notari, Mulino, Bologna, 2012, p. 453, ove si rimanda per le indicazioni dei diversi autori che hanno trattato questo tema.

e dalle imprese di investimento, che secondo la disciplina del mercato finanziario sono legittime a prestare i servizi accessori qui considerati; alcuni segmenti dell'attività di financial advising sono inoltre presidiati da imprese di consulenza strategica; più raramente la consulenza qui considerata è svolta da alcuni professionisti c.d. d'affari.

In ogni caso la quota maggiore del mercato dei servizi di financial advising è notoriamente occupata da banche specializzate, che vengono solitamente chiamate per merchant bank³⁰. E la loro posizione preminente è subito spiegata storicamente dal fatto che le banche sono state le prime a svolgere le attività di consulenza qui considerate; dalla capacità della banca di offrire servizi finanziari complementari a quelli della consulenza, e che sono tipicamente utili se non necessari ad ogni operazione di acquisizione; dall'ampiezza della clientela bancaria e della correlativa rete di raccolta di informazioni utili al monitoring del mercato ed allo screening dei possibili soggetti intenzionati ad intervenire nel procedimento di risanamento; e dall'abitudine centenaria delle banche a lavorare in network con altre aziende di credito, e dunque dal loro essere attrezzate a svolgere attività anche di coordinamento.

B. L'attività di consulenza legale stragiudiziale, che d'ora in avanti sarà per brevità indicata semplicemente come consulenza legale, non sembra richiedere qui particolari descrizioni. Questa attività non è riservata agli avvocati, anche se è svolta principalmente da loro³¹.

³⁰ Sulle merchants bank in generale (note anche in Italia come banche d'affari, in Francia come banques d'affaires e negli Stati Uniti come investment bank) v. tra i molti ANTONUCCI, *Le «banques d'affaires»: ricostruzione di un'esperienza*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 133 ss.; CAPRIGLIONE, MEZZACAPO, *Evoluzione nel sistema finanziario e attività di «merchant banking»*, Roma, 1985, p. 7 ss.; CLARICH, *Le grandi banche nei paesi maggiormente industrializzati*, Bologna, 1985, p. 38 ss.; LABANCA, *Le merchant banks nella disciplina di vigilanza*, in *Banca, impresa. soc.*, 1987, p. 361 ss.; SCOTTI CAMUZZI, *Merchant banking e terzo mercato*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 118 ss.; ANTONUCCI, *Merchant banking*, Cacucci Editore, Bari, 1989, 38 ss.; ALAGNA, *Merchant banking*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 235 ss.; SPINELLI, GENTILE, *Diritto bancario*², Padova, 1991, p. 45 ss.; DE CECCO, *Le banche d'affari in Italia*, Bologna, 1996, p. 7 ss.; G.L. GRECO, *Le società di merchant banking*, in *Le società finanziarie*, a cura di Santoro, 2000, p. 501 ss.; LANOTTE, *Il rapporto banca-impresa: alcune riflessioni sull'attività di merchant banking e di venture capital*, in *Banc.*, 2000, 10, p. 62 ss.; LAMBERTINI, *Merchant banking*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Finanziamento alle imprese*, a cura di Liace, Razzante, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2005, p. 309 ss.; e COLONNA, *Le banche d'affari ed i finanziatori*, in *I contratti di acquisizione di società e di aziende*, Milano, 2007, p. 43 ss.

³¹ La tesi qui espressa, che considera la consulenza legale un'attività non riservata, è in linea con la dottrina dominante: v. *ex multis* CARNELUTTI, voce *Avvocato e procuratore*,

Nelle operazioni di risanamento ogni soggetto che interviene nelle negoziazioni e conclusione degli accordi è assistito da un suo personale legal advisor. I modelli organizzativi che possono ricorrere sono il professionista solitario, che esercita da solo la propria attività, eventualmente con l'ausilio di personale di segreteria o di altri collaboratori "consentiti" dall'art. 2232 c.c.; il professionista la cui professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa (così l'art. 2238 c.c.) ancora individuale; un'associazione professionale prevista dalla leg-

in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 644, secondo cui "mentre il dar consigli giuridici è attività libera, consentita a chiunque, il prestare la difesa in giudizio, al contrario, è un'attività vincolata all'esistenza di determinati requisiti e assoggettata a una vigilanza ufficiale secondo la legge 22 gennaio 1934 n. 36"; LANZA, UBERTI-BONA, SCOTTI CAMUZZI, *L'esercizio «impersonale delle professioni intellettuali» (con particolare riguardo all'avvocatura)*, in Aa. Vv., *Le società di professionisti*, Milano, 1973, p. 43; LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, p. 129; VARANO, voce *Assistenza e consulenza legale*, in *Dig. disc. priv.*, I, 1987, p. 482; Id, *Verso la globalizzazione della professione di avvocato. Tendenze e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 136; IBBA, *La società fra avvocati: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 365 ss.; SCHIANO DI PEPE, *L'oggetto sociale nelle società tra professionisti*, in *La società tra avvocati*, a cura di De Angelis, 2003, p. 126; e LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali. Le società professionali tra codice civile e leggi speciali*, Milano, 2004, p. 47 ss. Analogamente considera la consulenza legale un'attività non riservata anche la giurisprudenza dominante: così v. ad esempio tra le molte sentenze Cass., 8 agosto 1997, n. 7359, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Professioni intellettuali*, 90; Cass., 12 luglio 2004, n. 12874, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Avvocato*, 97; e Cass., 30 maggio 2006, n. 12840, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Professioni intellettuali*, 174. In senso contrario v. però Cass., 18 aprile 2007, n. 9237, in *Foro it.*, 2007, I, 2400 secondo cui "le attività di assistenza e consulenza in materia legale e tributaria rientrano tra le prestazioni professionali protette che possono essere svolte soltanto da professionisti iscritti nei relativi albi professionali". Per un commento critico a quest'ultima sentenza sia consentito rinviare a T.M. UBERTAZZI, *La consulenza legale è davvero riservata?*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 2401.

Questa tesi non mi sembra sia da escludere a seguito dell'introduzione della legge 31 dicembre 2012, n. 247 sulla "nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense". Quest'ultima in particolare all'art. 2 co. 6 stabilisce che "fuori dei casi in cui ricorrono competenze espressamente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate, l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati". Nelle operazioni di risanamento la consulenza legale non ha tuttavia carattere di attività connessa ad attività giurisdizionale. E pertanto in questo settore del diritto la consulenza legale non può definirsi come riservata e può essere esercitata liberamente anche da soggetti non iscritti in un apposito albo.

ge 1815/1939; e una delle diverse figure di società costituite da avvocati per l'esercizio della consulenza legale³².

Nelle operazioni di risanamento delle imprese in crisi qui studiate il modulo organizzativo del professionista solitario è probabilmente teorico. Lo schema del professionista solitario, che esercita da solo la propria attività, eventualmente con l'ausilio di personale di segreteria o di altri collaboratori "consentiti" dall'art. 2232 c.c. svolge già ed è di fatto destinato ad occupare un ruolo progressivamente decrescente. Entrambi possono essere utilizzati per interventi particolari di elevatissima specializzazione. Possono essere teoricamente usati anche da studi professionali di dimensioni non piccole. Ma nelle ipotesi qui considerate i protagonisti di un'operazione di risanamento tendono sempre più ad affidarsi ad organizzazioni complesse che abbiano al proprio interno tutte le professionalità diverse necessarie per la consulenza del caso, e così a strutture la cui attività deve essere qualificata come impresa. E di conseguenza nelle operazioni per un turnaround i modelli organizzativi principali del legal advisor sono l'associazione professionale prevista dalla legge 1815/1939, e le diverse figure di società costituite da avvocati per l'esercizio della consulenza legale³³.

10. L'esperto.

Nell'ipotesi in cui le parti decidano di stipulare un accordo di risanamento ex art. 67 co. 3 lett. d) l. fall si richiede che il piano di risanamento sia attestato da un esperto e dunque da "un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b)" e come tale rientri tra gli "a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; b) studi professionali associati o società tra professioni-

³² Sui diversi modelli organizzativi dei legal advisor e sulla qualificazione giuridica dei relativi contratti in termini di contratto d'opera intellettuale o appalto sia consentito rinviare a T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento*, cit., p. 102 ss.

³³ Sull'evoluzione dell'attività dell'avvocato v. a livello generale PRETO, *Le libere professioni in Europa. Regole di concorrenza per il mercato globale*, Milano, 2001, p. 1 ss.; BERLINGUER, *Professione forense impresa e concorrenza. Tendenze ed itinerari nella circolazione di un modello*, Milano, 2003, p. 1 ss.; BERGAMINI, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione Europea*, Napoli, 2005, p. 1 ss.; e FERRARO, *L'avvocato comunitario. Contributo allo studio delle libertà di circolazione e di concorrenza dei professionisti*, Napoli, 2005, p. 1 ss.

sti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). Inoltre l'esperto deve essere indipendente e “in ogni caso possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399” c.c. (così sempre l'art. 67 co. 3 lett. d) l. fall) secondo cui non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio: a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382; b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza”³⁴.

