

Il diritto fallimentare e delle società commerciali

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Già diretta da

ITALO DE PICCOLI (1924-1940)

RENZO PROVINCIALI (1941-1981)

ANGELO BONSIGNORI (1982-2000)

GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

Direzione

Girolamo Bongiorno

Concetto Costa

Massimo Di Lauro

Elena Frascaroli Santi

Bruno Inzitari

Giuseppe Terranova

Gustavo Visentini

 edicolaprofessionale.com/DFSC



Wolters Kluwer

BRUNO INZITARI

Professore Ordinario di Istituzioni di diritto privato presso l'Università di Milano Bicocca

IL CURATORE È LEGITTIMATO ALL'AZIONE
DI RESPONSABILITÀ VERSO GLI AMMINISTRATORI
E LA BANCA PER ABUSIVA CONCESSIONE DI CREDITO
E AGGRAVAMENTO DEL DISSESTO ⁽¹⁾

Abstract: L'Autore tratta il tema della responsabilità solidale della banca per abusiva concessione di credito e degli amministratori per aver ricorso al credito ed aggravato il dissesto societario e commenta la più recente giurisprudenza in materia, che riconosce al Curatore fallimentare la legittimazione a far valere tale responsabilità ed ottenere il risarcimento del conseguente danno alla società e ai creditori sociali.

SOMMARIO: 1. La legittimazione del curatore. - 2. Il pregiudizio e la responsabilità per abusiva concessione di credito. - 3. Il *leading case* della Cassazione 20 aprile 2017, n. 9983.

1. *La legittimazione del curatore.*

Il tema della legittimazione del curatore nei confronti degli amministratori e di terzi per il pregiudizio causato con comportamento concorrente al patrimonio della società nella fase del dissesto precedente il fallimento della società, continua ad essere oggetto della giurisprudenza di legittimità e di merito. Una recente pronuncia del Tribunale di Prato ha riconosciuto la legittimazione del curatore all'azione per abusiva concessione di credito, secondo una articolata e nello stesso tempo lineare individuazione dei principi sui quali si fonda il riconoscimento della legittimazione.

⁽¹⁾ Ci permettiamo di rinviare per una più ampia trattazione ai nostri scritti: B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Danno e resp.*, anno n. 5/2005, Milano; Id., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione di credito e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, anno LXIV, Milano, fasc. 3-2001, p. 265 ss.; Id., *Responsabilità della Banca per concessione "abusiva" di credito*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, Volume VII, 1993, n. 3 (ora in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006).

La fattispecie presa in esame dal Tribunale di Prato investe la responsabilità degli amministratori e di terzi concorrenti nella causazione del danno consistente nell'aggravamento del dissesto e nella lesione della garanzia patrimoniale offerta ai creditori. Nel caso oggetto della sentenza la situazione di grave crisi di una società di persone (società in accomandita semplice), si è protratta nonostante lo stato di sostanziale decozione con conseguente decremento dell'attivo e incremento del passivo.

Gli amministratori, infatti, piuttosto che porre in liquidazione o domandare il fallimento della società hanno continuato a ricorrere al credito bancario. Nello stesso tempo la banca di riferimento ha continuato ad erogare o a mantenere e non revocare le esposizioni creditizie in essere. Tale condotta volta alla concessione di credito è stata tenuta dalla banca in carenza dei presupposti di meritevolezza, avendo colposamente o dolosamente omesso di considerare le condizioni patrimoniali del sovenuto, le quali, al contrario avrebbero imposto alla stessa banca di non concedere credito e di revocare linee di credito che al contrario venivano confermate o rinnovate nella scadenza. Il protrarsi dell'attività ha pertanto danneggiato il patrimonio della società, in quanto nel successivo conseguente fallimento le possibilità di soddisfazione dei creditori sociali sono risultate compromesse per effetto del grave deterioramento della garanzia offerta dal depauperato patrimonio della società fallita. Di qui il riconoscimento della legittimazione al curatore *ex art. 146 legge fallim.* che comprende infatti tanto l'azione sociale *ex art. 2393 cod. civ.* che l'azione dei creditori *ex art. 2394 cod. civ.* contro gli amministratori e contro le banche concorrenti nell'illecito commesso dall'organo gestorio.

L'interpretazione contraria alla ammissione della legittimazione del curatore muove dalla considerazione secondo cui, non spettando al curatore un potere di rappresentanza dei creditori, questi non può agire per il danno che i creditori abbiano subito in proprio in conseguenza delle false informazioni sulle effettive condizioni di crisi o d'insolvenza dell'impresa.

Fu principalmente questa la motivazione sulla base della quale la Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7029 esclude la legittimazione del curatore. In particolare, la Suprema Corte in quella occasione ritenne che la domanda risarcitoria formulata in primo grado fosse stata proposta dal curatore in rappresentanza dei creditori per il danno da essi subito ed a tale riguardo ebbe a motivare che, essendo il curatore sprovvisto di tale potere di rappresentanza, solo i creditori autonomamente avrebbero potuto far valere tali profili risarcitori. Nello stesso tempo la domanda volta a far valere il danno al patrimonio della società per effetto dell'aggravamento del passivo e la conseguente insufficienza del riparto a coprire il passivo,

formulata nello stesso giudizio dal curatore in quanto ritenuta nuova, fu considerata inammissibile e quindi non fu presa in considerazione dalla Cassazione.

