



diritto ed economia dell'impresa

Diretta da LUCIANO M. QUATTROCCHIO

3 - 2021

INTERVENTI di

*M. Callegari, M. Irrera, M. Dapri, P. De Vincentiis,
L.M. Quattrocchio, F. Bellando, D. Zaniolo*

APPROFONDIMENTI di

L.M. Quattrocchio, B.M. Omegna, V. Bellando, F. Cappello

SAGGI di

F. Rizzo, S.A. Cerrato



G. Giappichelli Editore – Torino

Rivista telematica bimestrale 3 - 2021 • Iscrizione al R.O.C. n. 25223
ISSN 2499-3158

Indice

pag.

Interventi

La concessione e il monitoraggio del credito

M. CALLEGARI, Il quadro di riferimento europeo	383
M. IRRERA, Il quadro di riferimento italiano	395
M. DAPRI, L'operatività bancaria	407
P. DE VINCENTIIS, Le nuove linee guida dell'EBA in merito di affidamento e monitoraggio dei prenditori. Aspetti tecnici e ricadute sugli istituti di credito	420
L.M. QUATTROCCHIO-F. BELLANDO, Profili concorsuali della concessione abusiva del credito	427
D. ZANIOLO, La concessione abusiva di credito	438

Approfondimenti

L.M. QUATTROCCHIO-B.M. OMEGNA-V. BELLANDO, Il contratto di <i>leasing</i> . L'esercizio (o il mancato esercizio) del diritto di riscatto e i riflessi in tema di usura	446
F. CAPPELLO, Il benessere equo e sostenibile in Piemonte e nella provincia di Cuneo	488

Saggi

F. RIZZO, La responsabilità degli amministratori alla prova del Codice della Crisi dell'impresa e dell'insolvenza	499
S.A. CERRATO, Smart contracts: toward a new contract law?	532

Il quadro di riferimento italiano*

Italian framework

Maurizio Irrera **

ABSTRACT

L'intervento mira ad illustrare il quadro di riferimento italiano della concessione e del monitoraggio del credito, avuto particolare riguardo alle esigenze creditizie in tempi pandemici. In tale prospettiva di analisi, l'autore analizza – *inter alia* – l'impatto degli orientamenti EBA, la responsabilità per mancata o errata valutazione del merito creditizio, nonché i riflessi nell'ambito del sovraindebitamento.

Parole chiave: monitoraggio – credito – concessione

The paper aims to illustrate Italian reference framework for the granting and monitoring of credit, with particular regard to credit needs in pandemic times. In this perspective of analysis, the author analyzes – inter alia – the impact of the EBA guidelines, the responsibility for missed or incorrect assessment of creditworthiness, as well as the repercussions in the context of over-indebtedness.

Keywords: monitoring – credit – granting

SOMMARIO:

1. Una premessa: esigenze creditizie in tempi pandemici. – 2. L'impatto dei nuovi Orientamenti EBA in materia di concessione e monitoraggio del credito. – 3. Merito creditizio e art. 13, lett. m), Decreto Liquidità. – 4. Responsabilità per mancata o erronea valutazione del merito creditizio. – 5. Merito creditizio e sovraindebitamento.

* L'articolo riproduce, con l'aggiunta di note, l'intervento tenuto al Convegno *La concessione e il monitoraggio del credito*, organizzato dalla Scuola di Amministrazione Aziendale di Torino in data 18 marzo 2021.

** Professore Ordinario presso l'Università degli Studi di Torino, Avvocato.

1. Una premessa: esigenze creditizie in tempi pandemici

Il tema della valutazione del merito nelle fasi di concessione e monitoraggio del credito, già di per sé piuttosto delicato, diviene particolarmente sensibile in un periodo come quello odierno, che vede ampi settori economici e produttivi gravemente pregiudicati dagli effetti della pandemia da Covid-19.

Per rispondere alla crisi, il legislatore italiano ha operato lungo due direttrici: *in primis*, iniettando e favorendo l'iniezione di liquidità¹ attraverso ristori ed indennizzi alle categorie maggiormente colpite; mediante agevolazioni al ricorso al credito, ad esempio offrendo forme di garanzia statale ai finanziamenti concessi nel periodo emergenziale, concedendo la possibilità di rimborsare la quota capitale dei prestiti emergenziali a partire dal ventiquattresimo mese successivo all'erogazione², o escludendo l'applicazione dell'art. 2467 c.c. ai prestiti concessi dai soci nel medesimo periodo³.

