

Procedure di allerta e banche

I

Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 – Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155

(Omissis)

Art. 14

Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societario

1. Gli organi di controllo societario, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste squilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organi amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.

2. La segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'art. 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza.

3. La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo.

4. Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti.

(Omissis)

II

Relazione illustrativa al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14

(Omissis)

Art. 14

Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari

L'articolo 14 pone a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione, ciascuno nell'ambito delle rispettive funzioni, il duplice obbligo di verificare che l'organo amministrativo monitori costantemente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, il suo equilibrio economico-finanziario ed il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'eventuale esistenza di fondati indizi della crisi.

Il comma 2 disciplina in dettaglio le modalità della segnalazione cui sono tenuti gli organi di controllo, di modo che essa possa risultare tempestiva ed efficace, aprendo una sorta di dialogo tra i due organi diretto ad individuare le soluzioni possibili e le iniziative concretamente intraprese, in difetto delle quali gli organi di controllo sono tenuti ad attivare la procedura di allerta «esterna» mediante sollecita ed idonea segnalazione all'organismo di composizione della crisi d'impresa, corredata da tutte le informazioni necessarie, anche in deroga all'obbligo di segretezza prescritto dall'art. 2407, comma 1, c.c.

In attuazione dei principi di cui all'art. 4, comma 1, lett. f), legge delega n. 155/2017, il comma 3 individua nella tempestiva segnalazione all'organismo di composizione della crisi una causa di esonero dalla responsabilità solidale degli organi di controllo societari per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o delle azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo in difformità delle prescrizioni ricevute, a meno che esse siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione medesima; il tutto, ferma restando la prosecuzione dell'esercizio delle funzioni proprie degli organi di controllo, in modo da consentire loro di adempiere in assoluta autonomia alle proprie funzioni.

Per superare eventuali carenze nei meccanismi di comunicazione interna tra gli organi societari, e comunque per stimolare la massima tempestività nell'attivazione del meccanismo bifasico di allerta (prima) interna e (poi) esterna, il comma 4 impone agli istituti di credito ed agli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 del testo unico bancario di dare notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti, delle variazioni, revisioni e revoche degli affidamenti comunicate al cliente

(Omissis)

Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi

SOMMARIO: 1. Aspetti generali. – 2. Il flusso informativo tra creditori finanziari e organi di controllo societari. – 2.1. Profili di responsabilità dell'intermediario. – 2.2. Il contenuto dell'obbligo di comunicazione verso gli organi di controllo societari. – 3. Le conseguenze della attivazione della procedura di allerta sui contratti bancari in corso. – 3.1. (Segue). L'accesso alla procedura di composizione assistita della crisi.

1. Aspetti generali.

Con l'emanazione del d. lgs. n. 14 del 2019 ("Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155") l'ordinamento concorsuale domestico registra, per la prima volta (almeno ove si faccia riferimento alla disciplina "generale" della crisi dell'impresa), l'introduzione di "strumenti di allerta", consistenti in "obblighi di segnalazione" da parte di soggetti "qualificati", ed aventi come comune finalità quella della "tempestiva rilevazione degli indizi di crisi d'impresa" e la "sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione".

Tale previsione costituisce senza dubbio una delle più rilevanti ed ambiziose innovazioni introdotte nell'ambito di una riforma che – non senza enfasi terminologica – intende realizzare una disciplina della materia concorsuale che abbia le caratteristiche di un vero e proprio "codice".

Al di là di considerazioni riguardanti il frequente (ma forse improprio) ricorso del legislatore alla nozione da ultimo evocata nella realizzazione di provvedimenti normativi che (pur riordinando materiale normativo pregresso ed introducendo istituti nuovi) sembrano mancare di quei tratti di completezza e di sistematicità che all'idea di "codice" dovrebbero essere intrinseci, resta la circostanza che l'inserimento nel sistema concorsuale della disciplina degli strumenti di allerta¹ si pone

¹ Sul punto NIGRO e VATTERMOLI, *Disciplina delle crisi dell'impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l'esperienza italiana*, in *Crisi*

come una scelta di politica del diritto particolarmente rilevante, soprattutto ove si ricordi che il dibattito in ordine alla opportunità di tali istituti ha già conosciuto momenti di (seppur ondivaga) intensità², segnando il proprio apice quando, nell'ambito dei lavori della c.d. "commissione Trevisanato", si era pervenuti ad ipotizzare la loro introduzione.

Si tratta, quindi, di un tema particolarmente delicato, e probabilmente destinato ad essere oggetto di un supplemento di riflessione all'esito delle prime sue applicazioni pratiche.

In questo contributo si intende peraltro esaminare il tema dal particolare angolo prospettico dei finanziatori, e, in particolare, delle banche e degli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b.: soggetti la cui presenza e la cui posizione giuridica risultano evocate discontinuamente all'interno della disciplina contenuta nel Titolo II del Codice (vale a dire, per l'appunto, quello dedicato alle «*procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*»), ma che, comunque, risultano necessariamente coinvolti nelle vicende che riguardano l'impresa nella cui operatività siano riscontrabili «*fondati indizi della crisi*» (art. 14, co. 1). In particolare, mette conto di evidenziare soprattutto due previsioni: a) quella contenuta nell'art. 12, co. 3, che riguarda la "salvaguardia" dei contratti (e, tra questi, degli "affidamenti" bancari) in caso di attivazione della procedura di allerta o di presentazione della istanza di composizione assistita della crisi; e b) quella risultante dall'art. 14, co. 4, che prescrive un obbligo informativo all'intermediario (bancario o finanziario), nei confronti degli "organi di controllo societari", avente per oggetto alcune individuate vicende degli "affidamenti" concessi.