Va peraltro considerato che nella stessa sentenza, in relazione alla fattispecie della abusiva concessione di credito, le Sezioni Unite della Cassazione ebbero modo in ogni caso di stabilire che *il danno da abuso di credito cagionato nei confronti dei terzi, creditori inclusi, ha natura aquiliana* e consiste *nel pregiudizio che segue all'insufficienza del riparto, pur dopo l'esperimento delle azioni esecutive*, ma, come si è detto, per le ragioni processuali già esposte non consentirono alla Corte di legittimità di valutare alla luce di tale regola la fattispecie concreta dedotta in giudizio.

Successivamente il medesimo tema è tornato all'attenzione della Suprema Corte con la sent. 1° giugno 2010, n. 13413, che ha riconosciuto la legittimazione del curatore ad agire ai sensi dell'art. 146 legge fallim. in via solidale sia nei confronti della banca che degli amministratori, ritenuti entrambi responsabili del danno conseguente alla ingiustificata erogazione di credito operata dalla banca sulla base della illegittima richiesta degli amministratori.

Anche in questo caso la Cassazione ritenne inammissibile la domanda in quanto giudicata nuova, ma nello stesso tempo non mancò di stabilire i seguenti rilevanti principi, ora ripresi e sviluppati dalla sentenza del Tribunale di Prato:

- il curatore è legittimato a far valere la responsabilità di terzi che abbiano causato o aggravato la situazione di dissesto e di insolvenza;
- l'azione del curatore è rivolta a far valere un ordinario credito risarcitorio fondato sul comportamento illecito contrattuale o extracontrattuale di coloro che hanno causato la situazione di dissesto;
- tale credito risarcitorio, lungi dall'aver carattere personale, fa parte della massa attiva del fallimento e di conseguenza spetta al curatore esercitarlo con le azioni più opportune;
- nel caso in cui l'evento dannoso sia imputabile a più persone (le quali potrebbero risponderne anche con diversi titoli di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale), si configura a carico dei responsabili del danno un'obbligazione solidale per la quale il curatore può richiedere l'adempimento per la sua totalità con azione separata anche ad uno solo dei coobbligati, non sussistendo nei confronti dei coobbligati in solido un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

Il Tribunale di Prato ha fatto piena applicazione di questi principi anche nel fallimento delle società in accomandita semplice. Al curatore spetta il compito di esercitare l'azione di responsabilità sociale o dei creditori contro

gli amministratori della società di persone e, conseguentemente, il curatore è legittimato ad agire nei confronti delle banche per aver concorso con le stesse nella responsabilità dell'organo gestorio nella causazione del danno, può proporre l'azione di responsabilità contro i terzi che abbiano danneggiato il patrimonio della società e pertanto, facendo propri e sviluppando quanto stabilito dalla Cass. n. 13413/2010, il giudice di Prato afferma che, in presenza di un unico fatto dannoso imputabile a più persone, l'adempimento del debito risarcitorio può essere richiesto per la sua totalità ad uno solo dei coobbligati solidali anche con azione separata, non sussistendo nei confronti dei coobbligati in solido un'ipotesi di litisconsorzio solidale.

Da ultimo va considerato che questo orientamento, sia pure in relazione ad una fattispecie diversa ma strettamente contigua e collegata, trova conferma nella recente e pressoché contemporanea sentenza della Cass., sez. un., 23 gennaio 2017, n. 1641 (a cui il giudice di Prato non ha potuto fare riferimento), che ha pienamente riconosciuto la legittimazione del curatore alla costituzione di parte civile nel procedimento per bancarotta fraudolenta, ai sensi dell'art. 240 legge fallim.

A questo riguardo va ricordato che in passato si sono manifestati diversi orientamenti in relazione alla legittimazione del curatore alla proposizione dell'azione di risarcimento del danno per bancarotta preferenziale.

Una parte della giurisprudenza riconosce la legittimazione del curatore, affermando che l'azione è volta *a rimediare ad un danno che riguarderebbe la massa dei creditori*. La conferma viene rinvenuta nell'art. 240 legge fallim, che consente al curatore (come pure sostanzialmente a tutti gli organi nominati nelle procedure concorsuali ed ora di risoluzione, vale a dire il commissario liquidatore ed il commissario speciale di cui al decreto di recepimento della Dir. 2014/59/UE, vale a dire della D.L. n. 180/2015)⁽²⁾, di costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati previsti nel titolo VI e quindi anche per il reato di bancarotta preferenziale di cui agli artt. 216, comma 3, 223 legge fallim. La previsione contenuta nello stesso art. 240 legge fallim, della possibilità, in mancanza della costituzione del curatore, per i creditori di costituirsi parte civile nel procedimento penale, comporta che anche il danno derivante dalla bancarotta

(²) Sulla disciplina della crisi bancaria secondo la disciplina della risoluzione introdotta con la Dir. 2014/59/UE v. B. INZITARI, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (D.lgs. n. 180 del 2015), in questa *Rivista*, 2016, I, p. 629 ss.; v. anche B. INZITARI, *Crediti deteriorati (NPL) aiuti di stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della commissione europea*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, anno LXXVIII, Milano, fasc. 6-2006, p. 641ss.

preferenziale debba essere configurato come danno alla massa e conseguentemente si verificherebbero le condizioni per il riconoscimento della legittimazione del curatore alla costituzione di parte civile.