In secondo luogo, ha concesso la possibilità di procrastinare *ex lege* il pagamento di mutui in corso⁴; rinviato l'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi (e, con esso, del sistema di allerta preventiva dello stato di crisi su cui il Codice si fonda)⁵; ha temporaneamente sospeso l'applicazione delle norme relative al licenziamento del personale⁶, alla riduzione del capitale sociale per

¹ Già in un lucido intervento sul *Financial Times* del 25 marzo 2020, il Presidente M. DRAGHI osservava che: «per proteggere l'occupazione e la capacità produttiva in un periodo di grave perdita di reddito è indispensabile introdurre un sostegno immediato alla liquidità. Questo è essenziale per consentire a tutte le aziende di coprire i loro costi operativi durante la crisi, che si tratti di multinazionali o, a maggior ragione, di piccole e medie imprese, oppure di imprenditori autonomi». Il testo dell'articolo, con la traduzione in italiano, è disponibile su www.federalismi.it.

² Cfr. art. 13, lett. m), D.L. n. 23/2020, su cui v. più specificamente *infra*, § 3.

³ Cfr. art. 8, d.l. n. 23/2020.

⁴ La misura, prevista dall'art. 56, D.L. n. 18/2020, prevedeva la sospensione del pagamento dei mutui e finanziamenti in corso sino al 30.9.2020, termine successivamente prorogato al 31 gennaio 2021 dall'art. 65, D.L. n. 104/2020 e al 30 giugno 2021 dall'art. 1, comma n. 248, L. n. 178/2020. Con il c.d. "Decreto Sostegni-bis" (art. 16, D.L. n. 72/2021) è stata peraltro prevista la possibilità, per il debitore che ne faccia richiesta entro il 15 giugno 2021, di estendere la proroga della moratoria, limitatamente alla quota capitale (ma non agli interessi, che perciò dovranno essere regolarmente rimborsati) sino al 31 dicembre 2021.

⁵ L'art. 5, D.L. n. 23/2020 ha differito l'entrata in vigore del Codice della crisi al 1° settembre 2021. Con Decreto del Ministro della Giustizia in data 22 aprile 2021, peraltro, è stata istituita una Commissione incaricata, fra l'altro, di valutare modifiche al Codice della crisi ed eventualmente differire ulteriormente l'entrata in vigore di alcune delle misure *ivi* disciplinate.

⁶ Cfr. art. 46, D.L. n. 18/2020.

perdite⁷ e reso improcedibili le procedure fallimentari⁸. Il tutto con l'obiettivo di provare a garantire la sopravvivenza delle imprese e, per quanto possibile, il benessere dei lavoratori più duramente colpiti dalla pandemia, favorendone altresì la successiva ripresa.

Non vi è peraltro dubbio che – se la temporanea sospensione delle norme concorsuali e liquidatorie ha avuto l'obiettivo di evitare l'aggravamento della crisi – il vero volano per una futura ripresa non può che passare dalle norme che si preoccupano di agevolare il ricorso al credito.

2. *L'impatto dei nuovi Orientamenti EBA in materia di concessione e monitoraggio del credito*

In un contesto reso incerto dal perdurare della crisi pandemica, nel quale – come si è visto – si susseguono norme dirette a mitigarne gli effetti socio-economici e diluirne nel tempo quelli finanziari, sono destinati a entrare in vigore i nuovi Orientamenti dell'*European Banking Authority* in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti, che diverranno pienamente operativi per i finanziamenti concessi a partire dal 30 giugno 2021 (mentre entreranno in vigore nel 2024 per le esposizioni già esistenti).

Tralasciando in questa sede la disamina puntuale del contenuto degli

⁷ La norma, introdotta dall'art. 6, D.L. n. 23/2020 stabiliva che le norme relative alla riduzione del capitale per perdite non avrebbero trovato applicazione per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro il 31 dicembre 2020 (peraltro prescindendo dalla data in cui si fossero formate le perdite), potendosi posticipare i relativi obblighi al quinto esercizio successivo. Con l'art. 1, comma 266, L. n. 178/2020 si è peraltro stabilito che gli obblighi di riduzione del capitale, ricapitalizzazione o scioglimento imposti dalla legge in caso di perdite non si sarebbero applicati alle perdite emerse all'esercizio in corso al 31 dicembre 2020. Per una prima disamina delle disposizioni, v. MARCHETTI, *Nuovi sviluppi della disciplina emergenziale in tema di perdite di capitale: introduzione*, in *Riv. soc.*, 2021, 214 ss.; ASSONIME, *La nuova disciplina sulla sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in caso di perdite significative*, *ivi*, 217 ss.; CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massima 196. Sospensione della disciplina in tema di riduzione obbligatoria del capitale a copertura di perdite, nel periodo dell'emergenza Covid-19*, *ivi*, 236 ss.; BUSANI, *Quinquennio di grazia per le perdite emerse nel 2020*, in *Società*, 2021, 201 ss.