Privilegiando un esame che rispetti l'andamento "cronologico" delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, pare opportuno prendere le mosse proprio dall'ultima disposizione citata, tentandone un inquadramento per quanto possibile organico all'interno della

d'impresa e insolvenza, 1 novembre 2018; A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi societari nelle situazioni di crisi atipica*, *ivi*, 11 gennaio 2019; si veda ancora BRODI, *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente "sistema di allerta e composizione"*, in *Quaderni di Economia e Finanza della Banca d'Italia*, giugno 2018; SPOLIDORO, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, I, pp.171 ss.

² Sul punto BOCCUZZI, *I meccanismi di allerta e di prevenzione e le procedure stragiudiziali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, pp. 626 ss.; A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, I, pp. 261 ss.

disciplina degli strumenti di allerta, e, successivamente, articolandone un possibile raccordo con la disciplina dettata in materia di “protezione” dei contratti.

2. Il flusso informativo tra creditori finanziari e organi di controllo societari.

La previsione contenuta nell’art. 14 co. 4 – secondo la quale *«le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all’articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti»* - merita innanzi tutto di essere considerata sotto il profilo della sua “genesì”.

Non risulta, a ben vedere, traccia di un simile adempimento facente capo alle banche o agli intermediari finanziari nelle disposizioni della legge delega, all’interno della quale, al riguardo, viene previsto, tra i principi e i criteri direttivi, “unicamente” quello di *«porre a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e delle società di revisione, ciascuno nell’ambito delle proprie funzioni, l’obbligo di avvisare immediatamente l’organo amministrativo della società dell’esistenza di fondati indizi della crisi (...)»*³.

Il legislatore delegato ha perciò ritenuto di aggiungere una “appendice” a tale disposizione, prevedendo un obbligo al quale non può che riconoscersi natura strumentale, o “ancillare”, rispetto al distinto obbligo di segnalazione, facente capo all’organo di controllo (compiutamente declinato nei commi precedenti dell’art. 14 c.c.i.).

Se così è, se ne deve concludere che, negli intendimenti e nel convincimento del legislatore delegato, la conoscenza di notizie relative alle vicende del rapporto di affidamento possa (se non altro) contribuire rendere più agevole l’obbligo, che fa capo all’organo di controllo, di *«segnalare immediatamente»* la *«esistenza di fondati indizi della crisi»* all’organo amministrativo: ma, si direbbe – ancor prima e necessaria-

³ Sul ruolo degli organi di controllo societari nell’ambito dei meccanismi di allerta in una prospettiva aziendalistica, BERNARDI e TALONE, a cura di, *Sistemi di allerta interna. Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario*, in *Quaderni SAF*, n. 71, Milano, 2017.

mente – di facilitare all’organo di controllo *la individuazione* di tali indizi. Beninteso, l’obbligo di segnalazione all’organo amministrativo fa capo non soltanto agli organi di controllo societari, ma anche al revisore contabile ed alla società di revisione, «*ciascuno nell’ambito delle proprie funzioni*» (art. 14, co. 1, c.c.i.), e purtuttavia l’obbligo di “notiziare” posto in capo alle banche e agli intermediari finanziari si indirizza unicamente «*agli organi di controllo societari, se esistenti*»: la scelta, come si tenterà di argomentare, non può che ricondursi alla constatazione di un diverso accesso, da parte dei diversi soggetti chiamati alla “segnalazione”, alle informazioni relative alla gestione societaria.

Benché l’introduzione dell’obbligo di notiziare l’organo di controllo non trovi riscontro – come appena ricordato – nel contenuto della legge delega, nondimeno deve ricordarsi che la evocazione di un ruolo degli intermediari bancari e finanziari non è un tema del tutto nuovo nel dibattito di politica legislativa sulle dinamiche dei meccanismi di allerta. Si può far richiamo, qui, ad esempio, alla proposta di emendamenti approvata dal Consiglio e dal Parlamento europeo sulle modifiche da apportare alla proposta di direttiva relativa ai quadri di ristrutturazione preventiva delle imprese⁴. Si era ipotizzato, al riguardo, un emendamento all’art. 3, in forza del quale tra gli strumenti di “*early warning*” avrebbero potuto annoverarsi «*regular reporting or information obligations for third parties, such as accountants, tax and social security authorities or certain types of creditors such as banks*». Ciò evidentemente è sufficiente a dare misura, se non altro, del fatto che la possibilità di coinvolgere banche ed intermediari finanziari nell’ambito del funzionamento dei meccanismi di allerta ha costituito un motivo di riflessione importante: e questo ancorché il riferimento alle banche sia poi venuto meno nel testo del “*final compromise*”, raggiunto con la Commissione, del 17 dicembre 2018⁵.

⁴ Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del consiglio «*riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE, del 22 novembre 2016*». Gli emendamenti cui si fa riferimento sono quelli risultanti dal *Report* del 25 luglio 2018. Sulla proposta, si veda NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, pp. 201 ss.