L'esperto può dunque essere sia un professionista persona fisica avvocato, dottore commercialista o ragioniere. L'esperto può poi essere anche un'associazione o società di professionisti: anche se qui (i) l'art. 28 l.f. lett. b prima parte stabilisce che “i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a)” e dunque i medesimi requisiti soggettivi dei professionisti persone fisiche; (ii) l'art. 28 l.f. lett. b) seconda parte stabilisce inoltre che “in tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura”; ed infine (iii) la normativa particolare delle società tra professionisti richie-

³⁴ Su altri requisiti soggettivi dell'esperto v. NARDECCHIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi di impresa (commento alle lettere d, e, g del co. 3 dell'art. 67)*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, pp. 233-252. Controversa è la possibilità per il financial advisor che assiste l'imprenditore nella predisposizione del piano di risanamento di attestarlo ex art. 67 co. 3 lett. d) l. fall.: sul punto v. in giurisprudenza su questioni analoghe sollevate in materia di concordato preventivo Cass., 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fall.*, 2010, 822, secondo cui la “relazione attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano proposto con la domanda di ammissione alla procedura può essere redatta anche da un professionista che abbia già prestato la sua attività professionale in favore del debitore (e che, affermando se ne creditore, abbia proposto istanza di ammissione al passivo del conseguente fallimento), non sussistendo incompatibilità”. Sul punto v. però le *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi. Prima edizione* -2010, a cura di CNDCEC, Università degli Studi di Firenze e Assonime, rinvenibile in www.assonime.it, 14 secondo cui “una distinzione soggettiva tra consulente e attestatore [...] deve non solo essere vista con grande favore, ma è desumibile dalla natura stessa del ruolo di verifica su un documento (il piano), verifica che non può non essere compiuta da persona diversa dal suo estensore”.

de sempre che l'esecuzione della prestazione sia comunque svolta da un professionista intellettuale iscritto negli appositi albi³⁵.

In questo quadro l'esecuzione della prestazione viene allora svolta comunque da una o più persone fisiche che siano avvocato, dottore commercialista o ragioniere. Anche se il modulo organizzativo adoperato dall'esperto ha un rilievo particolare sulla qualificazione degli atti e dei contratti e sulle relative obbligazioni. E resta da dire che la scelta dell'esperto è una delle chiavi del successo di un'operazione di turnaround: perché tanto più l'esperto è qualificato e riconosciuto nel mercato tanto più incentiverà i creditori a partecipare al risanamento dell'impresa.

11. Le tappe di un'operazione di corporate restructuring e i soggetti che le percorrono.

I giuristi che si sono occupati delle operazioni di turnaround da crisi hanno sottolineato come queste possono essere tra loro molto eterogenee e dare luogo a schemi negoziali enormemente differenziati. Gli economisti hanno invece evidenziato come sia possibile tracciare un percorso ideale di turnaround e più precisamente uno schema logico di successione degli eventi che portano al recupero dell'impresa³⁶. Ora sicuramente la pratica degli affari conosce schemi di contratti che possono via via variare a seconda delle dimensioni dell'impresa in crisi, del numero dei suoi creditori ed in generale del numero dei soggetti coinvolti nella ristrutturazione. Le operazioni di turnaround necessitano tuttavia di una pluralità di contratti. Questi contratti (quale che sia lo schema adoperato plurilaterale o bilaterale-soggettivamente complesso) vengono disposti normalmente dagli operatori secondo un ordine il più razionale ed utile possibile per raggiungere economicamente l'obiettivo del risanamento di un'impresa³⁷. Le operazioni di turnaround conoscono

³⁵ Sul punto sia consentito rimandare a T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento*, cit., p. 102 ss., ove si rimanda per le indicazioni bibliografiche sulle società tra professionisti.

³⁶ GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 157, secondo cui questa tesi è ormai largamente condita dalla dottrina sì che "i vari autori distinguono spesso alcune fasi, o momenti, o stadi".

³⁷ La dottrina ha principalmente posto attenzione alla struttura degli accordi di risanamento o di ristrutturazione qualificandoli come bilaterali a parte soggettivamente complessa o plurilaterali: v. recentemente APPIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, p. 89 ss.; MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare. Contributo allo studio del tipo*, Milano, 2012, p. 169 ss.

da tempo la sequenza ottimale da imporre ai diversi contratti necessari per il rilancio di un'impresa: ciò che ha portato ad evidenziare come qualsivoglia operazione di ristrutturazione segue un percorso composto di momenti, fasi o stadi ormai tipico. Ed in questo quadro si sta assistendo anche a livello contrattuale ad una standardizzazione dei procedimenti e contratti: ciò che mi porta a ritenere allora maggiormente calzante la tesi su espressa degli economisti.

In questo studio intendo analizzare uno schema tipico di procedimento di risanamento che comprende quantomeno le seguenti tappe:

(i) vi è anzitutto una fase iniziale di consultazioni e di decisioni interne all'impresa in crisi, relative all'opportunità di avviare un'operazione di turnaround ed alla scelta del possibile advisor³⁸.

(ii) A questo punto l'impresa in crisi chiede, negozia, ed ottiene l'intervento di uno o più advisor³⁹.

(iii) Il primo atto necessario che l'advisor deve compiere è quello concludere con le banche creditrici un accordo di standstill e dunque una moratoria dei crediti in scadenza in grado di dare all'impresa il tempo necessario per predisporre un piano di turnaround e consentirle d'altro canto la continuità aziendale. Per negoziare questo accordo (e poi a fortiori per tutto il procedimento di turnaround) le banche necessariamente richiedono di essere assistite da un loro legal advisor. Ora questo advisor viene sostanzialmente e informalmente scelto dalle banche ma formalmente incaricato dall'impresa in crisi che se ne dovrà sopportare anche i costi. E questo modus procedendi è imposto informalmente dalle banche all'impresa in crisi come condicio sine qua non per loro partecipazioni alla negoziazione⁴⁰.

(iv) Ottenuto l'accordo di standstill l'advisor avvia una fase di studio interna dell'impresa in crisi, valuta le risorse economiche di quest'ultima, individua le disponibilità finanziarie necessarie per espletare un

³⁸ Sul punto v. GUAFRI, *Turnaround*, cit., p. 159.

³⁹ Sul punto v. ZANOTTI, *Le banche*, p. 425, secondo cui "l'accettazione del mandato da parte di un advisor forte viene percepita dal gruppo delle banche creditrici, e all'interno di esse soprattutto dalle banche di minore esposizione non coinvolte direttamente nei primi contatti con l'impresa, come un segnale di fiducia nei confronti della possibilità di soluzione positiva della crisi". V. inoltre quanto osservava BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi di imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 497, secondo cui "l'advisor deve impegnare il proprio prestigio per convincere il sistema bancario che la soluzione prospettata è più conveniente rispetto a procedure concorsuali".

⁴⁰ Analogamente si può procedere anche per la scelta del *financial advisor*: v. ZANOTTI, *Le banche*, cit., p. 426.

turnaround, e predispone il piano temporaneo di rilancio dell'impresa⁴¹. Il piano ora detto normalmente viene a livello informale sottoposto al vaglio delle banche creditrici, che ne possono richiedere alcune modifiche sostanziali. Questo piano in determinati casi può essere inviato anche ad un esperto affinché ne attesti a livello generale per fini 'interni' la fattibilità. Anche la relazione dell'esperto sul piano viene sottoposta al vaglio delle banche che possono chiedere (e normalmente lo fanno) chiarimenti ulteriori da inserire nella stessa relazione. E la relazione dell'esperto informalmente attesta a livello generale la fattibilità del piano di risanamento legittimando ulteriormente la validità di quest'ultimo e dunque l'utilità della prosecuzione delle trattative⁴².

(v) Il piano di rilancio predisposto nell'operazione nell'ipotesi tipica qui considerata può prevedere una ricapitalizzazione per far fronte alle esigenze finanziarie dell'impresa. In questi casi è possibile che soltanto alcuni soci dell'impresa siano disponibili a sottoscrivere un aumento di capitale, mentre per evitare l'avvio di procedure concorsuali altri soci siano disponibili a vendere le loro azioni ad un futuro acquirente disposto a partecipare al progetto di turnaround. In simili circostanze l'advisor deve individuare e selezionare alcuni potenziali partner da invitare al processo di ristrutturazione. Anche a prescindere e prima dei singoli incarichi gli advisor specializzati in operazioni di ristrutturazioni svolgono sistematicamente un'attività di monitoring del mercato⁴³. In questa attività istituzionale l'advisor può sollecitare o ricevere spontaneamente profili (nominativi o blind) di imprese che si dichiarano disponibili a venire acquisite⁴⁴. E normalmente l'advisor è solito in operazioni di restructuring rivolgersi o essere contattato da fondi di private equity specializzati in operazioni di turnaround.

⁴¹ Sul piano di turnaround v. GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 162, secondo cui questo piano "è il punto di arrivo di un complesso lavoro"; e v. inoltre le *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, cit., p. 19 ss.

⁴² Sul punto v. quanto osservato al paragrafo 15.

⁴³ Con il termine monitoring si intende solitamente in questa sede qualsiasi forma di raccolta di informazioni riguardanti l'impresa, le sue prospettive di investimento e la sua linea di comportamento.

⁴⁴ I blind profile contengono informazioni sommarie relative all'impresa target, quali ad esempio il range del fatturato, la sede degli stabilimenti, la descrizione dell'attività, i principali clienti, il numero di dipendenti, la posizione finanziaria, gli obiettivi di crescita etc. Per un esempio di blind profile CAPIZZI, *Gli intermediari finanziari e i servizi a supporto delle acquisizioni aziendali*, in *Corporate e investment banking*, a cura di Forestieri, Milano, 2005, p. 376 ss.

(vi) L'advisor prende poi contatto con i possibili partner acquirenti, ne sonda la disponibilità ad avviare i negoziati, ed organizza l'inizio di quelli relativi alle 'intese iniziali' necessarie ad avviare le ulteriori trattative⁴⁵.