⁸ V. art. 10, D.L. n. 23/2020. Per una ricognizione sulle principali misure adottate dal Governo italiano sino all'aprile 2020, v. se vuoi AA.VV., *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di Irrera, Torino 2020, disponibile su www.centrores.org/wordpress/i-quaderni-di-res/. In arg., sia consentito altresì il richiamo a IRRERA, *Le novità in tema di procedure concorsuali nella conversione in legge del decreto liquidità (ovvero di quando i rimedi sono peggiori del male o inefficaci)*, in www.ilcaso.it, 3 giugno 2020.

Orientamenti⁹, può essere utile delinearne i principi ispiratori e i profili innovativi, onde verificarne l'impatto sulla normativa italiana in materia di valutazione e monitoraggio del merito creditizio.

In primo luogo, gli Orientamenti EBA costituiscono un'innovazione in relazione alla fase di concessione del credito, giacché si sforzano di delineare in modo analitico il contenuto della valutazione del merito creditizio, sia in relazione al destinatario del finanziamento (consumatore, micro e piccola impresa, media e grande impresa), sia in relazione alla sua tipologia (garantito o chirografario, immobiliare, per operazioni a leva, ecc.). Attualmente, infatti, l'ordinamento bancario contempla, nella Circolare 285 del 17 dicembre 2013 di Banca d'Italia, alcune disposizioni di carattere generale in merito alla valutazione del merito creditizio nell'istruttoria dei prestiti¹⁰, nonché previsioni più specifiche per la valutazione dei crediti ai consumatori e del credito immobiliare al consumo, in relazione ai quali viene fissato uno specifico obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, assunte direttamente dal consumatore o da apposite banche dati (cfr. artt. 120 *bis* e 124 *bis* D.Lgs. n. 385/93 s.m.i.).

La maggiore analiticità della fase di valutazione del merito creditizio imposta dai nuovi Orientamenti EBA, peraltro, è funzionale all'obiettivo principale perseguito dall'Autorità di Regolazione Bancaria Europea, ossia prevenire – tanto in fase di concessione, quanto in fase di monitoraggio – la creazione di *non performing exposures*. Il che si traduce, sul piano concreto, in un'inversione della prospettiva nella politica di gestione del credito, che passa da un approccio *re-active*, di gestione dei crediti deteriorati in essere, ad un approccio *pro-active*, diretto a valutare e monitorare sin dall'inizio la capacità, anche prospettica, di rimborsare il finanziamento da parte del cliente, onde prevenire e gestire eventuali segnali di crisi¹¹.

Tale principio, di valutazione dell'andamento prospettico del cliente, non costituisce una assoluta novità per l'ordinamento italiano e, anzi, si può affermare che per certi versi sia stata anticipata (e completata) dalle disposizioni del Codice della crisi. Quest'ultimo, come noto, ha da un lato novellato l'art. 2086 c.c., introducendo un secondo comma che impone oggi alle società di

⁹ Per i quali si rinvia a CALLEGARI, [Titolo intervento] e DE VINCENTIS, [Titolo intervento], in questo numero della *Rivista*, pp. [...] e [...]; TIRLONI, ANTONIETTI, *Le nuove Linee Guida EBA sulla concessione e monitoraggio del credito*, in www.diritto bancario.it.

¹⁰ Ci si riferisce, in particolare, alle previsioni contenute nell'Allegato A della Parte I, Titolo IV, Capitolo III delle Disposizioni di vigilanza.

¹¹ TIRLONI, ANTONIETTI, *op. cit.*, p. 2 di stampa.

munirsi di assetti adeguati anche a rilevare tempestivamente l'insorgere della crisi d'impresa e della perdita di continuità aziendale; dall'altro lato, all'art. 3, nel testo modificato dal D.Lgs. n. 147/2020 (Decreto Correttivo) ha chiarito che la crisi consiste nello «*stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore*¹²», la quale nelle imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici ad adempiere regolarmente alle operazioni pianificate. L'art. 13 del Codice della crisi chiarisce inoltre come l'impresa possa dirsi in crisi laddove, attraverso specifici indici, si verifichi che vi è uno squilibrio di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario tale da evidenziare l'insostenibilità dei debiti per i sei mesi successivi o l'assenza di prospettive di continuità aziendale che vadano oltre l'esercizio in corso¹³. Il quadro viene completato dall'art. 14, che impone agli organi di controllo e ai revisori di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente l'adeguatezza degli assetti e la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario, anche tenendo conto delle segnalazioni provenienti dagli istituti bancari e finanziari ai sensi dell'art. 14, 4° comma, Codice della Crisi.