⁵ Nella versione del “*Final Compromise*”, il punto 1.a dell’art. 3 viene infatti così riformulato: «*Early warnings tools may include the following: (a) alert mechanisms when the debtor has not made certain types of payments; (b) advisory services by public or*

Una prima riflessione in merito alla nuova previsione di una attivazione dei creditori finanziari nel funzionamento del meccanismo di allerta riguarda la sua effettiva necessità: ci si potrebbe, cioè, domandare se non appartenga (o se non debba appartenere) già all'ambito oggettivo dei compiti dell'organo societario di controllo la presa di conoscenza delle notizie inerenti le vicende delle linee di credito intrattenute dalla società con banche o intermediari finanziari. A tale riguardo, sembra però di dover piuttosto ritenere che l'acquisizione di tali informazioni afferisca più tipicamente all'ambito della attività di revisione legale dei conti, rientrando nel novero delle attività del collegio sindacale soltanto quando a quest'ultimo organo risulti affidata detta attività, in forza di una specifica opzione statutaria ed ai sensi dell'art. 2409-bis, co. 2, c.c.⁶.

È infatti nell'ambito dell'esercizio della revisione legale dei conti⁷ che può più ragionevolmente essere acquisita la notizia relativa a variazioni, o revisioni o revoche degli affidamenti: in particolare, tra le previsioni contenute nell'art. 14 del d. lgs. n. 39 del 2010, risulta significativa la verifica «nel corso dell'esercizio», della «regolare tenuta della contabilità sociale» e della «corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili» (art. 14, co. 1, lett. a); e altrettanto significativo il diritto, riconosciuto al revisore, di «ottenere dagli amministratori documenti e notizie utili all'attività di revisione legale» e di «procedere ad accertamenti, controlli ed esame di atti e documentazione» (art. 14, co. 6).

Una indiretta conferma di tale conclusione può ravvisarsi nella constatazione che il revisore contabile e la società di revisione sono anch'essi destinatari dell'obbligo di immediata segnalazione all'organo amministrativo della «esistenza di fondati indizi della crisi», ma – a differenza di quanto accade per l'organo di controllo societario – non sono visti come destinatari della “notizia” proveniente da banche ed intermediari finanziari ex art. 14 ult. cpv.: segno che il legislatore ha ritenuto che per questi soggetti l'accesso alle informazioni in discorso sia da considerarsi quanto meno più “agevole”.

private organisations; (c) incentives under national law for third parties with relevant information about the debtor, such as accountants, tax and social security authorities to flag to the debtor a negative development.

⁶ Sul ruolo giocato dall'organo di controllo nella crisi di impresa, Russo, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2018, I, pp. 119 ss.

⁷ In tema MIOTTO, *La funzione di revisione legale: intersezione fra disciplina dell'attività e dei soggetti*, in *Riv. soc.*, 2018, pp. 433 ss.

2.1. I profili di responsabilità dell'intermediario.

Alla luce di tale premessa, occorre peraltro domandarsi quali conseguenze possano riconnettersi alla violazione, da parte della banca o dell'intermediario finanziario, dell'obbligo fissato dall'ultimo comma dell'art. 14, vale a dire alla mancata notizia agli organi di controllo societari (se esistenti) della comunicazione al proprio cliente di *«variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti»*.

La domanda non è di poco momento, laddove si consideri – come del resto si è ipotizzato – che l'obbligo di comunicazione facente capo alla banca possa configurarsi come strumentale all'adempimento dell'obbligo dell'organo di controllo di effettuare la segnalazione (avendo potuto quest'ultimo eventualmente apprezzare *anche* dalle informazioni relative alle vicende degli affidamenti la ricorrenza di “fondati indizi della crisi”).

Per l'organo di controllo, la mancata tempestiva segnalazione all'organo amministrativo può comportare una responsabilità solidale *«per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione (...)»*. È quanto si può desumere “a contrario” dalla lettera del secondo comma dell'art. 14, che attribuisce alla tempestiva segnalazione la qualità di “causa di esonero” da detta responsabilità solidale.

Pare possibile individuare un rapporto tra la previsione di responsabilità dell'organo di controllo appena ricordata e la regola di responsabilità solidale fissata dal secondo comma dell'art. 2407 c.c. laddove si interpreti l'obbligo di verifica di cui al primo comma dell'art. 14 come estrinsecazione concreta dell'obbligo di vigilanza sui “fatti o le omissioni” degli amministratori. In questa prospettiva la responsabilità solidale rispetto alla quale si sancisce l'esonero (alla ricorrenza delle condizioni previste dalla norma) ricadrebbe nell'ambito di quella individuata nel secondo comma dell'art. 2407 c.c. Nella disciplina del c.c.i. difetta, però, a ben vedere, la rilevanza del nesso di causalità (individuata espressamente nella norma da ultimo ricordata) tra mancata segnalazione all'organo amministrativo e *«conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo»*: nondimeno, la riconduzione della previsione di responsabilità all'alveo dell'art. 2407, co. 2, c.c., comporta evidentemente la necessità della prova del nesso causale anche nell'ipotesi di responsabilità qui evocata.

Ci si potrebbe però ancora domandare se – per l'ipotesi in cui il *«fondato indizio della crisi»* possa essere ricavato attraverso l'analisi delle dinamiche degli affidamenti bancari o finanziari – la mancata “notizia”

