

— 2021 —



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it

La ristrutturazione del debito da finanziamento “emergenziale” garantito: una criticità e una proposta*

di Salvo Leuzzi e Paolo Rinaldi , Magistrato addetto al Massimario della Suprema Corte di Cassazione e Dottore commercialista in Modena

10 Dicembre 2021

*Il saggio è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

Gli autori svolgono una riflessione a quattro mani sugli aspetti finanziari e normativi maggiormente complessi della rinegoziazione dei crediti bancari con garanzia Sace o MCC e sulle possibili soluzioni di sistema.

Riproduzione riservata

Sommario:

1. Il quadro dei crediti bancari garantiti dallo Stato
2. L'approccio del creditore bancario ai tavoli di negoziazione
3. L'escussione della garanzia e la natura privilegiata del credito di SACE/MCC
4. Le conseguenze del privilegio del credito sul tavolo negoziale
5. La transazione del credito bancario garantito
6. Il percorso normativo possibile
7. Le modalità di escussione

1. Il quadro dei crediti bancari garantiti dallo Stato

Per sopperire al fabbisogno di liquidità delle imprese, il legislatore dell'emergenza ha compiuto una scelta di campo: facilitare l'accesso al credito bancario attraverso finanziamenti agevolati assistiti da garanzia pubblica [1]. Il principale intervento di sostegno delle realtà produttive colpite dagli effetti "collaterali" delle misure di contenimento anti-Covid-19 ha puntato, infatti, su garanzie "parastatali" a supporto di nuovi prestiti bancari [2].

Si è derogato, a tal fine, alla disciplina degli aiuti di Stato, in linea con la posizione assunta dalla Commissione Europea nel c.d. "*State Aid Temporary Framework*" [3].

Le diverse garanzie pubbliche, inizialmente delineate dal c.d. D.L. n. 18/2020 conv. con L. n. 27/2000 (c.d. "Decreto Cura Italia"), sono state successivamente regolate dal D.L. n. 23/2020 conv. con L. n. 40/2020 (c.d. "Decreto Liquidità"), modificato in parte dalla L. n. 322/2020 (Legge di bilancio 2021), dalla L. n. 322/2020 e, infine, dal D.L. n. 73/2021 (c.d. "Decreto Sostegni *bis*").

In particolare, il D.L. n. 23/2020 ha introdotto agli artt. 1 e 13 la possibilità per le banche finanziatrici di richiedere una garanzia da parte di SACE o di MCC su nuovi finanziamenti, sino a concorrenza di un ammontare variabile tra l'80% e il 100% dell'importo corrisposto [4].

Il funzionamento delle garanzie risponde ad uno schema semplice: i garanti pagano i garantiti, per andare successivamente "a rimborso" nei confronti dello Stato, il quale attinge a tal fine ad accantonamenti già confezionati in sede di approvazione dei decreti "emergenziali" vigenti e regolarmente rifinanziati da allora in poi.

Tecnicamente, peraltro, una volta che la banca avrà escusso il debitore, SACE o MCC, si surrogheranno nel credito bancario.

Sul crinale riassunto, il 2020 è stato a livello creditizio l'anno della "corsa alla garanzia". Gli istituti bancari si sono mossi nell'ottica della riqualificazione dei propri crediti, blindando quelli chirografari con il suggello della garanzia pubblica.

La mole di rifinanziamenti venuta in essere ha comportato un incremento sensibile nella cifra globale dei crediti assistiti da garanzia sull'intero dei crediti bancari. In buona sostanza, le garanzie SACE/MCC hanno rafforzato "a tappeto" crediti *ab origine* sorti come non ipotecari.

In termini di volume, i finanziamenti bancari garantiti ex art. 13 D.L. 23/2020 da MCC e destinati prevalentemente alle PMI ammontano a 2110 miliardi di euro, di cui per finanziamenti fino a 30mila euro per un importo pari a 22,7 miliardi, per le altre tipologie di finanziamento per un importo complessivo pari a 154,3 miliardi e per

moratorie ex art. 56 D.L. 18/2020 per un importo di 27 miliardi; i finanziamenti bancari garantiti da SACE assommano ad ulteriori 30 miliardi di euro [5].

