

Dichiarazione di insolvenza della banca e instaurazione del contraddittorio nei confronti dei commissari straordinari e del commissario della risoluzione

Appello Bologna, 19 maggio 2016. Presidente Salvatore. Estensore Guernelli.

Liquidazione coatta amministrativa - Dichiarazione di insolvenza di istituto bancario - Instaurazione del contraddittorio - Obbligo di sentire i cessati legali rappresentanti - Convocazione dei commissari straordinari e del commissario della risoluzione

Ai fini della dichiarazione di insolvenza della banca e dell'avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa, deve ritenersi validamente instaurato il contraddittorio e soddisfatto l'obbligo di sentire i cessati legali rappresentanti qualora del procedimento vengano informati i commissari straordinari nonché il commissario rispettivamente dell'amministrazione straordinaria e della procedura di risoluzione che abbiano preceduto la liquidazione coatta, dovendo in tali soggetti identificarsi i cessati rappresentanti legali della banca di cui al primo comma dell'articolo 82 TUB.

(Massima a cura di Franco Benassi – Riproduzione riservata)

Concise ragioni di fatto e di diritto della decisione

1. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale di Ferrara dichiarava lo stato di insolvenza di CARIFE, su istanza della stessa, ex artt. 82 TUB, 5 e 195 l.f. e 36 d.leg. 180/2015.

Il primo giudice premetteva che il 27.5.2013, CARIFE era stata posta, previo scioglimento dei relativi organi di gestione e controllo, in *amministrazione straordinaria* ex art. 70 1° co. lett. a) e b) e 98 TUB, e in una situazione patrimoniale intermedia relativa al primo trimestre 2015 emergeva una perdita lorda di circa 376 milioni di euro; che era stato poi deliberato un aumento di capitale riservato al FITD; che l'organo di controllo della BCE aveva espresso orientamento sfavorevole; che al 30.9.2015 il capitale sociale era ormai integralmente perduto, con un deficit patrimoniale di oltre 24,5 milioni di euro; che successivamente l'allarme fra i risparmiatori comportava ulteriori prelievi dei clienti e chiusura di rapporti.

Aggiungeva che il 21.11.2015 veniva disposta ex artt. 17, 20, 32 e 37 d.leg. 180/2015 nel frattempo entrato in vigore (in recepimento della direttiva 2014/59/UE su risanamento e risoluzione degli enti creditizi) *la procedura di risoluzione* di CARIFE IN AS, essendosi verificata la situazione di dissesto senza possibilità di misure alternative, con un programma di risoluzione da cui emergevano ulteriori perdite per oltre 492 mln; veniva stabilita la cessione dell'azienda all'"ente-ponte" "Nuova

Cassa di Risparmio di Ferrara spa” con surroga del Fondo di Risoluzione presso la BDI nel credito di Nuova Carife per lo sbilancio di cessione di euro 433 mln (cui erano da aggiungere 34 mln per obbligazioni subordinate). CARIFE veniva infine sottoposta a LCA il 9.12.2015 ex artt. 38 c. 3 d.leg. 180/2015 e 80 e ss. TUB, con nomina del commissario liquidatore.

Concludeva il tribunale che alla predetta data – e a quella della pronuncia – era evidente l’insolvenza di CARIFE, ormai senza alcun attivo, e gravata dalle passività menzionate.

2. Impugnano la pronuncia con tre distinti ricorsi, poi riuniti, i suddetti reclamanti, chiedendone la nullità e/o annullamento o revoca.

Tutti deducono di essere attivamente legittimati in ragione della loro posizione di “interessati qualificati” ex artt. 18 e 195 5° co. l.f., richiamato dall’art. 82 TUB, in quanto ex amministratori ed ex sindaci di CARIFE, la cui dichiarazione di insolvenza può per loro comportare fra l’altro il pericolo di conseguenze civili (azioni di responsabilità ex art. 146 l.f.) o penali ex artt. 203 e 237 l.f.

Deducono inoltre che i provvedimenti di apertura della AS e di risoluzione erano stati impugnati avanti il giudice amministrativo.

