

Luigi Ardizzone, Antonio Principato

# Il ruolo della banca nella emersione tempestiva della crisi delle imprese soggette agli strumenti di allerta

(doi: 10.1435/99464)

Banca Impresa Società (ISSN 1120-9453)

Fascicolo 1, aprile 2021

**Ente di afferenza:**

*Università degli studi di Brescia (unibs)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

**Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Luigi Ardizzone e Antonio Principato

## **IL RUOLO DELLA BANCA NELLA EMERSIONE TEMPESTIVA DELLA CRISI DELLE IMPRESE SOGGETTE AGLI STRUMENTI DI ALLERTA**

### **1. Premessa**

In via preliminare, evidenziamo un limite di fondo di questo articolo: la eterogeneità delle due parti che lo compongono.

Infatti, dapprima (nel par. 2), viene trattato l'obbligo di comunicazione circa le variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti imposto alle banche (e agli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 T.U.B.) a beneficio degli organi di controllo societari (se esistenti) delle società che saranno soggette agli strumenti di allerta (art. 14, ultimo comma, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, adottato con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, d'ora innanzi anche «C.c.i.»). In un secondo momento (nel par. 3), viene, invece, analizzato il limite imposto alle banche nell'esercizio della facoltà di revocare gli affidamenti per effetto dell'attivazione della procedura di allerta (art. 12, comma 3, C.c.i.)<sup>1</sup>.

Si ha, dunque, a che fare con regole differenti circa presupposti e contenuti, convergenti essenzialmente solo dal punto di vista soggettivo: l'impresa bancaria nel quadro della crisi delle imprese finanziate soggette agli strumenti di allerta.

Tale convergenza ci è parsa, comunque, giustificare la trattazione unitaria di due argomenti che avrebbero potuto integrare articoli autonomi, quanto-

*Il testo del presente lavoro trae origine dal paper presentato a Roma il 14 febbraio 2020 in occasione dell'XI Convegno annuale di Orizzonti del Diritto Commerciale, in tema di Organizzazione, riorganizzazione e ristrutturazione dell'impresa. Gli autori ringraziano il prof. Aurelio Mirone, discusso in tale sede, nonché il prof. Giovanni Petroboni, per le rispettive osservazioni. Benché questo articolo sia il frutto di riflessioni comuni, il par. 2 è da attribuire a Luigi Ardizzone, mentre il par. 3 ad Antonio Principato.*

<sup>1</sup> Ai sensi dell'art. 389 C.c.i., come modificato dall'art. 5, comma 1, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020, n. 40, entrambe le norme entreranno in vigore il 1° settembre 2021.

meno al fine di evidenziare la volontà legislativa di porre a carico delle banche obblighi finalizzati alla precoce individuazione della crisi e, quindi, al risanamento delle predette imprese.

D'altronde, nel nostro sistema economico, le banche continuano a rivestire un ruolo centrale con riguardo al finanziamento delle imprese, pur in presenza di numerosi tentativi in tempi recenti di diversificare le fonti di finanziamento delle stesse, a livello sia nazionale che europeo (si pensi, in particolare, al processo volto alla creazione di una *Capital Markets Union*). In ragione di ciò, la gestione del rapporto con le banche finanziatrici assume un ruolo fondamentale per un'impresa in difficoltà<sup>2</sup>.

Al contempo, le scelte delle banche e degli altri intermediari che finanziano le imprese sono espressione di valutazioni di soggetti qualificati che, per motivi di tutela del proprio patrimonio e nell'ottica di una sana e prudente gestione, devono effettuare attività di monitoraggio anche al fine dell'individuazione anticipata di eventuali criticità inerenti alle stesse imprese debentrici e, quindi, al fine della classificazione e gestione dei relativi crediti.

L'articolo avrà, quindi, a oggetto le due predette norme, al fine di comprenderne i tratti principali, cercando al contempo di valutare le implicazioni che esse potrebbero comportare nei rapporti tra banche e imprese, in una fase storica già caratterizzata da un incremento di vincoli a carico delle prime<sup>3</sup>.

## 2. L'obbligo di comunicazione

Si prende avvio dalla disciplina in tema di obblighi di comunicazione, essendo di applicazione generale. Come detto, ai sensi dell'art. 14, ultimo comma, C.c.i. «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».

<sup>2</sup> Per la inclusione della banca creditrice tra gli «attori protagonisti» delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa, v. l'analisi di D. Vattermoli, *Il creditore-banca nelle soluzioni negoziate della crisi*, in «Diritto della banca e del mercato finanziario», I, 2, 2015, p. 200.

<sup>3</sup> Ci si riferisce alla fase avviata dalla crisi degli anni 2007-2013, che ha comportato un aumento delle regole dettate per l'imprenditore bancario (in merito, in via generale, per tutti, cfr. R. Costi, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in questa «Rivista», 2, 2019, pp. 183 ss.). In tale prospettiva, può dirsi che le norme trattate da questo articolo siano espressione di un intento di regolare l'esercizio dell'impresa bancaria nel mercato in funzione di un interesse generale, nello specifico, come detto, quello della precoce emersione (e del conseguente trattamento) della crisi delle imprese finanziate.

Detta previsione è posta al termine della norma (appunto l'art. 14 C.c.i.) dedicata all'obbligo di segnalazione in capo agli organi di controllo societari nell'ambito della c.d. fase di *early warning* ossia – in questo specifico contesto – della fase attinente alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

Fin dalla prima lettura, essa si presenta come una sorta di declinazione del dovere posto, in via generale, a carico dei creditori dall'art. 4, comma 3, C.c.i. di leale collaborazione con riguardo non solo al debitore, ma anche ai soggetti preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, fermo il rispetto dell'ulteriore e correlato «obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite».

### 2.1. La finalità e i soggetti

Alla luce del predetto quadro normativo, risulta di (pressoché) immediata rilevazione anche la finalità dell'obbligo imposto alla banca<sup>4</sup>: consentire agli organi di controllo societari, se esistenti, di monitorare – più consapevolmente e più velocemente – la situazione della società e, in particolare, la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario e della continuità aziendale, evitando asimmetrie informative con l'organo amministrativo<sup>5</sup>. In tal modo,

<sup>4</sup> Pur essendo la norma riferita anche agli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 T.U.B., per semplicità espositiva sarà fatto esclusivo riferimento alle banche, sottintendendo il rimando a detti intermediari. D'altro canto, si evidenzia la scelta di non far riferimento altresì agli altri soggetti erogatori, ossia i fondi di credito (art. 46-bis T.U.F.) e le società di cartolarizzazione (art. 7.1, comma 2, l. 30 aprile 1999, n. 130, peraltro, proprio nella prospettiva di «favorire il ritorno in bonis del debitore ceduto»). Tale scelta è stata forse dovuta a una valutazione circa l'attuale esiguità della quota di mercato di questi due ultimi operatori.

<sup>5</sup> Cfr. S. Bonfatti, *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Relazione introduttiva*, in «Diritto della banca e del mercato finanziario», I, 4, 2019, p. 721 («la “notizia” della banca all'Organo di Controllo societario può costituire la fonte di una “segnalazione” da parte dello stesso Organo Amministrativo»); M. Bianca, *Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale*, in «Rivista ODC», 1, 2020, p. 64, ove l'a. considera la notizia fornita dalla banca quale «un primo e non trascurabile indizio di crisi agli occhi dell'organo di controllo»; M. Perrino, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in «Corriere giuridico», 5, 2019, p. 653; A. Zanardo, *Considerazioni sull'ambito di applicazione degli strumenti di allerta: è davvero così esteso come sembra?*, in «Rivista ODC», 1, 2020, p. 151. Dalla ricognizione circa la sussistenza dell'equilibrio economico e finanziario – «principio generale del traffico giuridico» (in questi termini, M. Spiotta, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 50 ss.) – consegue una più agevole valutazione dell'andamento della gestione. Le informazioni provenienti dalla banca non hanno, invece, un peculiare rilievo in merito alla valutazione

essi potranno, con maggiore facilità, segnalare «immediatamente» allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi (in questi termini anche l'art. 4, comma 1, lett. c), della Legge Delega, 19 ottobre 2017, n. 155).

Ne dà conferma la relazione illustrativa al C.c.i. (*sub* art. 14) che individua l'obiettivo della norma appunto nel «superare eventuali carenze nei meccanismi di comunicazione interna tra gli organi societari, e comunque [nello] stimolare la massima tempestività nell'attivazione del meccanismo bifasico di allerta (prima) interna e (poi) esterna». D'altronde, la consapevolezza della contestuale informativa all'organo di controllo, dovrebbe indurre di per sé un comportamento maggiormente diligente da parte degli amministratori.

In considerazione di tale finalità, malgrado la collocazione della norma nell'ambito della disciplina delle procedure di allerta, l'obbligo in capo alla banca deve considerarsi sussistente in qualsiasi momento della vita dell'impresa, a prescindere dalla rilevazione delle avvisaglie della crisi, sia perché logicamente preordinato rispetto a tale evento sia perché altrimenti ricadrebbe sulla banca una valutazione circa la complessiva situazione economico e finanziaria della società debitrice che – come precisato nel prosieguo – non le compete.

La collocazione della norma comporta, invece, la limitazione dell'obbligo di informativa alle sole società debtrici soggette alle procedure di allerta, dunque alle società che non rientrano nei casi di esclusione di cui all'art. 12, commi 4 e 5, C.c.i.

#### 2.1.1. *Il soggetto destinatario dell'obbligo di comunicazione*

Per la banca è stato ritagliato un peculiare ruolo: pur essendo un soggetto esterno all'impresa, deve svolgere il compito di agevolare la circolazione di informazioni – ritenute in via presuntiva potenzialmente rilevanti – tra organi sociali, come detto, al fine dell'emersione anticipata della crisi<sup>6</sup>. Deve, per-

circa l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, cui altrettanto viene fatto riferimento nel primo comma dell'art. 14 C.c.i. tra gli aspetti rientranti nel monitoraggio richiesto agli organi di controllo societari.

<sup>6</sup> Per una riflessione sui flussi informativi «generati», in conseguenza di specifiche prescrizioni, dagli istituti di allerta», con riferimento alla «fonte» rappresentata dai soggetti qualificati *ex* art. 15 C.c.i., cfr. M.L. Vitali, *Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee*, in «Diritto fallimentare e delle società commerciali», 3-4, 2019, pp. 570 ss.

tanto, dall'esterno, concorrere al flusso informativo – di regola, interno alla società – tra organi<sup>7</sup>.

La banca diviene, quindi, un interlocutore (unidirezionale) degli organi di controllo societari al fine dell'adempimento del predetto obbligo posto a carico degli stessi (oltre che del revisore contabile e della società di revisione) di individuare e segnalare immediatamente all'organo amministrativo della società l'esistenza di fondati indizi della crisi.

Si tratta di un interlocutore in veste di creditore (in quanto tale dotato di un interesse proprio) qualificato, di natura privata che si affianca ai creditori pubblici qualificati cui fa riferimento la Legge Delega (art. 4, comma 1, lett. d). La banca, però, come visto, agisce su un piano diverso, poiché a essa non è richiesta un'attività di segnalazione esterna, bensì di collaborazione con l'organo di controllo al fine della eventuale segnalazione (interna) da parte di quest'ultimo. Ne consegue che l'assenza di riferimenti alla banca nella Legge Delega ragionevolmente non comporta – in relazione all'obbligo di informativa a essa imposto – un eccesso di delega. Ciò proprio perché non è stato aggiunto alcun soggetto tra quelli cui compete la segnalazione, ma solo (appunto) un soggetto obbligato a trasmettere informazioni a beneficio di chi deve, insieme ad altri, effettuare la segnalazione.

La scelta del legislatore – pur innovativa rispetto alla dinamica dei flussi informativi interni tra organi (interponendo un soggetto esterno) – è stata comunque meno ambiziosa rispetto all'ipotesi di affiancare la banca ai creditori pubblici qualificati avanzata nella Proposta del 21 agosto 2018 di emendamento (n. 56) all'art. 3 della proposta di Direttiva riguardante, tra l'altro, i quadri di ristrutturazione preventiva (ora Direttiva (UE) 2019/1023 del 20

<sup>7</sup> La necessità di efficienza nei flussi informativi, caratterizzante già l'ordinaria attività d'impresa in veste societaria, risulta, infatti, amplificata nella prospettiva della crisi, sia all'interno della singola società (come dimostra la previsione in esame, su un piano ancora fisiologico) sia nell'ambito della ramificazione dei gruppi di imprese (su quest'ultimo profilo, ma già sul piano del trattamento dell'insolvenza, v. L. Benedetti, *Information Flows in the Insolvency of Enterprise Groups*, in «European Business Law Review», 3, 2019, pp. 417 ss.).

Vi è poi da considerare il rilievo delle informazioni oggetto dell'obbligo di comunicazione in esame rispetto al flusso informativo endoconsiliare, dai delegati (comunemente gli interlocutori diretti delle banche) all'organo amministrativo nella sua collegialità anche per il tramite del presidente (sull'argomento, in via generale, cfr. G.M. Zamperetti, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2005, spec. pp. 45 ss.; M. Irrera, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 241 s.). Dalla potenziale inefficienza di tale flusso trova motivazione la norma in commento, essendo, altrimenti, i sindaci informati in sede di riunioni dell'organo amministrativo (circa tale «momento informativo», sempre in via generale, cfr. S. Ambrosini, *I poteri del collegio sindacale*, in P. Abbadessa - G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Campobasso*, 3, Torino, UTET, 2007, pp. 31 ss.).

giugno 2019). Infatti, era stato ipotizzato il seguente testo: «Gli strumenti di allerta possono includere quanto segue: [...] (c) obblighi di segnalazione o informazione periodica in capo a terzi quali i contabili, le autorità fiscali e di sicurezza sociale o taluni tipi di creditori, come le banche». Tuttavia, il riferimento alle banche è venuto meno nel *final compromise*, per cui l'art. 3 della predetta Direttiva, al comma 2, lett. c), in relazione agli strumenti di allerta precoce, consente la previsione nei singoli diritti nazionali di «incentivi [...] rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi»<sup>8</sup>.