In senso opposto un altro orientamento giurisprudenziale escludeva la possibilità per il curatore di costituirsi parte civile, ritenendo che il risarcimento del danno conseguente al reato di bancarotta preferenziale potesse essere fatto valere solo dai creditori, ciascuno per il danno - in termini di minore percentuale di soddisfazione del credito in sede fallimentare - direttamente ricevuto per effetto del pagamento preferenziale. In particolare, veniva affermato che dal pagamento preferenziale non deriverebbe un danno per la società in quanto il pagamento preferenziale avrebbe per essa addirittura carattere neutro, considerato che alla destinazione di risorse patrimoniali alla soddisfazione preferenziale, corrisponderebbe per pari importo l'estinzione della esposizione debitoria della società debitrice. Quest'ultima affermazione della mancanza della lesione al patrimonio della società comporterebbe, secondo quest'orientamento, che il curatore non sarebbe legittimato alla costituzione di parte civile e alla proposizione dell'azione di responsabilità ai sensi degli artt. 2393 e 2394 cod. civ. mentre piuttosto (sempre secondo questo orientamento), la legittimazione spetterebbe ai soli creditori *omnes vel singulatim*.

Le contraddizioni e l'inefficienza di tali divaricati orientamenti sono stati colti dalla terza sezione della Cassazione che, con ordinanza interlocutoria 26 luglio 2016, n. 15501, ha rimesso al Primo Presidente la questione per l'assegnazione alle Sezioni Unite.

L'ordinanza ha avuto sicuramente il pregio di cogliere l'elemento più rilevante dell'intera questione. Essa osserva che nella bancarotta fraudolenta, indicata solitamente nella giurisprudenza e nella dottrina quale bancarotta preferenziale, la tutela della *par condicio creditorum* è finalizzata a reprimere le condotte che si risolvono in un *pregiudizio per la massa dei creditori*. Infatti, secondo l'ordinanza in parola, l'interesse alla tutela risarcitoria risiede non solo per il singolo creditore ma per la massa dei creditori, nel rispetto dei principi di cui all'art. 2740 cod. civ., vale a dire nella tutela della garanzia patrimoniale offerta dal patrimonio della società debitrice.

L'oggetto della tutela del reato di bancarotta preferenziale, argomenta quindi l'ordinanza, deve essere individuato nella tutela degli effetti dannosi della lesione della *par condicio creditorum*, i quali vengono individuati nella *diminuzione della massa attiva di pertinenza del ceto creditorio con correlativa diminuzione della stessa*, per la cui tutela è legittimato il curatore con l'esercizio dell'azione *ex art. 2394 cod. civ.*

I principi stabiliti dalle Sezioni Unite con la successiva pronuncia del 23 gennaio 2017, n. 1641, consentono di superare ingiustificate contraddizioni interpretative che finivano per compromettere la stessa certezza del diritto in un settore così rilevante quale quello del governo delle responsabilità connesse alle conseguenze pregiudizievoli dell'insolvenza.

Al curatore, argomentano le Sezioni Unite, l'art. 146 legge fallim. attribuisce l'esercizio dell'azione sociale *ex art. 2393 cod. civ.* e dell'azione di responsabilità verso i creditori sociali *ex art. 2394 cod. civ.*, le quali, *in ragione dell'art. 146 legge fallim.*, vanno considerate quali azioni di massa. Tale legittimazione, è del resto confermata anche nel nuovo testo dall'art. 146 legge fallim., come sostituito dal D.Lgs. 9 gennaio 2016, n. 5, art. 130, che prevede la legittimazione generale del curatore ad *esercitare qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società* (Cass., sez. I, 21 luglio 2010, n. 17121), secondo una previsione unitaria sia in sede penale, che in sede civile, per tutte le azioni esercitabili nei confronti degli amministratori e dei terzi concorrenti.

L'interpretazione secondo cui i pagamenti preferenziali effettuati dagli amministratori nella fase di dissesto della società sarebbero atti neutri per il solo fatto che il pagamento del debito comporta una diminuzione del passivo in misura pari alla diminuzione dell'attivo, secondo la decisione delle Sezioni Unite non è corretta e non può essere condivisa. La sentenza in parola, con espressioni della motivazione quanto mai ferme e decise, afferma che si tratta di un *assunto palesemente erroneo*, in quanto gli atti preferenziali comportano l'impiego di risorse che diminuiscono la massa attiva a disposizione dei creditori con un pregiudizio delle ragioni di credito dell'intera massa creditoria. I pagamenti preferenziali, comportano la riduzione del patrimonio disponibile, con la conseguenza che, nella fase del dissesto, tale diminuzione si traduce nell'inadeguatezza della garanzia patrimoniale che la società deve offrire ai creditori e quindi comportano la violazione del dovere di conservazione del patrimonio della società, quale oggetto della garanzia patrimoniale offerta ai creditori.

Sulla base delle argomentazioni delle Sezioni Unite è possibile dedurre la rilevante diversità di funzioni e di finalità tra le azioni di responsabilità alle quali il curatore è legittimato dall'art. 146 legge fallim. e le azioni che derivano, in quanto sorgono con il fallimento, ai sensi dell'art. 24 legge fallim.

