

V CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'IMPRESA E IL DIRITTO COMMERCIALE: INNOVAZIONE, CREAZIONE DI VALORE,
SALVAGUARDIA DEL VALORE NELLA CRISI"

Roma, 21-22 febbraio 2014

PAOLO GHIONNI CRIVELLI VISCONTI

Crediti sindacati e procedure concorsuali

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Posizione dei co-finanziatori ed obbligazione plurisoggettiva. - 3. Assenza della solidarietà attiva sul piano normativo e regime di parziarietà. - 4. *Segue*. Regime di parziarietà e compatibilità con la clausola di "distribuzione proporzionale". - 5. Il potere di gestione dell'intero credito nel fallimento e nelle soluzioni negoziali della crisi del soggetto finanziato.

1. Premessa.

Il trattamento dei finanziamenti in pool, ossia dei prestiti concessi da una pluralità di banche (e, in genere, di co-finanziatori), all'interno delle procedure concorsuali concernenti il soggetto finanziato risulta alquanto controverso sotto vari profili.

Il problema che si pone consiste specialmente nell'individuazione di quali poteri abbia la capofila e, in particolare, se questa possa agire o meno per l'intero credito da restituzione vantato nei confronti del cliente. Questo significa, anzitutto, domandarsi se la banca agente possa insinuarsi al passivo soltanto rispetto alla propria quota, ovvero in relazione all'intero ammontare.

La questione si presenta, in maniera speculare, nelle varie soluzioni alternative al fallimento, sia giudiziali, che quelle sottratte (in tutto o in parte) al controllo del giudice. Da quest'angolo visuale, ciò che muta è il tipo di attività posta in essere dalla capofila, fermo restando l'interrogativo di fondo relativo alla facoltà di far valere la somma globale dovuta dall'impresa sovvenuta. Così, in caso di concordato preventivo, il dubbio si sposta dall'insinuazione al passivo alla manifestazione ed al peso del

voto, ossia se possa valere *in toto*, oppure *pro quota*. Lo stesso deve dirsi per il concordato fallimentare, benché l'esame della proposta qui prescinda, come noto, da un'apposita adunanza (artt. 125 e 127 l. fall.). Analogamente, negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nelle soluzioni stragiudiziali in genere [inclusi i piani di risanamento *ex art. 67, comma 3°, lett. d, l. fall.*], bisogna verificare se la banca leader sia legittimata a partecipare alle trattative e ad esprimere l'eventuale consenso alla convenzione rispetto all'importo complessivo dovuto dal debitore.

È appena ovvio che la risposta affermativa a tali quesiti, di significato differente a seconda delle diverse fattispecie, sarebbe di non poco conto. Così, in caso di fallimento e d'insinuazione al passivo, si avrebbe una migliore, e comunque più agevole, tutela degli interessi comuni; oltre a tale funzione, pur sempre sussistente, nelle altre ipotesi potrebbe ravvisarsi una maggiore probabilità di successo per quanto attiene al raggiungimento dell'accordo. La concentrazione dell'intero credito nelle mani di un solo soggetto finirebbe, cioè, per agevolare il conseguimento delle maggioranze necessarie e, comunque, per facilitare la praticabilità delle soluzioni negoziali, in virtù della gestione unitaria del credito vantato. Sin troppo ovvio, poi, è il rilievo che le banche, in quanto creditori forti, rappresentano il nucleo indispensabile di interlocutori del debitore, nell'ottica di tentare di risollevarle le sorti dell'impresa in crisi.

Nel caso di specie, peraltro, gli importi, già solitamente ingenti, sono spesso ancor più rilevanti, poiché i finanziamenti in pool ricorrono, di consueto, al cospetto di cifre considerevoli che un solo istituto non intende erogare. Poiché, peraltro, dall'esperienza empirica emerge che la presenza della banca agente costituisce un elemento naturale, ma non essenziale, dell'operazione, sorge anche l'analogo problema di determinare se, in sua assenza, i singoli co-finanziatori possano far valere i loro diritti soltanto *pro quota*, ovvero rispetto alla somma globale di cui il cliente risulta essere debitore.

La tematica si intreccia con l'individuazione del tipo di obbligazione dei diversi intermediari, nella misura in cui potrebbe soccorrere, ad una prima impressione, l'applicazione della disciplina delle obbligazioni plurisoggettive, con profonde differenze a seconda che si concluda per la natura frazionaria o solidale del credito da restituzione.

Sotto questo profilo, appare legittimo chiedersi se la capofila (e, in generale, qualsiasi banca partecipante) possa ritenersi legittimata ad

insinuarsi al passivo ed a partecipare alle molteplici soluzioni concordatarie unicamente in relazione alla propria porzione, oppure all'intero credito, per via dell'esistenza, rispettivamente, di un legame di parziarietà, ovvero di solidarietà attiva. Per l'effetto, poi, dovrebbero cercarsi le corrispondenti regole di riferimento: il che, *prima facie*, impone di misurarsi con la disciplina di diritto comune, giacché non sembrano esservi disposizioni specifiche circa le obbligazioni plurisoggettive (dal lato attivo) nelle procedure concorsuali. Si pensi, in caso di obbligazione solidale, ad esempio, alla possibilità di rifarsi al principio dettato dall'art. 1304 c.c., in virtù del quale la transazione non ha valore nei confronti degli altri concreditori se questi non dichiarano di volerne profittare¹. Difficile, invece, pensare all'immediata comunicazione degli effetti dell'atto compiuto dalla capofila a tutti gli altri co-finanziatori, alla stregua dell'art. 1308 c.c. (la costituzione in mora del debitore fatta da uno dei creditori in solido giova agli altri)², fatta eccezione, forse, per il caso dell'insinuazione al passivo³.

¹ Già di per sé la norma suscita incertezze rispetto al suo ambito di applicazione: mentre non vi è dubbio che si riferisca alla transazione oggettivamente estesa all'intero debito o credito [e v. G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Jovene, Napoli, 1974, n. 62, p. 261; D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative - Obbligazioni in solido - Obbligazioni divisibili e indivisibili*², in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968, p. 272; E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXXVII, t. 2, Giuffrè, Milano, 1954, n. 82, p. 316 s.]; appare controverso, invece, se la disposizione si applichi anche alla transazione novativa [per la tesi affermativa, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 267 s.; *amplius*, M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 19 ss., la quale parte dal corretto presupposto della non coincidenza tra novazione e transazione novativa; all'opposto, D. RUBINO, cit. (nt. 1), p. 271 ss., per il quale la norma di riferimento sarebbe, nella seconda ipotesi, esclusivamente l'art. 1300 c.c.].

² Si tenga presente che anche nella Relazione al codice civile si accenna alla regola dell'automatica estendibilità degli effetti favorevoli [tra molti, E. VALSECCHI, cit., (nt. 1), n. 82, p. 315, testo e nt. 26]. Se ne parla, nello specifico, al n. 598, dove si afferma che «una serie di disposizioni testuali è precisamente ispirata dal principio, già cennato, della non comunicabilità degli atti pregiudizievole e dell'estensione di quelli vantaggiosi».

³ Sulla cui equiparazione ad una vera e propria domanda giudiziale non vi è motivo di dubitare, in ragione di quanto testualmente disposto dall'art. 94 l. fall. (e v. Cass., 9 luglio 2005, n. 14471, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 300; in tema di interruzione della prescrizione, Cass., 19 giugno 1981, n. 4014, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2726).

In sostanza, conviene, dunque, accertare l'esistenza o meno di un vincolo parziario e, a tal fine, appare indispensabile respingere l'esistenza di quello solidale, come vuole l'art. 1314 c.c.; a monte, risulta necessario verificare se ricorrono gli estremi dell'obbligazione plurisoggettiva, essendo altrimenti impedita *ab origine* ogni riflessione circa l'indole frazionaria o meno dei crediti sindacati.

2. Posizione dei co-finanziatori ed obbligazione plurisoggettiva.

La verifica circa la presenza o meno di un credito parziario tra le varie banche sarebbe in radice preclusa, allorché si intravedessero gli estremi di un'obbligazione semplice o collettiva nei prestiti sindacati. Nel contesto del presente lavoro, non è possibile analizzare puntualmente le ragioni per le quali tali ipotesi alternative sembrano da scartare.

Si tratta, invero, di questione che si intreccia con l'inquadramento – alquanto dibattuto – dell'intesa intercorrente tra i co-finanziatori; sembra opportuno, in questa sede, limitarsi ad affermare soltanto che la convenzione interbancaria difficilmente può condurre ad intravedere un'obbligazione semplice o collettiva, a differenza di quanto accade specialmente in altri ordinamenti: quello francese, per via dell'accostamento all'associazione in partecipazione⁴; nonché, il sistema

⁴ Sebbene il discorso di disciplina sarebbe, in tal caso differente, poiché la c.d. *société en participation* rappresenta la forma più semplice di società esistente nel sistema transalpino, passibile di essere utilizzata anche per una sola, e temporanea, operazione. Per l'affermazione che ciò si verificherebbe appunto nei finanziamenti in pool, M. GERMAIN-V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*²⁰, 2, in M. GERMAIN (sous la dir. de), *Traité de droit des affaires* G. Ripert et R. Roblot, L.G.D.J., Paris, 2011, n. 1242, p. 192; Y. GUYON *Droit des affaires*¹², 1, ECONOMICA, Paris, 2003, n. 515, p. 567; J. PRIEUR, *Le contrat de banque*, in C. GAVALDA-J. STOUFFLET (par), *Juris-Classeur. Banque et crédit*, 1, LexisNexis, Paris, 1987, n. 8, p. 4; L. VALETTE, *La clause pari passu. La clause de traitement égal dans les pools bancaires et les contrats de distribution*, Édition Universitaires Européennes, Saarbrücken, 2010, n. 125, p. 142 ss., che reputa decisiva, a tal fine, la presenza della clausola *de partage pari passu des paiements*; rispetto ai pool d'investimento, P. HOUARD, *Les pools d'investissements. Moyen moderne de mobilisation de l'épargne privée*, in *Rev. soc.*, 1970, p. 81 ss.; ma v. E. BOURETZ, *Crédits syndiqués. Transfert et partage du risque entre banques*, RB Édition, Paris, 2005, nn. 620 ss., p. 267 ss., la quale sembra propendere per la tesi della convenzione *sui generis*.