da parte della banca non possa comportare un effetto “perverso” di coinvolgimento *di quest’ultima* nella responsabilità dell’organo di controllo, o comunque fondare *aliunde* un titolo di responsabilità del creditore. Da un lato, cioè, potrebbe ipotizzarsi che nell’inadempimento dell’organo di controllo (riconducibile all’area della responsabilità contrattuale) possa concorrere la banca o l’intermediario, a titolo di illecito aquiliano: ipotesi che, peraltro, implicherebbe la necessità di una consapevolezza, da parte dell’intermediario, del danno arrecato per effetto della propria omissione o per effetto della propria comunicazione non veritiera (in questo caso, quindi, richiedendosi, a livello soggettivo, la sussistenza del dolo). Dall’altro, si potrebbe peraltro anche, per converso, tratteggiare una responsabilità “diretta” per lesione del diritto di credito, nella misura in cui il comportamento omissivo o commissivo dell’intermediario, ritardando l’applicazione degli strumenti di allerta, abbia avuto una efficienza causale nell’aggravamento della crisi (e, dunque, nella riduzione delle possibilità di soddisfacimento da parte degli altri creditori, arrecando un *vulnus* alle loro pretese). In entrambi i casi, poi, l’interrogativo si dovrebbe evidentemente convertire in quello relativo alla efficienza causale dell’omissione da parte della banca sull’inadempimento da parte dell’organo di controllo. L’esclusione di una rilevanza del comportamento della banca fondata sulla considerazione che – comunque – un obbligo di segnalazione all’organo amministrativo grava anche sul “revisore contabile” o sulla società di revisione appare non appagante: da un lato perché l’obbligo di segnalazione grava tanto sui soggetti da ultimo richiamati che sull’organo di controllo, ma *distintamente* (principio che l’art. 14, co. 1 c.c.i. richiama con l’espressione «*ciascuno nell’ambito delle proprie funzioni*»); dall’altro perché il controllo contabile (per l’ipotesi di adesione al sistema “tradizionale”) potrebbe essere stato attribuito, in forza di opzione statutaria, allo stesso collegio sindacale.

Nondimeno, se la premessa è che l’informativa della banca all’organo di controllo è strumentale rispetto all’obbligo di segnalazione di quest’ultimo (in quanto è possibile, o comunque non può escludersi, che dalle notizie relative alle vicende del rapporto di affidamento possano trarsi convincimenti in merito alla ricorrenza di fondati indizi della crisi), parimenti non potrà escludersi che la violazione dell’obbligo di informativa possa configurarsi, sia pur mediamente, come fonte di danno per l’impresa, anche in applicazione del criterio del c.d. “rischio specifico”⁸.

⁸ Sul punto BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, pp.145 ss.

Se la mancata informativa da parte della banca, cioè, è tale da aggravare apprezzabilmente il rischio del verificarsi di un evento (che potrebbe in astratto identificarsi nell'aggravamento della situazione di crisi, derivante dalla mancata tempestiva attivazione della procedura di allerta, o dei successivi strumenti predisposti dalla normativa concorsuale allo scopo di intervenire precocemente sulla crisi prima che questa assuma connotati di maggiore gravità) – nella misura in cui l'organo di controllo venga privato, a causa del comportamento omissivo dell'intermediario, di un parametro di giudizio che potrebbe talora rivelarsi essenziale ai fini della rilevazione di “fondati indizi di crisi” - tale comportamento, laddove per questo motivo implicasse la non attivazione dell'organo di controllo attraverso la segnalazione, cesserebbe di essere una semplice “occasione di danno”, e potrebbe concretamente prospettarsi come “causa” del medesimo. Il comportamento omissivo della banca, laddove causalmente collegato alla condotta omissiva dell'organo di controllo, potrebbe quindi prospettarsi come legato al prodursi di un danno sul patrimonio sociale tale da riverberarsi sui creditori in quanto lesivo della garanzia patrimoniale rappresentata dal primo. Le apparenti “assonanze” di tale ipotizzata forma di responsabilità con quella da concessione abusiva di credito⁹ devono però cedere il passo al rilievo di oggettive differenze¹⁰. Da un lato, rileva il fatto che, nell'ipotesi prospettata, non sembrerebbe dubitabile che il danno riconducibile al comportamento omissivo della banca – ove, beninteso, munito, nel senso sopra indicato, di efficienza causale – riguardi la generalità dei creditori della società in quanto, in ipotesi, lesivo in modo indifferenziato della garanzia patrimoniale generica rappresentata dal patrimonio della società; dall'altro, rileva anche la circostanza che appare più difficile ipotizzare (come invece pur si ipotizza relativamente alla concessione abusiva del credito) la configurabilità di un concorso della banca nell'inadempimento dell'organo

⁹ In tema NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'organizzazione del credito alle imprese in “crisi”*, in *Giur. comm.*, 2011, I, pp. 305 ss.

¹⁰ Sui confini della responsabilità da concessione abusiva di credito, recentemente INZITARI e DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, I, pp. 1035-1081. In tema anche VITIELLO, *Il ruolo delle banche nell'aggravamento e nella soluzione della crisi d'impresa*, in *Questione giustizia*, 2017, (3), pp. 193-203. Da ultimo si segnala Cass., 14 maggio 2018, n. 11696, in *Dir. fall.*, 2018, II, 1167 ss., con nota di FAVA, *Danno da abusiva concessione di credito e presupposto soggettivo del terzo creditore: una problematica ricostruzione delle tutele*.

di controllo consistente nella omissione della segnalazione da parte di quest'ultimo, non foss'altro che per il fatto che l'oggetto della "comunicazione" dell'intermediario è diverso da quello della "segnalazione" dell'organo di controllo. Il primo, infatti, è riferito alle vicende negoziali dell'affidamento; il secondo, invece, alla sussistenza di fondati indizi della crisi. La possibilità, d'altra parte, di un concorso dell'intermediario nella responsabilità dell'organo di controllo sarebbe a sua volta condizionata dalla ricostruibilità di una responsabilità solidale di quest'ultimo *«per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni»* poste in essere dall'organo amministrativo successivamente al momento in cui l'organo di controllo avrebbe dovuto effettuare la segnalazione, e che non siano *«conseguenza diretta di decisioni»* che l'organo amministrativo ha assunto prima del momento in cui la segnalazione avrebbe dovuto essere effettuata. In questa prospettiva, ai sensi del nuovo art. 255 c.c.i., sembrerebbe ipotizzabile anche una legittimazione del curatore ai sensi della lettera b) del comma 1 di quell'articolo.