Si tratta, come detto, di una scelta meno ambiziosa rispetto a quella ipotizzata (ma non realizzata) in sede europea perché alla banca, nell'ordinamento interno, non si richiede di esternare, pur nei limiti della riservatezza che connota questa fase, la situazione in cui versa l'impresa, in ragione del superamento di soglie predefinite, come invece nel caso dei creditori pubblici qualificati. Si richiede, invece, solamente di contribuire all'attività richiesta all'organo di controllo interno del debitore, aggiungendolo tra i destinatari di comunicazioni che la banca deve comunque indirizzare allo stesso debitore (in persona del legale rappresentante ovvero di altro soggetto delegato)<sup>9</sup>.

Dal compito attribuito alla banca consegue, quindi, l'insorgenza di uno specifico obbligo in capo alla stessa, di «natura strumentale, o «ancillare», rispetto al distinto obbligo di segnalazione, facente capo all'organo di controllo»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Nell'ambito del binomio tra banche e disciplina dell'allerta, su un altro piano si pone l'anticipazione nella disciplina bancaria del trattamento precoce della crisi d'impresa. Come osservato da F. Brizzi, *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in «Rivista ODC», 2, 2019, pp. 363 s., i poteri di intervento precoce (c.d. *early intervention*) riconosciuti alla Banca d'Italia in attuazione della Direttiva BRRD (mediante il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181) sulle banche (dunque, quali imprese potenzialmente in crisi e non quali creditori), rappresentano – insieme agli artt. 6 e 14 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – una iniziale previsione di discipline di allerta in specifici settori dell'ordinamento.

<sup>9</sup> Comunque, il mero obbligo di comunicazione potrebbe subire gli effetti negativi dell'indifferenza che, talvolta, in assenza di incentivi di segno contrario, connota i «creditori forti» rispetto alle vicende del debitore, in ragione delle garanzie che comunemente essi riescono a ottenere al momento della concessione del credito (su tale possibile atteggiamento da parte dei «creditori forti», peraltro, proprio quelli meglio posizionati per individuare i sintomi precoci della crisi, v. G. Balp, *Early Warning Tools at the Crossroads of Insolvency Law and Company Law*, in «Global Jurist», 19, 2, 2019, pp. 17 s.).

<sup>10</sup> In questi termini, G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in «Diritto della banca e del mercato finanziario», II, 2, 2019, p. 45.

E qualora vi sia, come di frequente, una pluralità di banche creditrici, vi sarà una pluralità di soggetti obbligati e di altrettante obbligazioni che dovranno considerarsi autonome e non legate da vincolo di solidarietà. A diversa conclusione deve giungersi nell'ipotesi in cui due o più banche siano creditrici della società in forza del medesimo contratto (come nei prestiti sindacati), risultando in tal caso tutte le banche obbligate in via solidale in ragione dell'unitario rapporto contrattuale e, quindi, opportuno per le stesse regolare nei rapporti interni l'adempimento dello specifico obbligo *ex lege* (eventualmente attribuendo tale compito alla banca agente).

### 2.1.2. *L'organo destinatario della comunicazione*

Guardando ora ai destinatari delle informazioni, la norma si rivolge agli «organi di controllo societari» e non anche al revisore contabile e alla società di revisione, cui, invece, fa separatamente riferimento il primo comma dell'art. 14 C.c.i.<sup>11</sup>.

Dunque, il testo della norma sembra identificare il destinatario delle informazioni trasmesse dalla banca, rispetto al sistema tradizionale di amministrazione e controllo, solamente nel collegio sindacale, ovvero nel sindaco unico, se esistenti, delle società rientranti nel perimetro di applicazione soggettiva delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi<sup>12</sup>.

Detta scelta è stata giustificata in dottrina in base alla considerazione che l'acquisizione di informazioni circa i rapporti bancari rientri già nelle competenze del revisore legale – che pertanto non avrebbe necessità di una spe-

<sup>11</sup> Circa la complessità del dato normativo di cui all'art. 14 C.c.i. rispetto all'attribuzione di obblighi a carico dei sindaci, da un lato, e dei revisori, dall'altro lato, v. P. Benazzo, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in «Rivista delle società», 2-3, 2019, pp. 290 ss.; G. Guerrieri, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 C.c.i.*, in «Rivista ODC», 1, 2020, pp. 220 s. (nt. 23); G.A. Policaro, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in «Giurisprudenza Commerciale», I, 6, 2017, pp. 1069 s.

<sup>12</sup> Nel caso di adozione del sistema dualistico (anche se piuttosto improbabile per il predetto perimetro di applicazione soggettiva) destinatario delle informazioni è il consiglio di sorveglianza, mentre, nel caso del sistema monistico, il comitato per il controllo sulla gestione. A quest'ultimo proposito, v. N. Abriani - A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in «Le società», 4, 2019, p. 407, secondo i quali nel sistema monistico – da valutarsi, in particolare, nel caso delle s.r.l. di maggiori dimensioni con nomina del revisore esterno – gli «amministratori indipendenti che andranno a comporre il comitato per il controllo della gestione [svolgerebbero] il ruolo di terminali delle segnalazioni e di interlocuzione dialettica che il Codice della crisi pone a carico dell'organo di controllo».

cifica informativa da parte della banca – e non, invece, nelle competenze dei sindaci (salvo che ad essi sia affidata anche la revisione legale)<sup>13</sup>.

Pur comprendendosi tale argomentazione, la scelta legislativa – come ricavabile dal mero dato letterale – lascia comunque perplessi poiché la finalità della norma non attiene solamente alle competenze, ma anche alla tempestività. Anche i sindaci hanno il dovere/potere di ispezione e di acquisire informazioni (senza considerare le informazioni relative ai rapporti bancari che potrebbero acquisire assistendo alle adunanze del consiglio di amministrazione), tuttavia tale compito si realizza in modo più efficace quando sollecitato da informazioni circa fatti potenzialmente rilevanti. E l'obbligo in capo alla banca è proprio funzionale al perseguimento di una maggiore efficacia nell'attività di controllo.

La perplessità si amplifica considerando il fatto che nella s.r.l. – di gran lunga il tipo più diffuso tra le società soggette all'applicazione della disciplina delle procedure di allerta – è stata lasciata alla discrezionalità della società stessa l'alternativa tra sindaco e revisore legale. In tal modo, si consentirebbe all'impresa di incidere sulla sussistenza o meno di un obbligo (quello in capo alla banca) finalizzato alla emersione anticipata della crisi dell'impresa stessa, con conseguente incidenza sulla tutela di un interesse collettivo<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, cit., p. 47, il quale, in merito alla acquisizione delle notizie relative a variazioni, revisioni e revoche degli affidamenti, richiama l'art. 14, commi 1, lett. b), e 6, d.lgs. 39/2010 ove, rispettivamente, da un lato, si richiede al revisore legale di verificare «nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili», mentre, dall'altro lato, si riconosce al revisore il diritto 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». Quindi, secondo il medesimo a., dal sistema normativo può dedursi che per il revisore «l'accesso alle informazioni in discorso sia da considerarsi quanto meno più «agevole»».

<sup>14</sup> Esprime perplessità in relazione alla conferma – pur a esito delle modifiche introdotte alla disciplina comune dal Codice della Crisi – della facoltà di scelta nella s.r.l. tra organo di controllo interno e revisore, L. De Angelis, *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in «Rivista ODC», 1, 2019, pp. 22 s.; v. anche N. Abriani - A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., p. 407, i quali, in particolare in relazione alle s.r.l. di maggiori dimensioni, evidenziano la necessità di una verifica di compatibilità tra la nomina di un revisore esterno e l'obbligo di adeguatezza degli assetti, anche rispetto alla rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale (in proposito, G. Guerrieri, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in «Nuove leggi civili commentate», 4, 2019, p. 824, ritiene che, nello specifico ambito dell'allerta, anche ai revisori contabili e alle società di revisione compete la verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo).

Sembra, dunque, esservi spazio per l'applicazione dell'obbligo di comunicazione anche nei confronti del revisore, nel caso in cui la società (s.r.l.), superando le soglie di legge, abbia effettuato tale scelta in esclusiva e non vi sia, quindi, pure l'organo di controllo interno. D'altronde, se è vero, come detto, che il primo comma dell'art. 14 C.c.i. elenca separatamente gli «organi di controllo societari», il «revisore contabile» e la «società di revisione», è pur vero che la rubrica del medesimo articolo fa riferimento indifferentemente agli «organi di controllo societari». Inoltre, guardando al diritto comune, se l'art. 2477 c.c., altrettanto, distingue tra «organo di controllo» (sindaco o collegio sindacale), da un lato, e «revisore», dall'altro lato, non appare del tutto chiaro perché il Codice della Crisi declini il riferimento all'organo di controllo al plurale<sup>15</sup>.

Nel caso, invece, di compresenza tra organo di controllo e revisore legale occorre chiedersi se il primo – unico destinatario delle comunicazioni da parte della banca – debba inoltrare al secondo le informazioni ricevute dalla stessa. La struttura della norma esclude una risposta sempre affermativa; tuttavia, qualora dette informazioni consentano al medesimo organo di controllo di individuare fondati indizi della crisi, di esse dovrà essere data informazione al revisore legale.

Difatti, pur a fronte della delimitazione dei ruoli compiuta nel primo comma dell'art. 14 C.c.i. («ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni»), deve tenersi conto della regola generale che impone ai sindaci e ai soggetti incaricati della revisione legale dei conti lo scambio tempestivo delle informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti (art. 2409-*septies* c.c.). Ciò in ragione del fatto che l'esistenza di fondati indizi della crisi rappresenta (appunto) una informazione rilevante<sup>16</sup>, come confermato dalla precisazione contenuta nel Decreto Correttivo rispetto al secondo comma del medesimo art. 14 C.c.i., in base alla quale gli organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione all'organo amministrativo, ne infor-

<sup>15</sup> Le incertezze conseguenti alla terminologia usata nella norma sono rilevate nelle *Osservazioni e proposte di modifica al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 – Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, presentate l'8 luglio 2019 (primo doc.) dal Centro CRISI – Centro di Ricerca interdipartimentale su Impresa, Sovraindebitamento e Insolvenza dell'Università degli Studi di Torino, reperibili all'indirizzo <http://www.centrocrisi.it/materiali/>. Infatti, in tale doc., sub art. 14 C.c.i., da un lato, è richiesto di esplicitare quali siano gli organi di controllo societari, dall'altro lato, viene proposto di riferire espressamente l'obbligo di segnalazione di cui al primo comma della norma al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione, altresì attribuendo al revisore e alla società di revisione uno specifico (e autonomo) obbligo di segnalazione.

<sup>16</sup> Negli stessi termini, P. Valensise, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in «Giurisprudenza Commerciale», I, 4, 2019, p. 595.

mano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione (e viceversa)<sup>17</sup>.

## 2.2. *L'oggetto dell'obbligo e i relativi presupposti*

Rispetto alla predetta (ambiziosa) finalità dell'art. 14, ultimo comma, C.c.i., il testo appare fin dalla prima lettura piuttosto conservativo, lasciando oltretutto coni d'ombra su aspetti anche rilevanti.

In merito ai presupposti di applicazione, in primo luogo, a parte quanto osservato circa il rischio di disapplicazione della norma per effetto della scelta nella s.r.l. del revisore legale anziché del sindaco, lascia perplessi il riferimento ai soli «affidamenti» – ossia a rapporti contrattuali bancari che, in senso stretto, rimandano alla struttura tipica del contratto di apertura di credito (v. l'art. 117-*bis* T.U.B.) – e non, in generale, a tutti i contratti di credito. Difatti, se da un lato, è evidente come l'impossibilità o la maggiore onerosità nell'utilizzazione del credito concesso rappresenti una criticità per l'impresa in termini di disponibilità prospettica di cassa, dall'altro lato, non appare condivisibile la scelta di escludere anche altri rapporti di credito le cui vicende potrebbero altrettanto essere utili per apprezzare la situazione in cui versa la società debitrice. Si pensi, in particolare, alla decadenza dal beneficio del termine per il mancato rispetto di specifici *covenants* previsti in un contratto di mutuo<sup>18</sup>.

Tuttavia, la lettera della norma, accompagnata dalla attenzione di questa parte del Codice specificamente alla capacità prospettica di adempiere alle obbligazioni d'impresa, fa ritenere doversi limitare l'applicazione della stessa ai soli contratti aventi la struttura dell'apertura di credito<sup>19</sup>. In questa pro-

<sup>17</sup> Decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147, recante disposizioni integrative e correttive del C.c.i.

<sup>18</sup> Sul rapporto tra emersione della crisi e *covenants* finanziari richiesti dalle banche nei contratti di finanziamento, v. E. 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, pp. 26 s.; F. Pacileo, *Gli «strumenti d'allerta» tra early warning tools e preventive restructuring frameworks*, in «Rivista di diritto commerciale», I, 1, 2020, p. 191, secondo il quale «soprattutto le società più piccole possono allora approfittare delle competenze delle banche per trasporre nell'ambito endo-societario i controlli che i finanziatori effettuano mediante i *covenants* finanziari».