Del resto, questa concezione ha trovato ampio spazio in giurisprudenza, consentendo ai giudici di risolvere numerose incertezze, per via dell'applicazione della relativa disciplina. La produzione in materia appare molto vasta: *Cass. com.*, 24 octobre

tedesco, in ragione della costante riconduzione del fenomeno all'interno del diritto societario – e, nello specifico, in seno alla società di diritto civile – dei consorzi in genere (bancari e non), tra cui si annoverano principalmente i prestiti sindacati ed i *Sicherheitenpools*⁵.

2000, in *RTD com.*, 2001, p. 202, secondo cui le relazioni intercorrenti tra le banche sono definite, comunque, nella convenzione che hanno stipulato; *CA Paris*, 6 septembre 2002, *ivi*, 2003, p. 349; *CA Paris*, 30 novembre 2001, in *Rev. soc.*, 2002, p. 91; *CA Paris*, 26 novembre 1999, in *Bull. Joly*, 2000, p. 432; *CA Paris*, 8 septembre 1998, in *Rev. soc.*, 1999, p. 196; *CA Versailles*, 9 octobre 1997, in *RTD com.*, 1999, p. 171, che esclude la facoltà della capofila (*chef de file*) di «*abandon de créance*»; *CA Versailles*, 6 juin 1996, *ivi*, 1997, p. 279; *CA Paris*, 10 mai 1996, in *RDBB*, 1996, p. 192; *CA Paris*, 7 décembre 1993, *ivi*, 1994, 111; *CA Paris*, 31 mai 1989, *ivi*, 1989, 210; *CA Paris*, 5 mai 1987, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1989, *somm. comm.*, 323; *Trib. com. Paris*, 29 juin 1993, in *RDBB*, 1994, p. 34; *Trib. com. Paris*, 17 décembre 1987, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1989, *somm. comm.*, 324; cfr., altresì, a quanto consta senza prendere espressa posizione sul punto, *Cass. com.*, 27 mars 2001 e *Cass. com.*, 16 janvier 2001, in *RTD com.*, 2001, p. 747, che reputano irrilevante, nei casi affrontati, il dilemma dell'inquadramento teorico, dovendosi comunque applicare la disciplina del mandato alla banca agente, anche in presenza di un contratto di associazione in partecipazione; e, in tema di concessione abusiva di credito, *CA Montpellier*, 13 octobre 1983, in *Gaz. pal.*, 1984, 301.

⁵ E v. D. ASSMANN, *Zur Haftung von Konsortien für das rechtsgeschäftliche Handeln ihrer Vertreter*, in *ZHR*, 1988, p. 374; R. BEUCK, *Poolvereinbarungen bei Unternehmensinsolvenz*, Diss. Kiel, 1985, p. 40 ss.; U. BURGERMEISTER, *Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht*², RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 1996, p. 13 ss.; F. DE MEO-T. HOFFMANN, *Konsortialkreditvertrag*, in R.A. SCHÜTZE-L. WEIPERT (hrsg. v.), *Münchener Vertragshandbuch*⁶, 2, I, C.H. Beck, München, 2009, p. 420; E. EBERDING, *Elemente eines Pool-Vertrages*, in *BB*, 1974, p. 1004; H. EHLERS, *Der Poolvertrag zur Absicherung des Kreditrisikos*, in *ZK*, 1977, p. 914; W. HADDING-F. HÄUSER, *Konsortialkredit*, in H. SCHIMANSKY-H.J. BUNTE-H.J. LWOWSKI (hrsg. v.), *Bankrechts-Handbuch*³, C.H. Beck, München, 2007, Rd. 20; R. HEß, *Miteigentum der Vorbehaltslieferanten und Poolbildung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 24 ss. e 31 ss.; C.L. HINSCH, *Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite am Euromarkt*, in L.C. HINSCH-N. HORN, *Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, p. 156 s.; J. HOFFMANN, *Konsortialkredit und Projektfinanzierung*, in K.O. KNOPS/H.G. BAMBERGER/G. MAIER-REIMER (Hrsg.), *Recht der Sanierungsfinanzierung*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2005, Rd. 3; A. MAY, *Der Bankenpool. Sicherheitenpoolverträge der Kreditinstitute in der Unternehmenskrise*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 33 ss., secondo cui ciascun membro «*ist verpflichtet, einen Beitrag zur Förderung des gemeinsamen Zwecks zu leisten*»; H. SCHOLZE, *Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, p. 5 ss., per il quale «*Konsortien sind zwar fast stets in die Gesellschaftsform der BGB-Gesellschaft gekleidet*»; P. ULMER, *vor § 705*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, 5, C.H. Beck, München, 2009, Rd. 51; *BGH*, 13 April 1992, in *DB*, 1992, p. 1621, che fa riferimento specificamente al

Questa consapevolezza spinge, in definitiva, a valutare la riconducibilità in seno all'altra delle grandi categorie di obbligazioni, dal punto di vista della composizione, ossia a quelle plurisoggettive. Il riscontro degli elementi necessari a tal fine è in grado di giustificare l'analisi circa la sussistenza o meno di un legame di parziarietà attiva, altrimenti preclusa a monte.

Non è per nulla peregrina, in effetti, la possibilità di ravvisare gli elementi coesenziali alla contitolarità nel rapporto obbligatorio, vale a dire una pluralità di soggetti, la medesima causa e *l'eadem res debita*⁶, là dove il finanziamento in pool è assunto da più banche, per un'unica prestazione, in virtù di una fonte unitaria. È il caso di chiarire più in dettaglio la presenza di siffatti elementi.

Nessun dubbio può muoversi rispetto all'esistenza della molteplicità di soggetti ed all'identità del titolo da cui l'obbligazione deriva, essendo incontestabile sul piano empirico che le banche sono solite stipulare insieme il prestito in pool. Né il discorso muta se, per avventura,

Übernahmekonsortium; BGH, 14 Oktober 1991, in ZIP, 1992, p. 247.

In qualche caso, poi, la prassi ha anche mostrato l'eventualità della costituzione di una società di capitali: e v. S. BRANDT-J. SONNENHOL, *Verträge für Konsortialkredite*, in WM, 2001, p. 2331, testo e nt. 18; F. DE MEO, *Bankenkonsortien*, C.H. Beck, München, 1994, p. 33 s.; W. HADDING-F. HÄUSER, cit. (nt. 5), Rd. 21 s., che parlano, al riguardo, di *Dauerkonsortien*; T. PREISLER, *Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen und konsortiale Kreditvergabe durch Banken*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 17 s.; H. SCHOLZE, cit. (nt. 5), p. 7 s.; cfr., altresì, J. HOFFMANN, *Mezzanine und andere Finanzierungsformen*, in P. DERLEDER-K.O. KNOPS-H.G. BAMBERGER (hrsg. v.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*², Springer, Berlin-Heidelberg, 2009, Rd. 64; in parte diversa è la posizione di A. KÖNIG, *Die internationalprivatrechtliche Anknüpfung von syndicated Loan Agreements*, Universitätsverlag Konstanz, Konstanz, 1984, p. 29, per il quale le parti sono libere di scegliere l'organizzazione loro più congeniale e, quindi, anche la costituzione di una s.p.a. o di una s.r.l., ma si tratta di soluzione (*Lösung*) poco praticabile, in quanto costosa ed eccessiva.

⁶ In proposito, A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 300 s.; M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, I, p. 204; D. RUBINO, cit. (nt. 1), p. 130 ss.; F.D. BUSNELLI, cit. (nt. 1), p. 2 s.; ID., *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 330 ss.; G. IUDICA, *Impugnazione contrattuali e pluralità di interessati*, Cedam, Padova, 1973, p. 143; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 9, I, *Obbligazioni e contratti*², Utet, Torino, 1999, p. 733; in giurisprudenza, Cass., 21 ottobre 2011, n. 21907, in *Vita not.*, 2012, 231; Cass., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1124.

la capofila stipula il contratto di credito in rappresentanza dei vari co-finanziatori. Peraltro, la presenza della medesima finalità economica potrebbe già risultare sufficiente ad integrare gli estremi del secondo requisito richiamato⁷.

Ugualmente evidente dovrebbe risultare la sussistenza di una prestazione unitaria, ancorché sul modo di intendere tale requisito non vi sia uniformità di vedute, anche per l'interferenza con l'annoso dibattito relativo alla presenza di uno o più rapporti giuridici nelle obbligazioni soggettivamente complesse⁸, dando luogo, talvolta, a soluzioni differenziate⁹. Ad ogni modo, svalutando una disputa di cui si è spesso rimarcata la sterilità¹⁰, non si può seriamente dubitare circa la ricorrenza

⁷ Piuttosto che richiedere, come vuole la tesi più rigorosa, il medesimo ed unitario fatto generatore. In proposito, G.F. CAMPOBASSO, cit. (nt. 1), n. 37, p. 153 ss., il quale respinge tale ricostruzione ed anche quella estensiva (sufficienza della semplice identità oggettiva della prestazione), optando per la diversa ed intermedia opinione secondo cui è l'unità di scopo economico costituisce il dato unitario indispensabile per aversi vincolo solidale, argomentando dalle varie figure tipiche di solidarietà presenti nel sistema normativo. L'A. ritiene, poi, che il criterio interpretativo da seguire al riguardo sia quello della sussistenza o meno di una comunione (legale o volontaria) di scopo (159 s.).

⁸ Si tratta di disputa sviluppatasi, per lo più, in tema di solidarietà, ma ritenuta, dalla stessa dottrina che se ne è occupata, valevole in genere per la ricostruzione della struttura dell'obbligazione soggettivamente complessa. E v. C. GANGI, *Le obbligazioni. Concetto - Obbligazioni naturali - Solidali - Divisibili e indivisibili*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 148 s., per il quale la prestazione è unica o identica, ma vi sono tante obbligazioni quanti sono i soggetti; D. RUBINO, cit. (nt. 1), 135, secondo cui la prestazione comune ai vari condebitori deve considerarsi identica nelle obbligazioni solidali e, in quelle parziarie, intrinsecamente o potenzialmente unica (334); A. MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1359 s.; cfr., altresì, C.M. MAZZONI, cit. (nt. 6), p. 733 s. e 741; D. VITTORIA, *In tema di obbligazione soggettivamente complessa, società, consorzio*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, t. 2, Giuffrè, Milano, 1978, p. 2136 s.