2.2. Il contenuto dell'obbligo di comunicazione verso gli organi di controllo societari.

Quanto al contenuto obiettivo della norma che impone alle banche ed agli intermediari finanziari ex art. 106 t.u.b. di dare notizia *«anche agli organi di controllo societari, se esistenti»*, nel momento in cui *«comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti»*, la formulazione della norma si presta ad una molteplicità di osservazioni (anche critiche).

La prima si fonda, essenzialmente, sull'utilizzo, all'interno dell'art. 14, co. 4 (ma ragionamento identico potrebbe condursi relativamente all'art. 12, co. 3), del termine "affidamento": termine che, nondimeno, nello stesso ambito giuridico presenta tratti di "ambiguità"¹¹, e che, comunque, si presta ad assumere caratteri e connotazioni anche molto diversi

¹¹ Lo rileva FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, Torino, 2005, pp. 323-324, includendo nella medesima considerazione anche l'utilizzo del termine "fido"; l'A. ricorda che *«la prassi bancaria utilizza le espressioni "affidamento" o "fido bancario" per descrivere riassuntivamente il complesso dei rapporti contrattuali attraverso i quali si realizza l'attività propria ed esclusiva delle banche nell'impiego del risparmio raccolto, al fine di creare disponibilità finanziarie in favore della clientela, ovvero, più specificamente, l'ammontare del credito che la banca concede in ragione delle valutazioni sulle caratteristiche patrimoniali e reddituali del richiedente»*.

a seconda del contesto in cui venga evocato (a partire da quello della tecnica bancaria, per continuare con la scienza aziendalistica, per terminare con il “discorso” giuridico).

Sorge, così, innanzi tutto l'interrogativo se, con l'utilizzo del termine “affidamento”, il legislatore abbia inteso fare propri i risultati della riflessione dottrinale che ha cercato di individuare progressivamente i contenuti concreti della sua nozione giuridica (che hanno fatto perno sulla sostanziale equipollenza tra “affidamento” e “fido”)¹², o non piuttosto fare riferimento alla nozione di “affidamento” rinvenibile nella prassi bancaria. La distinzione non è di poco momento: nella prima prospettiva, il “fido” o “affidamento” si presta ad essere assimilato al concetto di “assunzione di rischio” nei confronti di uno specifico soggetto¹³, mentre nel secondo caso l'utilizzo di quei termini conduce ad una assimilazione, molto più “selettiva”, soprattutto al contratto di apertura di credito¹⁴, o, comunque, ad un contratto di credito che – pur non riconducibile alla figura codicistica della apertura di credito in conto corrente – sia nondimeno caratterizzato dalla ricorrenza di una clausola di rotatività quanto al suo utilizzo. E che il significato del termine attribuito dal legislatore del c.c.i. al termine “affidamento” sia verosimilmente quest'ultimo appare indirettamente confermato dalla circostanza che vi sono riferite vicende come la “revoca” o la “riduzione”, che non potrebbero avere ad oggetto contratti di credito diversi: segnatamente non avrebbero senso alcuno se riferiti ai contratti di finanziamento caratterizzati da una erogazione di denaro con contestuale traslazione della titolarità della somma, come tipicamente il mutuo.

Se così fosse, peraltro, la norma apparirebbe da principio “monca”: ed, infatti, non si comprenderebbe la motivazione per la quale la banca, gravata dell'obbligo di “notiziare” relativamente alle vicende inerenti agli “affidamenti”, non avrebbe invece analogo obbligo per le concessioni di credito non riconducibili, nel significato corrente, alla nozione di affida-

¹² Si deve al riguardo soprattutto ricordare l'importante lavoro di MORERA, *Il fido bancario*, Milano, 1998.

¹³ MORERA, *Il fido*, cit., p. 22.

¹⁴ Ne danno atto SPINELLI – GENTILE, *Diritto bancario*, Padova, 1991, p. 236; e lo stesso MORERA, *Il fido*, cit., p. 9, (n. 7) non manca di registrare questo fenomeno, anche se rileva come l'equiparazione dell'affidamento alla apertura di credito sia effettuata “confusivamente”. Talora, peraltro, anche la dottrina pare partire dal principio che il concetto di “affidamento” corrisponda a quello di “apertura di credito”: ad es. GIORGIANNI – TARDIVO, *Diritto bancario*, Milano, 2006, p. 570.

mento: così, ad esempio, se ne dovrebbe concludere che una banca non sarebbe tenuta a comunicare all'organo di controllo della società cliente la intervenuta risoluzione o decadenza dal beneficio del termine di un finanziamento concesso sotto la forma di mutuo.

Il fatto è che il legislatore proprio di "affidamenti" ha parlato, e non anche, in generale, di "finanziamenti": termine che, a partire dal t.u.b., viene concepito – almeno nel linguaggio legislativo – come riferito genericamente a tutti i "contratti di credito" posti in essere da una banca o da un intermediario finanziario.