<sup>19</sup> Nel senso della interpretazione restrittiva del termine «affidamenti» concorre anche la richiesta di comunicazione delle «variazioni», «revisioni» e «revoche», ossia eventi della dinamica contrattuale riferibili ai soli contratti di apertura di credito e non ai contratti di finanziamento. In merito, cfr. G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, cit., pp. 52 s., il quale,

spettiva, presupposto della comunicazione deve intendersi l'esistenza di una qualsiasi linea di credito funzionale all'attività d'impresa, a prescindere dalla forma assunta<sup>20</sup>.

In secondo luogo, mentre la norma, come appena visto, esclude i contratti di credito che non comportano affidamenti, al contempo evita di distinguere tra modifiche peggiorative e modifiche migliorative, come anche di definire soglie di rilevanza, con la conseguenza che le banche dovranno farsi carico della comunicazione anche nel caso di modifiche contrattuali migliorative (per l'impresa affidataria) ovvero di limitato rilievo economico. D'altronde, una diversa interpretazione lascerebbe ingiustificati spazi all'interpretazione, a fronte di una molteplicità di variabili, nell'alternativa (quantomeno) tra il criterio del valore assoluto e quello del valore relativo rispetto alla dimensione dell'impresa; persino la qualificazione quale modifica migliorativa o peggiorativa potrebbe comportare incertezze interpretative qualora si tratti di una modifica complessa, attinente a una pluralità di aspetti del rapporto contrattuale<sup>21</sup>. Si attribuirebbe, altrimenti, alla banca una discrezionalità che non le spetta nel soppesare il rilievo dell'informazione.

La disposizione non distingue neppure tra modifiche dovute a ragioni atinenti all'impresa ovvero a ragioni del tutto estranee, a partire dalla politica monetaria (cui potrebbero conseguire variazioni rispetto agli interessi passivi).

Quindi, la banca dovrà effettuare comunque la comunicazione, sul presupposto che si tratti di modifiche o revoche già decise e tali da incidere di per sé sulla sfera giuridica del debitore, anche se a termine iniziale<sup>22</sup>.

Passando alle modalità di adempimento dell'obbligo, la norma è altrettanto scarna, limitandosi a definire il solo profilo temporale.

La disposizione è, infatti, chiara nel richiedere una trasmissione contestuale agli amministratori e ai sindaci («nel momento»). In proposito, sembra indifferente che la comunicazione all'organo di controllo: (i) sia effettuata

pur considerando la norma «monca» nel caso di una lettura restrittiva, valorizza il fatto che il legislatore usi il termine «affidamenti» e non «finanziamenti», cui, invece, sono riconducibili nel linguaggio legislativo, a partire dal T.U.B., tutti i contratti di credito.

<sup>20</sup> Cfr. S. Bonfatti, *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 723, il quale fa riferimento, a titolo esemplificativo, «tanto [ai] fidi “di cassa”, quanto [ai] fidi “di firma”; tanto [alle] linee di credito “semplici”, quanto [a] quelle “rotative”».

<sup>21</sup> D'altronde, da una modifica «migliorativa», quale l'incremento del fido, dovrebbe conseguire il monitoraggio relativo alla sostenibilità dei maggiori oneri finanziari (sul punto, cfr. V. Mazzeo, *Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di allerta e composizione della crisi*, in «Il fallimento», 3, 2019, p. 304).

<sup>22</sup> Dovrebbero, invece, essere considerati esterni al perimetro di applicazione della norma tutti i casi in cui la banca si limiti a intavolare mere proposte rispetto alle quali la società debitrice abbia una qualche possibilità di carattere giuridico di incidere, ossia circostanze tali da integrare mere trattative tra le parti.

in forma scritta cartacea oppure elettronica (ferma comunque la necessità di avere certezza della ricezione); (ii) avvenga mediante condivisione del medesimo invio destinato agli amministratori (mettendo, quindi, in copia conoscenza l'organo di controllo) oppure mediante il duplice invio del medesimo testo. È tuttavia preferibile: (*sub i*) che l'invio avvenga tramite strumenti di trasmissione che, non solo garantiscano la certezza della ricezione, ma anche la massima velocità (si pensi, quindi, alla P.E.C., come difatti previsto nel secondo comma del medesimo art. 14 C.c.i. per la segnalazione all'organo amministrativo ivi disposta); (*sub ii*) che l'invio sia effettuato in modo da dare evidenza all'organo di controllo di aver ricevuto le medesime informazioni trasmesse agli amministratori.

La norma, al contempo, non si sofferma sul grado di dettaglio dell'informazione da rendersi.

A una prima lettura, potrebbe ritenersi che la granularità dell'informativa all'organo di controllo possa essere inferiore rispetto a quanto – complessivamente e in diverse sedi – comunicato agli amministratori. In questo senso concorre il dato letterale, essendo prevista la comunicazione dell'esito della decisione assunta in merito agli affidamenti (la «variazione», la «revisione», la «revoca»)<sup>23</sup>.

Tale lettura, però, non convince poiché, se in talune (o forse molte) circostanze le modifiche contrattuali potrebbero essere *self explaining* (perché, ad esempio, in attuazione di previsioni contenute nel contratto stesso) oppure avere caratteristiche tali per cui l'effetto sul contratto, ossia la mera modifica dello stesso, potrebbe in sé integrare interamente l'informativa utile ai sindaci, in altre circostanze ancora potrebbe, invece, risultare necessario conoscere le motivazioni a fondamento delle modifiche, motivazioni che si presume siano sempre esplicitate all'organo amministrativo ovvero almeno agli amministratori delegati<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Circa il significato del termine «revisione», cfr. S. Bonfatti, *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 723, il quale interpreta tale termine come la «semplice riconsiderazione (anche periodica o routinaria) della linea di credito, anche se non accompagnata da interventi di alcun genere (ma comunque di per se stessa espressiva di una conferma della linea di credito, laddove alla “revisione” non si accompagni una “variazione” [...], ovvero una “revoca” [...]».

<sup>24</sup> Nonostante una terminologia funzionale a includere qualsiasi modifica e circostanza estintiva di un contratto in essere, almeno in base al dato letterale, non pare soggetta a comunicazione l'informativa circa gli affidamenti negati, pur potendo essa evidenziare, a beneficio dei sindaci, la condizione economico e finanziaria dell'impresa debitrice, in particolare qualora si tratti del rifiuto del rinnovo di un affidamento da parte di una banca con cui in precedenza già intercorreva un analogo rapporto contrattuale. Sempre in base al dato letterale, sembra giungere alla medesima conclusione anche G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della*

Alla prima categoria appartiene, ad esempio, la variazione degli interessi passivi (se variabili) conseguente alla politica monetaria. In tal caso, la differenza (in negativo come in positivo) può essere valutata dai sindaci in relazione alla incidenza sulle disponibilità di cassa prospettiche, integrando (pressoché) del tutto l'utilità dell'informativa agli stessi. Rispetto alla seconda categoria, si pensi, invece, alla revoca. In tale ipotesi, non sembra sufficiente che i sindaci siano informati del venir meno dell'affidamento, ovvero della modalità tecnica con cui si produce la cessazione del rapporto contrattuale (come la risoluzione oppure, nel caso di affidamenti a tempo indeterminato, il recesso). I destinatari della comunicazione devono anche essere edotti – quantomeno in via sintetica – circa la motivazione della decisione assunta dalla banca, tanto più considerando che tale motivazione nella maggior parte dei casi attiene a fatti di natura economico e finanziaria della stessa impresa debitrice.

Inoltre, deve tenersi conto della previsione secondo cui la segnalazione all'organo amministrativo deve essere «motivata» (art. 14, comma 2, C.c.i.). Pur a fronte del fatto che la segnalazione si pone su un piano chiaramente diverso rispetto alla dinamica contrattuale, risulta, comunque, necessario che altrettanto sia motivata – come detto, quantomeno in via sintetica – la comunicazione della banca all'organo di controllo, potendo tale comunicazione essere fonte di un'informazione rilevante ai fini della successiva segnalazione agli amministratori e potendo, di conseguenza, essere necessario che i sindaci siano messi a conoscenza delle motivazioni delle modifiche contrattuali al fine di poter compiutamente elaborare l'informazione ricevuta dalla banca e successivamente redigere la – più articolata – motivazione della segnalazione all'organo amministrativo.

È, dunque, preferibile interpretare la norma nel senso della necessaria informativa ai sindaci anche delle motivazioni che comportano le modifiche del contratto, con lo stesso grado di dettaglio usato per la comunicazione all'organo amministrativo. Si ha conferma altresì nella predetta previsione della contestualità temporale delle comunicazioni.

Ciò detto, la sopra esposta finalità della norma impone di chiedersi se vi sia spazio anche per richieste di approfondimento da parte dei sindaci circa le motivazioni alla base della modifica contrattuale oppure della revoca, nei confronti degli amministratori ovvero anche della banca.

In merito agli amministratori, la risposta affermativa deve considerarsi del tutto fisiologica, poiché deve ritenersi che la finalità della norma non si realizzi solamente in rapporto alle conseguenze delle modifiche contrattuali, ma

anche alle motivazioni delle stesse<sup>25</sup>. Quindi, qualora le circostanze siano tali da far ritenere ai sindaci necessario, o anche solo opportuno, un approfondimento, essi potranno – anzi, dovranno – rivolgersi agli amministratori attuando il proprio potere/dovere di richiesta agli stessi di notizie attinenti alla specifica vicenda contrattuale.

Più complessa è l'ipotesi in cui il soggetto destinatario della richiesta di chiarimenti non sia, come di regola, l'organo amministrativo, bensì la stessa banca che ha effettuato la comunicazione. Anche in questo caso, la risposta deve essere affermativa, ma con due necessarie precisazioni.

In primo luogo (prima precisazione), la richiesta alla banca deve presupporre che: (i) l'organo amministrativo, sollecitato in prima istanza, non abbia dato risposta oppure lo abbia fatto in modo non esaustivo; e che (ii) le circostanze presentino indici di urgenza. Solo in tal caso l'organo di controllo potrà rivolgersi direttamente alla banca<sup>26</sup>, tenendo necessariamente informato l'organo amministrativo (anche solo inoltrando la richiesta alla banca in copia conoscenza al presidente dell'organo stesso).

La banca, in tal modo, diventerebbe una sorta di interlocutore dei sindaci di seconda istanza, in conseguenza di un duplice effetto di rilievo sistematico prodotto dal Codice della Crisi. Da un lato, detto Codice, in particolare proprio in seguito all'obbligo di segnalazione imposto ai sindaci in relazione alle procedure di allerta, sembra riservare a essi un ruolo ri-

<sup>25</sup> In merito alla ampiezza da riconoscersi al potere/dovere dei sindaci di acquisire informazioni da parte degli amministratori, da intendersi come complementare al potere di ispezione, v., già *ante* Riforma (con regole essenzialmente immutate), G. Cavalli, *I sindaci*, in G.E. Colombo - G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle Società per Azioni*, 5, Torino, UTET, 1988, p. 109.

<sup>26</sup> La competenza nel chiedere chiarimenti direttamente alla banca, a una prima lettura, sembrerebbe spettare esclusivamente all'organo di controllo e non ai singoli membri, in linea con quanto previsto in relazione al potere di chiedere informazioni agli amministratori dall'art. 2403-bis, comma 2, c.c. («Il collegio sindacale può chiedere [...]»), nonché in linea con il dato letterale circa la competenza a effettuare la segnalazione all'organo amministrativo (art. 14, comma 1, C.c.i., ove il riferimento agli «organi di controllo societari»). Tuttavia, si registra una convincente posizione di segno contrario che, muovendo dalle finalità delle procedure di allerta e delle misure premiali, conclude per il riconoscimento ai *singoli* amministratori del potere di chiedere informazioni, nonché anche della competenza nel rivolgersi all'OCRI (v. M.S. Spolidoro, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in «Rivista delle società», 1, 2018, spec. pp. 179 s., ove l'a. sembra appunto attribuire dette competenze anche ai singoli membri dell'organo di controllo). Seguendo tale posizione, dovrebbe allora coerentemente riconoscersi individualmente ai singoli sindaci anche il potere/dovere di rivolgersi direttamente alla banca (nei limiti sopra esposti).

conducibile non più esclusivamente all'ambito interno alla società<sup>27</sup>. Dall'altro lato, l'obbligo di comunicazione imposto alla banca comporta, come detto, un contributo esterno al flusso informativo fino a ora endosocietario, che – pur non potendosi considerare, secondo il dettato normativo, a struttura bilaterale – sembra comunque legittimare un dialogo diretto tra sindaci e banca rispetto alle vicende contrattuali di cui la banca deve dare informazione. Detto dialogo è, altresì, legittimato dal citato obbligo di leale collaborazione con il debitore imposto ai creditori dall'art. 4, comma 3, C.c.i., in assenza di vincoli di riservatezza nei confronti dell'organo di controllo del debitore stesso<sup>28</sup>.

In secondo luogo (seconda precisazione), non potrà comunque pretendersi dalla banca la trasmissione di informazioni che non siano strettamente collegate alla modifica contrattuale; non potrà, quindi, pretendersi la trasmissione di informazioni che siano il frutto di elaborazioni e valutazioni interne alla banca stessa. Questa precisazione è dovuta alle regole cui le banche sono soggette rispetto ai crediti *non performing* (o in prospettiva di diventarlo).