⁹ Con forza, in tema di obbligazioni divisibili e molteplicità di soggetti, R. CICALA, *Obbligazione divisibile e indivisibile*, in *Noviss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1957, p. 648 s., il quale crede che nelle ipotesi di pluralità originaria di soggetti sia inesatto parlare di frazionamento, in assenza di solidarietà, perché l'obbligazione non esisterebbe neppure per un attimo «come rapporto unico»; A. DI MAJO, cit., (nt. 6), p. 301 s., che parla di pseudo-problematica delle obbligazioni parziarie; in contrario, M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Utet, Torino, 1957, p. 675; e v., anche, M. FRAGALI, cit. (nt. 6), p. 204, per il quale condebitore può essere soltanto chi assume un debito assieme ad altri, anche in concorso con loro, ma non separatamente.

¹⁰ In tema di solidarietà, F.D. BUSNELLI, cit., (nt. 1), p. 60 s., che parla di uno pseudo problema, potendo la solidarietà riguardare un'obbligazione unica, ovvero più

dell'*idem debitum* nei prestiti sindacati, giacché l'interesse del creditore è soddisfatto soltanto attraverso la ricezione dell'intero ammontare oggetto dell'erogazione, vuoi che lo si consideri come unica prestazione (cifra complessiva), vuoi che lo si valuti alla stregua della somma dei singoli importi dovuti da ciascun intermediario.

Come noto, in presenza di un'obbligazione plurisoggettiva dal lato passivo, vige una presunzione di solidarietà nel nostro ordinamento, giacché l'art. 1294 c.c. stabilisce che i condebitori sono tenuti in solido se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente¹¹. La funzione è senza dubbio quella di rafforzare il credito, consentendo di riscuotere per intero la prestazione da un solo debitore e, soprattutto, aggiungendo la garanzia costituita dai patrimoni dei vari condebitori¹².

Resta nondimeno irrisolto il problema della qualificazione dei crediti *de quibus* dall'altro versante, profilo che importa in questa sede per

obbligazioni distinte, ma connesse, come è il caso di quelle ad interesse uni-soggettivo; per un quadro critico del dibattito e delle varie concezioni esistenti, A. MATTEUCCI, cit. (nt. 8), p. 1324 ss., che fonda la peculiarità dello schema solidale su di una particolare fungibilità giuridica dei rapporti.

Ed invero, si è sottolineato come ciò che contraddistingue l'obbligazione solidale passiva quale categoria normativa non è la pluralità di soggetti, né l'identità oggettiva della prestazione, elementi ricorrenti anche al di fuori della solidarietà; piuttosto la scriminante risiede sul piano degli effetti inderogabili che ne scaturiscono, ossia il potere del creditore di chiedere l'intero a ciascun condebitore e la liberazione di tutti tramite un solo adempimento [con efficacia, G.F. CAMPOBASSO, cit. (nt. 1), n. 36, 151 s.; D. RUBINO, cit. (nt. 1), 162].

¹¹ Per una ricostruzione della genesi della disposizione, C. GANGI, cit. (nt. 8), p. 160 ss. e 198 ss.; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*², in *Commentario del codice civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, IV, t. I, Utet, Torino, 1966, p. 490 ss.; D. RUBINO, cit. (nt. 1), p. 183 ss., che sottolinea il capovolgimento rispetto alla tradizione precedente.

¹² In linea più generale, si è rilevato come la solidarietà esprima una funzione di garanzia e, dal lato passivo, miri a tutelare le moderne esigenze del credito: L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*², Giuffrè, Milano, 1963 (rist.), I, p. 211 ss.; A. DI MAJO, cit. (nt. 6), p. 306 ss.; C. GANGI, cit. (nt. 8), p. 150; M. GIORGIANNI, cit. (nt. 9), p. 677 s.; D. RUBINO, cit. (nt. 1), p. 184 s., a parere del quale la garanzia del patrimonio di tutti i condebitori diventa ancora più forte in quelle obbligazioni solidali che rispondono all'interesse esclusivo di un solo debitore; nonché, V. CAREDDA, *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 468; G. IUDICA, *La responsabilità contrattuale degli appaltatori in joint venture*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 106; in giurisprudenza, fra molte, Cass., 18 giugno 2001, n. 8235, in *NGCC*, 2002, I, 380; Cass., 29 maggio 1998, n. 5316, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1491.

l'evidente connessione con il tema del trattamento dei finanziamenti in pool all'interno del diritto concorsuale.

3. Assenza della solidarietà attiva sul piano normativo e regime di parziarietà.

Può scartarsi, in primo luogo, l'idea che l'obbligazione sia ad attuazione congiunta¹³, perché manca qualsivoglia indicazione al riguardo sul piano convenzionale, né si tratta di una caratteristica intrinseca della prestazione creditizia vantata dai co-finanziatori.

Assai più delicato è il discorso relativo alla solidarietà, l'esclusione della quale costituisce un passaggio obbligato per l'affermazione del legame frazionario. La prassi dimostra la sistematica assunzione *pro quota* delle obbligazioni nascenti dal finanziamento: questo potrebbe significare che gli intermediari vogliono sottrarsi alla solidarietà passiva tra loro ed impedire, quindi, l'operatività della presunzione contenuta nell'art. 1294 c.c. Nulla si dice, però, dall'altro fronte, quello che qui interessa comprendere.

Non è detto, infatti, che i co-finanziatori intendano rifiutare la solidarietà dal lato attivo del rapporto, giacché ciò consentirebbe a ciascuno di chiedere il pagamento integrale per ogni debito sorto in capo al cliente (vuoi che siano interessi, singole rate, capitale, a seconda della fase e del tipo di prestito concesso)¹⁴. D'altra parte, all'ipotetico vantaggio per le banche di poter ottenere la prestazione in un'unica volta, si aggiunge quello del debitore che può adempiere più facilmente nei confronti di un solo creditore¹⁵. Emerge, in quest'ottica, la profonda diversità della funzione dell'obbligazione solidale attiva rispetto a quella passiva, poiché la prima può rappresentare un'utilità non solo per i creditori, ma pure per il debitore¹⁶, se non soltanto per quest'ultimo¹⁷.

¹³ Ciò starebbe a significare la necessità del concorso di tutte le banche consorziate per consentire l'adempimento al debitore. Se così fosse, il ruolo della capofila, ove designata, ne uscirebbe parecchio ridimensionato.

¹⁴ Anche la solidarietà attiva serve a rafforzare, almeno in linea teorica, la posizione dei creditori ed è considerata dalla legge come una modalità rispondente solo al loro interesse: D. RUBINO, cit., (nt. 1), p. 184 e 194 ss.

¹⁵ Tra molti, C. GANGI, cit. (nt. 8), p. 151 s. e 171; D. RUBINO, cit., (nt. 1), p. 194.

¹⁶ Al riguardo, M. GIORGIANNI, cit., (nt. 9), p. 678, per il quale il debitore può avere il vantaggio di adempiere totalmente ad un solo soggetto, senza dover effettuare

Ed invero, a seconda dei casi concreti, non è detto che la solidarietà attiva riesca ad attribuire ai creditori un effettivo beneficio, dipendendo ciò anche dalla qualità dei concreditori e di quella dell'originario debitore. Potrebbe, cioè, essere preferibile incassare la propria quota da quest'ultimo, piuttosto che agire in regresso verso il consorte che ha riscosso l'intero¹⁸. Nel caso di specie, nondimeno, sembra logico immaginare che per le banche sia meglio agire per il recupero della rispettiva porzione nei confronti del co-finanziatore, anziché verso l'impresa finanziata, in quanto si tratta, di regola, di un soggetto solvibile. Né sembra che una simile evenienza vada a scontrarsi con le caratteristiche funzionali dell'operazione creditizia in sé, per l'ovvia ragione che il finanziamento in senso stretto può assumere forme del tutto variabili¹⁹. È chiaro, però, che osservazioni del genere, di merito ed opportunità, non possono certo servire ad intravedere un legame di solidarietà attiva fra le banche.

Il punto è quasi del tutto trascurato in dottrina, essendo tutt'al più oggetto di attenzione il profilo passivo²⁰. I pochi e fugaci accenni esistenti

ulteriori indagini; per i creditori, come naturale, l'utilità sta nel fatto che ognuno può richiedere l'intera prestazione.

¹⁷ Di quest'avviso, C.M. MAZZONI, cit., (nt. 6), p. 753.

¹⁸ Per questo ragionamento, D. RUBINO, cit. (nt. 1), p. 194.

¹⁹ In altri termini, deve respingersi l'idea che la solidarietà si pone in contrasto con il fatto che l'utilizzo delle molteplici linee di credito aperte nell'ambito del prestito in pool sarebbero utilizzabili a totale discrezione del soggetto finanziato, non solo quanto all'importo, ma altresì per la scelta del co-finanziatore cui chiedere l'anticipazione (è quanto sostiene, G. MEO, *Garanzie bancarie internazionali in pool*, in AA.VV., *L'integrazione fra imprese nell'attività internazionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 262 s., secondo cui il credito avrebbe, pertanto, natura frazionabile in corrispondenza del fabbisogno finanziario del beneficiario).

Queste caratteristiche, invero, non sembrano ricorrere, al di là della variabilità del negozio di finanziamento in senso stretto, che pure può consistere in un normale mutuo. Ed infatti, di regola, nei prestiti sindacati i versamenti passano sempre per il tramite della capofila ed avvengono in proporzione dei membri; in mancanza della banca leader, è proprio la struttura dell'operazione creditizia, più semplice (es. concessione di credito in un'unica soluzione), che esclude la possibilità di avere versamenti non proporzionali, ovvero la facoltà di scelta del soggetto cui chiedere l'erogazione.