Ancora: la norma appare francamente di difficile intellegibilità nel momento in cui si riferisce all'obbligo di dare notizia all'organo di controllo della comunicazione alla società cliente di una "revisione" dell'affidamento: evento che riguarda unicamente adempimenti puramente interni della banca, volti alla attualizzazione della verifica di merito creditizio, che non involgono alcuna vicenda rilevante nella vita del contratto e che potrebbero anche essere del tutto ignoti alla società cliente (la quale ultima, spesso, viene a conoscenza in modo puramente occasionale della attività di revisione, ad esempio perché richiesta dalla banca di documentazione aggiornata relativa all'impresa, necessaria per poter compiere quella attività). Sicché, non essendo individuabile un obbligo di comunicazione della "revisione" del fido nei confronti della società cliente, non si vede come si possa, conseguentemente, ipotizzare un obbligo di notificare l'organo di controllo di quest'ultima di una comunicazione che non è stata né sarà effettuata.

Circa, poi, le "variazioni", queste non possono che intendersi nella maniera più lata, potendo riguardare non soltanto aumenti o diminuzioni di importo (per quanto quella della diminuzione dovrebbe, a rigore di logica, essere l'ipotesi più "sensibile" ai fini della norma), ma anche modifica nell'assetto delle garanzie reali o personali, rimodulazioni di durata, etc.

Inoltre, se davvero l'intento del legislatore è stato quello di predisporre un meccanismo tale da consentire all'organo di controllo di avere contezza di ogni fenomeno che rivesta una potenziale rilevanza ai fini dell'apprezzamento della ricorrenza di "fondati indizi di crisi", *potrebbe se mai avere avuto rilievo la notizia del diniego, da parte della banca, di richieste di affidamento*: infatti, nella misura in cui il diniego sia sorretto da una valutazione negativa del merito creditizio, ben potrebbe quest'ultima riposare sulla rilevazione di fatti eventualmente costituenti essi medesimi "fondati indizi di crisi".

Senonché le vicende che il legislatore ha preso in considerazione (revisione, variazione, revoca) riguardano unicamente, a ben vedere, *la*

modifica della esposizione al rischio soggettivo da parte della banca o del finanziatore in sé considerata: non vengono considerate ipotesi (quali, appunto, quella del diniego alla richiesta di credito) che formalmente non comportano una variazione *quantitativa* del rischio soggettivo (ma che, invece, potrebbero essere fondate su una modifica *qualitativa* di quello oggettivo).

3. Le conseguenze della attivazione della procedura di allerta sui contratti bancari in corso.

Sempre con riguardo alle ricadute sulla attività bancaria e finanziaria della attivazione di una procedura di allerta, deve prendersi in considerazione, come anticipato, anche la previsione contenuta nell'art. 12, co. 3, c.c.i., secondo la quale *«l'attivazione della procedura di allerta da parte dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, nonché la presentazione da parte del debitore dell'istanza di composizione assistita della crisi di cui all'articolo 16, comma 1, non costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con le pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari»*.

Si tratta di una formulazione che, nella sua struttura, richiama come “archetipo” quella contenuta nell'ancora temporaneamente vigente art. 186-*bis*, co. 3, prima parte, l. fall. (il cui contenuto è stato ora ricondotto all'art. 95 c.c.i., seppur con sostanziali modifiche): peraltro riferita al concordato preventivo (in continuità). È da ricordare che, in quel contesto, la analoga previsione non aveva mancato di rivelarsi alquanto problematica relativamente ai propri profili applicativi: al di là, infatti, della indubbia compressione dell'autonomia negoziale derivante da una sorta di “continuazione coattiva” del rapporto di credito, la precisazione della nullità di patti contrari doveva evidentemente interpretarsi come nullità della declinazione, a livello negoziale, dell'ingresso nella procedura come condizione di risoluzione, ovvero come evento legittimante il recesso, ovvero come individuazione convenzionale di un “inadempimento” rilevante ai fini contrattuali. La norma, però, non sembrava capace di impedire che il patto potesse (legittimamente) assumere come evento “rilevante” non già l'ingresso nella procedura in se stesso considerato, ma le situazioni “sostanziali” di crisi che avessero condotto a quell'ingresso: rivelandosi, per tal via, un baluardo molto più formale che sostanziale.

A ben vedere la norma che ora compare nell'art. 12, co. 3, c.c.i. pone almeno un duplice problema ermeneutico: da un lato, l'individuazio-

ne della fattispecie «*attivazione della procedura di allerta*»; dall'altro, la esatta delimitazione dell'ambito dei «*soggetti di cui agli articoli 14 e 15*».

Quanto al primo punto, gli articoli 14 e 15 non fanno riferimento esplicito ad una «*attivazione della procedura di allerta*»: se mai, fanno riferimento: a) alla segnalazione all'organo amministrativo dell'esistenza di «*fondati indizi della crisi*» da parte degli organi di controllo societari, revisore contabile e società di revisione (art. 14, co. 1-3); b) all'informativa data «*senza indugio*» all'OCRI da parte dei medesimi soggetti in caso di omessa o inadeguata risposta o di mancata adozione delle misure necessarie a superare lo stato di crisi da parte dell'organo amministrativo (art. 14, co. 2); c) al «*dare notizia*» anche agli organi di controllo delle variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti da parte di banche e di altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b. (art. 14, co. 4); d) all'avviso dato al debitore da Agenzia delle entrate, Inps e agente della riscossione del superamento dell'importo rilevante della esposizione debitoria (art. 15, co. 1); e) alla segnalazione all'OCRI da parte dei medesimi (art. 15 co. 4). L'interprete fatica ad individuare quali, tra queste fattispecie, costituiscano compiutamente «*attivazione della procedura di allerta*». La lettera della legge non viene incontro: innanzi tutto perché, come appena anticipato, non si rinviene nel Codice una definizione di «*procedura di allerta*» (se mai, unicamente di «*strumenti di allerta*»); in secondo luogo perché risulta alquanto incerta la individuazione, in concreto, degli stessi «*strumenti di allerta*». Infatti, secondo il primo comma dell'art. 12, «*costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione*».