In proposito, si considerino, dapprima, le *Linee guida per le banche sui crediti deteriorati (NPL)* della Banca Centrale Europea (BCE), del marzo 2017 (integrate con l'*Addendum* del marzo 2018), par. 3.6.1 («Procedura di allerta precoce»), ove è previsto che le banche devono «disporre di procedure e flussi informativi interni adeguati allo scopo di individuare e gestire potenziali clienti con posizioni deteriorate in uno stadio molto precoce», nonché attuare un processo di allerta precoce «compatibile con le procedure concernenti i flussi informativi sugli NPL»<sup>29</sup>. L'attenzione alla fase di *early warning* è manifestata anche nelle recenti *Linee guida sulla erogazione e il*

<sup>27</sup> Cfr. L. De Angelis, *L'influenza della nuova disciplina*, cit., p. 30, per l'incidenza del C.c.i. sullo *status* dei sindaci nelle società di capitali; secondo l'a. «con buona probabilità sarebbe ancora condivisibile che ai sindaci non si attagli neppure adesso lo *status* di pubblici ufficiali; ma non altrettanto [può dirsi] a cuor leggero circa una loro possibile qualificazione come incaricati di un pubblico servizio».

<sup>28</sup> Su un diverso piano si pone l'esigenza che la banca mantenga riservati i contenuti del dialogo con l'organo di controllo (ma non anche nei confronti dell'organo amministrativo), dovendo rimanere il flusso informativo del tutto interno tra l'impresa debitrice e la banca. In generale, sulla necessaria confidenzialità nei vari passaggi della procedura di allerta, affinché la crisi non si aggravi, v. G. Bonfante, *Le misure di allerta*, in «Giurisprudenza italiana», 8-9, 2019, p. 1975.

<sup>29</sup> Circa la relazione tra la previsione ora contenuta nell'art. 14, ultimo comma, C.c.i. e le cit. Linee guida emanate dalla BCE nel marzo 2017, considerando l'una «in continuità con» le altre, cfr. G. Amato - G. Serra, *Aggravio debitorio per la tardiva gestione della crisi: profili di responsabilità degli amministratori, dei sindaci e delle istituzioni finanziarie anche alla luce della riforma in corso*, in «Diritto bancario», dicembre 2018, p. 21.

*monitoraggio del credito* dell'EBA, del maggio 2020, ove a tale fase, nonché ai relativi *indicatori*, è dedicato un paragrafo (par. 8.5) della sezione *Monitoring framework*.

Si consideri anche l'introduzione delle regole relative alla *Calendar provisioning (minimum loss coverage)*: il 3 gennaio 2019 il Consiglio europeo ha pubblicato il c.d. *final compromise text* della proposta di regolamento di modifica del Reg. (UE) n. 575/2013 (il «CRR», ora CRR II in seguito alle modifiche di cui al Reg. (UE) 2019/876 del 20 maggio 2019) con riguardo agli obblighi di copertura minima delle perdite connesse alle esposizioni attinenti a NPL (NPE, *non performing exposures*).

Dette regole, da un lato (per inciso), enfatizzando il tempestivo *provisioning* e *write-off* delle posizioni deteriorate, potrebbero influenzare strategie e modalità di gestione delle NPE, nel senso di disincentivare le banche alla ristrutturazione dei crediti, viceversa preferendo esse effettuare la cessione degli stessi al fine di ridurre il numero di accantonamenti. Dall'altro lato (aspetto che maggiormente interessa il punto in questione), impongono alle banche di *raccogliere* – in particolare, dal Registro Imprese ovvero dalla Centrale dei rischi – ed *elaborare* in via continuativa dati attinenti alla situazione economico-finanziaria delle imprese debentrici, così creando e aggiornando i relativi *rating* interni.

Tali regole impongono, dunque, alle banche di acquisire ed elaborare una significativa quantità di dati relativi alle imprese debentrici, al fine di perseguire la qualità del credito e, in ultima istanza, la stabilità propria e del sistema. Impongono anche comportamenti che, tenendo conto dei predetti dati, potrebbero determinare le stesse modifiche contrattuali di cui l'art. 14, ultimo comma, C.c.i. prevede la comunicazione all'organo di controllo. In altri termini, si richiede alle banche di effettuare valutazioni che comportano, come detto, l'attuazione di un processo di allerta precoce (con relativi flussi informativi), autonomo rispetto a quello interno all'impresa, ma basato (almeno parzialmente) sulle medesime informazioni di natura economico e finanziaria<sup>30</sup>.

Ne consegue che, astrattamente, la banca potrebbe inoltrare a beneficio dei sindaci (qualora sollecitata) informazioni – o, per meglio dire, elaborazioni di natura valutativa – utili per apprezzare la situazione economico-finanziaria dell'impresa debitrice.

<sup>30</sup> Sulla diagnostica della crisi da parte dei creditori e, in particolare, per un confronto tra l'auto-valutazione imposta all'impresa e la valutazione esterna richiesta alla banca creditrice dalle regole di settore di natura prudenziale, v. E. Brodi, *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente «sistema di allerta e composizione»*, cit., pp. 24 ss.

Tuttavia, la norma in questione non lascia spazio per una estensione dell'obbligo di comunicazione anche a tali informazioni, non solo qualora non siano strettamente attinenti alla specifica modifica contrattuale, ma anche qualora siano il frutto di valutazioni interne alla banca stessa<sup>31</sup>. In questa prospettiva, a titolo esemplificativo, nell'ipotesi in cui una variazione del tasso di interesse sia dovuta a una variazione del *rating* interno, la banca, nei limiti della buona fede contrattuale e in relazione a quanto sopra esposto, dovrà motivare in tal modo la variazione stessa, senza, però, essere obbligata a giustificare come sia arrivata a detta variazione<sup>32</sup>.

Una diversa interpretazione estenderebbe la portata della norma ben oltre quanto disposto, esponendosi a due ordini di critiche: (i) l'assenza di una giustificazione, visto che tutte le informazioni oggettive raccolte dalla banca circa l'impresa debitrice dovrebbero essere comunque potenzialmente reperibili dagli stessi sindaci; (ii) la constatazione del fatto che l'elaborazione delle predette valutazioni sia un'attività interna alla banca motivata da diverse istanze, per cui imporre di condividere tali valutazioni con l'organo di controllo avrebbe quale conseguenza una responsabilizzazione della banca stessa (per l'attività compiuta) che si sommerebbe – in assenza di una specifica previsione, dunque senza titolo – alla responsabilità relativa all'obbligo di comunicazione.

Resta, d'altro canto, nella facoltà della banca – all'insegna del rapporto di collaborazione cui si è fatto più volte cenno – condividere con l'organo di controllo interno tutte le informazioni che ritenga opportune, fermo restando che quanto esulante dall'obbligo imposto alla banca non potrebbe esserle accettato ai fini della relativa responsabilità (salvo il caso di dolo).

Viceversa, la banca sarà responsabile per omissioni o comunque inadempienze rispetto specificamente all'obbligo di comunicazione, limitatamente alla previsione di legge.

<sup>31</sup> In merito, v. G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, cit., p. 53, il quale, pur ritenendo la norma di difficile intellegibilità sul punto, riferisce il termine «revisione» proprio a un «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», tanto da chiedersi il medesimo a. come possa essere informato l'organo di controllo su circostanze rispetto alle quali non sia individuabile un obbligo di comunicazione nei confronti della società cliente.

<sup>32</sup> Sull'argomento, v. S. Bonfatti, *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 723, il quale include tra le incertezze operative verosimilmente più ricorrenti proprio la revisione del c.d. *rating* interno ossia della valutazione sintetica attribuita all'impresa con riguardo al suo merito creditizio.

Tale responsabilità – non accompagnata da sanzioni attinenti al credito (come invece nel caso dei creditori pubblici qualificati)<sup>33</sup> – trova fondamento nella predetta strumentalità tra l’informativa imposta alla banca e l’obbligo di segnalazione di cui al primo comma dell’art. 14 C.c.i. Potrebbe, quindi, eccipirsi alla banca da parte dell’organo di controllo un comportamento dannoso per difetto di informazione, in un contesto in cui lo stesso organo di controllo risulti solidalmente responsabile con l’organo amministrativo per non aver provveduto alla tempestiva segnalazione dei fondati indizi della crisi (dovendosi ragionevolmente includere l’obbligo di segnalazione nel perimetro dell’art. 2407, comma 2, c.c. e, prima ancora, dell’art. 2403 c.c., stante anche la previsione di esonero dalla responsabilità solidale contenuta nel terzo comma dell’art. 14 C.c.i.)<sup>34</sup>.

Legittimato attivo sembra essere (appunto) solamente l’organo di controllo, in ragione della predetta stretta strumentalità dell’obbligo imposto alla banca rispetto al proprio obbligo di segnalazione, ferma restando la diversità di perimetro tra detti obblighi, poiché la banca, come visto, non deve collaborare nel monitoraggio e nella valutazione dello stato di salute dell’impresa debitrice – e, quindi, non può crearsi alcun affidamento in tal senso né in capo all’organo di controllo né a terzi – dovendo essa solo trasferire le medesime informazioni attinenti agli affidamenti destinate agli amministratori. Secondo la meccanica dell’illecito aquiliano<sup>35</sup>, all’organo di controllo compete

<sup>33</sup> Ai sensi dell’art. 15, comma 1, C.c.i., l’omissione da parte dei creditori pubblici qualificati – nel dare avviso al debitore e nell’effettuare la segnalazione all’OCRI (anche per la segnalazione agli organi di controllo della società) – comporta l’inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti di cui sono titolari l’Agenzia delle Entrate e l’INPS, e l’inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione dell’agente della riscossione. Forse all’assenza di una sanzione di tal tipo si riferisce A. Guiotto, *I sistemi di allerta e l’emersione tempestiva della crisi*, in «Il fallimento», 4, 2019, p. 417, quando qualifica l’obbligo di comunicazione in capo alla banca come «un obbligo privo ad oggi di sanzioni per il suo inadempimento».

<sup>34</sup> Per la qualificazione dell’obbligo di segnalazione quale «puntualizzazione dei doveri di cui all’art. 2403 c.c.», v. R. Russo, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d’impresa*, in «Giurisprudenza Commerciale», I, 1, 2018, p. 140; sottolinea il rilievo dei canoni di professionalità e diligenza richiesti dalla natura del loro incarico (ex art. 2407, comma 1, c.c.) quali limiti della responsabilità dei sindaci anche in relazione alla mancata segnalazione, S. Addamo, *Responsabilità del collegio sindacale nella crisi di impresa*, in «Nuove leggi civili commentate», 4, 2019, p. 933.

<sup>35</sup> Non sembrano, infatti, sussistere i presupposti per una riconduzione alla responsabilità contrattuale: (i) sia perché difficilmente può affermarsi che la previsione normativa integri *ex lege* le pattuizioni contrattuali tra la banca e l’impresa cliente (ciò in ragione della estraneità della finalità dell’obbligo rispetto al contratto); (ii) sia perché altrimenti, spostando l’onere della prova in capo alla banca, si chiederebbe alla stessa una dimostrazione pressoché impossibile, dovendo essa provare l’irrelevanza del proprio comportamento rispetto alle informazioni in quel momento in possesso dell’organo di controllo, dovendo cioè provare che l’organo di

poi l'onere di dimostrare il nesso di causalità tra l'omissione della banca e la propria responsabilità (anch'essa di analoga natura omissiva, ma, in tal caso, di carattere prevalentemente contrattuale)<sup>36</sup>.

### 3. La revoca degli affidamenti bancari

La seconda area di intervento in cui si articola il coinvolgimento delle banche nel processo che porta all'emersione anticipata della crisi d'impresa, nel nuovo Codice della Crisi, è quella dell'art. 12, comma 3, C.c.i. il quale stabilisce come «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 pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari»<sup>37</sup>.

controllo fosse già a conoscenza di informazioni sufficienti per effettuare la segnalazione all'organo amministrativo, a prescindere da quanto la banca avrebbe dovuto comunicare.

<sup>36</sup> Cfr. G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, cit., p. 49, ove il riferimento alla «efficienza causale dell'omissione da parte della banca sull'inadempimento da parte dell'organo di controllo». Si tenga, altresì, presente che, secondo il medesimo a. (Id., *Il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari nelle procedure di allerta e di composizione assistita delle crisi*, in «Diritto della banca e del mercato finanziario», I, 4, 2019, p. 740), vi sarebbe anche spazio per ipotizzare una responsabilità della banca per «lesione del diritto di credito», qualora le omissioni alla base del ritardo (se non dell'assenza) nella attivazione degli strumenti di allerta determinino una «efficienza causale nell'aggravamento della crisi», con conseguente lesione delle ragioni degli altri creditori. Secondo tale tesi, la legittimazione attiva si dovrebbe allora estendere (appunto) anche agli altri creditori (secondo lo stesso a., ivi, nel comportamento omissivo dell'intermediario sarebbe, inoltre, possibile individuare una fonte di danno per l'impresa, ancorché mediatamente, in applicazione del criterio del c.d. «rischio specifico»).

<sup>37</sup> La struttura della norma evoca quella dell'art. 172, comma 6, Codice della Crisi, relativo alla liquidazione giudiziale, che replicando quanto già disposto dal precedente art. 72, comma 5, r.d. 267/1942 (anche «Legge Fallimentare») stabilisce l'inefficacia delle clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione dei contratti pendenti dall'apertura della liquidazione giudiziale. Relativamente all'art. 72 Legge Fallimentare, B. Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in «Contratto e Impresa», 1, 2007, p. 1, e G. Tarzia, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, in «Il fallimento», 12, 2007, p. 1385, i quali evidenziano come la norma sia finalizzata a consentire di volta in volta al curatore di effettuare le proprie valutazioni in ordine a tali contratti, tutelando quindi gli interessi della procedura concorsuale e consentendo una più flessibile scelta tra le esigenze di conservazione e liquidazione che vi emergano, salvo quanto diversamente disposto, in ordine ad esempio al conto corrente

La disposizione dell'art. 12, comma 3, C.c.i. evoca i temi connessi alla responsabilità che incombe sulla banca nell'esercizio del credito, che spazia dagli opposti estremi dell'abuso nella concessione alla ingiustificata rottura del credito<sup>38</sup>. In particolare, la disposizione in commento si ricollega a una fattispecie di matrice dottrinale e giurisprudenziale, la responsabilità della banca per interruzione o «revoca brutale» del credito<sup>39</sup>, che trova a sua volta un fondamento nell'art. 1845 c.c., ai sensi del quale la banca non può recedere dal contratto di apertura del credito, prima del termine, in assenza di giusta causa<sup>40</sup>.