²⁰ Le riflessioni svolte in materia si limitano sovente ad escludere che le banche siano obbligate solidalmente verso il cliente, senza andare oltre, fermandosi cioè al lato passivo e senza nemmeno esaurire in pieno l'indagine su questo fronte. E v., ad esempio, R. CLARIZIA, *Finanziamento in pool*, in *Digesto delle Discipline privatistiche. Sez. Comm.*, VI,

in proposito non sembrano motivare le rispettive conclusioni, giungendo peraltro a soluzioni divergenti. Si intravedono, talvolta, gli estremi della solidarietà attiva verso il debitore²¹; e, in altre circostanze, si prospetta l'ipotesi opposta dell'esistenza di tante posizioni creditizie quanti sono i singoli intermediari²². Non vi sono, a quanto sembra, opinioni propense ad intravedere, invece, un'obbligazione parziaria.

Di certo, non pare corretto negare che si instauri un regime di solidarietà attiva muovendo dal presupposto dell'esistenza di tanti crediti quanti sono i co-finanziatori²³, giacché può agevolmente replicarsi che il finanziamento è uno soltanto; tanto è vero che si sono riscontrati in pieno i canoni dell'obbligazione soggettivamente complessa. Rimane, perciò, ancora insoluto il problema della natura del credito spettante alle banche. Per rispondere a tale interrogativo, conviene in primo luogo individuare qual è il regime suppletivo secondo il sistema di diritto comune.

La differenza di vedute appena riportata non sembra rispecchiare un analogo contrasto esistente, in linea generale, in ordine alla ricostruzione della fattispecie residuale in cui è presente una pluralità di creditori o, meglio, sull'individuazione del modello legale applicabile in questa circostanza. Appare, infatti, del tutto isolata l'opinione secondo cui la solidarietà attiva dovrebbe presumersi alla stregua di quella passiva ed alle stesse condizioni²⁴, immaginando quindi che il sistema di *default* sia sempre lo stesso da ambo i versanti.

Utet, Torino, 1991, p. 169, secondo cui si tratta di un «investimento pro quota e senza vincolo di solidarietà»; in Spagna, A.J. AURIOLES MARTÍN, *Créditos sindicados con interés variable*, PPU, Barcelona, 1987, p. 36; L.J. CORTÉS, *Los contratos bancarios (I)*, in A. MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 699; M.R. TAPIA SÁNCHEZ, *El préstamo sindicado*, in A. SEQUEIRA MARTÍN-E. GADEA-F. SACRISTÁN (dir. por), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 758 s.

²¹ A quanto consta, L. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie internazionali e conflitti di legge*, Giuffrè, Milano, 1984, 241, che parla di «solidarietà nei confronti del mutuatario».

²² Cfr. B. GADANEZ, *Il mercato dei prestiti sindacati: struttura, sviluppo e implicazioni*, in *Rassegna trimestrale BRI*, dicembre 2004, p. 84, secondo cui le varie banche hanno un credito separato nei confronti del debitore; conforme, G. MEO, cit., (nt. 19), p. 263, che parla di una «pluralità di fasci obbligatori autonomi».

²³ Posizione espressa da M. BELLIS, *Le partage des risques. Fondements et problèmes*, in AA.VV., *Les euro-crédits: expériences continentales*, Librairies techniques, Paris, 1982, p. 162.

²⁴ A quanto consta, M. FRAGALI, cit. (nt. 6), p. 201 ss. e 214.

In senso diametralmente opposto, e ampiamente consolidato, si asserisce, di contro, che il carattere frazionario dell'obbligazione costituisce la regola quando vi sono più creditori per la stessa pretesa nei confronti di un comune debitore; all'opposto, la solidarietà costituirebbe in tale evenienza l'eccezione²⁵, essendo piano e manifesto l'utilizzo dell'argomentazione *a contrario* rispetto a quanto previsto dall'art. 1294 c.c.²⁶.

Dunque, i rapporti si invertono e ciò implica che alla molteplicità di creditori sta il carattere frazionario del credito come alla pluralità di debitori sta la solidarietà dell'obbligazione²⁷. Pertanto, in mancanza di diverse indicazioni, di fonte normativa o convenzionale, deve ritenersi sussistente un'obbligazione parziaria fra le banche riguardo al credito da restituzione del prestito erogato. Bisogna, allora, appurare se alcune disposizioni possono applicarsi all'ipotesi dei crediti sindacati, potendo passare poi, in caso di esito negativo, alla verifica circa l'esistenza o meno di specifiche clausole pattizie al riguardo.

Sul piano legislativo, il discorso appare complicato dal fatto che esistono alcune norme, relative proprio al settore bancario, in cui si prevede un regime di solidarietà attiva, in deroga alla regola dispositiva di

²⁵ Di tale avviso, L. BARASSI, cit. (nt. 12), p. I, 209 ss.; A. DI MAJO, cit., (nt. 6), p. 310 s., per il quale il legislatore ha pensato che, in caso di pluralità di creditori, dovesse prevalere un apprezzamento concreto dei loro interessi, non potendosi operare una valutazione *ex ante*; A. FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*², in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969, p. 147; ID., *Le operazioni bancarie*², Jovene, Napoli, 1964, p. 14; poi, S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 105, a giudizio del quale i crediti sono parziari o, in forza di specifica clausola, solidali; C.M. MAZZONI, cit., (nt. 6), p. 750.

In giurisprudenza, per l'affermazione del principio secondo cui la solidarietà attiva non si presume, Cass., 18 giugno 2001, n. 8235, *cit.*; Cass., 29 maggio 1998, n. 5316, *cit.*; Cass., 15 settembre 1995, n. 9771, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1651.

²⁶ In questa direzione, V. CAREDDA, cit. (nt. 12), p. 480; C. GANGI, cit. (nt. 8), p. 170 ss.; D. RUBINO, cit., (nt. 1), p. 193 s., che aggiunge, a conferma della tesi, anche l'evoluzione legislativa ed i precedenti storici.

²⁷ Non mancano, anche in tal caso, specifiche applicazioni: una di queste è stata rinvenuta nell'art. 1758 c.c., concernente la provvigione spettante a più mediatori, oggetto di frazionamento tra di loro: per tale considerazione, M. RUBINO DE RITIS, *La cointestazione del conto corrente bancario*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 11, testo e nt. 22; ma v. G. IUDICA, cit., (nt. 6), p. 176 s., secondo cui si tratta di un'ipotesi di deroga alle regole sull'adempimento delle obbligazioni, in considerazione di interessi specifici e peculiari.

parziarietà²⁸. È il caso della cassetta di sicurezza intestata a più persone, la cui apertura è consentita singolarmente a ciascuno dei titolari (art. 1840 c.c.); e del conto corrente cointestato (art. 1854 c.c.), dove è stabilita la presunzione di solidarietà non solo dal lato passivo, ma altresì da quello attivo come immediata conseguenza della facoltà di utilizzo disgiunto della somma dovuta da parte dei contitolari²⁹.

È chiaro che se si propendesse per la natura eccezionale di tali prescrizioni³⁰, sarebbe troncato a monte ogni dubbio, in senso negativo, circa l'eventualità di estenderle a fattispecie differenti. Nondimeno, è preferibile prescindere da tale valutazione, poiché potrebbe risultare insoddisfacente basare la conclusione sfavorevole su di un aspetto particolarmente controverso, anche in sede di teoria generale³¹, come del resto dimostrato dal fatto che l'art. 1854 c.c. è stato esteso anche ad altre ipotesi³².

²⁸ E v. C. GANGI, cit. (nt. 8), p. 172.

²⁹ È quanto afferma, M. RUBINO DE RITIS, cit., (nt. 27), p. 11 s., 16 e 20, per il quale il legislatore ha così inteso consentire alla banca di liberarsi pagando all'uno o all'altro dei contitolari, ciascuno dei quali può isolatamente dagli altri disporre delle somme a credito; in precedenza, A. FIORENTINO, cit. (nt. 25), p. 146 s., secondo cui la solidarietà attiva sussiste soltanto in presenza della facoltà, stabilita per patto contrattuale, di compiere operazioni anche separatamente; B. RENDA, *La contitolarità dei depositi bancari*, Cedam, Padova, 1981, p. 40 s., a parere del quale la *ratio* della disposizione è quella di impedire che il conto corrente, unitario e destinato a perdurare nel tempo, possa frantumarsi, nel momento stesso in cui sorge, in una pluralità di rapporti.

³⁰ Conclusione raggiunta proprio muovendo dal presupposto della mancanza, sul piano strettamente normativo, della presunzione di solidarietà attiva e della *ratio* ascrivibile a tale opzione legislativa: per simili osservazioni, A. DI MAJO, cit., (nt. 6), p. 311; D. RUBINO, cit., (nt. 1), p. 197.

³¹ Non è nemmeno pacifico, come risaputo, che le norme eccezionali siano davvero inestensibili, sul presupposto dell'esistenza di una precisa *ratio* delle medesime, sia pure nel loro ristretto ambito.

³² Per esempio, al caso di co-intestazione di deposito a risparmio con facoltà di disposizione disgiunta [e v. G.F. CAMPOBASSO, *I depositi bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, I, p. 170 e 178; M. GIORGIANNI, cit., (nt. 9), p. 677; G. MOLLE, *Deposito bancario*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Utet, Torino, 1968, p. 523, per il quale ricorre un'ipotesi di solidarietà attiva, derivante dagli artt. 1292 e 1854 c.c., con applicazione nei rapporti interni della presunzione posta nell'art. 1298 c.c.]; nonché a quello semplice sul presupposto che il singolo potrebbe comunque prelevare l'intero importo, anche se non sono ammessi successivi versamenti e prelevamenti parziali durante lo svolgimento del rapporto, essendo rimborsabile la somma in un'unica soluzione [così, M. RUBINO DE RITIS, cit., (nt. 27), p. 18; di avviso contrario, B. RENDA, cit., (nt. 29), p. 13 s., il quale argomenta appunto

In quest'ottica, è bene esaminare più da vicino le norme cui si è fatto cenno. Non sembra essere d'aiuto alcuno, in proposito, la regolamentazione concernente le cassette di sicurezza, poiché non si ha qui riguardo ad una prestazione di danaro, tanto è che la disciplina ivi prevista sembra spiegare la propria *ratio* proprio in virtù del particolare tipo di credito appartenente ai contitolari. Più complesso, invece, è il discorso relativo al conto corrente cointestato, giacché tale disposizione attiene ad un'obbligazione pecuniaria, tanto è vero che dalla stessa si sono tratte significative indicazioni pure rispetto ad altri rapporti creditizi, come quelli di fido³³.