È nota ed evidente la netta diversità che si riscontra nella azione revocatoria che costituisce la più significativa delle azioni che derivano dal fallimento. Essa è diretta a rimuovere il pregiudizio subito dalla società e dai creditori a causa della avvenuta destinazione preferenziale delle risorse del patrimonio sociale; ha il solo fine di riportare al concorso i creditori che

se ne erano sottratti profittando del vantaggio del pagamento preferenziale e quindi sotto nessun profilo richiede che il curatore provi l'incidenza dell'atto di disposizione sulla *par condicio creditorum*, come pure sulla garanzia patrimoniale. Al curatore non è richiesto infatti di dimostrare il danno conseguente al compimento dell'atto di disposizione oggetto della revocatoria, né di accertarne la misura e l'incidenza sulla *par condicio creditorum*, profili questi che sono estranei al giudizio della revocatoria.

L'interesse che è alla base dell'azione revocatoria fallimentare, affermano le Sezioni Unite, ha *natura procedimentale* ed è volto a reagire alle conseguenze che l'insolvenza comporta per il concorso dei creditori riconducendo al concorso chi se ne è sottratto, secondo un meccanismo che non è certo risarcitorio ma piuttosto volto, attraverso la dichiarazione della inefficacia dell'atto preferenziale, alla restituzione alla massa nel quadro di una successiva partecipazione al concorso attraverso l'ammissione al passivo prevista dall'art. 70 legge fallim.

Ben diverso è il pregiudizio che il pagamento preferenziale comporta per la massa dei creditori, in quanto, osservano le Sezioni Unite, anche da un punto di vista contabile, il pagamento di un creditore in misura superiore a quanto otterrebbe in sede concorsuale, comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale che si traduce in un evidente danno imputabile agli amministratori per violazione del dovere di conservazione del patrimonio sociale, con pregiudizio dunque oltre che per la società anche per i creditori, i quali vedono compromessa o annullata la garanzia patrimoniale che il patrimonio della società deve assicurare per l'adempimento delle obbligazioni con essi contratte.

Ne consegue che al curatore fallimentare deve essere riconosciuta legittimazione attiva unitaria in sede penale come in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società, al fine di far valere il danno al patrimonio e quindi alla garanzia patrimoniale posta a tutela dei creditori, per fatti che, come nella bancarotta preferenziale, hanno pregiudicato la consistenza del patrimonio e quindi diminuito o annullato le possibilità di soddisfazione dei creditori nel successivo fallimento.

I principi stabiliti con le pronunce della Cassazione prese in esame, confermano le linee interpretative che individuano nell'ingiustificata erogazione del credito a soggetti privi del merito creditizio, i presupposti per l'attribuzione di una responsabilità risarcitoria. In particolare ricorre la responsabilità degli amministratori quando questi, piuttosto che disporre le più opportune misure volte tutelare il patrimonio o comunque non aumentare l'indebitamento o il dissesto, hanno, secondo le più diverse

modalità, sollecitato nuove erogazioni di credito oppure hanno continuato, al di fuori dei presupposti di meritevolezza, ad utilizzare linee di credito già precedentemente accordate. A questo riguardo, il pregiudizio che viene causato dal comportamento degli amministratori consiste, come definito dalle Sezioni unite n. 1641/2017, nella *minore disponibilità patrimoniale cagionata dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori*. Si tratta pertanto di un danno che nello stesso tempo pregiudica sia la società, che i creditori, considerata la funzione di garanzia che il patrimonio sociale svolge per quest'ultimi.

Al curatore è affidato il compito di far valere i diritti e le azioni volti a conservare il patrimonio sociale, il quale nello stesso tempo svolge la funzione di risorsa per la società e per i creditori sociali quale garanzia patrimoniale. Spetta al curatore assolvere a tale compito con l'esercizio delle azioni, azioni di massa e azioni che derivano dal fallimento.

Dal fallimento derivano le diverse azioni revocatorie che costituiscono infatti specifiche fattispecie che hanno quale presupposto la dichiarazione di insolvenza ed il concorso dei creditori, ma derivano anche altri principi e strumenti al cui esercizio è legittimato il curatore fallimentare, quali ad esempio il principio della inopponibilità degli atti secondo l'art. 45 legge fallim., l'azione di simulazione che può essere provata dal curatore facendo valere la posizione di terzo secondo quanto previsto dall'art. 1417 cod. civ., come pure altre azioni o eccezioni che, per effetto del fallimento, involgono questioni di diritto connesse intrinsecamente con le norme e i principi concorsuali; ad esempio, le azioni che hanno ad oggetto, come materia del contendere, il diritto del curatore a sciogliersi dai contratti pendenti; ma anche la revocatoria ordinaria *ex art. 66 legge fallim.*, che nel fallimento può essere esperita solo dal curatore per fare dichiarare la "...inefficacia degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori", quindi a vantaggio di tutti i creditori concorsuali.

La cosiddetta categoria delle *azioni di massa* è solo dottrinarie e non legislative, richiamata dalla giurisprudenza, ma non suscettibile di essere considerata normativa, ed in ogni caso contrassegnata da confini incerti.

Possono essere definite di massa tutte quelle azioni che non sorgono per effetto dell'insolvenza o quale specifico strumento di realizzazione del concorso fallimentare, ma che sono fatte valere dal curatore quali strumenti di diritto comune e non di diritto speciale fallimentare per la conservazione o la ricostituzione del patrimonio della società fallita.