Il disposto dell'art. 1845 c.c. è stato storicamente oggetto di ampia deroga a livello contrattuale, in quanto sovente sono stati previsti, anche sulla base di quanto disposto dalle norme bancarie uniformi, termini più brevi di quello di quindici giorni di preavviso per il recesso nell'apertura di credito a tempo indeterminato o per la restituzione delle somme nel caso di apertura di credito a tempo determinato, nonché la possibilità, in deroga al primo comma dell'art. 1845 c.c., di recedere anche in assenza di giusta causa. Tale tendenza è stata, almeno in parte, contrastata dalla giurisprudenza, la quale, richiamandosi al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, riteneva la banca responsabile di un illegittimo recesso dall'apertura di credito, come tale sanzionato sul piano della responsabilità risarcitoria, quando l'interruzione del rapporto avvenisse con modalità imprevedute e arbitrarie<sup>41</sup>.

bancario e per estensione, si ritiene, ai contratti collegati come l'apertura di credito (così A. Dimundo, *sub art. 78*, in G. Lo Cascio (diretto da), *Codice Commentato del Fallimento*, Milano, IPSOA, 2017, p. 1090).

<sup>38</sup> In tema, in linee generali, B. Inzitari, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in «Banca borsa e titoli di credito», 3, 2001, p. 265; F. Bonelli, «*Concessione abusiva*» di credito e «*interruzione abusiva*» di credito, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 828; A. Nigro, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese «in crisi»*, in «Giurisprudenza Commerciale», I, 3, 2011, p. 305; S. Balsamo Tagnani - G. Volpi, *Concessione ed interruzione abusiva del credito: nuovi profili di responsabilità della banca nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in «Contratto e Impresa», 1, 2020, p. 225.

<sup>39</sup> A. Castiello D'Antonio, *Crisi d'impresa e responsabilità della banca: «revoca brutale del fido», concessione abusiva di credito*, in «Diritto fallimentare e delle società commerciali», I, 2, 2009, p. 290.

<sup>40</sup> Anche nei contratti a tempo indeterminato è, inoltre, prevista, come noto, una forma di tutela dell'affidatario, che si sostanzia nella necessità che il contratto di apertura di credito definisca un termine di preavviso per il recesso, stabilendo in assenza di pattuizione espressa un preavviso di *default* pari a quindici giorni.

<sup>41</sup> In questo senso, *inter alia*, Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in «Giust. civ.», 507, 1998, con nota di M. Costanza, *Sulla clausola di recesso della banca dal contratto di apertura di credito*; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in «Diritto fallimentare e delle società commerciali», 699,

L'illegittimità del recesso, su questo piano, era ricondotta al presupposto sostanziale che la stessa natura dell'apertura di credito è funzionale alla messa a disposizione dell'affidatario di una somma di denaro da impiegare liberamente, nei limiti di quanto pattiziamente previsto, sia quanto al tempo per cui questa viene messa a disposizione, sia quanto alla sua entità<sup>42</sup>. La richiesta di rientro immediato rispetto a somme che di norma sono in corso di utilizzo, e dunque rispetto a una situazione di potenziale illiquidità, può essere l'elemento causale che precipita l'imprenditore nella crisi.

Anche la norma in analisi manifesta un'istanza di tutela dell'affidatario, che viene però ora specificata e resa oggettiva, creandosi una sorta di scriminante legale applicabile alle ipotesi di procedura di allerta e istanza di composizione assistita della crisi; la norma postula infatti che l'allerta non costituisce, in alcun modo, una giusta causa di interruzione dell'affidamento bancario. L'ambito della giusta causa risulta ridimensionato in quanto un aggravamento della situazione economica del cliente difficilmente avrebbe potuto non essere considerato, in assenza di una specifica previsione, una giusta causa di recesso<sup>43</sup>.

È dunque anche alla luce di questa esperienza e del fatto che la banca ha simmetriche responsabilità nell'erogazione del credito, né interromperlo brutalmente, né concederlo a scapito della propria sana e prudente gestione o tenendo in vita un'impresa a danno degli altri creditori, se non dell'impresa stessa, che deve essere vista la disposizione in commento. Va tenuto conto, inoltre, che tali figure subiscono l'influenza di un generale *favor* per l'erogazione di nuova finanza alle imprese in crisi, tendenzialmente ricollegato a procedure di soluzione negoziata della crisi stessa<sup>44</sup>.

2001, con nota di L. Schiano di Pepe, *Insolvenza e gestione del credito bancario*; da ultimo, Cass., 24 agosto 2016, n. 17291, in «dejure.it».

<sup>42</sup> Una revoca abusiva finirebbe quindi in qualche modo non solo per violare il principio di buona fede, ma anche per frustrare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta; in questi termini Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, cit.

<sup>43</sup> G. Porcelli, *sub art. 1845*, in D. Valentino (a cura di), *Dei Singoli Contratti*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011, pp. 812-813; C. Pennetta, *Recesso ed estinzione anticipata dei mutui bancari*, in E. Panzarini - A.A. Dolmetta - S. Patriarca (a cura di), *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, Zanichelli, 2016, p. 186.

<sup>44</sup> Si vedano ad esempio N. Abriani - L. Benedetti, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi*, in «Banca borsa e titoli di credito», I, 2020, p. 41; M. Miola, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in «Rivista di diritto civile», 5, 2014, p. 1090.

### 3.1. I Caratteri generali della norma e le sue finalità

La disposizione, pur prestandosi nella sua sola apparente semplicità a numerose questioni interpretative che verranno di seguito analizzate, risulta chiara nei suoi lineamenti fondamentali. Essa implica che in nessun caso una banca potrà revocare un affidamento sulla base del presupposto dell'attivazione di uno strumento di allerta, neppure nel caso in cui ciò sia espressamente convenuto dalle parti, sacrificando dunque l'autonomia contrattuale, incidendo soprattutto sulle banche, che di norma sono i soggetti forti in tale rapporto e come tali sarebbero state in grado, eventualmente, di imporre una deroga pattizia al divieto<sup>45</sup>. La nullità dei patti contrari è strumentale a impedire che la banca, in virtù di questa posizione di forza, imponga una deroga al limite previsto dalla disposizione. Il riferimento all'attivazione della procedura d'allerta va interpretato come esteso al procedimento d'allerta nel suo complesso – coerentemente con l'ulteriore riferimento all'istanza di composizione assistita della crisi – dal che consegue che non potrà essere revocato l'affidamento sul presupposto che, ad esempio, l'effettivo svolgimento del procedimento dinanzi all'OCRI costituisca un momento differente rispetto all'attivazione della misura d'allerta.

Quanto alle conseguenze in termini di formulazione e interpretazione delle clausole contrattuali, oltre che ovviamente incidere sulle conseguenze direttamente riconnesse all'attivazione di una procedura d'allerta, appare innanzitutto evidente che, laddove il contratto faccia riferimento al recesso per «giusta causa» (previsto dall'art. 1845 c.c. nel caso di apertura di credito a tempo determinato), sicuramente l'attivazione della misura di allerta non potrà essere qualificata come tale dalla banca ai fini della revoca dell'affidamento. Di converso, invece, pare poter ritenersi legittima una modifica di termini e condizioni contrattuali anche in senso sfavorevole all'imprenditore durante la procedura di allerta. Al di là dell'aspetto meramente letterale della disposizione, infatti, la disposizione, nel limitare le possibilità di revoca, riequilibra la posizione dei contraenti. Nel momento in cui la banca non possa esercitare la facoltà di revocare l'affidamento, il debitore sarà libero di determinarsi rispetto a eventuali modifiche delle pattuizioni con la banca, con ciò riducendosi fortemente il rischio dell'imposizione di condizioni deteriori che possano alterarne in senso negativo la situazione finanziaria<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Ciò costituisce una sorta di *safe harbour* rispetto all'ipotesi di abusiva concessione del credito da parte della banca, nel caso in cui, ad esempio, un soggetto per cui sono state attivate le procedure di allerta continui a fare ricorso a linee di credito non revocabili da parte della banca.

<sup>46</sup> Restano fermi, per quanto riguarda le modifiche unilaterali, i limiti posti dall'ordinamento ad eventuali condotte che violino il principio di buona fede, nonché quanto disposto

Il legislatore ha configurato la norma come un limite alla possibilità delle parti di prevedere una specifica clausola contrattuale, limitandosi ad affermare che l'attivazione dell'allerta non costituisce causa di revoca, piuttosto che prevedere un vero e proprio «divieto di revoca» in presenza di una procedura di allerta. Ciò ha delle implicazioni sia sul piano applicativo che della ricostruzione delle finalità della disposizione.

È innanzitutto evidente che non possono esservi dubbi sulla legittimità della revoca ove maturi un'altra e differente autonoma causa della stessa<sup>47</sup>, salvo per cause di revoca dalla natura ampia ma concretamente integrate in quanto viene ad essere integrato il presupposto dell'allerta (o ulteriori specifiche ipotesi di cui si dirà oltre). Resta invece da chiedersi cosa avverrebbe nel caso in cui la revoca venisse disposta senza che intervenga una specifica situazione contrattualmente prevista a tal fine pendente la procedura di allerta. Si pensi al caso in cui la banca si avvalga di una facoltà di revoca *ad nutum*. Dalla lettera della norma sembrerebbe potersi ricavare che la procedura di allerta non possa essere ostativa rispetto a tale ipotesi, in quanto in tal caso la revoca non è dovuta al procedimento di allerta, fatta salva ovviamente la possibilità che la revoca sia qualificata come abusiva in quanto priva di causa<sup>48</sup>.

Dalla struttura della norma potrebbero trarsi conseguenze anche in termini di *ratio* della disposizione: infatti, l'intenzione del legislatore sembrerebbe non essere quella di conseguire un effetto di protezione<sup>49</sup>, che produca un divieto di revoca *tout court* rispetto all'impresa in difficoltà che ha attivato degli strumenti di allerta, in modo da mettere il debitore al riparo da azioni che ne compromettano la già precaria situazione finanziaria nel momento in cui pone in essere le opportune misure di soluzione della crisi. La fina-

ai sensi dell'art. 118 del Testo Unico bancario. V'è da chiedersi, sul punto, se la clausola generale del «giustificato motivo» di cui a tale ultima norma, tenuto conto che in tale ambito sono fatti rientrare anche «mutamenti relativi al grado di affidabilità del cliente» (così *inter alia* P. Sirena, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in «Banca borsa e titoli di credito», 3, 2007, p. 262), non sia suscettibile di essere influenzata, nella sua interpretazione, da quanto disposto dall'articolo 12, comma 3, C.c.i..

<sup>47</sup> In questo senso anche V. Mazzeo, *Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di allerta e composizione della crisi*, cit., 2020, p. 307.

<sup>48</sup> In tal senso, v'è da chiedersi cosa avverrebbe laddove fosse dimostrabile che presupposto sostanziale, anche se non formale, della revoca *ad nutum* sia stata proprio la procedura d'allerta, cioè laddove la revoca sia stata disposta a causa dell'accesso alla procedura d'allerta o dell'istanza di composizione della crisi pur avvalendosi la banca di una clausola contrattuale che richiama un presupposto differente. Stando alla lettera della norma, anche in questa evenienza la revoca parrebbe illegittima.

<sup>49</sup> Si ricordi che un effetto protettivo rispetto alla composizione assistita della crisi, per quanto parziale, può aversi invece ai sensi dell'art. 19 C.c.i., che rinvia in materia alle misure protettive di cui agli artt. 54 e 55 C.c.i.

lità potrebbe apparire invece quella di incentivare il debitore a fare ricorso alle misure di allerta, evitando che queste possano pregiudicare il suo accesso ai finanziamenti in misura maggiore di quanto precedentemente previsto dai contratti dallo stesso conclusi (d'altronde, anche il Governo nella relazione illustrativa parla, anche se in modo assai generico, di «fine di agevolare il ricorso alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi»).

Se questo è il fine del legislatore, non è facile comprendere perché l'attivazione della misura di allerta ai sensi dell'art. 15 C.c.i. – e dunque tramite segnalazione di creditori qualificati esterni all'impresa, senza che questa, come si vedrà, abbia alcuna voce in capitolo nell'attivare la procedura d'allerta – produca anch'esso un effetto ostativo rispetto alla revoca dell'affidamento. In questo caso, stabilire che l'attivazione della procedura di allerta non è causa di revoca dell'affidamento non ha in alcun modo una funzione di incentivo<sup>50</sup>, in quanto l'attivazione della procedura di allerta avviene a prescindere dalla manifestazione di una volontà in tal senso da parte di organi all'impresa, che siano organi di controllo o amministrativi. A ben vedere, in realtà, anche nel caso dell'allerta interna l'obbligo di segnalazione grava su organi di controllo che, per quanto interni (almeno nel caso del collegio sindacale) alla società, sono di per sé destinatari di incentivi a segnalare oltre che, auspicabilmente, meno parziali dell'imprenditore nell'effettuare le valutazioni sul ricorrere della crisi.

La finalità di incentivazione all'attivazione della misura di allerta può dunque fondare l'applicazione della norma nel caso in cui sia l'imprenditore a fare istanza di composizione della crisi, ma nel caso di allerta interna e, ancor più, di allerta esterna, non sembra che l'impedire la revoca sembri volto ad agevolare il ricorso alla procedura di allerta.