Complessivamente, dunque, siamo al cospetto di una massa enorme – pari a circa 240 miliardi di euro - di crediti bancari in tutto o in parte garantiti, sia pur mediamente, dallo Stato.

Per quanto il dato sia in parte disomogeneo, al 30 giugno 2021 i mutui non in sofferenza esistenti verso le imprese italiane ammontavano a circa 705 miliardi. [6] All'interno di essi si rinviene una porzione considerevole di mutui ipotecari, che a fine 2020 si attestavano su circa 80 miliardi. In definitiva, all'attualità una porzione molto rilevante del credito bancario (*id est*, 3240 miliardi su 705 totali) è ora garantita. Occorre tener conto, inoltre, dell'incidenza di altre garanzie – Confidi e garanzie dei soci – in relazione alle quali le informazioni non sono disponibili, per concludere che circa la metà dei crediti bancari alle imprese gode di qualche tipo di garanzia, in gran parte pubblica.

Ciò non è scevro di riflessi sulla capacità di rinegoziazione del debito da parte dell'impresa e sui margini di manovra nella ristrutturazione delle esposizioni passive, tanto in ambito concorsuale, quanto stragiudiziale. Infatti, riducendosi l'area del chirografo, in favore del perimetro del privilegio, l'opportunità di decurtazione e dilazione del debito finisce per risultare a sua volta compressa.

Ma vi è un altro aspetto che pesa in negativo sulle prospettive di buon esito delle rinegoziazioni col mondo bancario e attiene alla fisionomia delle garanzie pubbliche in esame.

Benché queste ultime non siano *stricto sensu* statali, sono comunque riconducibili ad enti consolidati nel bilancio dello Stato, facendo venire in apice crediti garantiti sia ai fini del *calendar provisioning*, che in termini di *loss given default*. Tanto la garanzia SACE, quanto la garanzia MCC, s'inscrivono nel medesimo archetipo: coprono il rimborso del capitale e il pagamento degli interessi, sono a titolo oneroso, incondizionate, irrevocabili e a prima richiesta, rivelando sotto quest'ultimo aspetto *ex latere creditoris* un elevato livello di *performance* [7]. La connotazione a prima richiesta della garanzia ha un riflesso marcato, posto che in caso d'inadempimento dell'impresa beneficiaria del finanziamento, la creditrice banca ha il diritto di rimanere indenne per quanto concerne l'importo corrispondente alla quota di credito garantito, escutendo senza indugio la garanzia *de qua*, con l'inoltro di una semplice richiesta scritta.

2. L'approccio del creditore bancario ai tavoli di negoziazione

L'intervento emergenziale imperniato sui finanziamenti garantiti ha dato grande respiro al sistema, consentendo di colmare l'urgenza di liquidità di decine di migliaia di aziende. Le banche, tuttavia, hanno erogato somme facendo affidamento sulla coperta spessa delle garanzie e sull'autonomia e immediata operatività che le connota, classificando i propri crediti coerentemente a tale incoraggiante premessa. La *ratio* della garanzia autonoma risponde ad un grado di protezione molto forte, consentendo la traslazione immediata in capo ad altro soggetto (nella specie, SACE o il Fondo Centrale), dell'intero rischio economico connesso alla mancata esecuzione della prestazione contrattuale per la porzione oggetto di garanzia, derivata o meno da una causa imputabile.

Non si tratta di un dato che per gli istituti di credito possa dirsi neutro o periferico. Laddove emergano i presupposti per il *default*, la banca sarà indotta a non accettare proposte di ristrutturazione che la conducano ad un trattamento economico peggiorativo rispetto alla escussione della garanzia, sia per la vantaggiosità in sé dell'operazione esattiva, sia per l'esigenza di sterilizzare il rischio di contestazioni successive da parte del garante: l'obbligo di aggressione patrimoniale del debitore è presente non a caso all'interno di ogni garanzia proprio a salvaguardia della posizione di quest'ultimo.