Contro l'estensione dell'art. 1854 c.c. alla posizione delle banche sindacate milita, tuttavia, il rilievo dirimente che si tratta di norma concernente la plurisoggettività del cliente, anziché dell'impresa bancaria³⁴. Senza contare che tale regolamentazione è stata giudicata, sotto vari profili, lacunosa ed incompleta³⁵.

dall'impossibilità di atti di esecuzione ripetuti e di variazioni quantitative della prestazione dovuta].

³³ Per tutti, N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in F. VASSALLI (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, VIII, 3, Utet, Torino, 1983, p. 142 s.; cfr., altresì, B. RENDA, cit., (nt. 29), p. 68, ad avviso del quale è una norma «di carattere generale e può essere applicata a qualunque rapporto bancario regolato in conto corrente»; ma v. le considerazioni di M. RUBINO DE RITIS, cit., (nt. 27), p. 3, secondo cui la precisa ricostruzione della disciplina del contratto con parte plurisoggettiva può avvenire solo in relazione alla specifica regolamentazione del singolo rapporto.

Si è, peraltro, constatato come le norme bancarie uniformi – oggetto di profonda revisione e ridenominate dall'Abi “condizioni generali relative al rapporto banca cliente” [tra gli altri, A. MIRONE, *Le “fonti private” del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 266 s., che rileva come la loro operatività sia subordinata al recepimento da parte delle singole banche ex art. 1341, comma 1°, c.c.; C.M. TARDIVO, *I nuovi “suggerimenti” a.b.i. in tema di contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, p. 626 ss.] – abbiano previsto una disciplina applicabile ad ogni tipologia di rapporto bancario cointestato [così, M. RUBINO DE RITIS, cit., (nt. 27), p. 2].

³⁴ Se ne è ricavata, infatti, l'applicabilità delle regole concernenti le obbligazioni solidali, sia dal lato attivo che passivo, per quanto attiene alla posizione dei clienti: G. DE FERRA, *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 36; E. SPARANO, *Il conto bancario cointestato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, p. 87 s. e 94, per il quale i principi concernenti le obbligazioni solidali erano posti alla base delle norme bancarie uniformi all'epoca vigenti; per un'indagine di ampio respiro sistematico, di recente, M. RUBINO DE RITIS, cit., (nt. 27), p. 8 ss. e 31 ss., che ricostruisce la regolamentazione dei

Escluso, pertanto, che vi siano regole di fonte normativa da cui ricavare l'esistenza di un vincolo solidale tra le banche dal lato attivo, deve effettuarsi ora analoga verifica sul piano convenzionale. Qualora l'esito sia negativo anche sotto questo profilo, potrebbe affermarsi definitivamente la sussistenza di un regime frazionario rispetto al credito vantato dai co-finanziatori. Se può senz'altro escludersi, sulla base del dato empirico, la presenza di uno specifico patto volto a sancire in maniera espressa la solidarietà (attiva)³⁶, nondimeno vi sono delle clausole che potrebbero esprimere, implicitamente, tale volontà.

4. Segue. *Regime di parziarietà e compatibilità con la clausola di "distribuzione proporzionale"*.

La prospettiva tracciata in chiusura del paragrafo precedente impone di analizzare la compatibilità fra l'esclusione della solidarietà attiva e la costante presenza nei finanziamenti in pool di una particolare clausola, definibile di "distribuzione proporzionale", comunemente conosciuta con il nome di *sharing clause*³⁷, attraverso la quale si stabilisce che di ogni restituzione effettuata dal cliente devono beneficiare tutti i co-finanziatori in misura corrispondente alla rispettiva partecipazione al prestito³⁸. Questo genere di pattuizione serve ad assicurare la parità di

rapporti interni tra i contitolari anche alla luce della disciplina della comunione e della sua forza espansiva (37 ss.).

³⁵ In chiave sistematica, P. PISCITELLO, *Considerazioni sulle posizioni soggettive del cliente nei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 255 ss., spec. 258 ss.; e v., anche, U. MORERA, *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, in C. BRESCIA MORRA-U. MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, V, 11, Esi, Napoli, 2006, p. 402 ss.

³⁶ Nel senso che non emerge mai, nei prestiti sindacati, un'espressa stipulazione in tale verso; constatazione in linea con quanto già rilevato in via più generale ed in tempi piuttosto risalenti circa la scarsa applicazione pratica dell'istituto [e v. C. GANGI, cit. (nt. 8), p. 171; M. GIORGIANNI, cit., (nt. 9), p. 678].

³⁷ Ma definita pure *pro rata Treatment*: J.B. BLAISE-P. FOUCHARD, *La valeur juridique de la syndication*, in J.B. BLAISE-P. FOUCHARD-P. KAHN, *Les euro-crédits. Un instrument du système bancaire pour le financement international*, Librairies techniques, Paris, 1981, p. 161.

³⁸ Originariamente, la clausola serviva soltanto come strumento correttivo per i pagamenti effettuati in eccesso ad una delle banche rispetto al singolo credito, con la conseguenza che nulla accadeva se uno dei co-finanziatori riceveva la restituzione di tutta la sua quota e niente gli altri.

trattamento tra i vari intermediari³⁹, nell'ipotesi di un rimborso di somme non proporzionale per mano del debitore⁴⁰. In effetti, non è peregrina

In seguito, la pattuizione ha subito un'evoluzione, imponendo la ripartizione proporzionale di tutti i versamenti ricevuti, dopo la guerra delle isole *Falkland* e la crisi iraniana del 1979. In particolare, in quest'ultimo avvenimento, dopo la presa degli ostaggi statunitensi all'ambasciata di *Teheran*, si decise di congelare i fondi iraniani presenti presso gli istituti di credito americani e, perciò, la *Chase Manhattan Bank* pensò di compensare la sua quota di credito sindacato con i depositi iraniani nella sua disponibilità, respingendo la richiesta di ripartire l'incasso sul presupposto che non aveva ricevuto più della sua quota, in ossequio alla configurazione originaria della *sharing clause* [in Spagna, M.T. DE GISPERS PASTOR, cit., (nt. 39), p. 241 ss.; M.E. MORÁN GARCÍA, cit., (nt. 39), p. 118 s.; nel diritto anglo-americano, L.C. BUCHHEIT, cit., (nt. 38), p. 36; R. SLATER, *Syndicated Bank Loans*, in *The Journal of Business Law*, 1982, p. 181; per ulteriori approfondimenti, anche sull'*affaire iranienne*, C. DUFLOUX-L. MARGULICI, *La syndication: Les risques de conflit entre banques*, in *Banque*, 1981, p. 1215 ss.; L. VALETTE, cit., (nt. 4), p. 121 ss.].

³⁹ Non vi è dubbio che la finalità sia quella di garantire la *Gleichbehandlung* fra i vari membri del sindacato: nella dottrina tedesca, D. EINSELE, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 100; e v., anche, R. BÄRWALDT, *Pool/Konsortium*, in W. MÜLLER-W.D. HOFFMANN (hrsg. v.), *Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften*³, C.H. Beck, München, 2009, Rd. 108 s.; C.L. HINSCH, cit., (nt. 9), p. 167 ss.; A. KÖNIG, cit., (nt. 9), p. 41 ss.; analogamente, nel diritto francese, J. STOUFFLET, *Syndication directe. Exécution de la convention de crédit et rôle de l'agent*, in *RD bancaire et financier*, 2004, p. 63 s., per il quale si tende così ad assicurare il rispetto «*de l'égalité entre participants*»; J. TERRAY, *Syndication directe. Formation du contrat*, in *RD bancaire et financier*, 2004, p. 62; L. VALETTE, cit., (nt. 4), n. 65 ss., p. 75 ss., per la quale «*la volonté d'assurer l'égalité de traitement du bénéficiaire par rapport à d'autres personnes est commune à toutes les clauses pari passu*»; nell'esperienza angloamericana, L.C. BUCHHEIT, *How to negotiate the sharing clause?*, in *Int'l Fin. L. Rev.*, 1993, p. 36; S. HURN, *Syndicated Loans. A handbook for banker and borrower*, Woodhead-Faulkner, New York-London-Toronto-Sidney-Tokyo-Singapore, 1990, p. 96; P.R. WOOD, *Law and Practice of International Finance. International Loans, Bonds and Securities Regulation*, Sweet & Maxwell, London, 1995, p. 91 e 96 ss.

⁴⁰ Per tutti, L. VALETTE, cit., (nt. 4), n. 9 ss., p. 17 ss., che distingue «*deux types de clauses pari passu irréductibles l'une à l'autre*», di *répartition* e di *alignement*. Quest'ultima presenta un contenuto differente e singolare, giacché mira ad equiparare il rango dei crediti del debitore e, in particolare, di quelli che dovessero sorgere in epoca posteriore al finanziamento. Il significato tipico di tale clausola, stando al glossario redatto dalla LMA, è il seguente: «*a pari passu covenant is incorporated into debt instrument documentation to ensure that the borrower's indebtedness under the relevant facility/instrument would at least rank equally with all other unsecured indebtedness of that borrower*»; cfr., altresì, P. GABRIEL, *Legal Aspects of Syndicated Loans*, Butterworths, London, 1986, p. 62 ss.; S. HURN, cit., (nt. 38), p. 55 s. e 93 s.; in Spagna, M.T. DE GISPERS PASTOR, *Los creditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español*, Barcelona, 1986, p. 197 ss.; M.R. TAPIA SÁNCHEZ, cit., (nt. 20), p.

l'ipotesi in cui il cliente proceda a restituire una parte del prestito ad una sola banca, vuoi per un importo corrispondente alla sua porzione, vuoi per una cifra inferiore, sebbene sia stato affermato che l'operatività pratica della clausola *de partage des paiements* sarebbe ridotta al caso in cui vi sia estinzione totale o parziale di un debito (non derivante dal prestito) di un

768; per il sistema francese, T. BROCAS, *Les clauses de protection liées a la situation financière de l'emprunteur*, in AA.VV., *Les euro-crédits: expériences continentales*, Librairies techniques, Paris, 1982, p. 128 ss.; nel nostro ordinamento, sia pure rispetto ai finanziamenti in genere, G. PIEPOLI, *Le «garanzie negative»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 412 e 422, a parere del quale il debitore si obbliga, attraverso questa convenzione, a non concedere in pendenza del prestito garanzie specifiche a terzi creditori e, qualora ciò accada ugualmente, a costituire garanzie equivalenti a favore del finanziatore stesso; D.U. SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, III, p. 640.