Il fatto è che tra i soggetti indicati negli articoli 14 e 15 compaiono (proprio nel già più volte citato ultimo comma dell'art. 14) anche le banche e gli intermediari finanziari. È concretamente sostenibile che (anche) la comunicazione da parte degli intermediari all'organo di controllo della società costituisca essa medesima uno «*strumento di allerta*» (e che costituisca, per di più «*attivazione della procedura di allerta*»)? Tale conclusione sembra senz'altro da escludere. In primo luogo per una motivazione di carattere letterale: secondo il citato art. 12, co. 1, sono strumenti di allerta gli «*obblighi di segnalazione*», quando, invece, agli intermediari fa capo (non già un obbligo di segnalazione ma) un obbligo di mera «*comunicazione*»; in secondo luogo perché, ovesi dovesse ritenersi che la comunicazione da parte della banca costituisca attivazione di una «*procedura di allerta*», si arriverebbe ad un «*corto cir-*

cuito interpretativo”. Infatti, applicando congiuntamente l’art. 12 co. 3, e l’art. 14, co. 4, si dovrebbe pervenire alla conclusione aberrante che la “notizia” all’organo di controllo societario della intervenuta comunicazione di revoca di un affidamento non può costituire... “causa di revoca dell’affidamento bancario concesso”.

Escluso quindi che la comunicazione da parte dell’intermediario bancario o finanziario possa costituire attivazione di una procedura di allerta, è peraltro da evidenziare che comunque la fattispecie prefigurata dal legislatore ben difficilmente potrebbe avere a realizzarsi concretamente: infatti, da chi la banca potrebbe apprendere la circostanza della intervenuta segnalazione da parte degli organi di controllo societari ovvero da parte dei creditori pubblici qualificati, sì da poterla porre a fondamento della revoca dell’affidamento? Tale situazione, a ben vedere, non potrebbe avere mai a verificarsi, giacché, mentre il procedimento di composizione assistita della crisi (che pur deve svolgersi “in modo riservato e confidenziale”) comporta il possibile contatto con i creditori – dal momento che, nella sua fisiologia, sarebbe destinato a concludersi con un accordo con gli stessi (art. 19, co. 4) – la mera attivazione di procedure di allerta dovrebbe restare confinata al rapporto endosocietario tra organi di controllo e organo amministrativo o a quello esterno con i creditori pubblici qualificati.

Tra i problemi interpretativi suscitati dalla previsione contenuta nel citato comma 3 dell’art. 14, deve poi evidenziarsi l’evocazione del concetto di “pendenza”, che peraltro, a differenza di quanto accade nell’art. 97 (per il concordato preventivo) e nell’art. 172 (per la liquidazione giudiziale), non viene definito (restando, quindi, virtualmente aperto il dibattito se debba recepirsi una nozione di contratto pendente analoga a quella fatta propria da quelle norme – che comporti, cioè la necessità che il contratto sia ancora non eseguito o non completamente eseguito da entrambe le parti – oppure no)¹⁵: infatti, se si dovesse ritenere che il

¹⁵ Il c.c.i., ha invece ritenuto di rendere chiarezza definitiva sul tema con riferimento al concordato preventivo: nel nuovo impianto dell’art. 97, infatti, non solo viene confermata la rubrica del “vecchio” articolo 169-bis, intitolato ai “contratti pendenti” (ciò che aveva già consentito di argomentare che la disposizione, per analogia con il concetto di “pendenza” riferito ai “rapporti” dall’art. 72 della legge fallimentare, dovesse fare riferimento ai «*contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti*» da entrambe le parti): ma – eliminando i residui margini di dubbio – si precisa *apertis verbis* che i “contratti pendenti” sono quelli «*ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda di*

concetto di pendenza fatto proprio dalla norma coincida con quello di cui agli artt. 97 e 172, se ne dovrebbe ritenere che in caso di attivazione di procedura di allerta in presenza di un contratto non eseguito o non completamente eseguito da una soltanto delle due parti, la circostanza potrebbe in astratto costituire causa di risoluzione dei contratti, o di revoca dell'affidamento bancario concesso.

A tale riguardo occorre anche aggiungere che, in questo ambito, il concetto di revoca dell'affidamento viene a costituire una "appendice" della fattispecie della risoluzione dei contratti: il che deve portare a ritenere che potrebbe essere preso in considerazione, *in questo caso*, anche il mutuo (che, perciò, non potrebbe essere "risolto" per effetto della attivazione della procedura di allerta): del mutuo, peraltro, potrebbe escludersi unicamente la risoluzione, ma non anche, ad esempio, l'attivazione della decadenza dal beneficio del termine, che è istituto distinto, ancorché comportante effetti pratici analoghi.