L'atteggiamento negoziale del creditore bancario di fronte alle proposte formulate dal debitore e dai propri *advisors* è improntato di necessità a ragioni di mera convenienza economica. Pertanto, qualora la banca goda di una robusta garanzia "parastatale", sarà fisiologicamente sospinta a disattendere ogni proposta di rinegoziazione atta a consentirle di recuperare il credito secondo una tempistica e una misura meno favorevoli di quanto la garanzia SACE o MCC sulla carta non le assicuri a "prima richiesta".

La certezza di poter contare sull'atterraggio morbido dell'escussione è suscettibile di irrigidire il comportamento negoziale della banca rispetto a quello degli attori non garantiti della negoziazione. Tale circostanza è, infatti, tendenzialmente in grado di spostare il carico della ristrutturazione prevalentemente sui creditori più fragili, tipicamente rappresentati dai fornitori chirografari, ed in relazione ai quali lo strumento consueto di ristrutturazione dei relativi crediti non è l'accordo di

ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis s.s. L. fall., ma il concordato preventivo ex art. 160 s.s. L. fall.

3 . L'escussione della garanzia e la natura privilegiata del credito di SACE/MCC

Una volta escussa la garanzia il credito di regresso spettante a SACE e al Fondo PMI assume natura privilegiata, con gli effetti che ne derivano nei confronti delle altre categorie di creditori [8] .

Le garanzie pubbliche concesse da SACE (art. 1, D.L. n. 23/2020) e da MCC (art. 13, D.L. n. 23/2020) sono ricomprese, infatti, tra i finanziamenti pubblici, trovando tutela nei principi generali di cui al D.Lgs. n. 123/1998.

Con riguardo alla garanzia prestata dal Fondo PMI, la trasformazione del credito del garante, a seguito dell'azione di regresso, in credito privilegiato è esplicitata dall'art. 8-bis D.Lgs. n. 3/2015, conv. con L. 33/2018, nell'ottica di agevolare il recupero delle risorse pubbliche: *"il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate dal Fondo costituisce credito privilegiato, prevalendo su ogni altro diritto di prelazione ad eccezione del privilegio per le spese di giustizia e di quelli previsti dall'art. 2751-bis c.c., con salvezza dei precedenti diritti di prelazione spettanti ai terzi"* [9] .

Leggermente più controversa è in dottrina la natura del credito da regresso di SACE, non constando un'analoga norma espressa in punto di trasformazione automatica del credito in parola in privilegiato. Ad una parte degli studiosi che perora l'autosufficienza della disciplina dei finanziamenti pandemici, se ne contrappone altra, più nutrita schiera che opta per l'applicabilità della disciplina trasversale del D.Lgs. n. 123/1998 [10] .

La giurisprudenza nomofilattica è ormai sedimentata in tal senso [11] .

Con il rammentato decreto, il Legislatore ha, infatti, delineato un *corpus* normativo di caratura generale, mirando dar governo ad ogni intervento di sostegno pubblico all'economia, anche incentrato su concessioni di garanzie (cfr. art. 7 d.lgs. n. 123/98), qualora non derogato da una disciplina speciale [12] .

Il decreto espone un apparato di principi generali, la cui attitudine onnicomprensiva è chiara fin dal suo art. 1, che a fa ellittico riferimento ai *"benefici di qualsiasi genere"*,

concessi da pubbliche amministrazioni, pure per il tramite di soggetti terzi, per poi far cenno di contenere *"principi generali dell'ordinamento dello Stato"*.

A fronte della dimensione trasversale ed organica del decreto diviene allora irrilevante l'assenza di un richiamo esplicito nella normativa specifica che regola l'intervento di sostegno [13].