(vii) L'advisor individua il partner acquirente ottimale per la ristrutturazione dell'impresa conclude con questo le intese iniziali ora dette, che riguardano in particolare gli accordi relativi alla sede del negoziato, alla durata ed al recesso delle trattative, all'esclusività di queste ultime, alla legge da applicare durante la negoziazione, alla riservatezza, alla due diligence, alle spese del negoziato, alle obbligazioni di standstill, al foro competente, etc.⁴⁶. Nell'individuazione del partner ottimale l'advisor opera chiaramente di concerto con l'impresa in crisi. L'advisor in questa scelta tuttavia si fa assistere a livello informale anche dalle banche perché il loro gradimento è indispensabile ai fini della condivisione da parte loro dell'operazione. E questo intervento informale delle banche alcune volte può spingersi al punto di un loro autonomo suggerimento o imposizione del partner strategico all'impresa in crisi e al suo advisor⁴⁷.

(viii) A seguito di queste prime intese il partner comincia via via un negoziato in ordine alla definizione di un'offerta di ristrutturazione finanziaria. Questa offerta di ristrutturazione tipicamente prevede nei confronti dell'impresa in crisi la disponibilità a partecipare ad un aumento di capitale reale; nei confronti dei soci cedenti una proposta di acquisto delle loro partecipazioni o azioni ad un prezzo simbolico; e nei confronti dei soci rimanenti la richiesta di un nuovo patto di governance con il quale ridefinire tra l'altro la composizione del consiglio di amministrazione della società in crisi. Questa offerta di ristrutturazione viene poi rivolta informalmente anche alle banche e questo perché senza il placet di queste non si arriverebbe alla conclusione della convenzione bancaria necessaria per il turnaround. E tutto ciò dimostra come la negoziazione di questa offerta avviene a più livelli: e precisamente un primo livello formale avviene tra impresa in crisi soci cedenti e rimanenti; e un secondo livello informale con il sistema bancario che può richiedere (e

⁴⁵ Su questi primi contatti, sulla qualificazione giuridica dei relativi atti e sulla loro collocazione nell'ambito dell'art. 1337 c.c. sia consentito rinviare a T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento*, cit., p. 170 ss.

⁴⁶ Sui diversi accordi che compongono questa fase sia consentito rinviare a T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento*, cit., *passim* e in particolare il capitolo 3 ove si rimanda per i riferimenti bibliografici.

⁴⁷ Sul punto v. GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 180.

normalmente lo fa) alcune modifiche alla proposta originaria del socio nuovo.

(ix) A partire dal momento in cui pare chiaro che l'offerta di ristrutturazione e il negoziato su questa stiano per andare a buon fine, comincia in parallelo il negoziato tra impresa in crisi e banche per addivenire alla conclusione di una convenzione bancaria⁴⁸. Questa convenzione può prevedere che le banche concedano nuova finanza all'impresa in crisi; rilascino una moratoria di pagamento sui crediti esistenti; emettano nuove linee di credito o finanza ponte; effettuino uno stralcio sul credito pregresso etc.⁴⁹. E la negoziazione di questa convenzione è spesso preceduta a livello interno delle banche dalla conclusione di una convenzione interbancaria con la quale queste centrano i loro rispettivi rapporti e si coordinano nella negoziazione per la futura ed eventuale conclusione della convenzione bancaria con l'impresa in crisi.

(x) Quando oramai i negoziati per l'accordo di ristrutturazione e la convenzione bancaria sono arrivati al termine interviene nuovamente il financial advisor dell'impresa in crisi che necessariamente rimodifica il piano di turnaround inizialmente predisposto tenendo in considerazione l'impatto economico di questi atti.

(xi) A questo punto l'advisor sottopone il piano di turnaround all'esperto al fine della sua attestazione di ragionevolezza del piano ex art. 67, co. 3, lett. d) l. fall⁵⁰.

⁴⁸ Sui diversi obiettivi cui la negoziazione con le banche può condurre v. ZANOTTI, *Le banche*, cit., 440 secondo cui questa può arrivare (i) ad una posticipazione delle scadenze ed una definizione di un piano di rimborso di una durata compresa tra i 3 e gli 8 anni; (ii) alla rinuncia di parte degli interessi maturati; (iii) alla rinuncia di parte dei crediti; (iv) alla postergazione di alcuni crediti rispetto ad altri; (v) ad una datio in solutum; (vi) alla conversione di alcuni crediti in capitale; (vii) all'offerta di scambio di nuove obbligazioni con vecchie; e (viii) all'emissione a favore dei creditori di warrants e/o obbligazioni convertibili. In particolare sulla possibilità di emettere obbligazioni convertibili questa autrice evidenzia come "dal punto di vista dell'emittente, le obbligazioni convertibili sono un modo per ridurre il costo del finanziamento. [...] Dal punto di vista dell'acquirente le obbligazioni convertibili offrono, rispetto alle obbligazioni ordinarie, la possibilità di partecipare agli upside benefits della ristrutturazione".

⁴⁹ Sul punto v. GUATRI, *Turnaround*, cit., p. 217. V. inoltre ZANOTTI, *Le banche*, cit., 435 secondo cui la concessione di nuova finanza avviene solo quando "il beneficio netto della ristrutturazione è superiore al trasferimento di ricchezza a favore dei vecchi creditori".

⁵⁰ Qui "l'oggetto della relazione dell'esperto [...] è quello di un giudizio di carattere prognostico *ex ante*, con riferimento al momento in cui il piano è stato predisposto, sugli elementi previsionali del piano progettato dinamicamente nel futuro nella prospettiva di

(xii) In caso di esito positivo della verifica dell'esperto soci cedenti, nuovi e rimanenti concludono l'accordo di ristrutturazione sottoponendolo alla condizione che le banche concludano la convenzione bancaria con l'impresa in crisi.

(xiii) A questo punto banche e impresa in crisi sottoscrivono la convenzione bancaria⁵¹. Questa convenzione normalmente viene conclusa contestualmente o immediatamente dopo l'attestazione dell'esperto e la sottoscrizione dell'offerta di ristrutturazione. E tanto l'attestazione dell'esperto quanto l'accordo di ristrutturazione vengono richiamati integralmente dalla convenzione bancaria diventandone degli allegati⁵².

L'elencazione delle diverse tappe dell'operazione di turnaround qui descritta ha volutamente cercato di distinguerle il più possibile in modo atomistico, e lo ha fatto specialmente per offrire una descrizione ordinata delle linee principali di un'operazione. E' tuttavia possibile che le tappe qui proposte vengano rinnovate ulteriormente anche durante l'esecuzione del turnaround: cosa che tipicamente avviene quando l'impresa non riesca immediatamente a far fronte agli impegni con le banche. Altre volte l'impresa in crisi può sentire l'esigenza di compiere durante l'esecuzione della convenzione operazioni straordinarie che potrebbero rimodificare il piano di risanamento. E in questi casi le banche richiedono un nuovo piano, una nuova attestazione di un esperto e un nuovo procedimento che mutatis mutandis ripropone e segue lo schema di quello iniziale⁵³.

recupero della crisi di impresa; si tratterà di un giudizio di probabilità nell'ambito della razionalità economica dei presupposti e degli scenari disegnati" (così MUNARI, *Crisi*, cit., p. 151). Sul punto v. COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di Di Marzio, Macario, Milano, 2010, p. 217 ss.

⁵¹ Contestualmente alla sottoscrizione della convenzione bancaria le banche nel loro lato interno concludono una convenzione interbancaria: con la quale solitamente incaricano una banca agente ad intrattenere come mandatario i rapporti con l'impresa in crisi durante l'esecuzione del contratto.

⁵² Sin qui uno schema di procedimento di risanamento tipico. Nei risanamenti di impresa sono tuttavia immaginabili e frequenti ipotesi ulteriori via via più complesse. Così è possibile che venga creato un nuovo soggetto distinto rispetto all'impresa in crisi: sul punto v. ad esempio BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, p. 13 nt. 23.

⁵³ Sul punto v. la raccomandazione n. 19 delle *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi. Prima edizione*, cit., p. 34, secondo cui "il nuovo piano non potrà essere formulato sulla base dei dati e delle previsioni poste alla base del piano originario, ma dovrà tenere conto dei (e partire dai) dati esistenti al momento della redazione del

12. L'operazione di risanamento e il suo carattere di procedimento privato.

Al paragrafo precedente si sono viste le diverse tappe di un'operazione di risanamento.

La civilistica italiana sino ad oggi non mi sembra abbia considerato l'intero procedimento ora descritto di turnaround. Essa ha invece preferito percorrere due diverse linee d'indagine. Alcuni autori hanno preferito studiare gli accordi di risanamento delle imprese in crisi in generale senza specificare a quale dei diversi accordi necessari per un'operazione di turnaround le loro riflessioni dovessero applicarsi e questo per l'eterogeneità della prassi in questo settore del diritto privato, la complessità dei diversi schemi contrattuali adoperati, e la difficoltà di ricondurli ad un *unicum*⁵⁴. Altri autori si sono invece limitati ad analizzare soltanto alcuni degli atti di un'operazione di risanamento e in particolare la convenzione bancaria tralasciando i diversi contratti precedenti a quest'ultima che ne costituiscono un presupposto indefettibile⁵⁵.

Ora quanto al primo modo di procedere esso si rivela suggestivo in parte qua vuole evidenziare che un'operazione di risanamento normalmente è composta da diversi accordi. Non mi sembra invece convincente nell'ipotesi in cui questa opinione si limiti ad affermare l'eterogeneità dei contratti, eviti di analizzarli in modo specifico, ed adotti così soluzioni generali. Anzitutto perché come abbiamo visto un'operazione di turnaround necessita di diversi accordi, questi persegono funzioni distinte, sono stipulati da soggetti diversi e uno studio che voglia proporre soluzioni di carattere generale non chiarisce a quale dei diversi accordi fa riferimento. Inoltre la prassi dei risanamenti di impresa sta via via adottando un modello tipico di procedimento. Il procedimento ora detto è strutturato mediante dei contratti che presentano il medesimo schema e sono proposti e stipulati mediante un ordine cronologico concordante da operazione a operazione. La spiegazione di ciò è in parte agevole ove si consideri che (i) le operazioni di turnaround devono seguire un

nuovo piano. Anche se nulla vieta che il nuovo piano incorpori (direttamente o per rinvio) dati ed elementi tratti dal precedente piano, esso è, a tutti gli effetti "nuovo", e deve perciò essere attestato *ex novo* per avere gli attesi esiti protettivi".