Sono stati ritenuti un logico completamento di questa pattuizione, poi, gli obblighi volti ad impedire il rilascio di garanzie da parte dell'impresa ad eventuali e successivi creditori (*negative pledge clauses*), al fine di scongiurare un loro trattamento migliore rispetto alle banche consorziate [nel regime spagnolo, M.R. TAPIA SÁNCHEZ, cit., (nt. 20), p. 768 s.; per diritto francese, T. BROCAS, cit., (nt. 39), p. 130 ss.]. Il funzionamento di questa tipologia di patti si esplica, in concreto, nella necessità di richiedere l'autorizzazione per la concessione di ulteriori garanzie e, in caso di inadempimento, nella risoluzione del contratto, riconducendo la violazione del dovere in questione ad un *event of default*. È quanto afferma, M.E. MORÁN GARCÍA, *Los créditos sindicados denominados en euromonedas (eurocréditos) y el derecho internacional privado español*, Tesis de Doctorado, Universidad de Alicante, 1999, p. 123.

In ragione del loro contenuto estremamente peculiare, si è dubitato della liceità delle clausole in oggetto, dal momento che, proibendo la richiesta di ulteriori prestiti e vietando il rilascio di garanzie, potrebbero finire per paralizzare in maniera inaccettabile l'attività del soggetto finanziato [così, L. RADICATI DI BROZOLO, cit., (nt. 21), p. 240, testo e nt. 117; per l'invalidità, nella dottrina spagnola, M.E. MORÁN GARCÍA, cit., (nt. 39), p. 308 ss.; rispetto alla clausola *pari passu*, M.R. TAPIA SÁNCHEZ, cit., (nt. 20), p. 768, secondo cui simile convenzione è da reputarsi nulla in quanto altera l'ordine legale tra creditori e legittime cause di prelazione, ma deve interpretarsi come obbligo ad astenersi dal contrarre nuovi debiti, che possano essere di grado superiore, senza il consenso di tutte le banche sindacate].

Impostazione differente in G. PIEPOLI, cit., (nt. 39), p. 428 s., per il quale la nullità di una clausola negativa rappresenta un'ipotesi marginale, giacché la prassi contrattuale è solita circoscrivere l'ambito di estensione della pattuizione, rispettando in tal modo il principio di proporzionalità sancito nell'art. 1379 c.c. ID., *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 507 ss. e 513 ss.

partecipante a seguito di compensazione⁴¹, obbligando appunto a beneficiarne tutte le banche *pro quota*⁴².

È bene chiarire, *in limine*, che nessun problema sorge se si tratta della capofila, giacché questa è obbligata di per sé alla distribuzione di quanto rimborsato dal cliente in base alle rispettive partecipazioni a vantaggio di tutti⁴³. Il punto è capire cosa avviene se a ricevere il versamento è una delle banche partecipanti⁴⁴. Ciò che può accadere soprattutto se si pensa ad operazioni di lunga durata nel tempo, anche per via dei rapporti ulteriori che il debitore potrebbe intrattenere con alcuni dei co-finanziatori⁴⁵.

Viene, qui, appunto in rilievo il ruolo della *sharing clause*, nota nell'esperienza tedesca come *Teilungsklausel*⁴⁶, in virtù della quale ciascuna banca consorziata si obbliga ad una equa ripartizione presso tutte le altre di ogni eventuale rimborso ottenuto dal debitore, con la conseguenza che

⁴¹ Tesi espressa da J. STOUFFLET, cit., (nt. 38), p. 64.

⁴² Il che non è impedito - è bene chiarirlo - da un'altra convenzione, c.d. di compensazione, altresì nota come *set off clause*, tramite la quale le aziende di credito si riservano il diritto di compensare le somme dovute in ragione del finanziamento con eventuali pretese vantate nei confronti del debitore ad altro titolo: M.R. TAPIA SÁNCHEZ, cit., (nt. 20), p. 769, per la quale la circostanza che «*se trate de un contrato de cooperación económica justifica la necesidad de configurar un sistema de proporcionalidad en los pagos canalizado a través de la actividad mediadora del Banco agente*».

In altri termini, tale previsione abilita i singoli istituti a compensare le somme dovute al cliente in ragione del finanziamento con eventuali pretese vantate nei confronti del debitore ad altro titolo, ma non viceversa.

⁴³ Una diversa e più articolata ricostruzione ritiene che la ripartizione possa avvenire in due modi: attraverso l'opera della banca agente cui è rimessa l'eccedenza, ovvero tramite riscatto da parte delle banche favorite della porzione di cui si sono avvantaggiate, ossia tramite incremento della rispettiva partecipazione al prestito [e v. Y. ZEIN, *Les pools bancaires. Aspects juridiques*, ECONOMICA, Paris, 1998, n. 289, p. 169 s.; in seguito, L. VALETTE, cit., (nt. 4), n. 108 ss., p. 123 ss., per la quale il risultato che si raggiunge è il medesimo].

⁴⁴ Chiaramente, questo tipo di questione si pone sempre in caso di prestiti sindacati privi della capofila.

⁴⁵ E v. M.R. TAPIA SÁNCHEZ, cit., (nt. 20), p. 769 s., secondo cui uno degli intermediari potrebbe approfittare «*de las relaciones particulares que le puedan unir al cliente, consiguiendo de éste una situación de favor, en perjuicio de los demás*».

⁴⁶ Si tratta di pattuizione che si discosta da quanto altrimenti previsto in virtù del § 722, Abs. 1, BGB: K.A. SCHAFFELHUBER-F. SÖLCH, *Kreditkonsortien und Sicherheitenpools*, in H. GUMMERT-L. WEIPERT (hrsg. v.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*³, 1, C.H. Beck, München, 2009, Rd. 43.

il mancato recupero di una posizione si riversa *pro quota* sugli altri intermediari. L'obiettivo ultimo è che ciascun co-finanziatore deve beneficiare delle restituzioni in proporzione della rispettiva partecipazione, attraverso appositi riparti⁴⁷.

Al riguardo, vi sono due ordini di problemi. Non solo bisogna capire cosa succede in assenza di una simile clausola⁴⁸; ma è necessario –

⁴⁷ È quanto affermano, G. MEO, cit., (nt. 19), p. 262; M. PANETTA, *Duties and liability of the agent bank under syndicated loans: the english and the italian regimes*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 313; L. RADICATI DI BROZOLO, cit., (nt. 21), p. 241.

Nel diritto francese, in cui si parla anche di *clause de récupération*, si vedano, rispettivamente, M. ELLAND-GOLDSMITH, *Le fonctionnement du syndicat*, in J.B. BLAISE-P. FOUCHARD-P. KAHN, *Les euro-crédits. Un instrument du système bancaire pour le financement international*, Librairies techniques, Paris, 1981, p. 144 s.; J. STOUFFLET, cit., (nt. 38), p. 64; in Spagna, M.E. MORÁN GARCÍA, cit., (nt. 39), p. 80 s.; M.R. TAPIA SÁNCHEZ, cit., (nt. 20), p. 769.

⁴⁸ È verosimile che una pattuizione del genere possa mancare: M. BELLIS, cit., (nt. 23), p. 166, per il quale ciò è dovuto al fatto che «*certaines banques refusaient la clause de paiement proportionnel*».

Forse anche per questa ragione sussiste spesso una commistione con la c.d. *cross default clause*, affermandosi che, in base ad essa, il prenditore dovrebbe rimborsare il sindacato nel suo complesso e non potrebbe arbitrariamente scegliere quale banca soddisfare, in quanto l'insolvenza nei confronti di una si estenderebbe all'intero consorzio (testualmente, G. ZANOTTI, *Le operazioni sul mercato del debito: corporate bonds e prestiti sindacati*, in G. FORESTIERI (a cura di), *Corporate e investment banking*³, Milano, 2005, p. 263; conforme, F. MERONE, *I finanziamenti in Pool*, in *Amministrazione & Finanza 14/2008 – Insetto*, p. 6, nt. 2). In altre circostanze, di contro, si è detto che simile clausola – già di per sé «*más difíciles de redactar de una forma equilibrada*»: M.E. MORÁN GARCÍA, cit., (nt. 39), p. 123 s. – abilita ogni membro a chiedere il fallimento del debitore quando un altro finanziatore acquista il diritto di recedere dal finanziamento [in tale direzione, M. PANETTA, cit., (nt. 47), p. 314].

Benché ancora inesatta, è più rispondente alla realtà ed al contesto di origine della convenzione *de qua* questa seconda valutazione. Attraverso il patto di *default "trasversale"*, l'intento delle banche consiste nel considerare, in via automatica, inadempiente nei loro confronti il debitore che violi obblighi derivanti da altri contratti, purché relativi ad obbligazioni similari: M.E. MORÁN GARCÍA, cit., (nt. 39), p. 123 s., secondo cui «*por un lado, no puede ser tan vaga que atenace la actividad del acreditado; por otro, es imposible detallar una a una las relaciones contractuales cuyo incumplimiento habilitaría a los acreditantes para invocar su derecho a acelerar el crédito*»; più in generale, nella nostra dottrina, A. MAZZONI, *Les clauses d'exigibilité anticipée et de paiement tardif*, in AA.VV., *Les euro-crédits: expériences continentales*, Librairies techniques, Paris, 1982, p. 138 s.; U. PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, III, p. 607, a giudizio del quale la clausola è solitamente mitigata attraverso la previsione di un importo minimo dell'inadempimento rilevante.

ciò che interessa in questo contesto – verificare, altresì, se un patto del genere sia in grado di sconfessare la soluzione cui si è pervenuti, ossia il carattere parziario dell'obbligazione delle banche dal lato attivo.