In quest'orizzonte orizzonte, la previsione di cui all'art. 9, comma 5, D.Lgs. n. 123/1998, va apprezzata con pregnante riguardo alla causa del credito. Le garanzie statali rappresentano altrettanti interventi di sostegno pubblico allo sviluppo delle imprese *sub specie* di agevolazioni nell'accesso al credito suscettibili di rientrare nell'ambito applicativo della norma. Quest'ultima, benché faccia menzione di *"benefici e sanzioni"*, è riferibile anche alle garanzie [14] in un'accezione necessariamente ampia di finanziamento [15]. In effetti, quale che sia il congegno in cui si articolano, la norma ricomprende l'intera gamma delle forme di intervento pubblico a supporto delle attività produttive, in quanto tutte espressione di un disegno normativo unitario [16].

La garanzia sottende, del resto, un rischio affine all'erogazione diretta, implicando l'assunzione di un impegno nei confronti del finanziatore [17].

Sebbene la rubrica della norma richiami *expressis verbis* la revoca dei benefici, il credito si tramuta in privilegiato, secondo l'ottica nomofilattica, anche in coincidenza di un inadempimento del beneficiario, essendo la norma stessa mirata a garantire allo Stato, proprio grazie al privilegio, il recupero delle somme impiegate per il sostegno all'economia [18].

4. Le conseguenze del privilegio del credito sul tavolo negoziale

La naturale inclinazione del creditore-banca ad assumere un approccio razionale al recupero del credito si traduce nella tendenza a reclamare, al tavolo della negoziazione con l'impresa in difficoltà, un livello di soddisfacimento almeno pari a quello conseguibile nell'ipotesi virtuale di escussione della garanzia.

A fronte di disponibilità limitate rispetto all'estensione del passivo, pertanto, ogni qualvolta la soddisfazione dei creditori sia prospettabile come necessariamente parziale, il varco d'uscita dalla crisi finisce per restringersi. In particolare, finisce per crearsi una *waterfall* di pagamenti nel cui quadro le banche garantite ricavano dai

propri crediti una soddisfazione massima, liberando ad appannaggio dei non garantiti una porzione di liquidità del tutto marginale e residua.

Se a ciò si aggiunge la presenza endemica di altri prelatizi – erario ed enti di previdenza, soprattutto – i tavoli di mediazione rischiano di rivelarsi scomodi e traballanti, mostrandosi così squilibrati da consentire di rado la decantazione e la sintesi di interessi divergenti.

Il corollario è nell'incremento verosimile del numero di composizioni negoziate destinate ad esondare in altrettanti concordati preventivi, sebbene l'art. 11 del D.L. n. 118/2021 sembri riconsegnare un tendenziale ruolo di primazia al contratto in luogo del processo.

Solo in sede concordataria, tuttavia, il debitore potrebbe manipolare, allo stato, il privilegio di SACE o MCC, attraverso una proposta di degradazione del relativo credito ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 160, comma 2, L. fall. La prospettiva si rivelerebbe, tra l'altro, perseguibile soltanto nell'ipotesi in cui la banca abbia già escusso la garanzia, tanto che il garante, surrogandosi nel credito del garantito, ne abbia mutuato la natura privilegiata, esponendosi al declassamento in forza della norma testé richiamata, al pari degli altri prelazionari.

Per converso, quando il deposito del piano è tempestivo la surroga non è quasi mai ancora intervenuta. In tal caso, il debitore in difficoltà non troverà dinanzi a sé il garante parastatale, ma l'istituto di credito, con l'onere gravoso e conseguente di appostare un fondo rischi in privilegio per l'importo differenziale tra la misura della garanzia e l'ammontare della soddisfazione chirografaria prospettato.

Questo scotto finanziario rischia di assumere una dimensione diffusa, finendo per minare a tutto campo l'efficacia delle ristrutturazioni e con esse la stabilità dell'economia, benché il vantaggio a livello di sistema non sia agevolmente intercettabile. Infatti, dal concordato e dal fallimento raramente si traggono condizioni soddisfattive migliori rispetto alle proposte negoziali veicolabili nei tavoli bancari: la probabilità che il privilegio dei garanti si “mangi” gran parte degli attivi concordatari e fallimentari è, in tal senso, elevatissima.

Ma siamo certi che questa sia la volontà del legislatore? La risposta non può che essere negativa.