La precisazione per cui "sono nulli i patti contrari" sembra di dovere intendere come riferita alle clausole dei contratti che individuino nella attivazione di una procedura di allerta il presupposto oggettivo di una clausola risolutiva espressa, ovvero una causa di recesso da un rapporto di affidamento, o che comunque equiparino l'attivazione di una procedura di allerta ad una situazione di inadempimento. Questo peraltro non sembra poter escludere che – esattamente come rilevato per la disposizione contenuta nell'art. 186-bis, co. 3, l. fall. – laddove la situazione sostanziale in cui versa l'impresa (e che è alla base della segnalazione da parte dell'organo di controllo o dei creditori pubblici qualificati) possa essere dalla banca diversamente apprezzata (cioè: apprezzata indipendentemente dalla circostanza che la segnalazione sia effettuata – circostanza che la banca in linea di principio neppure potrebbe/dovrebbe conoscere), quella stessa situazione possa essere individuata negozialmente come fondamento di un evento risolutivo ovvero come causa di recesso della banca dal rapporto di affidamento.

Ma se questo, in definitiva, sembra essere il significato da doversi riconoscere alla norma, ci si potrebbe legittimamente domandare – almeno con riferimento all'ipotesi della revoca degli "affidamenti bancari concessi" – quale valore concreto possa avere la previsione, posto che, si ripete: a) la banca in quanto tale è estranea alla attivazione delle procedure di allerta, e conseguentemente non è in grado di avere cono-

scenza della loro attivazione; b) la norma non è tale da escludere che la situazione sottostante o fondante l'attivazione della procedura da allerta (vale a dire la sussistenza di "fondati indizi di crisi") possa essere autonomamente rilevata dalla banca e prevista negozialmente come evento incidente sulla "sopravvivenza" del contratto indipendentemente dalla attivazione della procedura di allerta. È pur vero che, in forza di quanto previsto dall'art. 4, co. 3, c.c.i. «*i creditori hanno il dovere, in particolare, di collaborare lealmente con il debitore, con i soggetti preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi (...)*»: ma parrebbe francamente eccessivo ritenere che, per definizione, qualsiasi comportamento della banca inteso alla salvaguardia della propria creditoria debba per ciò stesso considerarsi "sleale" o configurarsi come manifestazione di esercizio abusivo di un diritto, dovendosi caso per caso scrutinare le obiettive motivazioni del comportamento del finanziatore.

3.1. (Segue). L'accesso alla procedura di composizione assistita della crisi.

Pertanto, l'ambito operativo della norma (o, se si vuole, il margine della sua effettiva "utilità"), se riferito ai rapporti bancari, pare essere davvero ridotto: salvo a domandarsi – in caso di prosecuzione dei rapporti – quale sia la sorte dei contratti bancari di affidamento per l'ipotesi di accesso, su istanza del debitore, al "procedimento di composizione assistita della crisi". In questo caso la banca, in quanto creditore – e a differenza di quanto si è detto riguardo alle procedure di allerta – ben può venire a conoscenza della esistenza della procedura, ancorché questa, come previsto dal co. 2 dell'art. 12, si svolga *in modo riservato e confidenziale dinanzi all'OCRI*¹⁶, sicché la "salvaguardia" del contratto operata dal co. 3 pare avere un maggiore fondamento concreto (oltre che logico): i contratti pendenti, dunque, proseguiranno regolarmente, e potranno avere termine nei casi previsti dalla legge e dal contratto stesso, salvo che non si pervenga ad una loro rinegoziazione, nella forma dell'accordo di cui all'art. 19 co. 4, che sortirà come effetti «*gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento*» (esenzione dall'azione revocatoria; esimente penale).

Resta soltanto da chiedersi se tra il momento dell'accesso al procedimento di composizione assistita della crisi e quello dell'eventuale

¹⁶ Sul punto RANALLI, *Il successo della riforma dipende dall'OCRI: un accorato suggerimento al legislatore*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 4 dicembre 2018.

accordo i contratti bancari di affidamento non possano essere oggetto delle «*misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso*», richieste, a norma dell'art. 20 c.c.i., dal debitore che abbia fatto istanza di soluzione concordata dopo essere stato ascoltato dal collegio dell'OCRI. Tali misure, infatti (che soltanto dal punto di vista procedurale sono assimilate alle misure cautelari e protettive adottate su istanza di parte «*nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione*» di cui agli artt. 54 e 55 c.c.i.), paiono caratterizzate dalla sostanziale loro "atipicità": di talché, ad esempio, non potrebbe in astratto escludersi la richiesta (e l'ottenimento) di misure inibitorie delle facoltà negoziali della banca (quali ad esempio, la stessa possibilità di risolvere il contratto per motivazioni diverse dalla attivazione di allerta o dalla presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi). Al di fuori di questa ipotesi – e fermo restando quanto osservato in tema di applicazione dell'art. 12, co. 3, c.c.i. - non sembra che la posizione dell'intermediario bancario o finanziario si trovi ad essere modificata per effetto dell'ingresso nella procedura di composizione assistita: laddove quest'ultima dovesse mettere capo ad un accordo ai sensi dell'art. 19, la eventuale rimodulazione (quale che sia) del rapporto di credito, sarà stata oggetto di una formale rinegoziazione, ed, allora, resterà regolata dai termini di quest'ultima; laddove, invece, la procedura di composizione non dovesse sortire esito, pervenendo a conclusione secondo l'art. 21 c.c.i., non sembra che la "protezione" assicurata dall'art. 12, co 3 possa considerarsi ancora operativa. Sicché, fermo restando che l'intermediario resterà libero di ricorrere ai presidi contrattuali eventualmente previsti per porre termine al rapporto, l'eventuale prosecuzione di quest'ultimo resterà regolata o condizionata dalla tipologia di procedura che dovesse fare seguito (accordo di ristrutturazione, concordato preventivo, liquidazione giudiziale).

GIOVANNI FALCONE

