

Capitolo VIII
L.C.A. DELLE BANCHE VENETE
E PRINCIPIO DI TUTELA
GIURISDIZIONALE EFFETTIVA

Dott. Massimo Vaccari

Magistrato a Verona

SOMMARIO: 1. Premessa: il quadro normativo - 2. I debiti esclusi dalla cessione a Banca Intesa - 3. “Le controversie” escluse dalla cessione - 4. L’incompatibilità della disciplina in esame con il principio comunitario della tutela giurisdizionale effettiva

1. Premessa: il quadro normativo

Come è noto gli artt. 2558, 2559 e 2560 c.c. e l’art. 58 T.U.B. definiscono in maniera esaustiva se ed in quali limiti il cessionario subentri nelle posizioni attive e passive relative all’azienda ceduta e quindi quando egli sia legittimato, attivamente o passivamente, nei giudizi che dovessero essere promossi dopo la cessione.

La successione nei giudizi già pendenti alla data della conclusione del contratto di cessione di azienda è invece regolata dall’articolo 111 c.p.c.

Orbene, a fronte di un quadro normativo così consolidato il legislatore ha dedicato alla successione di Banca Intesa nei rapporti con i terzi delle due banche venete poste in liquidazione coatta amministrativa con il decreto del Ministero dell’Economia del 25 giugno 2017, una disciplina assai peculiare, contenuta da un lato, nel D.L. 25 giugno 2017 n. 99, convertito con modificazioni nella L. 31 luglio 2017, n. 121, e, dall’altro lato, nel contratto di cessione di azienda concluso da Banca Intesa e dai commissari liquidatori il 26 giugno 2017 e così espressamente qualificato sia dalle parti contraenti che dallo stesso art. 3, comma 1, D.L. n. 99/2017[1].

Innanzitutto, quest’ultima norma esclude espressamente l’applicazione delle disposizioni in tema di cessione di azienda bancaria, ad eccezione del comma 3 dell’art. 58 T.U.B., con la conseguenza che lo speciale regime da essa previsto [2] non trova applicazione alla vicenda successoria in esame e la disciplina convenzionale che vi deroga non può ritenersi sol per questo illegittima [3].

2. I debiti esclusi dalla cessione a Banca Intesa

Una significativa differenza rispetto al regime codicistico si rinviene poi nella lett. b) dell’art. 3, comma 1, che esclude dalla cessione i debiti delle due banche “*nei confronti dei propri azionisti o obbligazionisti*

subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate dalle banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse”.

È evidente come la norma si riferisca alle numerose operazioni di acquisto di azioni e obbligazioni convertibili dei due istituti di credito, compiute in violazione della disciplina del T.U.F. o più in generale di quella codicistica, e che avevano dato luogo ad un esteso contenzioso prima della liquidazione coatta. E allude anche alle operazioni di tal fatta incrociate, ovvero di acquisto di azioni di uno dei due istituti veneti che fossero state effettuate presso l'altro e viceversa.

La disciplina in esame costituisce una deroga, invero solo parziale, al disposto dell'articolo 2560, secondo comma, c.c. e pertanto deve ritenersi che riguardi “i debiti”, derivanti dalle predette operazioni, che risultino dai libri contabili obbligatori [4]. Per i debiti non iscritti o futuri vale invece la disciplina di cui alla lettera *c)* dello stesso articolo che si esaminerà nel prossimo paragrafo.

A quella di cui alla lett. *b)* consegue che le pretese restitutorie o risarcitorie fondate sui titoli individuati dal legislatore, e già azionate in giudizio alla data della messa in liquidazione, dopo di essa, andranno coltivate nei confronti dei commissari liquidatori.

La giurisprudenza [5] ha avuto occasione di chiarire che il perimetro delle passività escluse dalla cessione non ricomprende quelle delle controllate delle due banche poste in liquidazione, poiché si tratta di autonomi soggetti di diritto, per i quali non è stata aperta, né pende, alcuna procedura e che quindi sono legittimati passivamente rispetto alle domande fondate sulla violazione della disciplina regolante l'attività di intermediazione finanziaria.

Se non può dubitarsi che l'esclusione riguardi anche i debiti risarcitori nei confronti degli azionisti-investitori, stante l'espressa menzione delle violazioni della normativa sulla prestazione di servizi di investimento, è controverso se nell'espressione, invero alquanto atecnica, di “operazioni di commercializzazione di azioni” siano ricomprese anche le operazioni di trasferimento di azioni dei due istituti di credito nell'ambito di rapporti societari, ed in particolare quelle tra società dello stesso gruppo.

Secondo una tesi [6] la risposta all'interrogativo è positiva.

Ad avviso di chi scrive invece la nozione di “commercializzazione” pare alludere ad una attività indirizzata ad un numero indeterminato di soggetti e quindi non è idonea a ricomprendere anche le cessioni di partecipazioni sociali frutto di una trattativa con una sola controparte. In ogni caso la norma, proprio perché costituisce un’eccezione disposto dell’articolo 2560 c.c., va interpretata restrittivamente.

Si noti poi come in essa non siano menzionati i debiti derivanti dalla commercializzazione di obbligazioni convertibili, che pure sono citati nel contratto di cessione stipulato dai commissari liquidatori con Banca Intesa. A ben vedere però la ragione di tale omissione può ravvisarsi nel fatto che, alla data di conclusione del contratto di cessione di azienda, le obbligazioni convertibili emesse dai due istituti di credito erano state tutte convertite in azioni.