Soprattutto nel D.L. n. 34/2020 (Decreto “Rilancio”) vengono innestate misure a sostegno del settore bancario nazionale, proprio con lo scopo inverso di salvaguardare la stabilità finanziaria messa a repentaglio dall'emergenza pandemica.

La predisposizione di modelli pubblicistici di garanzia per le esposizioni passive maturate dagli intermediari bancari costituisce una classica forma di intervento orchestrata al fine di prevenire perdite di fiducia nella solidità del sistema creditizio, riducendo, altresì, i costi di finanziamento che le imprese bancarie sono tenute a addossarsi per la propria continuità operativa. Il sussidio pubblico indiretto permette, in effetti, di attutire il *pressing* speculativo degli investitori, stimolati dall'opportunità di beneficiare della maggiore forza finanziaria statale e quindi ben disposti ad accontentarsi di tassi di rendimento più contenuti sui titoli emessi dagli enti creditizi beneficiari.

In verità, lo Stato, nell'accantonare sul proprio bilancio – che grava sull'intera collettività dei suoi cittadini – le coperture delle garanzie SACE e MCC, ne ha già sopportato il relativo costo, obiettivamente assumendone l'impegno di spesa.

In tal modo, al sistema creditizio è stato attribuito un ruolo centrale e protetto nell'itinerario di ripartenza del Paese, anche in armonia con la sua funzione sociale [19]. In altri termini, lo Stato italiano ha inteso sfruttare proprio la liquidità di un comparto creditizio sano per soccorrere le imprese, rimandando così al futuro un possibile, ma già preventivato esborso, nel caso in cui i beneficiari del finanziamento non dovessero essere in grado di restituire quanto ricevuto.

La garanzia pubblica ha la funzione di far sì che sia lo Stato a sobbarcarsi la parte del rischio di credito correlata alla pandemia e di permettere che il finanziamento sia erogato anche in favore di quelle imprese che, proprio in ragione della crisi economica, versano in una situazione patrimoniale che non consentirebbe il beneficio dell'accesso al credito. Come è stato giustamente osservato *“lo Stato si comporta come una sorta di assicuratore che copre la perdita improvvisa di capacità produttiva”* [20].

Pertanto, se SACE e MCC attingono alla riserva e si fanno rimborsare dallo Stato le somme che hanno versato alla banca creditrice in qualità di garanti compiono un'operazione di “prelievo” che non rivela impatto alcuno. Eppure, la norma sembra obbligare detti enti ad aggredire ugualmente l'impresa, quand'anche le garanzie abbiano già ricevuto copertura contabile dallo Stato.

Il meccanismo di funzionamento delle garanzie bancarie è destinato, in tal modo, a mietere molte vittime tra le realtà produttive più fragili, che potrebbero ristrutturare i crediti garantiti solo in sede concordataria e sempre che l'escussione e la relativa surroga del garante si siano prodotte in maniera assai sollecita.

Anche in tal caso, tuttavia, l'esito del concordato preventivo sarebbe deteriore per i fornitori, le cui percentuali di soddisfazione si rimpicciolirebbero ulteriormente rispetto alle proposte che i creditori sarebbero in grado di formulare in contesti meno impattanti sulla *supply chain* come quelli dei piani attestati o degli accordi di ristrutturazione, magari sottoscritti in esito a percorsi interlocutori di composizione negoziata ex D.L. 118 del 2021.

Urge, allora, ragionare sulla possibilità di rettificare l'assetto delle regole al fine di consentire al debitore-impresa di incidere, attraverso gli strumenti negoziali e concorsuali, in modo più performante anche sui crediti bancari garantiti da SACE e MCC.

5 . La transazione del credito bancario garantito

L'ordinamento esibisce nella transazione fiscale uno strumento particolarmente efficace, recentemente rafforzato dal legislatore dell'emergenza, idoneo ad incidere sui crediti di enti pubblici nella cornice degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* s.s. L. fall. e dei concordati preventivi ex art. 160 s.s. L. Fall.