A tale riguardo, come anche rilevato dalla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 1641/2017, tale azione necessariamente realizza la reintegrazione della garanzia patrimoniale e realizza quindi indistintamente l'interesse di

tutti i creditori. Infatti la difesa e la reintegrazione del patrimonio della società, una volta che il patrimonio sociale è sottoposto alla esecuzione collettiva concorsuale, per definizione realizza in primo luogo l'interesse di tutti i creditori concorsuali indistintamente, vale a dire realizza un interesse della massa e solo dopo per l'eventuale residuo l'interesse dei soci dell'impresa fallita.

Se è corretto ritenere che tutte le azioni *ex art. 24 legge fallim.*, in quanto dirette a ricostruire il patrimonio anche se con misure e principi attivabili solo con il fallimento, siano "azioni di massa", non si può dire il contrario in quanto non tutte le "azioni di massa rientrano nel novero di quelle *ex art. 24 legge fallim.*, che sorgono con il fallimento e si basano su principi e fattispecie dipendenti e connessi con la avvenuta dichiarazione di fallimento.

In altre parole non vi è corrispondenza tra le varie azioni *ex art. 24 legge fallim.* e le cc.dd. azioni di massa (di cui fanno parte quelle *ex art. 146 legge fallim.*), l'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali *ex art. 146 legge fallim.* (con legittimazione ad esperire sia l'azione della società che quella dei creditori sociali) è "azione di massa", ma non rientra nel novero delle azioni che derivano dal fallimento *ex art. 24 legge fallim.*, per il fatto che coincide con l'azione che preesisteva al fallimento. Orbene, anche l'azione di abusiva concessione di credito (proposta nei confronti della banca in via solidale con gli amministratori *ex art. 2043 cod. civ. e/o 2393/2394 cod. civ. ecc.*) è azione di massa, ma non è azione *ex art. 24 legge fallim.* perché non deriva dal fallimento nel senso sopra spiegato nello stesso modo anche l'azione verso l'amministratore e il terzo per pagamento preferenziale è «azione di massa»: come risulta dalla motivazione della Cass. a sez. un., nella citata sentenza 1641/2017.

2. *Il pregiudizio e la responsabilità per abusiva concessione di credito.*

L'ingiustificato ricorso al credito che, a sua volta, la banca ingiustificatamente eroga o mantiene, comporta sul patrimonio del sovvenuto diversi effetti, da ultimo messi in luce dalla sentenza del Tribunale di Prato.

L'elemento che complessivamente caratterizza tale pregiudizio è costituito dall'aggravamento del dissesto che deriva dalla continuazione della attività, in una fase in cui le condizioni patrimoniali della società avrebbero imposto la interruzione della attività, la liquidazione o il ricorso alle più opportune procedure concorsuali. Tale pregiudizio è causato dal concorrente comportamento degli amministratori e della banca. I primi, perché utilizzano il credito ottenuto o mantenuto quale improprio strumento per continuare l'attività, la banca perché con l'erogazione o il mantenimento

del credito ha fornito agli amministratori i mezzi perché questi continuassero nella attività, concorrendo pertanto nella causazione del danno.

Sulla base di questo presupposto la *responsabilità aquiliana* della banca (come definita dalla sentenza della Sezioni Unite 7029/2006), per concessione abusiva di credito, viene fatta valere dal curatore, secondo una piena legittimazione ad agire in concorso con l'organo gestorio *ex art. 2393 e art. 2394 cod. civ.* e tale legittimazione, come rileva la decisione del Tribunale di Prato, riprendendo gli insegnamenti della Cassazione 13413/2010, poi ulteriormente confermati dalle Sezioni Unite 1641/2017, è pienamente riconosciuta dall'art. 146 legge fallim., che racchiude in sé le azioni *ex artt. 2393 e 2394 cod. civ.*, cioè sia l'azione sociale che dei creditori sociali ed è diretta alla reintegrazione del patrimonio della fallita.

Come è noto, nella legge fallimentare non si rinviene una definizione delle cosiddette azioni di massa. Il curatore si sostituisce nei diritti e nelle azioni del soggetto fallito in coerenza con un generale principio di successione nel patrimonio. Tali diritti ed azioni vengono esercitati dal curatore in coerenza con l'interesse proprio della procedura fallimentare, la quale deve realizzare l'interesse dei creditori alla più ampia soddisfazione, nella più efficiente ed ordinata realizzazione del patrimonio del fallito.

Ne consegue che l'esercizio dei diritti e delle azioni che già appartenevano o, come si suol dire, *si trovavano* nel patrimonio del fallito, diviene nelle mani del curatore il primo degli strumenti che il curatore deve necessariamente utilizzare per la difesa, ricomposizione e recupero di tutte le risorse che componevano o comunque possono essere riconducibili al patrimonio del debitore fallito.

Gli strumenti che erano nel patrimonio vengono in questo caso utilizzati per perseguire, piuttosto che un *interesse individuale*, quale era quello del fallito (che nella sua autonomia aveva la scelta di far valere o meno diritti o azioni), un interesse del tutto diverso e cioè un *interesse collettivo* dei creditori alla più ampia ed ordinata liquidazione del patrimonio e soddisfazione dei crediti, il cui esercizio non è certo infatti una *facoltà* ma un *dovere* che trova l'unico limite nella valutazione da parte del curatore della *convenienza* all'esercizio della azione specificamente previsto dall'art. 35 legge fallim.