⁵⁴ V. ad esempio ex multis BOGGIO, *Gli accordi*, cit., p. 101 s.s..

⁵⁵ V. sulle convenzioni bancarie già prima della riforma ad esempio ex mutis SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Il fallimento*, 1997, p. 894.

medesimo percorso economico ideale al fine del risanamento e rilancio dell'impresa ciò che implica l'adozione di modelli contrattuali che rendano possibile il progetto; (ii) i legal advisor che seguono le operazioni ora dette sono solitamente gli stessi come vedremo nei prossimi paragrafi e sono inclini a non discostarsi da modelli e iter già adottati⁵⁶. E conseguentemente anche in questo settore del diritto privato si sta assistendo ad una standardizzazione dei modelli che permette un'indagine applicabile alla gran parte dei turnaround⁵⁷.

Quanto al secondo modo di procedere invece si ricorderà che al paragrafo 11 si è tentato di elencare in modo ordinato le fasi di una delle operazioni tipiche di turnaround dell'impresa in crisi. Questa elencazione sembra particolarmente utile anzitutto perché mette in risalto l'intera operazione di risanamento di un'impresa e di tutti gli innumerevoli accordi necessari. Inoltre perché dimostra che in questo settore del diritto siamo in presenza di un procedimento privato e dunque (non di un unico contratto, ma) di una serie di atti via via predisposti⁵⁸. Questi atti del procedimento di risanamento assumono valore solo se si pone attenzione al contesto nel quale sono inseriti⁵⁹. Ciò vale per la convenzione bancaria che normalmente è l'ultimo atto di un procedimento di risanamento e dunque è il risultato finale di quest'ultimo. Ma questo discorso vale inoltre anche per gli atti intermedi del procedimento privato. E tanto deve anche in questo settore del diritto privato portare l'interprete ad

⁵⁶ Questi legal advisor poi sono filiali di studi anglossassoni e seguono modelli e prassi in questi paesi ormai da tempo consolidati. Sull'affermazione degli studi legali americani in Europa v. in generale DEZALAY, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, a cura di Raiteri, Milano, 1997, p. 104 ss. A livello generale sulle "transnational law firms" v. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trasnazionale*, Bologna, 2000, p. 108, secondo cui grazie a queste ultime le "grandi imprese possono funzionare come attori giuridici globali".

⁵⁷ L'analisi dei diversi accordi per il risanamento sarà da me condotta in altro studio che non può essere inserito in questa sede per ragioni di spazio.

⁵⁸ Sul procedimento privato, i suoi rapporti con la fattispecie contrattuale e i parallelismi possibili con il processo civile e procedimento amministrativo v. T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento*, cit., p. 241 ss. cui si rimanda per le indicazioni bibliografiche.

⁵⁹ D'altro canto con riferimento (non agli accordi di risanamento, ma) agli accordi di ristrutturazione dei debiti v. quanto ha osservato GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit., p. 287 secondo cui "il legislatore opera mediante una disciplina, non più per singoli contratti, ma per attività, per operazioni economiche e, quindi abbandona lo schema del singolo atto per inserire il contratto all'interno di un'operazione economica".

utilizzare un metodo non atomistico ma procedimentale di tutti gli atti necessari per il risanamento e dunque adottare “una concezione «totale» del procedimento”, comprendente “l’intero ciclo dell’attività giuridica, dalla fase formativa a quella esecutiva”⁶⁰.

13. Le banche e i diversi comportamenti abusivi che ne generano le responsabilità.

Già si è detto che in un’operazione di risanamento ex art. 67 co. 3 lett. d) l.f. un ruolo principale viene svolto dalle banche: perché senza l’aiuto di questi soggetti un’impresa in crisi difficilmente riuscirà a portare a conclusione un’operazione di turnaround; e perché le banche di fatto esercitano un ruolo principale anzitutto nella erogazione del credito come pure nella direzione/esecuzione degli accordi necessari per un turnaround⁶¹. A questo punto occorre valutare l’ultimo aspetto relativo alle responsabilità delle banche. A questo proposito con l’introduzione dell’art. 67 co. 3 lett. d) l.f. e la conseguente esclusione della revocatoria si potrebbe forse essere indotti a ritener che il sistema bancario sia oggi da considerare esente da responsabilità tutte le volte in cui partecipi ad un’operazione sulla base di un piano attestato.

Ma questa tesi non sembra in alcun modo condivisibile.

Anzitutto il nostro legislatore non ha escluso espressamente alcuna responsabilità per le banche che partecipano ad un risanamento sulla base di un piano che rivesta i requisiti richiesti dall’art. 67 co. 3 lett. d) l.f.⁶².

⁶⁰ Così TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, p. 45.

⁶¹ Sul punto v. PISCITIELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in AA. Vv., *Le soluzioni concordate delle crisi di imprese*, Torino, 2007, p. 112, secondo cui “l’elevato ammontare dell’esposizione debitoria nei confronti delle banche a favore di imprese sovente sottocapitalizzate, il massiccio intervento delle stesse nel credito commerciale attraverso la tecnica dell’anticipazione su fatture mostrano come il successo del piano sia necessariamente correlato al coinvolgimento dei creditori bancari [...] d’altro canto, non si può non trascurare che solo il coinvolgimento delle banche consente di regolare l’erogazione di nuova finanza, che è spesso necessaria per il superamento delle difficoltà economiche e il successo dell’operazione”.

⁶² Correttamente NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi*, cit., p. 389 rilevano come “l’unico effetto che la legge connette al piano «attestato» [...] è dato dall’esonero della revocatoria fallimentare degli atti compiuti *in esecuzione* del piano stesso” [corsivi in originale]. V. inoltre quanto sostenuto da BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di*

Inoltre il nostro legislatore non ha introdotto normative come ad esempio quella francese che all'art. L. 650-1 del Code de commerce stabilisce come "lorsqu'une procédure de sauvegarde [...] est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis".

Ed infine perché anche legislazioni come quella francese non possono escludere la responsabilità delle banche per comportamenti abusivi; ed infatti lo stesso articolo su citato del codice di commercio francese stabilisce che in ogni caso queste ultime sono da considerare responsabili in caso di "fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci"⁶³.

In sintesi. Le banche possono rispondere anche nelle ipotesi in cui partecipino ad operazioni di risanamento. La responsabilità delle banche può essere data da una serie di condotte abusive. Queste condotte sono inquadrabili in tre grandi gruppi. Un primo gruppo di comportamenti abusivi si ha in particolare nella fase di negoziazione dei diversi accordi necessari per un turnaround. Un secondo gruppo di comportamenti abusivi si ha invece nella fase della gestione del credito stabilita nella convenzione bancaria. Un terzo gruppo di comportamenti abusivi si ha infine nella gestione dell'attività imprenditoriale dell'impresa in crisi. Quest'ultimo gruppo richiederebbe un'analisi che per ragioni di spazio non può essere effettuata in questa sede, ma che mi propongo di analizzare in altro studio. E questa relazione si concentra allora principalmente sui primi due gruppi di comportamenti abusivi.

14. L'abuso delle banche nella negoziazione.

Al paragrafo precedente si è visto che un primo gruppo di comportamenti abusivi delle banche si ha nella fase di negoziazione⁶⁴. Qui non

composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare, in *Fallimento on line*, 2005, par. 14.

⁶³ Sul punto v. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit., p. 52 ss..

⁶⁴ Per altri profili di responsabilità in sede di negoziazione ad opera di altri soggetti v. CAPOBIANCO, *La patologie degli accordi di ristrutturazione*, rinvenibile in *www.judicium.it*, par., 3.

posso soffermarmi su questi molteplici possibili abusi. Mi limito tuttavia ad analizzare un caso molto frequente nelle negoziazioni per i risanamenti che concerne la scelta del legal advisor. In particolare al paragrafo 11 di questo studio si è detto che prima di partecipare ad un negoziato per un turnaround le banche sono solite richiedere all'impresa in crisi di farsi carico delle spese del loro legale. E più precisamente la prassi vede normalmente le banche richiedere all'impresa in crisi "a livello informale" di indicare una lista di 3-5 grandi studi professionali e scegliere poi tra questi quello indicato dalle banche con la chiara determinazione contrattuale che (i) il legal advisor dovrà svolgere la propria attività di assistenza e consulenza nella redazione dei possibili contratti a favore delle banche; e (ii) dovrà essere pagato esclusivamente dall'impresa in crisi.

Ora questa prassi a mio modo di vedere solleva diverse problematiche ed integra un comportamento contra ius delle banche.

A. Anzitutto determina un illecito del legal advisor: perché un avvocato ex art. 37 codice deontologico "ha l'obbligo di astenersi dal prestare attività professionale quando questa determini un conflitto con gli interessi"⁶⁵; ed è chiaro che nel caso da noi studiato il legal advisor presta un'attività a favore delle banche; in conflitto di interessi con l'impresa in crisi; e dunque idonea ad incidere negativamente sugli interessi di quest'ultima. D'altro canto questa violazione della regola del conflitto di interessi non mi sembra possa essere aggirata con la considerazione che il legale sin da subito dichiara di prestare la sua attività a favore delle

⁶⁵ V. inoltre la "Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo" secondo cui "per esercitare in maniera ineccepibile la professione, l'avvocato deve evitare conflitti di interesse" (così il principio c); e il "Codice deontologico degli avvocati europei" secondo cui "l'avvocato non può occuparsi degli affari di due o di tutti i clienti coinvolti qualora intervenga tra loro un conflitto di interessi o vi sia il rischio di violazione del segreto professionale o di compromissione della propria indipendenza" (così l'art. 3.2.2.).