Ora, per quanto le disposizioni del Codice della crisi siano destinate ad entrare in vigore il 1° settembre 2021 (salve ulteriori proroghe), non si può revocare in dubbio come, già con esse, si sia registrato il passaggio da una prospettiva statica ad una prospettiva dinamica della valutazione dello «stato di salute» dell'impresa. Infatti, dovendosi valutare la sussistenza del *going concern*, lo sguardo si deve spostare sulla sussistenza di flussi finanziari tali da consentire all'impresa di realizzare le proprie attività e far fronte alle proprie passività o, in altri termini, sulla capacità che i flussi finanziari hanno di garantire (o meno) lo svolgimento dell'attività e l'adempimento delle obbligazioni dell'impresa.

Dunque, sotto questo profilo, i nuovi Orientamenti EBA rappresentano, per così dire, una *standardizzazione* di obblighi che, di per se stessi, dovevano essere già collegati all'obbligo di predisposizione di assetti adeguati anche a prevenire la crisi. Infatti, anche a prescindere dalle puntuali prescrizioni degli Orientamenti EBA, è del tutto evidente che banche ed istituti finanziari debbano creare procedure atte a valutare, anche in prospettiva, la capacità solutoria del debitore, al fine di prevenire il rischio di creare un portafoglio di crediti eccessivamente appesantito da esposizioni deteriorate.

¹²Nel testo originario, la crisi era definita come lo «*stato di difficoltà economico-finanziaria*» che rende probabile l'insolvenza del debitore. Il Decreto Correttivo ha modificato la locuzione al fine di renderla maggiormente corretta sotto il profilo della scienza aziendalistica (sul punto, v. la *Relazione Illustrativa* al D.Lgs. n. 147/2020).

¹³Oppure oltre i sei mesi successivi, laddove l'esercizio in corso abbia durata inferiore a sei mesi.

Ed è altrettanto ovvio che, nella stessa ottica, la valutazione del merito creditizio, anche prospettico, non debba essere limitata alla concessione del credito, ma debba accompagnare altresì le fasi di monitoraggio dello stesso. Anche in relazione a tale aspetto, peraltro, i nuovi Orientamenti EBA costituiscono un'esplicazione dei principi già consacrati nell'art. 2086, 2° comma, Cod. civ., contenendo analitiche indicazioni in merito alla gestione dei modelli di intercettazione dei primi segnali di deterioramento del credito – i c.d. modelli di *early warning*, di cui sono elencati gli indicatori-base – sia per ciascuna esposizione, sia in termini di portafoglio. Il tutto con l'obiettivo di intercettare anticipatamente situazioni di rischio di deterioramento del credito, in modo da impiegare tempestivamente le adeguate contromisure.

Da una lettura complessiva dei nuovi Orientamenti EBA, peraltro, emerge un quadro complessivo di maggiore rigidità nelle procedure di concessione e monitoraggio del credito¹⁴ rispetto a quello delineato alla luce delle vigenti Linee Guida emanate dall'Autorità di Regolazione Bancaria Europea, le quali prevedono obblighi di verifica e monitoraggio della capacità di adempiere del debitore, senza tuttavia scendere in disposizioni di particolare dettaglio.

Se è vero che tale maggiore rigidità si spiega, come si è veduto, con la necessità di evitare il rischio di eccessivi deterioramenti del credito, è altrettanto vero che essa non sembra del tutto funzionale a rispondere alle esigenze di credito derivanti da crisi sistemiche generalizzate – come quella causata dalla pandemia da Covid-19 – suscettibili di creare dinamiche imprevedibili anche sul piano macro-economico e che, come si è veduto, richiedono un approccio più snello alle necessità creditizie delle famiglie e delle imprese colpite dalla crisi.