In effetti, da una certa parte della dottrina si è messa in dubbio la natura frazionaria del credito da restituzione del finanziamento, in favore di quella solidale, dinanzi ai prestiti sindacati dotati della c.d. clausola di distribuzione proporzionale⁴⁹. Ma tale ricostruzione – che aprirebbe la strada ad una soluzione complessa e differenziata in base alla presenza o meno della pattuizione in discorso – non sembra meritevole di accoglimento.

A ben vedere, l'esigenza di parità di trattamento sottesa alla convenzione *de qua* è pienamente coerente con il regime frazionario dell'obbligazione. Al riguardo, si è evidenziato come la circostanza in virtù della quale le obbligazioni soggettivamente complesse siano espressione di una comunione nel debito o nel credito impone di ritenere applicabile proprio il principio di uguaglianza⁵⁰. Di qui, si è immaginato

⁴⁹ Con una certa decisione, per diritto francese, L. VALETTE, cit., (nt. 4), n. 121, p. 137 ss., secondo cui l'assenza della solidarietà attiva si giustifica in pieno solo se manca la clausola *de partage pari passu des paiements*; cfr., altresì, J. STOUFFLET, cit., (nt. 38), p. 63 s., per il quale ciò implica «*un certain degré de solidarité*»; Y. ZEIN, cit., (nt. 4), nn. 289 e 515 ss., p. 170 e 304 ss.

Esprime perplessità, in Spagna, M.R. TAPIA SÁNCHEZ, cit., (nt. 20), p. 769 s., che parla di una certa contraddittorietà con l'indipendenza delle varie banche e delle rispettive porzioni di finanziamento, richiamando in qualche modo una qualche solidarietà tra le stesse. Secondo l'A. «*lo que no puede admitirse es que el deudor pretenda compensar con lo que debe a cualquiera de las entidades sindicadas, el saldo positivo a su favor, resultante de la compensación verificada con una de las entidades prestatarias*»; sintomatica la denominazione utilizzata, in proposito, da M.T. DE GISPERT PASTOR, cit., (nt. 39), p. 241, che parla di «*cláusula de solidaridad*».

⁵⁰ Per tutti, F.D. BUSNELLI, cit., (nt. 6), 342 s., il quale aggiunge l'ulteriore applicabilità, sul piano processuale, delle regole sul litisconsorzio necessario (su cui non è il caso di soffermarsi in tale sede); *amplius*, ID., cit., (nt. 1), p. 360 e 367 ss., ad avviso del quale il fondamento giuridico della soluzione affermativa può basarsi sull'applicazione analogica dell'art. 1101, comma 1°, c.c. (a mente del quale il concorso nei vantaggi e nei pesi della comunione è in proporzione delle rispettive quote) e sulla generalizzazione delle disposizioni contenute negli artt. 1298 e 1299, comma 1°, c.c. (si tratta delle regole concernenti, rispettivamente, i rapporti interni tra debitori e creditori solidali ed il regresso); diversamente, C. GANGI, cit. (nt. 8), p. 169.

Non a caso, secondo un'impostazione, il principio della parità di trattamento potrebbe appunto trovare un fondamento di carattere generale nella disciplina della comunione e, nello specifico, nell'art. 1108 c.c.: G. PASETTI, *Parità di trattamento e*

che nelle obbligazioni ad attuazione parziaria l'eventuale soddisfazione di uno dei concreditori in danno degli altri viola il suddetto precetto, aprendo così il problema relativo all'individuazione del mezzo idoneo a ristabilire la parità. Tale strumento è stato rinvenuto nell'istituto del regresso, previsto specificamente in tema di solidarietà, ma ritenuto estensibile, quantomeno per tale aspetto, anche alle obbligazioni frazionarie attive⁵¹. Appare inevitabile, in effetti, guardare alle prescrizioni dettate per le obbligazioni solidali, al fine di colmare la scarsa disciplina relativa a quelle parziarie (artt. 1314 ss. c.c.).

In quest'ottica, dovrebbe essere chiaro che nulla osta ad una piena compatibilità fra il carattere frazionario del concredito vantato dalle banche sindacate e la presenza della clausola di distribuzione proporzionale. La parità di trattamento che questa previsione vuole assicurare, infatti, è destinata a trovare riconoscimento anche in mancanza di tale pattuizione, oltre che per inevitabile conseguenza della comunione di interessi esistente⁵², anche in virtù dell'applicazione dei canoni generali della correttezza e della buona fede⁵³.

autonomia privata, Cedam, Padova, 1970, p. 103 ss., che esclude sia possibile rinvenire un sicuro aggancio all'interno della disciplina delle associazioni e delle società. L'A. reputa, poi, applicabile il principio in esame alle obbligazioni con più soggetti.

⁵¹ Con lucidità, F.D. BUSNELLI, cit., (nt. 6), p. 343, secondo cui tale meccanismo scatta a seguito di un evento che abbia ridotto l'ammontare originario del tutto, comportando così che la parte ricevuta da uno dei concreditori superi la quota di sua spettanza; *amplius*, ID., cit., (nt. 1), p. 379 ss., per il quale il regresso può dissociarsi dalla solidarietà ed adattarsi al concredito parziario.

⁵² Elemento la cui intensità varia a seconda della concezione che si vuole accogliere in tema di obbligazione soggettivamente complessa, raggiungendo ovviamente un grado più elevato allorché si intraveda una vera e propria comunione nell'appartenenza di un debito o di un credito ad una pluralità di soggetti [già, C. GANGI, cit. (nt. 8), p. 152 s.; diffusamente, F.D. BUSNELLI, cit., (nt. 1), p. 87 ss.].

⁵³ Simile conclusione consente di risolvere, per l'effetto, anche il connesso problema di cosa accada in assenza della suddetta clausola. È evidente che il comportamento della banca che si avvantaggia di un pagamento rivolto in esclusivo suo favore debba essere ripartito proporzionalmente fra tutti, vuoi in ragione del richiamato principio di parità di trattamento [sotto questo profilo, la conclusione prospettata sembra andare oltre anche quanto sostenuto dallo stesso F.D. BUSNELLI, cit., (nt. 6), 343, giacché – se si è ben inteso – l'A. sembra escludere l'applicazione del regresso là dove un concreditore abbia ricevuto un importo pari alla sua quota, pur quando gli altri non abbiano avuto nulla]; vuoi in applicazione del dovere di comportarsi secondo buona fede (come espressamente riconosciuto, in tema di crediti sindacati, da J.T. BROWN, *Le partage*

5. *Il potere di gestione dell'intero credito nel fallimento e nelle soluzioni negoziali della crisi del soggetto finanziato.*

Acquisita la natura parziaria del credito da restituzione, ne consegue che ciascuna banca può agire soltanto in relazione alla propria parte dinanzi alla crisi dell'imprenditore, essendosi negata l'esistenza di un legame di solidarietà attiva. Quanto alla capofila, pertanto, una diversa soluzione potrebbe e dovrebbe cercarsi altrove, ossia nei compiti di cui è investita, piuttosto che nella specie di obbligazione contratta.

A prescindere da una più precisa individuazione della clausola di delega, la cui vicinanza al mandato risulta quantomeno intuitiva, appare chiara l'importanza della disciplina convenzionale in merito, nel senso che la ricostruzione dei poteri spettanti alla banca leader si determina, in primo luogo, in base a quanto pattuito dai contrenti. Riflessioni di questo genere sono diffuse in tema di coassicurazione, rispetto alla quale si è affermato che l'estensione delle prerogative dell'impresa pilota deve rinvenirsi nell'esame della relativa convenzione di delega e guida, da ricostruire facendo ricorso ai comuni canoni interpretativi del contratto⁵⁴.

des risques. Les groupements interbancaires, in AA.VV., *Les euro-crédits: expériences continentales*, Librairies techniques, Paris, 1982, p. 178 ss.).

Ne deriva che la presenza della clausola di pagamento proporzionale non appare indispensabile, potendosi giungere ugualmente, ove questa manchi, alla medesima conclusione sul piano delle regole applicabili [contrariamente a quanto pensa, G. MEO, cit., (nt. 19), p. 262 e 268 s., che reputa necessaria tale convenzione nei *syndicated loans*, a differenza delle garanzie concesse in compartecipazione].

⁵⁴ Al riguardo, G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXXVI, t. 1, Giuffrè, Milano, 1973, n. 68, p. 211 ss.; N. GASPERONI, *Le assicurazioni*, in G. GROSSO-F. SANTORO PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, V, 11°, Vallardi, Milano, 1966, p. 104 s.; F. PECCENINI, *Dell'assicurazione*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 2011, p. 145; App. Genova, 28 ottobre 1992, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 384, secondo cui bisogna tenere conto della comune intenzione delle parti e del loro comportamento, anche posteriore alla conclusione del contratto, nonché del significato complessivo delle clausole e, infine, dell'esigenza di uniformarsi alle pratiche generali del settore assicurativo di pertinenza; *amplius*, M. RICOLFI, *La coassicurazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 289 ss., spec. 296 ss.

Sotto altro aspetto, la questione appare inevitabilmente connessa al problema, più generale, della legittimazione della banca manager rispetto alle azioni da esercitare a tutela del credito globalmente concesso⁵⁵.

Occorre, quindi, alla luce di quanto detto, effettuare un'indagine sul piano convenzionale, in assenza di specifiche disposizioni legislative applicabili al caso in esame. Invero, tra queste potrebbe annoverarsi, limitatamente al concordato preventivo, l'art. 174 l. fall., là dove è stabilito che ogni creditore può farsi rappresentare nell'adunanza per la votazione da un mandatario speciale, con procura che – secondo la formulazione testuale della norma – può essere scritta senza formalità sull'avviso di convocazione. Risulta controverso se la disposizione individui un formalismo necessario ai fini della validità o meno; ovvero se determinati vincoli siano comunque ricavabili da altre prescrizioni o dai principi generali⁵⁶.