La scelta del legislatore di non strutturare la norma come un vero e proprio divieto di revoca appare ragionevole in quanto imporre una disapplicazione assoluta di clausole liberamente pattuite costituirebbe evidentemente un'eccessiva compressione della libertà contrattuale delle parti. D'altro canto, emerge un intento che non è evidentemente solo quello di incentivare (o non scoraggiare) l'emersione anticipata della crisi, ma anche in un certo senso quello di assicurare un livello minimo di protezione dell'imprenditore rispetto alle misure poste in essere nel contesto della procedura di allerta, agevolando dunque non solo il ricorso alle stesse ma anche la disponibilità di finanza per il risanamento o, quantomeno, il mantenimento della continuità

<sup>50</sup> Peraltro i creditori qualificati sono già autonomamente incentivati a segnalare, dato che ai sensi dell'art. 15, comma 1, C.c.i., l'inadempimento di tale obbligo implica per Agenzia delle Entrate e Istituto nazionale della previdenza sociale l'inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti di cui sono titolari, mentre per l'agente della riscossione esso implica l'inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione.

aziendale, e conseguentemente lo svolgimento della procedura d'allerta e il conseguente (auspicabile) esito di soluzione della crisi o la transizione agli strumenti di regolazione della crisi d'impresa<sup>51</sup>.

Si nota su questo piano la necessità di, e la difficoltà a, contemperare due esigenze contrapposte: da un lato la necessità che le banche possano avvalersi delle clausole contrattuali stipulate con il cliente al fine di controllare l'erogazione del credito, anche nell'ottica di una sana e prudente gestione delle stesse; d'altro canto, l'opportunità di proteggere quanto più possibile l'impresa che abbia in corso un processo volto al risanamento, a prescindere dal soggetto che abbia fatto emergere la situazione di crisi. La disposizione non tende solo a rendere neutro l'ingresso nella fase di allerta o il ricorso alla composizione assistita della crisi rispetto alla disponibilità degli affidamenti bancari, ma tende a salvaguardare la continuità aziendale dell'impresa dall'esercizio da parte della banca dei propri diritti che, pur se legittimo, se non doveroso, potrebbe però frustrare l'intento di risanare l'impresa in difficoltà<sup>52</sup>.

Emerge, così, il ruolo centrale che il mantenimento dei finanziamenti in essere ha per le imprese in difficoltà, già riconosciuto d'altronde da tempo da un legislatore che tende a fare leva sull'erogazione di finanza da parte del sistema bancario quanto più agevolandola e incentivandola<sup>53</sup>.

Evitando interpretazioni eccessivamente estensive che rischierebbero, oltre che di contraddire il tenore della norma, di essere controproducenti per le stesse finalità del legislatore, va considerato che se pure in presenza dell'attivazione degli strumenti di allerta non viene incentivata l'erogazione di nuova finanza, si manifesta una tensione ad assicurare il mantenimento della finanza già concessa in un'ottica di salvaguardia dell'impresa. Il sistema sembra anzi ricollegare alla revoca di un affidamento fondata sul presupposto dell'allerta un disvalore tale per cui essa potrebbe risultare «brutale» e ingiustificata. D'altro canto, se si riconosce per le banche un dovere di collaborazione per le imprese in crisi che accedano a una procedura volta alla

<sup>51</sup> Nel senso di qualificare tale disposizione come misura protettiva M. Ferro, *Allerta e composizione assistita della crisi nel d.lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in «Il fallimento», 4, 2019, p. 436.

<sup>52</sup> In quest'ottica, le considerazioni di G. Meo, *La difficile via normativa al risanamento d'impresa*, in «Rivista di diritto commerciale», 4, 2018, p. 611, sul fatto che il risanamento dell'impresa costituisca un obiettivo che va perseguito non solo a vantaggio dei creditori, ma a beneficio di un più ampio novero di soggetti.

<sup>53</sup> A. Nigro, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in «crisi»*, cit., pp. 306-307; S. Balsamo Tagnani - G. Volpi, *Concessione ed interruzione abusiva del credito: nuovi profili di responsabilità della banca nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 244.

soluzione negoziale della crisi<sup>54</sup>, ciò si può riflettere in qualche modo per gli strumenti d'allerta, che sono ben meno strutturati ma intervengono – o dovrebbero intervenire – in una fase iniziale della crisi d'impresa, tanto più se l'allerta può portare a una soluzione della crisi e non costituisce una mera anticamera dell'accesso alle procedure di regolazione della crisi<sup>55</sup>.

Il principio sembra dunque avere una portata più ampia della mera qualificazione di una non giusta causa di revoca in un caso specifico, evidenziando un disvalore su revoche di affidamenti che riguardino un'impresa ancora recuperabile e che si sta attivando a tal fine.

In linea di massima, dunque, poiché tendenzialmente i contratti di finanziamento presentano delle clausole molto ampie in presenza delle quali il soggetto finanziatore risulta legittimato a interrompere il rapporto, con presupposti di estrema genericità che possono costituire causa di revoca<sup>56</sup>, può ritenersi che l'attivazione della procedura di allerta non costituirà presupposto per la revoca neppure ove astrattamente venisse fatta ricadere in una più ampia nozione di evento rilevante a tale fine, a condizione ovviamente che tale evento rilevante risulti integrato esclusivamente dall'attivazione del procedimento di allerta.

Più complesso è comprendere se, sul presupposto dell'esistenza di un fine protettivo della disposizione, il limite alla revoca possa applicarsi a situazioni

<sup>54</sup> D. Vattermoli, *Il creditore-banca nelle soluzioni negoziate della crisi*, cit., p. 207, già delineava la possibilità di individuare un obbligo di collaborazione in capo alla banca creditrice di continuare a finanziare un'impresa in difficoltà ove questa si avvallesse di una procedura negoziata di composizione della crisi, pur evidenziando come fosse difficile «in mancanza di un riferimento normativo, fissare una regola generale». Si noti inoltre come M. Miola, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, cit., p. 1110, sollevi il tema di una responsabilità della banca che rifiuti immotivatamente il credito, o quantomeno il rinnovo dello stesso, anche se nel contesto di procedure negoziate di risoluzione della crisi, il che parrebbe espressione della medesima responsabilizzazione della banca che giunge quasi a onerarla di un dovere di collaborazione. Uno spunto simile, con riferimento alla Legge Fallimentare riformata, è di A. Nigro, «Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, cit., p. 370, il quale riteneva che potesse risultare contrario al dovere di correttezza il comportamento della banca che non continuasse a prestare i necessari aiuti finanziari a un'impresa in difficoltà. In questo senso, parrebbe, anche S. Balsamo Tagnani - G. Volpi, *Concessione ed interruzione abusiva del credito: nuovi profili di responsabilità della banca nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 263.

<sup>55</sup> Si può forse ritenere che la facoltà di revoca sia tanto più difficilmente esercitabile quanto più avanzato è lo stato di attuazione delle misure adottate per porre rimedio alla crisi.

<sup>56</sup> Spesso, in effetti, nei contratti bancari si utilizzano formule dalla natura tanto vaga da risultare indeterminata, facenti riferimento a mutamenti della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica, non per forza peggiorativi o rilevanti, che legittimano la banca a recedere dal contratto, comportano la decadenza dal beneficio del termine o, in taluni casi, giungono a essere configurati come cause di risoluzione del contratto.

in cui la stessa appaia avere come presupposto concreto gli stessi squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario che costituiscono il presupposto della misura di allerta, o sia dovuta alle misure adottate, nel contesto del procedimento d'allerta, dal debitore per porre rimedio alla crisi ai sensi dell'art. 18, comma 4, C.c.i. Da un lato, la dimensione protettiva del divieto di revoca potrebbe condurre a una lettura estensiva dello stesso<sup>57</sup>, coerentemente, come detto, con la tendenza del legislatore ad agevolare l'erogazione e il mantenimento delle linee di credito alle imprese in crisi che abbiano in corso un processo di risanamento, quale quello auspicabilmente attivato dagli strumenti d'allerta, seppur sicuramente meno incisivo e meno in grado di assicurare la meritevolezza del credito erogato o mantenuto rispetto ad altri strumenti previsti dal C.c.i. Dall'altro, l'eccessiva estensione del divieto di revoca potrebbe apparire incongrua dal punto di vista sistematico<sup>58</sup> e incentivare alla revoca anticipata. Pare opportuno dunque non riconoscere la sussistenza di un vero e proprio dovere di collaborazione che si fa gravare sulla banca, che potrebbe essere come detto riscontrabile in presenza di procedure negoziate di composizione della crisi.

Va infine evidenziato come la disposizione in analisi, per certi versi, costituisce anche uno strumento di allineamento degli interessi dei creditori. Di norma, infatti, dinanzi a una situazione di crisi, quantomeno nello stadio iniziale della stessa in cui più elevate appaiono le possibilità di risanamento, non viene immediatamente disposta la revoca degli affidamenti, proprio nella consapevolezza del fatto che questa facilmente travolgerebbe con sé l'intera attività imprenditoriale. Tuttavia, può facilmente crearsi una sorta di conflitto d'interessi tra creditori nei cui confronti le esposizioni abbiano entità, tempistiche e caratteristiche differenti. In tal senso, tanto più un creditore ha un'esposizione ridotta, quanto più può avere interesse a massimizzare il rientro in

<sup>57</sup> Si noti che, con riferimento all'art. 72 della Legge Fallimentare, il tema dell'introduzione di clausole volte ad aggirare il divieto posto da tale disposizione era posto da B. Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, cit., p. 10, con riferimento all'ipotesi in cui venisse prevista la risoluzione del contratto al manifestarsi del rischio di inadempimento, cioè in presenza di un mutamento delle condizioni patrimoniali tale da consentire di attivare la risoluzione del contratto in anticipo rispetto all'esito di tale squilibrio, cioè la dichiarazione di fallimento. Si concludeva in proposito che simili clausole potevano far emergere anticipatamente un eventuale inadempimento dovuto alla decadenza del beneficio del termine e, dunque, causare lo scioglimento del contratto, senza che lo stesso potesse però derivare automaticamente dal fallimento.

<sup>58</sup> In tal senso, le misure protettive applicabili in caso di allerta ai sensi dell'art. 19 C.c.i. non assicurano necessariamente la continuazione dei rapporti contrattuali. Anche V. Mazzolletti, *Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di allerta e composizione della crisi*, cit., p. 307, rileva che neppure in sede di Accordi di Ristrutturazione può essere imposto ai non aderenti il mantenimento dell'utilizzo degli affidamenti concessi al debitore.

tempi brevi e dunque revocare l'affidamento, a fronte della posizione di altri creditori invece interessati a prorogare la durata degli affidamenti proprio per consentire un rientro graduale dalla propria esposizione all'imprenditore e una correzione negli squilibri finanziari che determinino la crisi. Il legislatore, evitando che dalla procedura di allerta possa automaticamente scaturire una revoca degli affidamenti, rende più difficili comportamenti opportunistici di una o più banche che possano rendere maggiormente difficoltoso il risanamento dell'impresa, magari a danno di creditori più collaborativi in quanto più esposti<sup>59</sup>.

### 3.2. *L'attivazione della procedura di allerta*

Chiarito quello che è l'intento del legislatore nel disporre che l'attivazione della misura di allerta non configuri una causa di revoca degli affidamenti, va indagato, su tale base, quali siano i presupposti applicativi e quali le conseguenze della stessa.

L'affidamento non può essere revocato laddove ciò consegua all'attivazione della procedura di allerta da parte dei soggetti di cui agli artt. 14 e 15 C.c.i., nonché alla presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi da parte del debitore.

Se il riferimento all'istanza di composizione della crisi non pare porre particolari problemi – si tratta dell'istanza che attiva il procedimento di fronte all'OCRI perché assista l'imprenditore nella composizione assistita della crisi – maggiori problemi sono posti invece dal concetto di «attivazione della procedura di allerta». Tale concetto non risulta infatti chiaramente definito<sup>60</sup>, in quanto in effetti il Codice della Crisi non stabilisce un momento in cui le misure di allerta siano «attivate».

Si ricordi, allora, innanzitutto che l'art. 12 C.c.i. richiama gli «strumenti di allerta» di cui agli artt. 14 e 15 C.c.i. e quindi, in sostanza, la segnalazione all'imprenditore da parte dell'organo di controllo, del revisore e della società di revisione dei «fondati indizi della crisi» (art. 14 C.c.i., c.d. strumenti di allerta interna) e la segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati (art. 15 C.c.i., c.d. strumenti di allerta esterna) che l'esposizione del debitore ha

<sup>59</sup> In tema, si veda C. Pasquariello, *Le convenzioni di moratoria: una «tregua» per risolvere la crisi*, in «Banca borsa e titoli di credito», 2, 2018, p. 235, che evidenzia come il carattere coattivo delle stesse nei confronti dei soggetti non aderenti tendesse ad allineare gli interessi delle varie banche coinvolte nel finanziamento all'impresa funzionalmente al salvataggio della stessa.

<sup>60</sup> G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, cit., p. 41.

superato determinate soglie previste dallo stesso art. 15, comma 2, C.c.i. In caso di inerzia del debitore – mancata risposta dello stesso o mancata adozione delle misure necessarie a superare la crisi nel caso di segnalazione ai sensi dell'art. 14 C.c.i., mancata regolarizzazione della posizione del debitore nel caso di segnalazione ai sensi dell'art. 15 C.c.i. – viene effettuata una ulteriore segnalazione all'OCRI.