3. Merito creditizio e art. 13, lett. m), Decreto Liquidità

Proprio in considerazione della necessità di rispondere alla crisi pandemica con immediate iniezioni di liquidità, con il D.L. n. 23/2020 (Decreto Liquidità), conv. con mod. in L. n. 40/2020 il legislatore ha introdotto strumenti di potenziamento del Fondo di garanzia per le PMI, al fine di consentire più agevolmen-

¹⁴ Maggiore rigidità che, per certi versi, era stata già anticipata dalla nozione di *default* adottata sulla base del Regolamento Delegato n. 2018/171/UE del 19 ottobre 2017, in forza del quale a partire dal 1° gennaio 2021 sono considerati in *default* i debitori che siano in ritardo di più di 90 giorni consecutivi nel pagamento di obbligazioni “rilevanti” (finanziamento, utilizzo di fido oltre la linea di credito accordata, sconfinamento da conto corrente) per un ammontare di € 100,00 per soggetti con fatturati minori a € 5.000.000,00 ed esposizione bancaria inferiore a € 1.000.000,00 o di € 500,00 per i soggetti che superino tali soglie.

te l'accesso al credito alle imprese danneggiate dall'emergenza-Covid¹⁵.

Fra le disposizioni, merita particolare attenzione l'art. 13, lett. m), per il quale, in caso di richiesta di finanziamento sino a 30.000,00 Euro: «*l'intervento del Fondo centrale di garanzia per le piccole e medie imprese è concesso automaticamente, gratuitamente e senza valutazione e il soggetto finanziatore eroga il finanziamento coperto dalla garanzia del Fondo, subordinatamente alla verifica formale del possesso dei requisiti*» (i quali, analiticamente elencati nella medesima disposizione, possono essere autocertificati dal richiedente, che dovrà altresì attestare di essere in stato di continuità aziendale) «*senza attendere l'esito definitivo dell'istruttoria da parte del gestore del Fondo medesimo*». Pertanto, l'istituto di credito è tenuto alla verifica formale di quanto dichiarato in sede di autocertificazione dal richiedente il finanziamento, fatta salva la corretta classificazione *in bonis* del soggetto finanziato in base agli elementi noti all'istituto di credito.

Avevo osservato come tale disposizione potesse prestarsi, astrattamente, ad una duplice interpretazione: secondo una prima lettura, infatti, l'istituto di credito sarebbe stato tenuto alla mera verifica formale di quanto dichiarato dal richiedente il finanziamento, con esonero dall'onere di svolgere qualsiasi ulteriore accertamento, sia in termini di veridicità di quanto contenuto in sede di autocertificazione, sia in termini di accertamento del merito creditizio del richiedente il finanziamento. Secondo una diversa lettura, l'istituto di credito sarebbe esonerato dal verificare la sola veridicità di quanto dichiarato dal richiedente il finanziamento in sede di autocertificazione, restando, invece, obbligata a svolgere una verifica del merito creditizio attraverso l'acquisizione di dati esterni ed ulteriori rispetto a quelli contenuti nell'autocertificazione. Avevo peraltro rilevato come la prima opzione interpretativa mi sembrasse la più conforme alla *ratio* dell'intervento legislativo e, soprattutto, sembrasse giustificata dalla lettera della norma, la quale esonera espressamente l'istituto bancario dall'effettuazione di «accertamenti ulteriori» rispetto a quanto dichiarato dal soggetto finanziato¹⁶.

In senso analogo, una parte della giurisprudenza ha sostenuto che la legge avesse configurato una sorta di automatismo nella concessione del credito, si

¹⁵ Su cui v., se vuoi, IRRERA, RIVERDITI, *Finanziamenti di liquidità alle PMI e profili di responsabilità della banca*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 4/2020, 83 ss.

¹⁶ IRRERA, RIVERDITI, *op. cit.*, 91 s., anche per il rilievo secondo cui sarebbe stata altresì opportuna una disciplina di coordinamento con quella penale-fallimentare (con il cd. «scudo penale»), al fine di definire con chiarezza – anche alla luce delle evidenti semplificazioni nel processo di concessione del credito – le eventuali conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare, a carico dell'intermediario finanziario, nel caso di inadempimento del soggetto finanziato e ciò con riferimento sia al rapporto di finanziamento, sia al rapporto di garanzia con il Mediocredito Centrale.

che – al ricorrere dei presupposti normativi – il richiedente abbia il diritto di ottenere il finanziamento, eventualmente anche in via cautelare *ex art. 700 C.p.c.*¹⁷. Secondo altro orientamento, peraltro, la norma di legge non esclude in alcun modo la valutazione del merito creditizio, ma si limita a semplificarla, consentendo l'autocertificazione dei requisiti per la concessione del finanziamento. Dal che deriverebbe l'insussistenza di qualsivoglia diritto soggettivo ad ottenere il prestito, pur ricorrendo i presupposti di cui all'art. 13, lett. m, Decreto Liquidità. La concreta erogazione dello stesso sarebbe comunque subordinata ad una valutazione del merito creditizio da parte della Banca; valutazione che, secondo tale orientamento giurisprudenziale, si deve ritenere conaturata agli obblighi di sana e prudente gestione del risparmio di cui all'art. 5, D. Lgs. n. 385/1993 s.m.i, che, se violati o pretermessi, comporterebbero la responsabilità della Banca¹⁸.