La violazione della regola sul conflitto di interessi si avrebbe d'altro canto anche nell'ipotesi in cui si intenda applicare una normativa meno rigida come quella prevista dal tuf. per gli intermediari finanziari (e dunque per soggetti radicalmente distinti e che a differenza degli avvocati operano costantemente in situazioni di conflitto): qui infatti l'art. 21 t.u.f. co. 1 bis, lett. a) stabilisce un obbligo per gli intermediari di adottare "ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti". Una simile prassi non consentirebbe di sostenere che comunque il legal advisor abbia adottato ogni strumento idoneo a ridurre la situazione di conflitto. Su questa regola sia consentito rinviare per i riferimenti dottrinali a T.M. UBERTAZZI, *Il contratto*, cit., p. 464 ss.

banche e non dell'impresa in crisi. In primo luogo perché in ogni caso comunque il legal advisor stipula un contratto con quest'ultima percependo un compenso: e la conclusione del contratto fa sorgere comunque obblighi di prestazione accessori e di protezione nei confronti della sua parte contrattuale⁶⁶. In secondo luogo perché le banche percepiscono un compenso dall'impresa in crisi e in questo modo sono comunque tenute ad una prestazione anche a suo favore: una lettura diversa d'altro canto potrebbe esporre la prestazione dell'impresa in crisi a non essere sorretta da una causa giustificativa; determinare così tra l'altro la nullità del contratto per mancanza di un suo elemento essenziale; e legittimare poi in questo caso l'impresa in crisi a richiedere la restituzione dell'indebito. In questo quadro mi sembra allora comunque difficile escludere la sussistenza in capo al legal advisor di obblighi di prestazione e protezione a favore dell'impresa in crisi. E conseguentemente la prassi ora descritta comporta una violazione della regola sul conflitto di interessi del legal advisor e un suo illecito contrattuale⁶⁷.

B. In questo illecito le banche non sono però mere spettatrici. Già si è visto che le banche richiedono questo modo di procedere come

⁶⁶ La dottrina che oggigiorno riconosce la sussistenza di obblighi di protezione verso terzi a seguito della conclusione di un contratto tra parti è sterminata. Recentemente v. la monografia di Lambo, *Gli obblighi di protezione*, Milano, 2007, p. 238 ss. cui si rimanda per le numerose indicazioni bibliografiche.

⁶⁷ Non mi sembra d'altro canto che la regola sul conflitto di interessi prevista all'art. 37 del codice deontologico possa essere derogata dalle parti. Qui infatti siamo in presenza di una norma che (non tutela come l'art. 1395 c.c. solo ed esclusivamente interessi privati, ma) è diretta a perseguire anche interessi corporativi e della collettività. D'altro canto a simili conclusioni si arriva ove si prendono a riferimento i principi europei visti alla nota 65. Qui già si è visto il principio c della "Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo" stabilisce che "per esercitare in maniera ineccepibile la professione, l'avvocato deve evitare conflitti di interesse": e secondo questa Carta "il rispetto di tali principi è alla base della difesa legale, che costituisce la pietra angolare di tutti gli altri diritti fondamentali" (così il suo preambolo).

D'altro canto nel caso in esame non siamo di fronte ad un'ipotesi in cui il legal advisor è incaricato di perseguire due interessi configgenti: come tipicamente potrebbe avvenire nell'ipotesi in cui un avvocato seguia la contrattazione tra venditore e acquirente di un bene percependo un compenso da entrambe le parti (sul punto v. DANOV, *Il codice deontologico forense*, in *Trattato pratico di diritto forense*, a cura di DANOV, Milano, 2006, p. 566). Nelle negoziazioni per un turnaround infatti al legale scelto informalmente dalle banche si richiede di eseguire la sua prestazione solo ed esclusivamente a favore di queste ultime addebitando però tutti i costi all'impresa in crisi. E pertanto siamo in presenza di una prestazione data dal legal advisor in radicale conflitto di interessi con l'impresa in crisi.

condicio sine qua non per partecipare ad un turnaround. Inoltre le banche scelgono di fatto direttamente poi il legal advisor che le assisterà nell'operazione di risanamento: perché si è visto che sono solite richiedere informalmente all'impresa in crisi di indicare 3/5 studi legali di grandissime dimensioni (delimitando in questo modo già enormemente la scelta della rosa dei legal advisor); e a seguito di questa delimitazione sono poi solite individuare sempre all'interno di questa rosa i legal advisor con cui hanno maggiore confidenza (che tra l'altro le assistono in altre operazioni di risanamento e dunque sono fidelizzate anche da altri rapporti professionali). E in questo quadro allora le banche si inseriscono direttamente nell'illecito del legal advisor e vi concorrono sulla base dell'insegnamento secondo cui risponde "dell'inadempimento non necessariamente soltanto il debitore ma altresì l'eventuale terzo che concorra con il debitore nella (in)attuazione del rapporto obbligatorio"⁶⁸.

C. Questo modo di procedere tuttavia a me sembra sia in grado di determinare una responsabilità (non solo contrattuale, ma) ex art. 1337 c.c. esclusiva delle banche nei confronti dell'impresa in crisi.

Anzitutto le banche confidano che l'impresa in crisi concluda in un'ottica di ottimizzazione dei costi un contratto con un solo legale deputato però ad eseguire la prestazione a favore delle prime. E in questo modo le banche determinano uno squilibrio di potere contrattuale o più precisamente un abuso nella negoziazione: perché già senza questa tecnica esse sono in una posizione di preminenza rispetto all'impresa in crisi; e con questo accorgimento ulteriormente rafforzano la loro posizione sfornendo di tutela l'impresa in crisi che si vedrà così costretta a negoziare e concludere un contratto predisposto esclusivamente dal legale delle banche.

⁶⁸ Così v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 121. Su questa linea lo stesso autore osserva giustamente che "l'affermazione di una responsabilità contrattuale del terzo che si è insinuato nella (in)attuazione della prestazione rendendosene partecipe non è altro che il *pendant* del superamento della visione dell'obbligazione come rapporto a struttura semplice, consistente nel solo obbligo di prestazione intercorrente tra debitore e creditore" [corsivi in originale]. Sulla possibilità che il conflitto di interessi determini una responsabilità contrattuale v. MAFFEIS, *Il conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, 410 ss. Si potrebbe chiaramente tuttavia sostenere che il contratto con il legal advisor è concluso dall'impresa in crisi che accetta questo modo di procedere determinando una sorta di autoreponsabilità: ma a ben vedere questo contratto "rovinoso" è imposto dalle banche all'impresa in crisi come condicio sine qua non pena il "fallimento" di quest'ultima: e ciò determina una situazione di "violenza morale" che stempera una situazione di "auto responsabilità".

Inoltre le banche abusano della loro posizione negoziale anche nell'ipotesi in cui l'impresa in crisi scelga comunque un proprio legale che esegua la prestazione a proprio favore: perché non è rara l'ipotesi in cui le banche sono solite anche in questo caso comunque imporre un legale a loro gradito rendendo diversamente estremamente complicata la negoziazione e il successo del turnaround. Ed anche in questo caso si assiste ad un'intrusione ingiustificata delle banche nelle scelte della impresa in crisi che è contraria quantomeno ad un comportamento secondo buona fede nella negoziazione.

Infine e in ogni caso questo modo di procedere comporta dei costi assolutamente non necessari in capo all'impresa in crisi. Quest'ultima si deve infatti fare carico di una spesa per una prestazione che non sarà rivolta a suo favore dal legal advisor. Queste spese aggravano significativamente la situazione finanziaria di un'impresa che versa in una situazione di crisi. E queste spese non risultano poi oltretutto necessarie né per il turnaround né tanto meno per le banche: perché queste ultime hanno risorse sufficienti per provvedere al pagamento del legale da loro scelto senza gravare sull'impresa in crisi; e d'altro canto sono comunque tutte dotate di uffici legali interni che ben potrebbero assisterle nella consulenza per un turnaround (e dunque per un'attività stragiudiziale che non è riservata agli avvocati; non richiede pertanto un professionista esterno iscritto in un albo professionale; e dunque può essere svolta anche dai professionisti legali dipendenti della banca⁶⁹). E questo comportamento oltre a rendere eventualmente le banche partecipi di una futura ed eventuale situazione di dissesto ulteriore dell'impresa costituisce chiaramente un comportamento contrario ai canoni di buona fede ex art. 1337 c.c.

15. La concessione abusiva del credito nei risanamenti.

A. Un secondo gruppo di comportamenti abusivi delle banche investe la gestione del credito. E qui ricorrono le figure della concessione abusiva del credito e dell'interruzione brutale del credito.

Cominciamo con la prima figura⁷⁰. A questo proposito nessuna norma del nostro ordinamento impone espressamente ad una banca di non

⁶⁹ Sul punto v. nt. 31.