In funzione della realizzazione concorsuale della *par condicio creditorum*, al curatore è riconosciuta una legittimazione esclusiva che al contrario è preclusa ai creditori sulla base della stessa *ratio* del divieto delle azioni esecutive individuali stabilito dell'art. 51 legge fallim.

Ne consegue che ai creditori residua una legittimazione solamente per la responsabilità per danni direttamente subiti principalmente secondo i principi di cui all'art. 2935 cod. civ. ed eventualmente secondo la più

generale clausola dell'art. 2043 cod. civ., sempre peraltro attraverso uno scrutinio dell'effettiva natura diretta del danno subito dal creditore.

Nello stesso tempo va considerato che le azioni che derivano dal fallimento hanno carattere del tutto speciale e non possono che essere del tutto estranee al fallito ed al patrimonio del fallito. Esse sono strumenti che il curatore può far valere perché secondo la legge fallimentare esso ricopre la posizione di terzo in un ruolo che mai il fallito avrebbe potuto assumere.

Il curatore, in quanto terzo, può avvalersi della inopponibilità degli atti secondo l'art. 45 legge fallim., potrà assolvere all'onere della prova nella posizione di terzo piuttosto che di parte nella azione di simulazione del contratto art. 1417 cod. civ., come pure potrà far valere, in relazione agli atti di disposizione del fallito, le azioni revocatorie nelle forme e nei limiti della speciale inefficacia relativa della quale appunto mai il fallito potrebbe avvalersi perché parte, mentre piuttosto è solamente il curatore legittimato quale terzo, al solo fine di recuperare risorse precedentemente uscite dal patrimonio del fallito a vantaggio del concorso dei creditori.

Al di fuori di questo ambito delle azioni che derivano dal fallimento l'interesse perseguito dal curatore, qualunque sia l'azione da esso esercitata, ha quale finalità la difesa e l'incremento del patrimonio al fine di fornire ai creditori la massa attiva più ampia possibile e le azioni di responsabilità contro gli amministratori che il curatore fa valere in base alla legittimazione attribuitagli dall'art. 146 legge fallim., come ha affermato anche da ultimo la Cass., sez. un., n. 1641/2017, sono comunque volte a reintegrare il patrimonio sociale dalle diminuzioni subite per effetto della condotta degli amministratori, al fine di rendere il patrimonio stesso idoneo a svolgere la funzione di efficiente garanzia patrimoniale dei creditori concorrenti.

Il diritto e l'interesse della società e dei creditori concorsuali al risarcimento richiesto dal curatore sulla base della legittimazione riconosciuta *ex art. 146 legge fallim.* si sovrappongono e si integrano sino a divenire un unitario diritto, azione ed interesse alla reintegrazione della garanzia patrimoniale originariamente offerta dal patrimonio della società. Questa, per effetto della sopravvenuta procedura di liquidazione fallimentare, costituisce infatti la massa attiva destinata alla soddisfazione concorsuale dei creditori.

L'azione di responsabilità verso gli amministratori per ingiustificato ricorso al credito e verso la banca per abusiva concessione di credito, è volta a realizzare la medesima tutela e il medesimo interesse alla reintegrazione del patrimonio della società. Quest'ultimo infatti, a causa del concorrente comportamento degli amministratori e della banca, ha subito una diminuzione del suo valore per effetto dell'ampliamento del passivo e dell'aggravamento del dissesto.

Considerata la responsabilità solidale degli amministratori e della banca derivante da comportamenti diversi ma concorrenti nella causazione dello stesso pregiudizio, *il curatore è legittimato nei confronti della banca, quale responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita dall'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della stessa società, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione anche contro l'amministratore infedele*, (così Cass., n. 13413/2010).

Questi principi hanno trovato applicazione nella citata sentenza del Tribunale di Prato in relazione al fallimento della società di persone: *il curatore che agisce con l'azione sociale lo fa sostituendosi non agli autori dell'illecito, cioè agli amministratori, ma alla società che nei confronti degli amministratori avrebbe dovuto agire. Pertanto se gli amministratori hanno posto in essere una condotta concorrente con quella di un terzo, quest'ultimo ben potrà rispondere nei confronti della società e, dopo la dichiarazione di fallimento, del curatore in rappresentanza della massa. Il fatto che gli amministratori della società siano anche soci illimitatamente responsabili della stessa non muta questo convincimento: [considerata] l'alterità tra la società di persone, sebbene sprovvista di personalità giuridica, e i suoi soci, questa autonomia soggettiva impedisce di ritenere che la condotta del socio amministratore causativa di un danno al patrimonio sociale sia automaticamente imputabile alla società, con il paradosso che quest'ultima avrebbe arrecato un danno a se stessa (fermo restando che, nei confronti dei terzi che con quella società vengono in contatto l'operato degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza è direttamente imputabile alla società)*.

La configurazione dell'illegittimità della condotta della banca nella ingiustificata erogazione del credito viene ricondotta dal Tribunale di Prato alla violazione delle regole professionali che sovrintendono l'attività del *bonus argentarius*, quali la mancata o inadeguata valutazione di tutti gli elementi che le stesse istruzioni di Banca d'Italia con la circolare 229 del 1999 e successive modificazioni stabilisce al fine del corretto esercizio della erogazione del credito.