4. Responsabilità per mancata o erronea valutazione del merito creditizio

La disamina sull'effettiva portata dell'art. 13, lett. m), Decreto Liquidità in merito all'obbligo di valutazione del merito creditizio apre la porta ad una – succinta – riflessione sulle conseguenze della «concessione abusiva di credito», ossia la concessione di credito derivante da omessa o errata valutazione del merito creditizio a favore di soggetti già in stato di grave difficoltà nell'adempiere alle proprie obbligazioni¹⁹.

La risposta si può ricavare ove si consideri che l'obbligo di valutazione del merito creditizio, è posto contestualmente a tutela delle parti del rapporto di credito, della sostenibilità del mercato finanziario e degli altri creditori del soggetto finanziato, soprattutto in caso di fallimento di quest'ultimo.

Tenuto conto degli interessi protetti, la giurisprudenza è giunta ad individuare sostanzialmente due tipologie di responsabilità, a seconda del soggetto pregiudicato.

Laddove ad essere danneggiati siano i creditori, che abbiano visto ritardare la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore proprio in ragione del prestito

¹⁷ Trib. Caltanissetta, 8 luglio 2020 (decr.), *inedita*.

¹⁸ Trib. Caltanissetta, 11 novembre 2020 (ord.), *inedita*; Trib. Napoli, 5 agosto 2020, *inedita*.

¹⁹ Il che può avvenire, in particolare, laddove il debitore offra garanzie particolarmente forti e la banca sottovaluti l'aspetto della solvibilità del cliente, fidando di poter recuperare il proprio credito in ragione delle garanzie prestate.

concesso senza previa valutazione del merito creditizio (e che eventualmente abbiano instaurato rapporti allorché il loro debitore era già insolvente, ma sostenuto dal finanziamento indebitamente ottenuto), la responsabilità dell'istituto finanziatore è extra-contrattuale *ex artt.* 2043²⁰.

Se è chiaro il titolo, più problematico è il tema della legittimazione ad agire. Infatti, considerato che il danno derivante dal ritardo nell'emersione dello stato di insolvenza postula l'intervenuta dichiarazione di fallimento del debitore, occorre chiarire se ed entro quali limiti il curatore possa far valere la responsabilità della Banca. Sul punto, la giurisprudenza tende a negare al Curatore la possibilità di esercitare l'azione risarcitoria in sostituzione dei creditori, ritenendo che *«nel sistema della legge fallimentare, una tal legittimazione ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni cd. di massa – finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica e aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo. Al novero di dette azioni non appartiene quella che, analogamente all'azione ex art. 2395 c.c., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore»*²¹.

Maggiori aperture, peraltro, si sono registrate nell'ipotesi in cui si possa ravvisare una sorta di concorso fra la Banca e l'amministratore che abbia generato il dissesto, ravvisandosi in questi casi gli estremi per consentire l'esercizio, da parte del curatore, dell'azione risarcitoria nei confronti della Banca (*ex artt.* 2043 e 2055 c.c.), eventualmente anche senza aver esercitato l'azione di responsabilità *ex art.* 2393 c.c. nei confronti dell'amministratore infedele²².

Come quella nei confronti dei creditori, anche la responsabilità da omessa valutazione del merito creditizio nei confronti del soggetto finanziato ha natura extra-contrattuale: giacché le informazioni in merito alla sussistenza del merito vengono raccolte prima della stipula del contratto di finanziamento, si ritiene che l'omessa raccolta o valutazione di tali informazioni non esponga la banca a responsabilità contrattuale, bensì pre-contrattuale, attenendo a un momento antecedente l'erogazione del prestito²³.

²⁰ V. Cass., 14 giugno 2018, n. 11695, per la quale: *«in materia di concessione abusiva del credito, sussiste la responsabilità della banca, che finanzia un'impresa insolvente e ne ritardi perciò il fallimento, nei confronti dei terzi, che in ragione di ciò abbiano confidato nella sua solvibilità ed abbiano continuato ad intrattenere rapporti contrattuali con essa allorché sia provato che i terzi non fossero a conoscenza dello stato di insolvenza e che tale mancanza di conoscenza non fosse imputabile a colpa»*.