Attraverso lo strumento dell'art. 182-*ter*, il debitore può proporre il pagamento, parziale o dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori gestiti dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti di previdenza e assistenza obbligatoria.

Detto pagamento "al ribasso" è profilabile ogni qualvolta il trattamento prospettato implichi la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d).

Il mezzo transattivo consente di intervenire chirurgicamente su crediti pubblici che diversamente renderebbero impossibile la chiusura proficua della ristrutturazione.

Lo schema operativo sotteso all'art. 182-*ter* sembra rispondere bene in astratto alla necessità di rimodulare i crediti bancari assistiti da garanzia ai sensi degli 1 e 13 D.L. n. 23/2000. In un astratto recinto transattivo potrebbero in effetti essere inclusi anche i crediti bancari protetti, anche prima dell'escussione della relativa garanzia da parte dell'istituto creditizio.

L'escussione dovrebbe rappresentare, infatti, all'esterno un dato asettico e irrilevante. Il garante SACE o MCC dovrebbe rimanere, nei rapporti interni, obbligato a corrispondere alla banca garantita l'intera somma oggetto della garanzia, posto che la banca, nell'erogare finanza, ha fatto affidamento proprio sull'esistenza e validità della garanzia. Tuttavia, nei rapporti con il debitore, il garante dovrebbe restare *ab initio* esposto al ridimensionamento del proprio credito, esattamente come accadrebbe qualora si surrogasse al debitore e il creditore ristrutturasse il credito acquisito ai sensi dell'art. 160, comma 2, quindi nell'alveo di un concordato preventivo.

6 . Il percorso normativo possibile

La necessità di consentire questa ridefinizione in chiave transattiva del debito correlato alla garanzia passa per una necessaria modifica normativa, suscettibile d'essere condotta in porto su almeno due piani.

Da un primo punto di vista, è ipotizzabile una novellazione *ad hoc* degli artt. 1 e 24 del D.L. n. 23/2020, conv. con L. n. 40/2020, la quale si preveda che l'impresa debitrice della banca garantita possa presentare una proposta di transazione sui crediti oggetto della garanzia, con l'attribuzione in siffatta ipotesi alla banca del diritto di cedere (coattivamente) al garante SACE o MCC i crediti in parola ad un prezzo pari al loro valore nominale, indipendentemente dall'eventualmente non ancora intervenuta escussione del debitore.

SACE e/o MCC corrisponderebbero il prezzo di acquisto del predetto credito garantito attingendo alla copertura statale già accantonata e disponibile nel caso di escussione della garanzia. A quel punto, la banca uscirebbe dal tavolo di negoziazione con il debitore e sarebbe il garante – ora divenuto cessionario dei crediti – a prenderne il posto quale cessionario e non quale garante che agisce in surroga. Da quel momento in poi, l'escussione di questa garanzia diverrebbe infatti inutile ed al tempo stesso impraticabile, essendo il garante divenuto creditore principale non già per surroga, ma per acquisto del credito stesso.

Al credito acquisito per cessione al valore nominale dalla banca ~~è~~ occorrerà estendere il medesimo privilegio di cui il garante godrebbe in sede di escussione e susseguente surroga. D'altronde, rientrando il trasferimento dei crediti al garante nello schema generale della cessione di crediti ex art. 1260 c.c., trova applicazione

anche l'art. 1263, comma 1, c.c., in forza del quale *"per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori"*. Diversamente, in effetti, si costringerebbero SACE o MCC ad escutere il debitore pur di conseguire l'importo del credito, il che ridonda in negativo sulla risanabilità dell'impresa, atteso che per tutte le altre banche la circostanza che un creditore aggredisca *in executivis* l'impresa deteriora vistosamente la qualità dei crediti, con il rischio di un effetto di sistema in punto di sofferenze bancarie.

Un secondo, possibile tragitto normativo suggerisce la riarticolazione dell'art. 182-ter, con la previsione di un meccanismo transattivo compatibilmente analogo a quello congegnato dalla norma anche con riferimento ai crediti oggetto delle garanzie di cui agli artt. 1 e 13 del D.L. 23/2020, anche in mancanza della relativa escussione, proprio in quanto ceduti dalle banche ai garanti.