Tutti censurano, con unico motivo, la circostanza per la quale in primo grado non erano stati notiziati e sentiti i cessati l.r. della banca *in bonis* (in concreto alla data del 27.5.2013: il presidente del CDA dott. S.L., pure reclamante), come prescritto dall’art. 82 c. 2 TUB (e 195 c. 2 l.f., “il debitore”), in carica al momento dell’apertura della AS, e come invece avvenuto avanti il tribunale di Arezzo per Banca Etruria; l’avviso dell’udienza era stato infatti rivolto solo agli ex Commissari straordinari (della AS) e alla Banca d’Italia; tanto in violazione del diritto di difesa, del giusto processo e del principio del contraddittorio.

3. CARIFE IN LCA resiste e deduce che era pacifica e non contestata l’esistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi dello stato di insolvenza; che per “cessati l.r.” ex art. 82 TUB dovevano intendersi i commissari straordinari della AS e il commissario speciale della risoluzione; che nessuno dei reclamati era stato l.r. di CARIFE; che in ogni caso l’effetto devolutivo pieno del reclamo ex art. 18 l.f. (ex Cass. 22546/2010 e 13505/2014) comportava che una violazione del diritto di difesa eventualmente consumata in primo grado era sanata dal regolare svolgimento del reclamo ex Cass. 12214/2012.

Aggiunge che i reclami potevano comunque essere rigettati anche solo sulla base della “ragione più liquida”, non essendo stato prospettato alcun motivo di gravame nel merito, e rimanendo quindi indiscussi i presupposti della dichiarazione di insolvenza, con assorbimento delle questioni pregiudiziali in rito, ex Cass. 9936/2014 e precedenti.

In subordine la causa poteva essere rimessa al primo giudice ex art. 354 c.p.c.

4. Il PG ha concluso per il rigetto del gravame, ritenendo che tutte le parti siano state ritualmente notiziate, e dovendo essere instaurato il contraddittorio nei confronti del l.r. dell’epoca in cui si era manifestata l’insolvenza (i commissari liquidatori) ex Cass. 24547/2010 e successive.

5. I reclami non possono essere accolti.

Premesso che deve risolversi positivamente la questione inerenti la legittimazione attiva dei reclamanti sia sulla base del fatto che tutti sono ex amministratori e sindaci di CARIFE *in bonis*, e pertanto rivestono la

qualità di “interessati qualificati” ex artt. 18 e 195 l.f. (in merito alle conseguenti eventuali azioni di responsabilità ed eventuali procedimenti penali), oltre che sulla base del fatto che fra di essi vi è l’ultimo ex presidente e l.r. S.L., l’unico motivo sollevato concerne il rito, ovvero l’integrità del contraddittorio davanti al tribunale ex art. 82, 2° co., TUB, in cui a dire dei reclamanti non è stato citato il “*cessato rappresentante legale della banca*”.

La questione non riveste solo un carattere formale, poiché la *ratio* della disposizione è evidentemente nel senso di consentire al “debitore” di interloquire sul dedotto stato di insolvenza, proprio in vista delle conseguenze ex lege derivanti dalla inerente declaratoria.

La conseguenza sarebbe la nullità della sentenza dichiarativa e la rimessione al primo giudice ex art. 354 c.p.c., come da giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente ed ormai consolidata in tema di reclamo della sentenza dichiarativa di fallimento (cfr. Cass. 17205/2013, 2518/2013, 18339/2015 e le altre citate dai reclamanti), e non l’“assorbimento” in secondo grado in ragione dell’effetto devolutivo pieno del reclamo (il precedente citato da CARIFE si riferisce al caso diverso dell’insufficienza del termine a comparire).

E tuttavia si deve considerare che, come nota la reclamata e il PG, essendo il presupposto della normativa l’accertamento “*al momento dell’emanazione del provvedimento di l.c.a.*”, l’organo destinatario del diritto ad essere sentito si identifica letteralmente in quello munito dei relativi poteri immediatamente prima dell’emanazione del provvedimento stesso, o al più in quello in carica al momento in cui si fa risalire detta insolvenza, se anteriore, non rinvenendosi altrimenti un criterio sicuro per individuare un soggetto che potrebbe essere mutato più volte nel corso del tempo per i motivi più svariati.