⁷⁰ La dottrina che ha affrontato il tema della concessione abusiva del credito è sterminata: v. tra le monografie ad esempio Di MARZIO, *Abuso nella concessione*

erogare credito ad un'impresa. Diverse norme impongono tuttavia alle banche un ruolo fondamentale nella trasparenza dei mercati e dunque anche nella corretta erogazione del credito. Tra queste in particolare merita di essere ricordato l'art. 5 del tub⁷¹; l'art. 218 della l.f.⁷²; ed in generale poi l'art. 1176 co. 2 c.c.⁷³: perché come noto la banca esercita un ruolo fondamentale come attore del traffico giuridico nel mercato del credito; la sua qualifica di operatore professionale porta dunque ad applicare il criterio della diligenza professionale che comporta tutta una serie di obblighi informativi (confermati dalla legislazione speciale) durante l'istruttoria del fido a salvaguardia (non solo dell'interesse della stessa banca controparte, ma) del mercato in generale; e questo standard di diligenza alimenta nella clientela e nei terzi l'aspettativa di una

del credito, Napoli, 2004, *passim*; VISCUSI, *Profilo di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004, *passim*; tra gli articoli v. ROPPO, *Responsabilità della banca nell'insolvenza dell'impresa*, in *Il fallimento*, 1997, p. 869 ss.; INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità di fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Dir. banc.*, 1993, I, p. 412; NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 219 ss..

⁷¹ Secondo cui “le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla *sana e prudente gestione* dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia”: sul punto v. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il fallimento*, 1997, p. 878, ove osserva che la norma introduce “l'imposizione di regole che condizionano la libertà imprenditoriale nella misura necessaria a garantire il perseguimento degli scopi della stabilità e dell'efficienza delle banche”.

⁷² Questa norma in particolare nel sanzionare penalmente “gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un’attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito [...] dissimulando il dissesto o lo stato d’insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni” può ricomprendere un dovere da parte dei terzi di astenersi dal compiere atti che consentano al debitore di dissimulare il proprio stato di dissesto e di continuare ad assumere debiti: per un commento v. SANDRELLI, *Commento art. 218 l.f.*, in *Codice Commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2013, p. 2472 s.s.; CASAROLI, *Commento art. 218 l.f.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da Maffei Alberti, Padova, 2009, p. 1250 ss.

⁷³ Secondo cui “nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata”. Proprio dalla lettura di questa norma una dottrina è solita individuare degli obblighi di protezione che la banca assumerebbe (nei confronti non solo dell’impresa in crisi, ma anche) dei terzi: ciò che dovrebbe fare propendere in caso di concessione abusiva del credito per la natura contrattuale della responsabilità. Sul punto v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., p. 125 ss.

gestione del credito tale da soddisfare quello standard e dunque rivolta ad imprese non decotte.

In questo quadro la concessione di credito in maniera imprudente ad un'impresa in crisi costituisce un illecito e dà luogo alla figura della concessione abusiva del credito. In una simile situazione la concessione di credito occulta infatti la crisi d'impresa finanziata e ingenera nello stesso tempo nei confronti dei terzi una oggettiva apparenza di affidabilità. Questa concessione del credito può ovviamente essere svolta dalla banca a causa di un suo comportamento semplicemente negligente⁷⁴. Ma la concessione del credito può essere effettuata dalla banca scien-temente: perché allungando la vita dell'impresa e ritardando la dichia-razione di fallimento la prima potrebbe guadagnare il definitivo conso-lidamento delle garanzie reali già ottenute dal debitore; l'irrevocabilità dei pagamenti effettuati; etc.⁷⁵. E se questo modo di procedere produce un evidente vantaggio delle banche, esso è in grado di creare un reale danno ai creditori. (i) In primo luogo nei confronti dei creditori esistenti: perché questi ultimi non esercitano tutti quei meccanismi privati a tut-tela del loro credito (come ad esempio gli artt. 1186; 1460 e 1461 c.c.) confidando sulla bontà dell'impresa finanziata; e non richiedono d'altro canto il fallimento tempestivo dell'impresa (con la conseguenza di una lievitazione del passivo e ad un tempo una lesione delle possibilità di recupero dei crediti all'esito dei riparti fallimentari)⁷⁶. (ii) In secondo luogo nei confronti dei creditori successivi all'erogazione bancaria: per-ché l'impresa che gode della fiducia del sistema bancario determina agli occhi dei terzi nuovi creditori la falsa apparenza della sua solidità; e in questo modo incentiva i terzi a concludere contratti e concedere credito ad un'impresa decotta, pregiudicando i loro diritti e interessi.

B. Ora la figura della concessione abusiva del credito è sanzio-nata dal nostro ordinamento secondo l'opinione maggioritaria a titolo di responsabilità extracontrattuale⁷⁷. A seguito dell'introduzione dell'art.

⁷⁴ Per un'analisi dei diversi casi di finanziamento negligente concesso dalle banche ad un'impresa in crisi v. Di MARZIO, *Abuso*, cit., p. 175 e nt. 38.

⁷⁵ Per un'analisi dei diversi casi di finanziamento doloso (sia esso diretto o eventuale) concesso dalle banche ad un'impresa in crisi v. Di MARZIO, *Abuso*, cit. p. 172 ss.

⁷⁶ Sul punto v. Di MARZIO, *Abuso*, cit., p. 51 ss.

⁷⁷ Questa sembra d'altro canto la tesi prevalente in giurisprudenza: v. ad esempio Cass. sez. un. 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.* 2006, I, 3417; Cass. 9 ottobre 2001, n. 12368, in *Foro it.*, 2002, I, 435; Cass. 8 gennaio 1997, n. 72, in *Banca, borsa, tit. cred.* 1997, II, 653; e Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca, borsa, tit. cred.* 1994, II, 258.

67 co. 3 lett. d) l.f. ci si potrebbe tuttavia chiedere se la banca che ha erogato credito in esecuzione di un piano di risanamento attestato da un professionista possa essere chiamata a rispondere in generale per concessione abusiva del credito. E qui generalmente si tende ad escludere questa possibilità per mancanza del dolo e dunque di un elemento soggettivo dell'illecito⁷⁸.

Questa tesi non mi sembra tuttavia condivisibile in assoluto⁷⁹. Al paragrafo 11 si è infatti visto che una delle principali tappe di un'operazione di risanamento consiste nella conclusione tra banche e impresa in crisi di un accordo di moratoria. Questo accordo può precedere di molto l'arco temporale in cui verrà se del caso concluso: un piano di risanamento e ne verrà attestata la sua fattibilità. Durante questa moratoria le banche continuano però a mantenere in essere le rispettive linee di credito o quantomeno si astengono dal richiedere all'impresa in crisi il rientro dell'esposizione maturando nel mentre gli interessi. Ed in entrambi i casi le banche potrebbero rispondere dell'illecito della concessione abusiva del credito: perché nel primo caso le banche mantengono infatti le loro linee di credito e tengono così in vita un'impresa comunque decotta, mentre nel secondo caso darebbero comunque luogo ad una forma di

⁷⁸ Sul punto v. ad esempio recentemente MUNARI, *Crisi*, cit., p. 313 secondo cui “l'erogazione di nuova finanza nell'ambito di un piano attestato di risanamento ex art. 67, co. 3, lett. d), l.f. o di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f. osterebbero in linea di principio, ad ipotizzare una concessione abusiva di credito, atteso che entrambi gli istituti presuppongono un dissesto reversibile, asseverato come tale da un professionista indipendente qualificato”. Sul punto però che la concessione abusiva del credito non richieda necessariamente il dolo ma possa esservi anche in caso di semplice colpa v. Di MARZIO, *Abuso*, cit., p. 175.

⁷⁹ Sul punto v. giustamente le osservazioni di BONFATTI, *La promozione*, cit., par. 14, secondo cui “la prassi giudiziaria insegna che anche nelle fattispecie portate sino ad ora all'attenzione dei giudici, i piani di ristrutturazione nell'ambito dei quali era assicurata “nuova finanza” dalle banche erano stati giudicati idonei al risanamento da esperti indipendenti (gli advisor): tuttavia nessun serio ostacolo alla configurabilità di una possibile responsabilità per “concessione abusiva di credito” è stato individuato in tale circostanza. Nulla di nuovo accade con la prospettata riforma della legge fallimentare – per come è delineata dal d.l. n. 35/2005. Gli accordi di “ristrutturazione” e di “risanamento” ricevono “protezione” esclusivamente sotto il profilo della esenzione da revocatoria degli atti posti in essere per la loro esecuzione: per il resto, tutto è come prima, e le responsabilità prospettabili nel passato – a vario titolo -, per le operazioni poste in essere nell'ambito dei tentativi di composizione (stragiudiziale) delle situazioni di crisi, rimangono impregiudicate anche per il futuro” [grassetto in originale].

finanziamento indiretto sostenendo l'impresa e ingenerando nei terzi un'idea di soggetto in bonis⁸⁰.

Per evitare questi problemi oggigiorno le banche sono solite richiedere anche per la stipulazione di una moratoria (e dunque per uno dei primi steps del procedimento) un piano di risanamento attestato da un esperto: con la chiara convinzione tuttavia che questo piano sarà comunque modificato via via a seguito di tutte le tappe necessarie per un turnaround. Ora questa pratica vuole mettere al riparo le banche dai rischi del ricorso alla concessione abusiva del credito sulla base delle medesime considerazioni per cui si ritiene esente da responsabilità la banca che partecipa ad una convenzione sulla base di un piano attestato. Ma anche in questo caso non mi sembra si possa escludere a priori il ricorrere degli estremi della concessione abusiva del credito. Anzitutto un piano di questo genere potrebbe non rientrare nella fattispecie ex art. 67 co. 3 lett. d) l.f.: perché a ben vedere esso non mira al risanamento dell'impresa ma solo alla tutela delle banche. E pertanto una moratoria di questo genere potrebbe (oltre a non coprire le banche dai rischi della concessione abusiva del credito) escludere l'esenzione della revocatoria. Inoltre al paragrafo 11 si è visto che le banche sono solite assumere un ruolo importante (anche se informale) nella negoziazione per un turnaround. Alcune volte questo ruolo può tuttavia travalicare i confini della correttezza e buona fede ex art. 1337 c.c.: così si è visto che ciò avviene solitamente nella scelta del legal advisor; così analogamente in alcuni casi le banche interferiscono nella determinazione da parte del financial advisor del piano di risanamento al punto in alcuni casi marginali di imporre un piano di risanamento dell'impresa. In questi casi se il piano risultasse ex post non idoneo al risanamento ci sarebbe ovviamente un illecito dell'attestatore ma reciprocamente un concorso delle banche nell'inadempimento di quest'ultimo e una loro responsabilità diretta ed esclusiva anche a titolo di concessione abusiva del credito. E resterebbe poi da valutare se le banche potrebbero anche essere chiamate in causa per altre figure di illeciti che ricorrono ogni qualvolta vi sia un'immistione nella gestione dell'attività di impresa⁸¹.