Sotto il profilo tecnico, la proposta di transazione sul credito bancario garantito dovrebbe assicurare alla banca il mantenimento del diritto ad escutere per l'intero il garante, ancorché l'incidenza del debito = successivamente alla cessione della garanzia e all'attivazione della transazione fiscale – sia invece ridotta. Sarebbe necessario, in altri termini, che la richiesta di transazione facesse salvo l'obbligo del garante di rimborsare la banca per l'intera garanzia fornita, nei fatti adempiuto mediante l'acquisto al nominale del credito, facendo sopportare l'eventuale perdita al garante, come accadrebbe in sede di concordato preventivo ai sensi dell'art. 160 comma 2.

7. Le modalità di escussione

È indispensabile preservare normativamente l'esigenza di attribuire giuridicamente certezza alla banca in ordine all'acquisizione dell'importo originario della garanzia, contemporaneamente permettendo, però, di incidere subito sulla posizione del garante avuto riguardo all'estensione monetaria del suo diritto di surroga, riducendolo al solo importo risultante dalla transazione.

Le soluzioni all'uopo spendibili sono due.

La prima prevede che il debitore paghi la banca che partecipa al tavolo di mediazione solo nella misura inferiore risultante dalla transazione fiscale, consentendo alla banca stessa di ottenere – attraverso un'escussione *de residuo* parziale – l'integrazione della differenza da parte del garante chiamato a partecipare

alle trattative. La banca dovrebbe essere dotata della facoltà di escutere la garanzia immediatamente laddove i tempi di pagamento non risultassero congeniali rispetto alle sue urgenze. Detta escussione dovrebbe rivelare, tuttavia, una dimensione “interna”, idonea a rilevare soltanto per la surroga del garante nell’importo già ridotto del credito.

Una seconda opzione potrebbe incentrarsi sulla cessione del credito garantito dalla banca al garante (con le medesime conseguenze di una escussione immediata) nel momento stesso in cui il creditore presenta la proposta. È in quel frangente, in altri termini, che il credito diventa liquido ed esigibile tra le parti. In tal guisa, la banca esce di scena con il capitale integro e il tavolo prosegue con il garante e gli altri creditori, in forza di una surroga immediata per importo ridotto, per effetto del pagamento alla banca per importo integrale. Questa ipotesi consentirebbe alle banche di usufruire della protezione dalle perdite altrimenti ottenibile grazie all’escussione della garanzia, senza il duplice effetto negativo derivante dall’escussione del debitore principale (necessaria per la surroga) e soprattutto dall’incidenza di un credito garantito su una debitoria già spostata pesantemente sui creditori diversi dalle banche.

Note:

- [1] In tema v. L. Panzani, I privilegi dei crediti finanziari, in *Fall*, 2021, 10, 1251.
- [2] Sul sistema delle garanzie pubbliche nell’ordinamento italiano, tra gli altri, D. Agus, *Gli ausili alle imprese tra dispersione degli interventi e frammentazione delle competenze*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 111; S. Cassese, *I costi del credito agevolato*, in *Stato ed Economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Milano, 1984, 547.
- [3] In tema v. V. Guerrieri, *Gli “aiuti di Stato” alle imprese nell’emergenza Covid-19*, in *giustcivile.com*.
- [4] Sia la garanzia SACE, che la garanzia del Fondo Centrale, hanno riguardato i soli finanziamenti accordati ad enti che anteriormente alla pandemia non si iscrivevano nella nozione di imprese in difficoltà. V in tema L. D’Orazio, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, in *Fall*, 2021, 10, 1272.