Il rischio di credito infatti, secondo la citata normativa di settore, deve essere effettuato secondo un processo stabilito nel regolamento interno della banca periodicamente sottoposto a verifica ed aggiornato. L'erogazione del credito può essere quindi effettuata sulla base di un processo di valutazione che, nelle diverse fasi previste (istruttoria, erogazione monitoraggio delle posizioni, revisione delle linee di credito, interventi in caso di anomalia), consentono alla banca di valutare il merito creditizio del sovenuto, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, che peraltro deve tenere anche conto di una corretta remunerazione del rischio assunto. Tanto nella fase istruttoria

che in quella dell'erogazione del credito, come pure nelle successive fasi di monitoraggio e di revisione, le informazioni fornita dalla Centrale dei rischi costituiscono una ulteriore base informativa continuamente aggiornata, che la banca ha il dovere di acquisire per conoscere l'evoluzione della esposizione debitoria del sovenuto, le connessioni con altri soggetti ed istituti bancari, il valore ed il ruolo delle garanzie, le diverse manifestazione di tensione o di crisi attraverso le segnalazioni di sconfinamenti del credito accordato.

È peraltro nota l'attenzione che, particolarmente a seguito della costruzione ed entrata in vigore della disciplina europea sul settore bancario, viene riservata al carattere pregiudizievole non solo per la banca ma anche per il sistema, della crescita del volume dei crediti deteriorati, per buona parte derivante da un non corretto esercizio della erogazione del credito, le cui conseguenze investono la stessa idoneità dei patrimoni di vigilanza delle banche.

Del tutto prive di consistenza risultano le affermazioni che talora vengono avanzate, secondo le quali si dovrebbe escludere il carattere pregiudizievole del finanziamento non correttamente erogato a soggetto immeritevole di credito in quanto il finanziamento, anche se erogato a soggetto immeritevole o in dissesto, di per sé comporterebbe un vantaggio piuttosto che un danno per chi la riceve.

In realtà il finanziamento per sua natura non comporta un'attribuzione patrimoniale definitiva e gratuita bensì, nel momento stesso in cui viene effettuato, fa sorgere una obbligazione restitutoria non solo del capitale ma anche del corrispettivo in termini di interessi e altre voci del finanziamento. I finanziamenti concessi vengono iscritti all'attivo quali *disponibilità liquide* e risultano bilanciati al passivo dalla corrispondente voce *debiti verso banche*, aumentata rispetto alla prima del valore attuale del debito per interessi ed oneri. Di conseguenza, neanche sulla base della più approssimativa semplificazione il finanziamento potrà mai essere considerato come un evento che arricchisce e incrementa il patrimonio del sovenuto.

Va infine considerato che, mentre l'impresa efficiente e meritevole di credito potrà utilizzare le risorse acquisite attraverso il finanziamento per destinazioni effettivamente produttive con possibile vantaggio e rafforzamento del patrimonio, il soggetto immeritevole di credito assai difficilmente potrà attuare un adeguato piano di utilizzazione della liquidità ottenuta con il finanziamento. Essa verrà destinata a pagare i debiti a breve secondo un criterio opportunistico di mera e contingente urgenza, con l'effetto di occultare il dissesto e permettere agli amministratori quella pregiudizievole continuazione della attività, che altrimenti senza il supporto della banca non sarebbe stata possibile.

3. *Il leading case della Cassazione 20 aprile 2017, n. 9983.*

Tali orientamenti hanno avuto piena conferma da parte Cassazione con la recente sentenza della Prima Sezione del 20 aprile 2017, n. 9983.

Quest'ultima pronuncia ha riconosciuto la legittimazione del curatore fallimentare a far valere, in via solidale, la responsabilità conseguente al concorrente comportamento da un lato della banca per l'ingiustificata erogazione o mantenimento del credito alla società e dall'altro degli amministratori per la pregiudizievole continuazione, in assenza dei presupposti, dell'attività della società.

Di qui l'affermazione da parte della Cassazione, della responsabilità solidale per l'aggravamento della perdita con determinazione del danno risarcibile, secondo il criterio dei netti patrimoniali rettificati attraverso un confronto con situazioni patrimoniali omogenee.

Nel procedimento deciso dalla Cassazione le decisioni di merito emesse in questo caso dal Tribunale di Monza e dalla Corte d'Appello di Milano, avevano escluso la legittimazione del curatore ritenendo: i) che l'azione fatta valere dal curatore fosse volta a favore o addirittura fosse stata proposta in rappresentanza dei creditori danneggiati dal ritardato accertamento dell'insolvenza; ii) che la partecipazione della società finanziata all'illecito escluderebbe la pretesa risarcitoria; iii) che le banche non potrebbero avere il duplice ruolo di creditrici dell'impresa fallita e responsabili del danno prodotto; ii) che il finanziamento non avrebbe carattere lesivo in quanto agevolerebbe il finanziato e che la utilizzazione del finanziamento costituirebbe elemento estraneo alla erogazione stessa.

La Cassazione esclude la fondatezza di tali argomenti che vengono rigettati perché gravemente insufficienti, viziati da errore di diritto e motivati in modo astratto ed apodittico.