⁸⁰ GALLETTI, *Tecniche e rischi del finanziamento all'impresa in crisi*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit., p. 324, secondo cui "dal punto di vista economico anche l'astensione dall'esigere il rimborso corrisponde ad una condotta di «finanziamento»".

⁸¹ D'altro canto una responsabilità della banca per concessione abusiva del credito può essere a fortiori individuata se si condivide la tesi che richiede per l'integrazione di questo illecito il requisito (non solo del dolo, ma anche) della colpa. V. ad esempio

16. L'interruzione brutale del credito nei risanamenti.

A. Altra figura che rientra tipicamente nei comportamenti abusivi delle banche durante l'erogazione del credito è quella del recesso discrezionale patologico che prende il nome di ‘interruzione brutale del credito’⁸². Anche in questo caso (come nella concessione abusiva del credito) non sussiste un obbligo legale della banca di finanziare un'impresa e più in generale di contrarre ex artt. 2597 e 1679 c.c.. L'ordinamento impone tuttavia ai soggetti di agire con correttezza nell'adempimento delle loro obbligazioni; ed a maggior ragione un comportamento improntato alla correttezza deve essere richiesto ai soggetti come le banche in virtù come visto del loro status professionale. Un recesso della banca anche se previsto contrattualmente potrebbe allora essere considerato abusivo e dunque costituire un illecito contrattuale nei confronti dell'impresa in crisi; potrebbe anche costituire un illecito contrattuale nei confronti delle altre banche che hanno stipulato assieme una convenzione bancaria con l'impresa in crisi per il risanamento di quest'ultima⁸³; e potrebbe d'altro canto avere effetti maggiori rispetto al singolo contratto di finanziamento considerato: perché la revoca degli affidamenti può essere interpretata dagli altri creditori come un segnale negativo sulla situazione dell'im-

DI MARZIO, *Sulla fattispecie ‘concessione abusiva di credito’*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2009, II, pp. 394-395 secondo cui “l'incentivazione al finanziamento di operazioni di risanamento o liquidazione non implica un qualche favore per il finanziamento della crisi d'impresa” sì che “il limite della protezione legale è dato dalla funzionalità della erogazione alla soluzione della crisi; dipende pertanto dalla ragionevolezza e fattibilità del piano a cui contribuisce la banca con la sua erogazione. Per il sostegno colposo a un programma inidoneo a risolvere la crisi, il quale trasmoda inevitabilmente in un finanziamento della crisi di impresa, non soccorrono ragioni di tutela” [corsivi in originale]. Analogamente v. anche MACARIO, *Insolvenza*, cit., p. 52.

⁸² Con questo termine in realtà si indicano anche altri comportamenti della banca diversi dal semplice recesso: sul punto v. VISCUSI, *Profili*, cit., p. 13, secondo cui il termine interruzione brutale del credito “non sta ad indicare una fattispecie unitaria ma un gruppo” di “fattispecie eterogenee che presuppongono una incongrua, arbitraria e/o intempestiva determinazione di segno negativo della banca circa la concessione, la prosecuzione ovvero l'integrazione del credito”.

⁸³ V. sul punto GALLETTI, *Tecniche e rischi del finanziamento all'impresa in crisi*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit., p. 323. Questo recesso d'altro canto potrebbe costituire anche un inadempimento della convenzione interbancaria e dunque di quell'atto concluso contestualmente alla stipulazione della convenzione bancaria che ha ad oggetto i rapporti interni tra le banche e la regolazione degli incarichi della banca agente nei suoi rapporti esterni con l'impresa in crisi.

presa e “dare luogo ad una chiusura generalizzata dei fidi ed innescare una reazione a catena che effettivamente può accelerare o addirittura determinare l’insolvenza dell’impresa”⁸⁴.

Ora queste ipotesi sono già state studiate dalla dottrina. La giurisprudenza ha d’altro canto già da tempo sanzionato in più modi l’‘interruzione brutale del credito’ per esercizio del diritto di recesso delle banche⁸⁵. E le medesime conclusioni raggiunte da dottrina e giurisprudenza possono essere riproposte in generale anche per i turnaround ed in particolare per i recessi effettuati dalle banche ad esempio nelle convenzioni bancarie.

B. Analizzando una serie di convenzioni bancarie mi sono tuttavia reso conto che le banche preferiscono regolare lo scioglimento del rapporto contrattuale con l’impresa in crisi sul piano (non del recesso, ma) della risoluzione. Questi accordi prevedono infatti diverse clausole con cui si regola la loro eventuale risoluzione: e precisamente vi sono anzitutto clausole volte a disciplinare l’inadempimento in generale; inoltre clausole risolutive espresse; e infine condizioni risolutive di inadempimento. Tutte queste clausole sono orientate ad ammettere lo scioglimento del rapporto (non in base ad uno ius variandi della banca, ma) a causa dell’inadempimento. E tutto ciò forse è dato dalla presa d’atto delle banche di una giurisprudenza tendenzialmente incline a sanzionare recessi abusivi; e ad un tempo da un tentativo di rimettere lo scioglimento dei contratti bancari (non ad un diritto meramente potestativo delle banche, ma) ad un diritto esercitato a seguito di un inadempimento dell’impresa in crisi.

Ora questa prassi non mi sembra possa escludere l’applicazione dei ragionamenti in tema di interruzione brutale del credito anche all’ipotesi in cui la risoluzione venga richiesta con modalità analoghe a quelle sanzionate nei recessi arbitrari. E resta da dire che questa modalità di determinare la risoluzione del rapporto contrattuale tra banche e imprese in crisi solleva altre questioni civilistiche. Qui non mi riferisco in particolare alle clausole volte a disciplinare l’inadempimento in generale ex artt. 1453 c.c. ss.: perché rimandando alla disciplina generale codicistica queste sono chiaramente da considerarsi clausole di stile ed inserite ad

⁸⁴ Così v. CAPOLINO, *Rapporti*, cit., p. 879.

⁸⁵ Sul punto rimando alla giurisprudenza citata da DELLA CASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 13, nt. 1.

abundantiam⁸⁶. Mi riferisco anzitutto alle clausole risolutive espresse e alle condizioni risolutive.

Cominciamo con le clausole risolutive espresse. (i) Queste clausole non presentano problemi nella loro formulazione in cui specificano in maniera puntuale e circoscritta l'obbligazione che in caso di inadempimento porterà alla risoluzione del contratto: in questi casi la clausola è infatti perfettamente compatibile con lo schema previsto dall'art. 1456 c.c. secondo cui “i contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta second

o le modalità prescritte”. (ii) Discorso diverso deve invece essere fatto per le clausole risolutive secondo cui ad esempio “la convenzione bancaria si intenderà risolta qualora a) la società Z si renda inadempiente nei confronti delle Banche e per loro tramite della Banca Agente del pagamento *di qualsiasi somma convenuta* per effetto di questa convenzione [...] e b) si renda inadempiente degli ulteriori obblighi previsti dai covenant bond agli articoli 5, 6 e 7”⁸⁷. Qui mi sembra che queste clausole siano da considerare inefficaci o radicalmente nulle. (iii) Qui la prima parte della clausola risolutiva fa riferimento (non puntuale, ma) generico alle obbligazioni spettanti all'impresa in crisi: perché riferendosi a qualsiasi “somma non pagata” non specifica se si riferisca alle somme

⁸⁶ Clausole di questo genere ad esempio possono prevedere che “le banche avranno facoltà di risolvere la convenzione bancaria secondo le modalità previste dall'art. 1454 del c.c. a fronte di qualsivoglia inadempimento nei propri confronti da parte dell'impresa” Y “a qualunque obbligazione prevista nel presente accordo e dai contratti relativi alle linee di credito a revoca, all'ammontare consolidato o ai nuovi anticipi import”. Clausole di questo genere possono inoltre ad esempio prevedere che “salvo e impregiudicato ogni altro rimedio spettante alle banche ai sensi di legge, la Banca Agente, su istruzione della maggioranza delle banche, avrà facoltà di risolvere la presente convenzione nei confronti dell'impresa” X “ai sensi degli articoli 1453, 1454 e 1455 del codice civile qualora uno degli obblighi dell'impresa” X “non sia adempiuto, e, qualora sanabile, non sia stato sanato entro il termine indicato nella diffida ad adempiere (che non potrà essere inferiore a 30 giorni) ovvero nel caso di risoluzione ai sensi dell'art. 1353 c.c. entro 30 giorni successivi alla prima tra (i) la data in cui le banche ne hanno dato comunicazione scritta all'impresa” X “e (ii) la data in cui l'impresa” X “è effettivamente venuta a conoscenza di tale inadempimento”.