²¹ Così, fra le ultime, Cass., 20 aprile 2017, n. 9983; conf. Cass., 2 giugno 2017, n. 11798.

²² V. fra le altre Cass., 1° giugno 2010, n. 13413.

²³ Cfr. Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, n. 26725.

Proprio perché la valutazione del merito di credito ne precede la stipula, e considerato che non vi è alcuna prescrizione di legge che ne sancisca la nullità, il contratto di finanziamento concluso senza previa valutazione del merito creditizio, o concesso a soggetto immeritevole, deve ritenersi perfettamente valido ed efficace²⁴.

5. Merito creditizio e sovraindebitamento

La validità del contratto di finanziamento stipulato a seguito di omessa o carente valutazione del merito creditizio, peraltro, sembra trovare espressa conferma nella disciplina del sovraindebitamento.

È infatti pacifico che la concessione del credito a favore di soggetto immeritevole non sia di per sé ostativa all'accesso e all'omologabilità di un piano del consumatore nell'ambito di una procedura di sovraindebitamento²⁵. Il che, dunque, postula la validità del rapporto creditizio.

Tuttavia, in forza dell'art. 69, comma2, Cod. crisi (nonché all'art. 12 *bis*, comma 3 *bis*, L. n. 3/2012, introdotto dall'art. 4 *ter*, 1° comma, lett. g), n. 2, D.L. n. 137/2020 (conv. con mod. dalla L. n. 176/2020), e vigente sino all'entrata in vigore del Cod. crisi²⁶): «*il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'articolo 124 bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa per contestare la convenienza della proposta*»²⁷. Parallelamente, l'art. 12, comma 3

²⁴ In una recente sentenza della Corte di Giustizia (Corte Gius. UE, 6 giugno 2019, causa C-58/18) si è peraltro precisato che le conseguenze relative ad un giudizio di immeritevolezza del debitore rientrano nella competenza esclusiva dei singoli Stati membri, i quali potrebbero persino vietare il contratto con l'immeritevole. La legislazione italiana (e in particolare le norme del T.U.B. dedicate al credito nei confronti dei consumatori), per vero, non contengono tale prescrizione, per cui non si può affermare che la Banca sia tenuta a non erogare il finanziamento.

²⁵ V., tra le altre, Trib. Rimini, 1 marzo 2019, in www.ilcaso.it.

²⁶ Per una critica alla scelta legislativa di “espianare” dal Codice della crisi – di cui si è prorogata l'entrata in vigore – soluzioni da “innestare” sulla disciplina vigente in materia concorsuale, v. se vuoi IRRERA, *Le tormentate procedure concorsuali e la nuova legislazione “a gambero” (è giunto il tempo di un recovery plan per le crisi d'impresa?)*, in www.ilcaso.it.

²⁷ A *latere*, viene altresì previsto dall'art. 8, L. n. 3/2012, a tutela della massa dei creditori, che il debitore possa stabilire di assoggettare al concorso anche il credito concesso mediante cessione del quinto dello stipendio. In altri termini, competerà al consumatore, alternativamente, (i) escludere le somme oggetto del quinto dal novero dei beni disponibili per la massa, prevedendo un trattamento differenziato con riguardo al finanziatore; (ii) ovvero proporre al fi-

ter, L. n. 3/2012, introdotto dall'art. 4 ter, 1° comma, lett. f), D.L. n. 137/2020 (conv. con mod. dalla L. n. 176/2020), stabilisce che «*il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento ovvero, nel caso di accordo proposto dal consumatore, che ha violato i principi di cui all'articolo 124-bis del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore*». Con le modifiche apportate dal D.L. n. 137/2020 alla L. n. 3/2012 è divenuto ancora più centrale l'obbligo di valutazione del merito creditizio. Il finanziatore – anche in forza degli obblighi generali di correttezza e diligenza di cui agli artt. 1175 e 1176 c.c. – ha l'obbligo di “difendere” il consumatore dalla sua possibile tendenza a ricorrere al credito in maniera inavveduta e compulsiva²⁸.

nanziatore stesso una ristrutturazione del relativo debito, attraverso la messa a disposizione delle somme oggetto del quinto a favore della massa dei creditori.