Si tratta di argomenti che non furono neanche presi in considerazione dalla sentenza delle Sezioni Unite 28 marzo 2006, n. 164, la quale, al contrario come ho già ricordato, ebbe a stabilire che *il danno da abuso di credito cagionato nei confronti dei terzi, creditori inclusi, ha natura aquiliana e consiste nel pregiudizio che segue all'insufficienza del riparto, pur dopo l'esperimento delle azioni esecutive*. In quel giudizio del 2006 avanti alla Suprema Corte la domanda proposta dal curatore fu rigettata dalle Sezioni Unite per ragioni processuali che non consentirono alla Corte di legittimità di valutare alla luce di tale regola la fattispecie concreta dedotta in giudizio.

La portata ed il significato di quella pronuncia delle Sezioni Unite viene, pertanto, opportunamente ed adeguatamente inquadrato dalla pronuncia della Cass., n. 9983/2017, la quale rileva infatti che la decisione di esclusione della legittimazione del curatore all'azione verso la banca per

abusiva concessione di credito, fu assunta dalle Sezioni Unite sulla base della considerazione che in quel giudizio la domanda risultava dal curatore formulata in rappresentanza dei creditori e conseguentemente risultava inammissibile perché, analogamente all'azione *ex art. 2395 cod. civ.*, una siffatta domanda è volta a reintegrare il patrimonio del singolo creditore, la cui posizione può risultare peraltro differentemente articolata temporalmente a secondo le più diverse circostanze.

Diversa e del tutto ammissibile, afferma la Cass., n. 9983/2017 è al contrario l'azione nella quale il fallimento deduca a fondamento della sua pretesa la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto o immediato causato al patrimonio di questo dall'attività di finanziamento, azione che spetta al curatore quale successore nei rapporti del fallito e che viene da questi fatta valere a tutela del patrimonio della società.

Le Sezioni Unite non avevano affatto rigettato una tale domanda - rileva correttamente la sent. n. 9983/2017 - anzi al contrario era stata presa in considerazione perché proposta dal curatore ma era stata respinta solo per un motivo processuale, in quanto ritenuta nuova rispetto alla iniziale formulazione della domanda contenuta nell'atto di citazione.

Ne consegue, osserva sempre la sent. n. 9983/17, che alla diversa conclusione di ammissibilità della domanda si deve giungere allorché il curatore, come nel caso di specie abbia dedotto a fondamento della azione la responsabilità della banca verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto e immediato causato al patrimonio di questo dall'attività di finanziamento, pregiudizio che il curatore è pienamente legittimato a far valere quale successore dello stesso fallito.

La Cassazione, ritenuta decisiva la circostanza che tale profilo di responsabilità fosse stato azionato dalla curatela, individua, quindi, i principi e le norme poste a presidio della correttezza del comportamento degli amministratori e della banca nella erogazione del credito.

Il riferimento è al ricorso abusivo al credito di cui all'art. 218 legge fallim. che sanziona l'amministratore della società finanziata che si avvale del credito allorché sia stata accertata la perdita del capitale sociale della società. Tale comportamento degli amministratori si integra con un concorrente illecito della banca, la quale, in violazione del principio della *sana e prudente gestione*, di cui all'art. 5 del TUB (principio cardine dell'intera attività creditizia affermato anche agli artt. 14, 19, 20, 25, 36, 37 *ter*, 56, 57, 61, 67 *ter*), eroga o mantiene il credito erogato a soggetto immeritevole a ricevere il credito stesso.

Il carattere concorrente del comportamento illecito deriva, osserva la sentenza, dal fatto che l'ingiustificata richiesta di credito direttamente o indirettamente fatta valere dagli amministratori, trova accoglimento nell'altrettanto ingiustificata ed imprudente concessione di credito da parte della banca. Entrambi i concorrenti comportamenti danno luogo con pari efficienza causale al fatto dannoso che si identifica nel ritardo nell'emersione del dissesto e nel conseguente aggravamento della perdita, verificatasi prima del fallimento.

Ne consegue l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria in via solidale, considerato che gli elementi costitutivi della fattispecie sono costituiti dagli atti e comportamenti di *mala gestio* degli amministratori dei quali la banca, con un comportamento segnato dall'inosservanza dei principi e delle regole che sovrintendono alla attività di erogazione del credito si è resa complice con la erogazione del tutto ingiustificata di finanziamenti o con il mantenimento dei finanziamenti già erogati, omettendo in quest'ultimo caso di porre in essere le dovute iniziative di revoca del credito erogato a soggetto non meritevole del finanziamento.

Il danno, secondo la Cassazione può essere a sua volta quantificato piuttosto che nella differenza tra attivo e passivo (criterio questo da tempo abbandonato e che erroneamente nel procedimento in questione la Corte d'Appello affermava fosse stato richiesto dal curatore), nella differenza tra l'esposizione debitoria alla data in cui il capitale è andato perduto e l'esposizione debitoria riscontrata al momento della dichiarazione di fallimento.

I principi stabiliti dalla Cassazione hanno avuto immediata applicazione nella sentenza del Trib. Milano n. 45992/2017 che in un procedimento promosso dal curatore fallimentare nei confronti delle banche per abusiva concessione di credito in concorso con gli amministratori già condannati in un precedente giudizio, ha rigettato le eccezioni pregiudiziali sollevate dalle banche convenute sulla carenza di legittimazione del curatore.

ABSTRACT: The Author debates about the jointly liability of the bank and the corporate managers connected to abusive access to credit and increase of patrimonial losses and analyzes the most recent jurisprudence on the subject, that recognizes to the Insolvency Administrator the legal standing to demand the judicial check of this liability and the reparation of damages suffered by the society and creditors.