⁸⁷ In generale sui covenants bond v. recentemente PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2009, I, p. 500, secondo cui “l'articolato universo dei *covenants* mira a tutelare l'interesse del finanziatore in ordine ad una corretta gestione dell'impresa debitrice, vincolandola a mantenere la propria solvibilità e a non compiere atti che la possano pregiudicare”.

relative al riscadenziamento del debito; alle somme dovute a titolo di interessi; alle somme dovute a titolo di rimborso spese legali e finanziarie sostenute dalle banche per la predisposizione della convenzione che normalmente vengono messe a carico dell'impresa in crisi; etc.. (iv) Analogamente alla medesima soluzione si arriva per la seconda parte della clausola. Questa clausola rimanda infatti alle obbligazioni previste nei c.d. covenants bond attraverso cui l'impresa in crisi garantisce al ceto bancario ad esempio che “conserverà tutti i propri beni nello svolgimento della propria attività in normale stato di manutenzione”⁸⁸; informerà “le banche di qualsiasi evento rilevante”; osserverà “ogni disposizione di legge e amministrativa”⁸⁹; etc.⁹⁰. La formulazione di questi covenants bond appare allora (non analitica, ma) talmente generica da ricoprendere di fatto ogni aspetto della vita dell'impresa ed ogni sua attività in grado anche solo semplicemente di non essere condivisa dalle banche. E questa formulazione ad ombrello e omnicomprensiva dei covenants esclude che il riferimento al loro inadempimento abbia carattere deter-

⁸⁸ Così altri esempi di covenants bond di questo genere normalmente inseriti nelle convenzioni bancarie possono prevedere ad esempio l'obbligo di “mantenere pienamente valide ed efficaci tutte le autorizzazioni ed approvazioni, licenze, consensi ed esenzioni richieste dalla legge al fine di consentire lo svolgimento regolare della propria attività”; o diversamente “mantenere la validità, efficacia ed opponibilità a terzi dei propri diritti inclusi, a titolo esemplificativo, i contratti, le concessioni, gli appalti, i consensi e gli altri diritti che sono necessari per lo svolgimento della relativa attività e per adempiere le obbligazioni ad essa facenti capo”.

⁸⁹ Altre volte i covenants bond (la cui violazione comporterebbe la risoluzione del contratto) possono prevedere impegni che esulano l'esecuzione della convenzione con le banche e che rimandano ad impegni ad esempio dell'impresa in crisi “ad osservare ogni legge e normativa che possa riguardare i propri beni o proprietà ovvero l'attività svolta”. Ed a fortiori per questi covenants bond sono proponibili le considerazioni espresse nel testo che come vedremo escludono in caso di loro inadempimento la risoluzione di diritto ex art. 1456 c.c..

⁹⁰ Così altri esempi di covenants bond di questo genere normalmente inseriti nelle convenzioni bancarie possono prevedere obblighi dell'impresa in crisi “ad informare tempestivamente le banche del verificarsi di scostamenti non marginali dei presupposti di operatività finanziari ed industriali alla base del piano di risanamento”; o ancora “ad informare tempestivamente le banche di qualsiasi richiesta, rivendicazione o azione avanzata o intentata da terzi in relazione a qualsiasi dei beni, diritti o crediti propri, nonché qualsivoglia vincolo pregiudizievole”; o infine “ad informare tempestivamente le banche di ogni azione giurisdizionale o arbitrale, intentata o minacciata da terzi in relazione all'accordo e/o ad ogni altro atto o contratto ad esso collegato e a qualsiasi dei propri beni, diritti o crediti, ivi compresi, ogni richiesta, rivendicazione, azione e ispezione”.

minato come richiesto per le clausole risolutive. (v) In questo quadro allora simili clausole risolutive come quelle qui analizzate e frequenti nelle convenzioni bancarie non corrispondono allo schema dell'art. 1456 c.c.. Esse allora sono qualificabili come clausole di stile e dunque inefficaci tra impresa in crisi e banche⁹¹. E conseguentemente una risoluzione della convenzione da parte delle banche sulla base delle clausole risolutive così come formulate sarebbe illecita e darebbe luogo ad una loro responsabilità per abusiva interruzione del rapporto contrattuale con l'impresa in crisi.

Forse il rischio di inefficacia delle clausole ora esaminate induce le banche a richiedere che le convenzioni bancarie siano sottoposte anche a condizione risolutive unilaterali (azionabili solo dalle banche) ponendo come fatti condizionanti i medesimi fatti/inadempimenti a loro volta individuati dalle clausole risolutive. In questo caso non vi sarebbe un problema di illiceità nella misura in cui qua queste condizioni risolutive prevedono come fatto condizionante l'inadempimento di una delle parti: perché questa possibilità viene oggigiorno da dottrina e giurisprudenza ritenuta ammissibile⁹². Ma queste condizioni risolutive danno luogo ad un problema di illiceità quando riprendono come fatti condizionanti i medesimi inadempimenti dei covenant bond cui rimandano le clausole risolutive. Anzitutto secondo un'opinione dottrinale la condizione risolutiva avente come fatto condizionante un inadempimento è a tutti gli effetti equivalente alla clausola risolutiva espressa: e in questo caso in

⁹¹ Sul punto in dottrina v. ex multis SACCO, *Il contratto*, a cura di Sacco, De Nova, in *Tratt. civ.*, Utet, Torino, 2004, p. 657 secondo cui "la clausola deve contenere riferimenti specifici alle obbligazioni la cui violazione produrrà la risoluzione. Se estesa a tutte le obbligazioni poste dal contratto a carico di una parte, genericamente indicate, non è valida" e "si intende come clausola di stile, e si ha per non apposta". In giurisprudenza v. ex multis Cass. 26 luglio 2002, n. 11055, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1364 secondo cui "per la configurabilità della clausola risolutiva espressa, le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, costituendo clausola di stile quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto, con la conseguenza che, in tale ultimo caso, l'inadempimento non risolve di diritto il contratto".

⁹² In dottrina per citare le monografie v. ad esempio AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1997, *passim*; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996, *passim*. In giurisprudenza v. recentemente ad esempio Cass. 30 aprile 2012, n. 6634.

via estensiva o analogica si possono riproporre i medesimi limiti previsti dall'art. 1456 c.c. che come abbiamo visto portano a ritenere questo modo di determinare la risoluzione delle convenzioni bancarie contra ius⁹³. Inoltre anche nell'ipotesi in cui si ritenessero non applicabili alle condizione risolutive qui studiate i limiti previsti dall'art. 1456 c.c. rimarrebbe comunque il limite dell'art. 1455 c.c. secondo cui "il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza": questa regola è volta a dare una stabilità ai rapporti contrattuali⁹⁴; essa può essere derogata solo nei limiti dell'art. 1456 c.c.; ricorrere allo strumento della condizione risolutiva per aggirare questi limiti urta con l'art. 1455 c.c. in parte qua si determina la risoluzione del contratto all'inadempimento di qualsivoglia covenant bond; e ne determina la nullità di questa clausola ex art. 1418 c.c.. Qui poi le esigenze di stabilità del contratto ex art. 1455 c.c. sono ancora maggiori se non si considera equivalente la condizione risolutiva alla clausola risolutiva espressa: perché gli effetti della risoluzione allora dovrebbero operare non solo tra le parti, ma anche nei confronti dei terzi⁹⁵. A fortiori allora una clausola

⁹³ Sul punto v. quanto correttamente evidenziato da COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 1999, II, p. 936, secondo cui non sono convincenti i dubbi in ordine alla produzione di effetti risolutivi nei confronti dei terzi visto che la clausola che prevede una condizione risolutiva ha comunque un efficacia "equivalente al patto previsto e disciplinato nell'art. 1456 c.c.".

⁹⁴ D'altro canto "la risoluzione del contratto, sebbene diretta ad impedire le alterazioni funzionali del sinallagma contrattuale, rappresenta un evento economicamente negativo, perché paralizza la circolazione della ricchezza che il contratto è diretto a produrre" (così v. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453 e 1459*, in *Il codice civile commentato*, fondato da Schlesinger, e diretto da Busnelli, Milano, 2007, p. 541). Pertanto giustamente ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2001, p. 961, ha osservato che l'art. 1455 c.c. "si spiega anche come *prevenzione di comportamenti pretestuosi*, suscettibili di dissolvere il valore del vincolo contrattuale: senza la regola, la parte pentita dal contratto potrebbe prendere a pretesto qualunque trascurabile inesattezza della prestazione di controparte (nulla è mai perfetto!) per svincolarsene con la risoluzione. Di fatto, avrebbe ingresso un generalizzato potere di recesso unilaterale. In questa prospettiva, è giusto vedere alla base dell'art. 1455 anche il principio di buona fede contrattuale" [corsivi in originale].

⁹⁵ Sul punto v. ancora COSTANZA, *La condizione*, cit., p. 936 ss.. D'altro canto le convenzioni bancarie sono concluse sulla base di un piano di risanamento attestato ex art. 67 co. 3 lett. d) l.f.; mirano così a beneficiare degli effetti dell'esenzione dalle azioni revocatorie; si inseriscono pertanto in una legislazione "volta ad offrire" agli "operatori economici una maggiore stabilità giuridica degli atti compiuti in una situazione di crisi imprenditoriale" (così v. GABRIELLI, *Accordi*, cit., p. 285); e urterebbero con questa

di questo genere potrebbe allora essere considerata nulla. E di conseguenza uno scioglimento della banca del contratto sulla base di queste ultime abusivo ed idoneo a determinare una responsabilità contrattuale nei confronti dell'impresa in crisi.

TOMMASO MARIA UBERTAZZI

funzione in parte qua attribuissero alle banche un potere di risolvere il contratto di fatto arbitrariamente per il tramite dell'utilizzo di queste clausole risolutive espresse e condizioni risolutive.