²⁸ Va peraltro rilevato come, anche prima dell'entrata in vigore delle sopra menzionate disposizioni, la giurisprudenza si riferisse comunque al comportamento del creditore per valutare la meritevolezza del consumatore che fosse ricorso alla procedura di sovraindebitamento. Prima dell'ultima novellazione, infatti, l'art. 12, comma 3, L. n. 3/2012, prevedeva che l'omologa del Piano del consumatore dovesse essere respinta nel caso del consumatore che avesse assunto «*obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che [aveva] colpevolmente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alla propria capacità patrimoniale*». Ad essere sanzionata, dunque, era il comportamento colposo del debitore che avesse fatto ricorso al credito in misura superiore alle proprie possibilità. E, nella valutazione in merito alla colpevolezza del debitore nella causazione del sovraindebitamento, la giurisprudenza reputava necessario un coordinamento con l'art. 124 bis TUB, che impone l'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore prima di erogare il finanziamento. Si era infatti osservato che «*la ratio della disposizione è quella di tutelare sia interessi privatistici, mediante la tutela del consumatore, il quale deve essere posto nelle condizioni di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto, che pubblicistici, connessi al mercato creditizio [...] In coerenza con la predetta ratio, l'intermediario, sulla base delle informazioni di cui può disporre, deve, pertanto, negare il finanziamento nel caso in cui sia necessario per la tutela degli interessi protetti dal proprio ufficio*» (in tal senso, Trib. Napoli, 27 ottobre 2020, www.ilcaso.it). Valorizzando il ruolo attivo del finanziatore, la giurisprudenza maggioritaria accertava indirettamente la sussistenza o no del requisito della meritevolezza proprio dalla circostanza che le banche e/o i finanziatori avessero continuato a fare credito al consumatore, atteso che quest'ultimo non potesse essere ritenuto in colpa «*per essersi rivolto all'intermediario ed aver fatto affidamento sulle capacità di quest'ultimo di valutare in proprio merito creditizio [...] la valutazione (in questo caso positiva) del merito creditizio da parte degli istituti di credito è elemento idoneo a rafforzare a valle il giudizio del Tribunale in ordine alla meritevolezza del debitore*» (Trib. Napoli, Sez. III, 21 dicembre 2018, in www.unijiuris.it). Del tutto minoritario era l'orientamento secondo cui «*non può assurgere a discolta del consumatore la circostanza che gli istituti di credito non abbiano*

L'indagine deve vertere su un esame obiettivo della situazione del consumatore al momento della richiesta del finanziamento ed in particolare della sua storia creditizia, della situazione reddituale, del rapporto tra reddito, impegno e durata delle rate. Nei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento verrà quindi accertato – con indagine *ex post* – se il creditore abbia valutato il merito creditizio secondo i parametri propri della diligenza professionale, prima che normativi: la concessione di un credito deve avvenire, sotto l'aspetto logico e di buon senso, dopo l'esame di parametri specifici che possano far prevedere la possibilità che il debitore ottemperi.

Coerentemente, viene prevista una sanzione a carico del creditore che non abbia correttamente valutato il merito creditizio del consumatore che sia successivamente dovuto ricorrere a procedura contro il sovraindebitamento²⁹, a riprova della centralità di tale valutazione, sia per il soggetto finanziato, sia – e soprattutto – per la generalità dei creditori e del sistema del mercato finanziario, sui quali in definitiva ricade il rischio di pratiche scorrette nell'erogazione e monitoraggio dei crediti.

valutato il merito creditizio, in quanto il modello del creditore meritevole è quello di un soggetto mediamente in grado di comprendere le proprie scelte e di valutare in piena autonomia il senso dell'impegno economico che assume in relazione alle proprie finanze, potendo la violazione di tale norma assumere rilievo sotto altri profili ma non ai fini dell'omologa del piano del consumatore» (Trib. Livorno, 6 novembre 2020, in www.ilcaso.it).

²⁹ Come è stato rilevato in giurisprudenza, spicca, nel nuovo apparato normativo «*la previsione innovativa della figura del creditore processualmente sanzionato. Al soggetto attivo del rapporto obbligatorio, che abbia colpevolmente determinato o aggravato la situazione di sovraindebitamento della sua controparte se del caso anche omettendo, quale finanziatore, di verificare adeguatamente il merito creditizio del finanziato, sono indirizzate alcune sanzioni processuali: egli infatti non può presentare osservazioni al piano né reclamo avverso l'omologazione, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore»* (così, Trib. Benevento, II Sez. civ., 26 gennaio 2021, in www.ilcaso.it).