Da un lato, il riferimento alla «attivazione» della procedura di allerta sembrerebbe portare a ritenere che si debba fare retrocedere il momento in cui la stessa si può ritenere «attivata» alla prima segnalazione, quella effettuata all'imprenditore. In tal senso depone anche il generico riferimento alle segnalazioni di cui agli artt. 14 e 15 C.c.i., senza individuare specifici momenti e fasi in cui la procedura dovrebbe ritenersi effettivamente attivata.

Tuttavia, se in relazione alle segnalazioni di cui agli artt. 14 e 15 C.c.i. più che di procedura di allerta ha senso parlare di «strumenti di allerta»<sup>61</sup>, in quanto gli unici passaggi procedurali sono quelli che vengono svolti di fronte all'OCRI che, ai sensi dell'art. 16 C.c.i., ha il compito di gestire il «procedimento di allerta», una vera e propria attivazione della procedura di allerta si può forse avere solo laddove venga adito l'OCRI (d'altronde, l'altro presupposto del divieto di revoca degli affidamenti coincide con l'istanza di composizione assistita della crisi effettuata dall'imprenditore all'OCRI).

Da un lato, infatti, la segnalazione all'OCRI costituisce il momento dell'emersione della crisi fuori dal contesto interno all'impresa; dall'altro, far coincidere l'attivazione delle procedure di allerta con il momento in cui l'imprenditore si rivolge all'OCRI valorizza lo stesso ruolo dell'OCRI come centro della risoluzione della crisi stessa e incentiva ulteriormente una pronta segnalazione da parte dei vari organi dell'impresa allo stesso; è questo, d'altronde, il passaggio che richiede di essere incoraggiato da parte del legislatore, più che la predisposizione di rimedi interni alla società.

Fermo che, sul piano pratico, è difficile immaginare che, nelle fasi iniziali dell'allerta, la banca possa trovarsi a revocare un affidamento in forza del ricorrere della stessa, se si richiedesse necessariamente l'intervento dell'OCRI affinché si ritenga attivata la procedura di allerta, si lascerebbe scoperta la fase «istruttoria» precedente l'attivazione dello stesso OCRI. Emerge da questo punto di vista una discrepanza tra l'attivazione degli strumenti d'allerta interni ed esterni. I primi richiedono un ruolo centrale dell'impresa, mentre i secondi vedono un ruolo centrale dei soli creditori pubblici qualificati di cui all'art. 15 C.c.i.

<sup>61</sup> M. De Acutis, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d. legisl. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in «*Studium Iuris*», 7-8, 2019, p. 843.

In effetti, la segnalazione al debitore ai sensi dell'art. 15 C.c.i. può trovare una soluzione nella regolarizzazione della sua posizione, e in generale gli omessi versamenti del debitore possono essere dovuti a condotte, magari non diligenti, che non implicano necessariamente una tensione finanziaria. In tal caso, avrebbe senso considerare attivata la procedura d'allerta solo al momento in cui la segnalazione viene inviata all'OCRI, perché è in quel momento che si può desumere che il mancato pagamento è espressione di una situazione di crisi.

Viceversa, la segnalazione effettuata ai sensi dell'art. 14 C.c.i. può non essere poi effettuata nei confronti direttamente dell'OCRI perché, pur in presenza di una situazione di crisi, l'imprenditore ha preso delle misure ritenute dall'organo di controllo adeguate a superarla, ma ciò non toglie che la crisi ci sia e permanga, così come permane l'interesse a consentire all'impresa di affrontarla correttamente. Paradossalmente – e pur in un contesto, come detto, in cui sembra impossibile su un piano sostanziale che possa revocarsi l'affidamento a causa dell'allerta – finirebbe per non essere assistita dal limite alla revoca l'intera fase di «allerta» per l'imprenditore che diligentemente, in seguito alla segnalazione da parte dell'organo di controllo o del revisore, si attivi per rimediare alla crisi in maniera così efficiente da non far ritenere agli organi di controllo stessi necessario un coinvolgimento dell'OCRI. Dunque, laddove si ritenesse utile valorizzare il connotato «protettivo» della disposizione, potrebbe apparire financo ragionevole considerare la procedura attivata in momenti diversi se si prendono in considerazione le diverse segnalazioni di cui agli artt. 14 e 15 C.c.i. per quanto manchi, in quest'ultimo caso, un presupposto oggettivo che abbia un riscontro fuori da valutazioni interne alla società e relative agli organi sociali<sup>62</sup>.

Infine, si deve ritenere che non costituisca attivazione di una procedura di allerta l'eventuale revoca o modificazione delle condizioni dell'affidamento segnalata dalla banca o dall'intermediario all'organo di controllo, e ciò non

<sup>62</sup> Presupposto che potrebbe però riscontrarsi negli indici di cui all'art. 13 C.c.i.; indici di natura quantitativa che, dunque, ben si prestano a connotare in maniera oggettiva le valutazioni dell'organo di controllo, del revisore o della società di revisione, di modo che laddove la loro segnalazione segua l'appalesarsi di uno dei predetti sintomi potrà considerarsi «attivata» la procedura d'allerta, sia che venga seguita da una segnalazione all'OCRI, sia che venga seguita dalla predisposizione di misure adeguate da parte dello stesso debitore, per quanto sia difficile immaginare sul piano pratico l'applicazione dell'art. 12, comma 3, C.c.i. già in questa fase. Sul ruolo dell'organo di controllo nel valutare gli indizi della crisi, cfr. G.A. Policaro, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in «Giurisprudenza Commerciale», I, 6, 2017, p. 1038; M. Bruno, *Il coinvolgimento degli organi di controllo nella crisi d'impresa alla luce del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, in «Rivista dei dottori commercialisti», 2, 2019, p. 286.

tanto perché ciò potrebbe costituire un qualche corto circuito<sup>63</sup> – in effetti, la revoca dell'affidamento da parte di una banca creditrice potrebbe ben far ritenere attivata l'allerta e dunque impedire la revoca successiva ad altre banche – quanto perché di per sé tali modificazioni non implicano la presenza di indizi sullo stato di crisi, e richiedono una ulteriore valutazione dell'organo di controllo, cui sono inviate (cfr. *supra*, 2.1), o una preliminare valutazione da parte del revisore o della società di revisione, che ne hanno di per sé notizia, al fine di comprendere se e in quali circostanze esse in effetti possano indurre questi ultimi a loro volta ad attivare lo strumento di allerta vero e proprio, la segnalazione all'imprenditore<sup>64</sup>.

### 3.3. *La nozione di affidamento bancario*

Il legislatore utilizza l'espressione «affidamento bancario», con il che può porsi, come già visto anche con riferimento all'art. 14 C.c.i. (cfr. *supra*, 2.2.) il dubbio di quali tipologie di rapporti contrattuali bancari ricadano in quest'ambito. In effetti, non è stato utilizzato un termine dalla portata più generale quale, ad esempio, il «contratto di credito» richiamato dal T.U.B. in materia di credito al consumo, ma si è utilizzato un termine in uso nella prassi quale «affidamento» privo però di riferimenti normativi precisi, con eccezione dell'art. 117-*bis* T.U.B., che pare riportare il concetto di affidamento all'area dell'apertura di credito. Sembra allora che si sia voluto delimitare il novero di contratti di cui è proibita la revoca, in quanto il termine «affidamento bancario» pare evocare principalmente il concetto di apertura di credito, o altre forme di affidamento «minori»<sup>65</sup>, il che lascerebbe però fuori

<sup>63</sup> Così G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, cit., p. 55.

<sup>64</sup> In questo senso, è pur vero che la segnalazione da parte delle banche o degli intermediari, nel suo essere in qualche modo «automatica» e priva di un passaggio valutativo, rassomiglia alla segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati. Questi, tuttavia, effettuano la loro segnalazione solo a valle comunque di un processo che rende la segnalazione qualificata sia in quanto ha superato determinate soglie, sia perché l'imprenditore non ha tempestivamente provveduto a regolarizzare la propria posizione o non vanta a sua volta crediti d'imposta o altri crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

<sup>65</sup> C. Verde, *L'apertura di credito e l'anticipazione bancaria*, in F. Piraino - S. Cherti (a cura di), *I Contratti Bancari*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 73, riconduce alla fattispecie dell'affidamento bancario, oltre all'apertura di credito anche ulteriori operazioni creditizie quali le operazioni di smobilizzo dei crediti, sotto forma di anticipo di portafoglio o anticipo su fatture, e i crediti di firma. Su questo versante, il decreto del ministero dell'economia e delle finanze n. 644 del 2012, riportante una «disciplina della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti in attuazione dell'articolo 117-*bis* del Testo Unico bancario» qualifica l'affidamento come «somma di denaro messa a disposizione del cliente, come determinata nel contratto, con

dal perimetro di applicazione della norma delle forme di finanziamento, quali ad esempio i contratti di mutuo, che pure hanno come noto un notevole rilievo applicativo nella pratica bancaria e costituiscono, quindi, fonti rilevanti di utilizzo di disponibilità finanziaria da parte degli imprenditori, e che talvolta sono stati ricondotti a una nozione ampia di apertura di credito. Apparirebbe forse più ragionevole una lettura ampia del concetto di affidamento bancario, che riconducesse allo stesso la generalità delle forme di erogazione del credito a favore dell'impresa<sup>66</sup>.

In tale ultimo caso, si potrebbe coerentemente dare un'interpretazione ampia alla norma per quanto concerne il profilo soggettivo; infatti, l'utilizzo del termine «bancari» sembrerebbe escludere dal perimetro applicativo della norma i rapporti con intermediari finanziari diversi da quelli bancari, mentre sulla base di una lettura ampia del concetto di «affidamento» risulterebbe irragionevole ritenere, nelle ipotesi in cui l'imprenditore possa essere beneficiario di un finanziamento concesso da un intermediario ai sensi dell'art. 106 del T.U.B., che a una nozione generale e atipica dal punto di vista del contratto che viene in rilievo si affianchi un'interpretazione restrittiva quanto ai soggetti che non possono revocare l'affidamento sul presupposto dell'attivazione della misura d'allerta. Anche in questo caso, il dato testuale pare però comportare un'interpretazione restrittiva in assenza del richiamo espresso, simmetricamente a quanto previsto nell'art. 14, comma 4, C.c.i., oltre che agli affidamenti da parte delle banche a quelli degli intermediari finanziari.

### 3.4. *La nozione di revoca*

L'espressione «revoca degli affidamenti bancari concessi» richiede uno sforzo di approfondimento ulteriore con riguardo al concetto di «revoca», tenendo anche in conto che tale disposizione deve essere letta congiuntamente al concetto di «risoluzione dei contratti pendenti», che di poco la precede.

Si tenga in primo luogo in considerazione che sovente, nella prassi bancaria, i contratti prevedono un ampio numero di presupposti che costituiscono causa di decadenza dal beneficio del termine o di recesso o di risoluzione del contratto<sup>67</sup>. Si tratta di clausole onnicomprensive per cui possono costituire presupposto dell'attivazione di tali rimedi dalle violazioni degli obblighi informativi all'accesso a procedure concorsuali a generiche modificazioni

facoltà del cliente di utilizzarla e di ripristinarne la disponibilità», con il che pare evidente il riferimento all'apertura di credito.

<sup>66</sup> In questo senso anche V. Mazzeletti, *Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di allerta e composizione della crisi*, cit., p. 307.

<sup>67</sup> C. Pennetta, *Recesso ed estinzione anticipata dei mutui bancari*, cit., p. 218.

della situazione economica, patrimoniale e finanziaria del soggetto finanziato, il che, con tutta evidenza, lascia amplissima discrezionalità alle banche nel ritenere integrati i presupposti per rientrare dalla propria esposizione nei confronti di un soggetto finanziato.

Le possibili chiavi interpretative di tale disposizione sono due.

Se si pone mente alla revoca come atto negoziale tra la banca e l'impresa finanziata, il riferimento alla «revoca» potrebbe evocare il recesso<sup>68</sup>. Tuttavia, in questo contesto, intendere in senso restrittivo la revoca frusterebbe evidentemente gli intenti del legislatore. In effetti, sia la *ratio* della norma, sia l'utilizzo di un termine meno strettamente connotato del richiamo al recesso come «revoca», porterebbero a ritenere opportuna una lettura che intenda quest'ultimo come una definizione avente portata generale e, dunque, comprensiva di un più ampio novero di ipotesi di interruzione del rapporto<sup>69</sup>.

Di conseguenza, risulterebbero non attivabili da parte della banca anche clausole contrattuali che ricolleghino l'accesso a misure di allerta a conseguenze risolutorie – come può facilmente avvenire nella prassi, vista la tendenza delle banche ad allargare il più possibile le maglie nell'attribuirsi la possibilità di interrompere l'erogazione del credito – ai sensi sia dell'art. 1456 c.c., laddove ad esempio il contratto costruisca l'attivazione dell'allerta come un inadempimento tale da far attivare la clausola risolutiva espressa, sia dell'art. 1353 c.c., nel caso in cui la stessa sia dedotta come condizione risolutiva. Tale conclusione pare rafforzata laddove si abbia poi riguardo alla prima parte della norma che fa più ampio riferimento alla «risoluzione dei contratti pendenti».

In quest'ottica, resterebbe però più difficile ricondurre all'ambito del divieto di revoca l'ipotesi in cui venga ritenuto dalla banca che, per effetto dell'attivazione della procedura d'allerta, il debitore incorra nella decadenza dal beneficio del termine<sup>70</sup> ritenendosi che l'attivazione della procedura d'al-

<sup>68</sup> Identifica la revoca come «atto che ne elimina un altro precedente» L. Ferri, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, per cui «la revoca, così come il recesso, incidono sempre sulle conseguenze giuridiche dell'atto, non sull'atto in sé considerato, che, come accadimento storico, non può mai essere cancellato».