La norma sembra, in realtà, indicare solo a titolo esemplificativo una delle possibili modalità di concessione della procura⁵⁷, dal momento che la piena riferibilità al creditore dell'espressione del voto è assicurata già dalla forma scritta e dalla specificità del mandato⁵⁸. Ed invero, se si reputa trattarsi del conferimento di poteri di rappresentanza a contenuto sostanziale, anziché alle liti⁵⁹, la conseguenza è che non è richiesta alcuna forma particolare, ad eccezione appunto di quella scritta, pur sempre

⁵⁵ In senso liberale, M.R. TAPIA SÁNCHEZ, cit., (nt. 20), p. 760 ss., secondo cui «*también corresponde al Banco agente ejercitar cuantas acciones correspondan a la comunidad de entidades prestatarias para recuperar los fondos no restituidos en tiempo y forma por el cliente*».

⁵⁶ È chiaro che se si sostenesse l'inscindibilità del documento contenente l'avviso di convocazione ed il mandato rilasciato dal creditore, ciò varrebbe di per sé ad escludere la sussistenza nei finanziamenti in pool di un potere del genere a favore della capofila: in termini affermativi, a quanto consta, A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca l. fall.*, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 326 ss.; dopo la riforma, P. LICCARDO, *Commento all'art. 174*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2179.

⁵⁷ In questa direzione, Cass., 12 novembre 1998, n. 11431, in *Fallimento*, 1999, p. 648.

⁵⁸ Senza che si debba scomodare una presunta inscindibilità fra il documento contenente l'avviso di convocazione ed il mandato rilasciato dal creditore, come ritiene, invece, P. LICCARDO, cit. (nt. 56), p. 2179.

⁵⁹ Specialmente, Cass., 26 gennaio 1995, n. 964, in *Fallimento*, 1995, p. 914, che sottolinea la distanza con l'art. 83 c.p.c.

desumibile dal tenore della regola *de qua*, facendosi riferimento al rilascio in questa modalità, oltre che al carattere speciale⁶⁰. Qualora si propendesse per un inquadramento all'interno della rappresentanza processuale, sarebbe del pari indispensabile un'espressa attribuzione per iscritto (art. 77 c.p.c.)⁶¹. In sostanza, ne deriva che l'art. 174 l. fall. non muta i termini del problema nemmeno con particolare riguardo al concordato preventivo, poiché bisogna pur sempre verificare la sussistenza o meno di un potere scritto attribuito alla capofila; ciò che impone di indagare se ciò emerge o meno dall'esperienza empirica dei prestiti sindacati⁶².

La necessità della verifica sul piano convenzionale appartiene anche ad altri sistemi, come quello francese, in cui gli esiti sono però risultati deludenti. In proposito, si suole affermare che l'apertura della *procédure collective* del soggetto finanziato non consente la *déclaration des créances des membres par le chef de file*, per porre in essere la quale è necessario un mandato speciale in forma scritta, essendo insufficiente la delega di poteri

⁶⁰ Così, Ales. RAVAZZONI, *Commento all'art. 174*, in G.U. TEDESCHI (a cura di), *Le procedure concorsuali*, II, Utet, Torino, 1996, p. 165; Cass., 26 gennaio 1995, n. 964, *cit.*; Cass., 29 dicembre 1970, n. 2758, in *Dir. fall.*, 1971, II, p. 439, secondo cui la manifestazione di dissenso rispetto al concordato fallimentare non costituisce atto processuale, ma sostanziale, valendo pertanto le regole civilistiche in materia; di recente, G. RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in V. BUONOCORE-A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, I, Cedam, Padova, 2010, p. 523, ad avviso del quale il giudice delegato è, in questo caso, assimilato, quanto a funzioni, al presidente dell'assemblea di s.p.a.

In taluni casi è stata reputata, invece, lecita pure la forma orale: R. SACCHI, *Il voto dei creditori nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata: problemi*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 793 s., che però, in seguito, muta opinione; ID., *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Giuffrè, Milano, 1984.

⁶¹ Insiste molto su questo tipo di configurazione, A. BONSIGNORI, *cit.* (nt. 56), p. 327 s., secondo cui si tratta di rappresentanza nel compimento di un atto processuale, quale logica e coerente conseguenza della natura di procedimento concorsuale del concordato preventivo; cfr., altresì, A. MAISANO, *Concordato preventivo*, 8, che fa riferimento alla designazione del mandatario nelle forme prescritte per il compimento degli atti processuali.

⁶² A meno di non voler ritenere che la specialità della procura implichi la necessità del riferimento alla specifica adunanza convocata per l'approvazione del singolo piano. In tal caso, il problema sarebbe risolto in radice, ed in senso negativo, per il voto nel concordato preventivo perché manca, né potrebbe essere diversamente, un'indicazione del genere nei finanziamenti in pool.

presente in seno al prestito in pool⁶³. D'altro canto, la circostanza che il mandatario non sia un avvocato impedisce di applicare la presunzione prevista per la procura *ad litem* e, perciò, il rappresentante *doit justifier d'un pouvoir spécial* in virtù dell'*art. 853, al. 3, Cod. proc. civ.*⁶⁴.

Non è affatto scontato, invero, che tale ricostruzione debba valere anche nel nostro ordinamento. Bisogna vedere se l'estensione dei poteri attribuiti alla capofila comprende anche quello di gestire l'intero credito dinanzi alla crisi del soggetto finanziato. Fermo restando che si tratta di soluzione da verificare nel singolo caso concreto⁶⁵, può però rilevarsi la carenza di una puntuale indicazione al riguardo nell'accordo delle parti. Nel senso che manca una specifica attribuzione di poteri in materia, perché non emerge, in chiave empirica, un puntuale riconoscimento alla banca capofila della facoltà di gestire l'intero credito vantato nei riguardi del cliente, in presenza di uno stato di crisi o d'insolvenza di quest'ultimo.

Ricorre spesso, per contro, un più generico potere-dovere di agire, anche in via giudiziale, per il recupero del credito complessivamente concesso al cliente⁶⁶. È necessario, allora, cogliere cosa può essere

⁶³ Così, *Cass. ass. plén.*, 26 janvier 2001, in *RTD com.*, 2001, p. 746; *Cass. com.*, 30 mars 1999, in *Bull. Joly*, 1999, p. 764, che insiste sulla necessità del conferimento di un potere speciale per iscritto; *Cass. com.*, 17 décembre 1996, *ivi*, 1997, p. 344; in dottrina, nel medesimo senso, J.J. DAIGRE, *Le chef de file d'un pool bancaire ne peut déclarer les créances des banques membres qu'en vertu d'un pouvoir spécial, écrit et antérieur à la déclaration*, in *Bull. Joly*, 1999, p. 766 s.

⁶⁴ Lo rileva, J.J. DAIGRE, *Un «pool» bancaire n'a pas la personnalité morale; en conséquence, la banque chef de file n'a pas le pouvoir de représenter les banques du «pool» devant un tribunal de commerce, serait-ce pour la déclaration de leurs créances à l'encontre de leur débiteur commun, à défaut de la preuve d'un mandat spécial*, in *Bull. Joly*, 1997, p. 350, secondo cui il «*pouvoir pour déclarer une créance*» equivale ad «*une demande en justice*» (punto rispetto al quale v. l'ampia, e ormai risalente, indagine di A. GHOZI, *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif*, in *RTD com.*, 1978, p. 9 ss., secondo cui l'evoluzione della materia ha portato ad una simile trasformazione).

⁶⁵ E v. J.J. DAIGRE, *cit.* (nt. 63), p. 767.

⁶⁶ Si tratta di un dato che emerge con una certa costanza nell'esperienza empirica, ma non può certo affermarsene il carattere ineludibile, trattandosi ad ogni modo di indagine legata al singolo caso concreto. Sembra, comunque, difficile che situazioni del genere siano rimesse all'unanimità delle banche partecipanti, per l'evidente rischio di paralisi decisionale e di possibile pregiudizio per i co-finanziatori a causa dell'inerzia, sebbene non manchino attestazioni in questo senso (cfr. R. CLARIZIA, *Crediti di firma in pool*, in *Digesto delle Discipline privatistiche. Sez. Comm.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 202,

ricompreso in tale formulazione. Appare plausibile ritenervi inclusa la possibilità di insinuazione al passivo fallimentare, diversamente da quanto si sostiene nel sistema transalpino, giacché si tratta di attivarsi proprio per recuperare il credito nella misura massima possibile. Il che risponde appieno alla volontà espressa dai contraenti, seppur in maniera sommaria.

All'opposto, nelle svariate soluzioni negoziali esistenti, l'incidenza appare troppo marcata per poter affermare che si tratti di prerogativa compresa. Resta fermo, nondimeno, che occorre guardare anche al contenuto dell'accordo con cui si intende risolvere la crisi dell'impresa e, nella normalità dei casi, l'incidenza sulla posizione del creditore sarà tale da escludere ogni autorità della capofila in merito⁶⁷. Basti pensare alle soluzioni di tipo remissorio, là dove certamente non spetta alla banca agente il potere di rinunciare ad una parte del credito. Senza contare che la variabilità delle possibili forme di soddisfazione (e/o ristrutturazione) ammesse è in grado di mutare la stessa caratteristica pecuniaria dell'obbligo di restituzione⁶⁸.

secondo cui tra le decisioni più delicate, ossia quelle da assumere con il consenso di tutti gli intermediari, possono annoverarsi le scelte concernenti le procedure e le modalità da seguire per il recupero delle somme in caso di inadempimento del cliente).

⁶⁷ Si ponga mente, ad esempio, alla conversione del credito in capitale di rischio.

⁶⁸ Potrebbe, forse, fare eccezione, a livello teorico, il caso di un accordo meramente dilatorio, specialmente ove sussista un'apposita menzione del potere di concedere proroghe rispetto alla scadenza naturale del credito.