In tal senso è conferente il precedente citato dal PG di Cass. 24547/2010, per il quale “*Nel procedimento per la dichiarazione del lo stato di insolvenza di una società , su richiesta, ai sensi dell’art. 202 legge fallim., del commissario liquidatore della liquidazione coatta amministrativa. Il contraddittorio, per l’esercizio del diritto di difesa, deve essere instaurato, ex artt. 195 e 15 legge fallim. nei confronti dell’organo che aveva la rappresentanza legale dell’ente stesso alla data cui si fa risalire detta insolvenza, nella specie dichiarata avendo riguardo al momento della messa in liquidazione della società; ne consegue che, in caso di previo commissariamento governativo, legittimato al contraddittorio è solo il commissario governativo alla predetta epoca investito della carica, la quale comprende, di regola, tra i poteri di gestione ordinaria, le medesime prerogative degli amministratori, ivi inclusa la piena rappresentanza processuale (Affermando detto principio, la S.C. ha escluso la necessità di convocazione altresì dell’ultimo legale rappresentante della società prima del suo commissariamento, nonché del commissario governativo che aveva preceduto, nella carica, quello in essere all’epoca della riferita insolvenza)*”.

In concreto CARIFE prima della messa in l.c.a. ex art. 80 TUB era stata sottoposta per un brevissimo periodo a procedura di risoluzione ex art. 17 e ss. d.leg. 180/2015, e prima ancora ad amministrazione straordinaria ex artt. 70 e 98 lett. a) e b) TUB (versione ante 16.11.2015) previo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo.

Dal punto di vista formale, è evidente che i precedenti (e “cessati”) l.r. di CARIFE ante l.c.a. erano il commissario della risoluzione e i commissari straordinari della a.s. La procedura di risoluzione aveva infatti comportato la cessazione della procedura di a.s., e degli incarichi dei commissari straordinari, e la nomina di un commissario speciale, poi sostituito dal commissario liquidatore della i.c.a..

Tanto basterebbe per il rigetto del gravame.

In più, dal punto di vista “sostanziale”, va osservato che solo la procedura di risoluzione ha per presupposto legale il dissesto, ed è pacifico e non contestato che detto presupposto vi fosse alla data (21-22.11.2015) di instaurazione della medesima come da relativo provvedimento e come affermato dalla sentenza impugnata.

Non è neppure contestato che l’insolvenza fosse conclamata al momento della messa in l.c.a (9.12.2015) e tantomeno al momento della decisione del tribunale, a causa della totale assenza di attivo e dell’imponente passivo insieme alla revoca dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria; mentre tale presupposto non risulta *ex actis* accertato alla data del 27.5.2013 (la prima situazione patrimoniale citata è al 31.3.2015; le sentenze prodotte di Ancona ed Arezzo fanno invece riferimento anche a dati ed eventi anteriori alle a.s. rispettivamente a suo tempo disposte per altre banche in situazione analoga) cui risale lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo e la sottoposizione ad a.s..

Per questi si fa invero riferimento alle lettere a) e b) del previgente art. 70 (gravi irregolarità nell’amministrazione e gravi perdite del patrimonio) e all’art. 98 per la capogruppo (le cui lettere a) e b) previgenti fanno pure riferimento a gravi inadempienze e procedure concorsuali per una delle società del gruppo); presupposti tutti che sono in ipotesi qualcosa di meno o di diverso rispetto allo stato insolvenza da accertare ex art. 82 TUB.

Ne consegue che in ogni caso era in effetti necessario e sufficiente citare i commissari straordinari della a.s., (l’ex commissario della risoluzione, a sua volta già commissario straordinario coincide con la persona del commissario liquidatore della l.c.a., ed era in udienza avanti il tribunale, insieme all’altro ex commissario straordinario); la Banca d’Italia è stata a sua volta “sentita”, ovvero notiziata, ed ha fatto pervenire parere scritto favorevole, in atti.

Non possono pertanto condividersi le censure sollevate col gravame in merito al difetto di contraddittorio.

6. Assorbita ogni altra questione, va disposta anche la compensazione delle spese di lite, sia in ragione del sotteso interesse pubblico, sia in relazione alla novità ed evidente non univocità delle questioni trattate.

Sussistono tuttavia i presupposti per il raddoppio del CU ex art. 13 c. 1 quater TU 115/2002.

P.Q.M.

Ogni diversa e contraria istanza, domanda ed eccezione disattesa, il Collegio: rigetta i reclami.

Spese compensate.

Dichiara sussistenti i presupposti per il raddoppio del CU ex art. 13 c. 1 quater TU 115/2002.

Bologna, 13 maggio 2016.