<sup>69</sup> Si noti come un problema simile è posto con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 72, comma 6, Legge Fallimentare (art. 172, comma 6, C.c.i.) da G. De Nova, *I contratti pendenti nel fallimento*, in «Giurisprudenza Commerciale», 4, 2019, p. 561. Sia pure in presenza di una disposizione che fa riferimento espresso alla «risoluzione», l'a. si chiede in ordine all'ampiezza del divieto se lo stesso riguardi solo clausole di risoluzione automatica o anche quelle che danno diritto al recesso.

<sup>70</sup> In questo senso, con riferimento al contratto di mutuo, G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, cit., p. 57.

lerta costituisca indice di insolvenza ai sensi dell'art. 1186 c.c. In effetti, la decadenza dal beneficio del termine non implica un'estinzione (immediata) del rapporto, quanto una continuazione dello stesso fino a quando il debitore non restituirà le somme concesse nel più breve termine assegnato dalla banca<sup>71</sup>.

Su questo piano, visto il confronto già evocato tra il divieto di revoca di cui all'art. 12, comma 3, C.c.i. e il divieto, derogabile, di recesso senza giusta causa dalle aperture di credito, deve innanzitutto ricordarsi come v'è chi ritiene che l'applicazione del primo comma dell'art. 1845 c.c. – che rende possibile il recesso dall'apertura di credito a tempo determinato solo in presenza di giusta causa – non impedisca alla banca di invocare, ove ne ricorrano i presupposti, la decadenza dal beneficio del termine<sup>72</sup>. In presenza di un'impossibilità di ritenere il procedimento di allerta presupposto di revoca, ove questa venga fatta coincidere con il recesso, v'è da chiedersi se il contratto potrebbe ricollegare all'attivazione dell'allerta la conseguenza della decadenza del beneficio del termine per il soggetto finanziato.

Insomma, laddove si ritenga che il concetto di revoca si riferisce a un atto negoziale compiuto dalla banca, la disposizione presterebbe il fianco a problemi interpretativi nel senso di comprendere se in tale nozione rientrino il recesso o anche la risoluzione e il beneficio del termine.

In ragione di ciò, più corretto appare ritenere che il legislatore intenda il termine «revoca» non come atto negoziale, ma come atto che si esplica nel foro interno dell'istituto bancario che, tramite i propri presidi organizzativi, delibera in merito alla possibilità di avvalersi di una delle clausole previste dal contratto per interrompere il rapporto creditizio<sup>73</sup>. Che poi, in concreto,

<sup>71</sup> C. Pennetta, *Recesso ed estinzione anticipata dei mutui bancari*, cit., p. 208.

<sup>72</sup> Si vedano D. Manente - E. Panzarini, *L'apertura di credito*, cit., p. 320; G. Porcelli, *sub art. 1845*, cit., p. 818, che sintetizza le varie posizioni in tema. Di norma, poiché i presupposti della decadenza dal beneficio del termine richiamati dall'art. 1186 c.c. tendono a rientrare anche nell'area della giusta causa di recesso, la medesima situazione di dissesto che può giustificare la decadenza dal beneficio del termine costituirebbe sia il presupposto applicativo del recesso che della decadenza dal beneficio del termine, e invocare quest'ultima sarebbe funzionale a richiedere l'immediata restituzione delle somme così prescindendo dal termine dilatorio dell'art. 1186, comma 2, c.c.

<sup>73</sup> In questo senso, U. Morera, *Il fido bancario*, cit., p. 208, nota che «La revoca dell'affidamento (che si sostanzia spesso in un atto collegiale: delibera) è, al pari della concessione, momento tipicamente gestionale, poi di organizzazione, rivolto all'«interno dell'impresa bancaria, non rilevante in quanto tale all'esterno e non incidente quindi direttamente sul rapporto contrattuale di credito con il quale è stata data attuazione alla primaria decisione di affidare. Attraverso la revoca del fido, la banca, per mezzo del soggetto o dell'organo legittimato (internamente) «estingue», sempre nell'ambito delle sue scelte di autonomia, un proprio precedente atto: per l'appunto l'atto di concessione (del fido), sia pure con effetti di cessazione interni».

la banca si avvalga del diritto di risoluzione, di recesso o invochi la decadenza dal beneficio del termine è, ai fini dell'applicazione di quanto previsto dall'art. 12 C.c.i., fondamentalmente indifferente. Tale opzione pare suffragata sulla base di un'interpretazione teleologica, che rende opportuno dare una lettura estesa del concetto di revoca, che copra oltre al recesso anche la risoluzione e la decadenza dal beneficio del termine e, in generale, le varie ipotesi in cui la banca deliberi l'interruzione del rapporto di credito<sup>74</sup>.

### 3.5. *Le conseguenze dei limiti alla revoca*

La norma in materia di revoca costituisce un necessario complemento dell'intero sistema ora disegnato dal legislatore, che in assenza della stessa mancherebbe di un elemento essenziale, in quanto il timore che l'attivazione di una procedura causi l'interruzione del rapporto con gli enti bancari ben potrebbe frenare dall'attivare l'allerta. Parallelamente, si evidenzia come il legislatore voglia «difendere» l'imprenditore in difficoltà, evitando per quanto possibile una messa in quarantena per l'impresa che si trova nella *twilight zone*, che finirebbe inevitabilmente per aggravare la sua situazione. L'imprenditore si troverebbe – per quanto qui di interesse – a dover rientrare in breve tempo della propria esposizione bancaria, con condizioni evidentemente deleterie per la sua capacità di continuare l'attività d'impresa. Ciò è tanto più vero se si pone mente al fatto che il mantenere in essere le linee di affidamento a un'impresa in stato di insolvenza, anche solo potenziale, può essere foriero di responsabilità sul versante dell'adempimento da parte della banca dell'obbligo di una sana e prudente gestione e della responsabilità per abusiva concessione del credito<sup>75</sup>, cosa che potrebbe indurre la banca a ritirare il suo sostegno finanziario a prescindere dall'irreversibilità della situazione di crisi.

Si tenga poi conto che anche altri creditori possono guardare alla banca – e ai rapporti con essa – come indice dell'andamento dell'impresa, e dunque valutare di interrompere a loro volta i rapporti con l'imprenditore – o adottare altre misure di cautela onerose per questo – nel momento in cui si deteriorino i rapporti con le banche<sup>76</sup>. L'effetto protettivo del divieto di

<sup>74</sup> Con specifico riferimento alla «revoca» richiamata dall'art. 14 C.c.i., in questo senso, S. Bonfatti, *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 723 (e si veda *supra*, 2.2).

<sup>75</sup> F. Bonelli, «*Concessione abusiva*» di credito e «*interruzione abusiva*» di credito, cit., p. 828.

<sup>76</sup> Con riferimento alla fattispecie dell'abusiva concessione del credito, Cass., 14 maggio 2018, n. 11695, in «*dejure.it*», afferma, in relazione «alla condotta della banca che continui a

revoca tende dunque a estendersi, salvaguardando anche in pendenza della procedura di allerta una situazione di normalità dell'attività imprenditoriale.

Tuttavia, v'è, paradossalmente, il rischio che tale disposizione abbia un effetto in qualche modo distorto. L'istanza di composizione assistita della crisi, o l'attivazione della procedura di allerta, infatti, non costituisce altro che l'emersione di una situazione di tensione finanziaria preesistente, che di norma, stanti i suoi diritti informativi – e i simmetrici obblighi di norma gravanti sull'affidatario in termini, ad esempio, di informazione periodica sui dati economico-finanziari – la banca finirà per conoscere seguendo costantemente l'evoluzione del soggetto finanziato e l'andamento della sua attività. Ne consegue che le banche potrebbero essere tentate dal porre in essere una revoca degli affidamenti bancari prima del momento in cui verrà presentata l'istanza, sulla base ad esempio di un peggioramento della sua situazione patrimoniale che pure ancora non è stato affrontato attraverso l'allerta, o prima che vengano attivati gli strumenti di allerta; attivazione la quale può ben essere una conseguenza della stessa revoca per il mezzo della segnalazione da parte della banca all'organo di controllo di una revoca dell'affidamento bancario.

Piuttosto che proteggere l'affidatario nell'emersione dello stato di crisi, la disposizione dell'art. 12, comma 3, C.c.i., potrebbe finire per anticipare la creazione di una situazione di difficoltà. Ad esempio, come detto, una banca potrebbe trovarsi più facilmente a revocare il finanziamento, con ciò dando il la all'attivazione della procedura di allerta, piuttosto che attivarsi per modificarne le condizioni prevedendo ad esempio un piano di rientro e riduzione dell'esposizione, con la corrispondente segnalazione all'organo di controllo, la possibile attivazione, da parte di questo, della procedura di allerta, e la conseguente impossibilità per la banca di procedere a una successiva revoca dell'affidamento.

La revoca finirebbe allora per causare – o aggravare – la crisi, rendendo inoltre più precari i rapporti tra banca e imprenditore.

finanziare l'impresa insolvente anziché avviarla al fallimento», che così facendo «la banca offre agli operatori di mercato una sensazione distorta, ingannandoli sulle reali situazioni dell'impresa finanziata ed inducendoli a continuare a trattare con essa, come se fosse un'impresa sana, con la conseguenza che il suo fallimento viene artificialmente ritardato con grave pregiudizio per la posizione di tutti i creditori: di quelli anteriori al fallimento tardivo, perché dovranno concorrere con altri creditori e riusciranno a recuperare una somma inferiore a quella che avrebbero riscosso, se il fallimento fosse stato dichiarato tempestivamente; dei creditori posteriori, perché essi a loro volta non avrebbero concesso credito, se il debitore fosse tempestivamente fallito». Una simile e simmetrica considerazione può applicarsi anche all'ipotesi di ingiustificata rottura del credito.

Ciò è tanto più vero quanto più può darsi una interpretazione ampia del divieto di revoca, che dunque costituisca in effetti un ostacolo alla revoca dell'affidamento per il debitore. È vero che c'è sempre la possibilità di qualificare la revoca della banca come abusiva, ma si tratta pur sempre di un qualcosa che incide sulla patologia e può trovare un ristoro solo in una fase successiva, quando l'intento di preservare l'impresa è già frustrato.

Proprio per questo allora pare opportuno ritenere che l'attribuzione di una portata eccessivamente ampia al divieto di revoca possa essere controproducente, fermo restando che la tensione protettiva rispetto all'impresa in una procedura di allerta potrebbe emergere sia tramite un'interpretazione teleologicamente orientata del divieto di revoca, sia sulla base dei principi generali che considerano abusiva l'interruzione del credito per un'impresa in un processo di risanamento.

Più in generale, le due norme oggetto di commento tendono ad aggravare gli oneri per un soggetto che viene di volta in volta visto come «antagonista» dell'imprenditore in difficoltà (nel caso della revoca) o collaboratore dello stesso (nel caso dell'informativa) e di cui, nel primo caso, viene compressa l'autonomia contrattuale a scapito della realizzazione dei suoi interessi. V'è da chiedersi come reagiranno le banche e gli intermediari finanziari dinanzi a una simile situazione, se, cioè, muterà il modo in cui viene esercitato il credito e la banca gestisce il rapporto con i soggetti finanziati, e se in fin dei conti, non sarebbe stato più opportuno lasciare alla libera valutazione delle banche tempi e modi in merito all'eventuale interruzione dei rapporti con le imprese finanziate.

Risulta per certi versi paradossale, in effetti, che il legislatore che da un lato dà tanta importanza alla capacità valutativa della banca da rendere obbligatoria la segnalazione all'organo di controllo delle modifiche o revoche del contratto di finanziamento (fermo restando che tale dovere di segnalazione ha ad oggetto la mera trasmissione di informazioni, e la conseguente limitazione di responsabilità della banca a tale area di attività), dall'altro impedisca che la stessa tragga pienamente le conseguenze sulla base delle medesime abilità valutative, tenuto conto che è nello stesso interesse della banca evitare l'aggravamento della crisi del soggetto finanziato e che sussistono già orientamenti giurisprudenziali volti a sanzionare i comportamenti incauti delle banche, con la loro portata dissuasiva.

Il legislatore della crisi finisce, in sintesi, per preferire una soluzione imposta, che per quanto debole ha delle conseguenze potenzialmente significative, come illustrato, laddove si propendesse per interpretazioni eccessivamente estensive delle finalità protettive della disposizione. Se il presupposto è questo, però, è possibile ritenere che la norma non sia in grado di spiegare pienamente i suoi effetti finendo per incidere in qualche modo, negativamente, sulla politica creditizia delle banche.

LUIGI ARDIZZONE, Università degli Studi di Brescia, Dipartimento di Economia e management, C. da Santa Chiara 50, 25122 Brescia, luigi.ardizzone@unibs.it.

ANTONIO PRINCIPATO, Università degli Studi di Brescia, Dipartimento di Economia e management, C. da Santa Chiara 50, 25122 Brescia, antonio.principato@unibs.it.

Luigi Ardizzone and Antonio Principato, *The Role of the Bank in the Timely Detection of Crisis of Companies Subject to Early Warning Tools*

The essay deals with two different provisions of the new Italian Crisis and Insolvency Code which give banks a particular role in the early warning and management of crisis. Art. 14, para. 4, of the Code establishes a duty for bank and financial intermediaries to signal changes or revocation of loans granted to the company to the Board of statutory auditors, in order to allow it to assess whether a crisis is looming, while according to art. 12, para. 3, of the Code, access to early warning tools itself does not allow banks to withdraw from financing agreements.

*Keywords:* Banks; Insolvency; Early Warning.

*JEL Classification:* K22.

[Data ricezione: 26 luglio 2020; data accettazione: 27 agosto 2020]