- [5] Fonte: comunicato Stampa Sace <https://www.sace.it/media/comunicati-e-news/dettaglio-comunicato/credito-e-liquidita'-per-famiglie-e-imprese-ancora-attive-moratorie-su-prestiti-del-valore-di-circa-60-miliardi-superano-i-30-miliardi-di-euro-i-volumi-complessivi-dei-prestiti-garantiti-da-sace>.
- [6] Si veda in dettaglio la ricerca di Banca d'Italia del 30 settembre 2021, pagina 9: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/finanziamenti-raccolta/2021-finanziamenti-raccolta/statistiche_STAFINRA_20210930.pdf.
- [7] P. Messina, *Le sorti della garanzia pubblica nell'ipotesi di cessione del credito della banca alla luce della normativa emergenziale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 5 - Supplemento, 127.
- [8] Sul credito vantato da SACE S.p.A. nei confronti dell'impresa v. D. Rossano, *La natura privilegiata del credito vantato da SACE S.p.A.*, *Nuova giur. civ. comm.*, 5 suppl., 2020, 132.
- [9] D. Manente, *Nuovo privilegio per ius superveniens e fallimento. Note a margine di un caso di recupero in sede concorsuale di interventi pubblici di sostegno alle imprese erogati dal Fondo di garanzia PMI*, in *Dir. fall.*, 5, 2018, p. 980 ss.
- [10] Per l'autarchia del regime dei finanziamenti pandemici garantiti è A.A. Dolmetta, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, II, Sez. I, 265. Di opposto avviso sono, invece, S. Delle Monache, *Garanzie rilasciate da SACE S.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998*, in *Giustiziacivile.com*, 24 aprile 2020; R. Rordorf, *È privilegiato il credito di regresso spettante a Sace in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?*, in *giustiziacivile.com*, del 27 maggio 2020.
- [11] Così, Cass., sez. un., 17 maggio 2010, n. 11930, in *Italgire* e Cass. 4 ottobre 2019, n. 24836, entrambe in *Italgire*; v. anche Cass. 13 maggio 2020, n. 8882 e Cass. 9 marzo 2020, n. 6508, annotate da M. Fabiani, *Privilegio dei crediti con garanzia dello Stato: una postilla*, in *Fall.*, 2020, 11, 1396.
- [12] In particolare, secondo quanto disposto dall'art. 1 d.lgs. n. 123/98, tale testo normativo «individua i principi che regolano i procedimenti amministrativi concernenti gli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività

produttive, ivi compresi gli incentivi, i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni e i benefici di qualsiasi genere» e inoltre, secondo quanto previsto dal successivo art. 12, gli stessi «costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico». In dottrina si è affermato che tale decreto contiene diverse imprecisioni poiché «è vero si parla spesso di principi generali e che la previsione normativa del privilegio costituisce una regola, piuttosto che un principio, ma come s'è accennato, la terminologia del legislatore appare qui quanto mai approssimativa», così Rordorf, *op. cit.*, p. 3 ss.

- [13] In questi termini, D. Rossano, *La natura privilegiata cit.*, p. 134.
- [14] L'art. 9, comma 5, prevede che: *“per le restituzioni di cui al comma 4, i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi”*.
- [15] Cass. 13 maggio 2020, n. 8882, in *Italggiure*, chiarisce che il termine finanziamento *“nel quadro complessivo del nostro ordinamento ... non assume un significato costante da potersi legittimamente ritenere che con essa si faccia esclusivo riferimento alla “erogazione diretta di denaro”*.
- [16] Cass. 4 febbraio 2020, n. 2536, in *Italggiure*.
- [17] L. D'Orazio, *Il privilegio Sace ex D.Lgs. n. 123 del 1998 tra revoca provvedimento e risoluzione di diritto nella fase esecutiva del rapporto*, in *Fall.*, 11, 2020, p. 1387.
- [18] Cass. 20 aprile 2018, n. 9926, in *Italggiure*, esclude sia necessario un atto di revoca per l'applicabilità della norma.
- [19] R. Fiorella, *Finanziamenti alle imprese assistiti da garanzia pubblica nell'emergenza pandemica: tipologia e profili applicativi*, *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2021, 5, 1126.
- [20] G. Fonderico, *Finanziamenti a imprese e lavoratori autonomi*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 5, 560.