Pacificamente non rientrano nell’esclusione, in quanto non espressamente citati, i debiti derivanti dalle condotte individuate dalla norma in esame che abbiano riguardato strumenti di investimento, diversi dalle azioni od obbligazioni subordinate, emessi dai due istituti di credito. Si pensi ai casi in cui i due istituti di credito hanno operato come intermediari di strumenti finanziari di altre società o ad esempio i contratti derivati conclusi con i due istituti di credito posti in liquidazione. La ragione di un simile *discrimen* deve con tutta probabilità individuarsi nel fatto che i debiti, risarcitori o restitutori, di importo più consistente derivavano dalla vendita di titoli delle stesse banche venete, dato il consistente numero dei soci-investitori che hanno visto quasi azzerato il valore dei titoli acquistati, e Intesa San Paolo non era disposta a farsene carico [7].

Emerge qui una vistosa discrepanza con la disciplina delle procedure di risoluzione di alcune banche del centro Italia (Carife, Banca Marche, Carichieti e Banca Etruria) di cui all’art. 47, comma 7, D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che prevede testualmente che “*gli azionisti, i titolari di altre partecipazioni e/o i creditori dell’ente sottoposto a risoluzione e gli altri terzi i cui diritti, attività, passività non sono oggetto di cessione non possono esercitare pretese sui diritti, sulle attività e sulle passività oggetto della cessione...*”.

Va peraltro evidenziato come tale previsione di recente sia stata interpretata restrittivamente sia dalla giurisprudenza statale [8] che da quella privata [9] che hanno concordemente affermato che essa non riguarda le pretese risarcitorie degli *ex* azionisti delle c.d. quattro banche, fondate sul-

la violazione delle disposizioni sulla prestazione dei servizi di investimento. Pertanto, delle conseguenti passività devono rispondere le banche che hanno incorporato gli enti ponte, anche se si tratti di passività che non erano state ancora accertate al momento della risoluzione e quindi non iscritte nelle scritture contabili obbligatorie, come ad esempio quelle per future sanzioni amministrative [10].

In altri termini, secondo tali decisioni, la “riduzione” delle pretese degli azionisti va circoscritta ai diritti (amministrativi ed economici) “incorporati” nei titoli “azzerati”, che i primi potrebbero vantare nelle vesti di soci delle banche risolte.

L’art. 3, comma 1, lett. b) del D.L. n. 99/2017 invece, con una formulazione più chiara e precisa dell’art. 47 L. n. 150/2015, lascia in carico alla liquidazione coatta dei due istituti veneti le passività connesse alle pretese risarcitorie che gli *ex* soci potrebbero far valere in qualità di investitori danneggiati dagli acquisti di azioni proprie.

La disparità di trattamento tra le posizioni, apparentemente simili, dei soci investitori delle due serie di istituti di credito ma ancor più quella tra quanti abbiano acquistato titoli emessi dalle due banche venete e quanti, tramite esse, avevano acquistato titoli emessi da soggetti terzi, anche se appartenenti allo stesso gruppo dei due istituti veneti, rende questa disciplina assai poco compatibile con l’art. 3 Cost. [11]

Né può sottrarla a tale rilievo l’unica *ratio*, che le si può attribuire, di rendere maggiormente conveniente la conclusione del contratto di cessione di azienda per l’acquirente, anche perché essa postula che il testo normativo sia stato conformato alle esigenze del cessionario e quindi dopo che le condizioni della cessione erano state pattuite.

V’è da chiedersi anche se tale disciplina realizzi un ragionevole bilanciamento tra gli interessi perseguiti mediante la disciplina dettata in tema di risoluzioni bancarie e l’interesse alla tutela degli investitori che assume nel nostro ordinamento rilevanza costituzionale (art. 47 Cost.).

3. “Le controversie” escluse dalla cessione

La lett. c) dell’art. 3 esclude dalla cessione anche “*le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività*”. La norma è formulata in modo alquanto gros-

solano poiché, pur menzionando testualmente una cessione di controversie future, impossibile sotto il profilo giuridico, in realtà si riferisce ai debiti, sorti prima o dopo la cessione, che siano oggetto di controversie successive al momento della cessione.

La previsione, sottraendo alla cessione anche i debiti che siano stati iscritti nelle scritture contabili delle due società costituisce una ulteriore deroga al disposto dell'art. 2560, secondo comma, c.c.

Infatti, perché di essi possa rispondere la cessionaria occorre che le controversie ad essi relative siano sorte prima della cessione.

Diventa quindi rilevante comprendere cosa debba intendersi per “controversie”.

Orbene, nella nozione rientrano sicuramente, oltre ai giudizi e agli arbitrati, le procedure che erano pendenti davanti all'AC.F. prima della liquidazione coatta, anche se non siano proseguite dopo la revoca della licenza bancaria (il provvedimento è stato adottato dalla B.C.E. con effetto dal 19 luglio 2017), ed i procedimenti di mediazione, tenuto conto, con riguardo a questi ultimi, che l'art. 5, comma 1 bis D.Lgs. n. 28/2010 nel menzionare gli affari soggetti o passibili di tale A.d.r. utilizza proprio il termine di controversie, ma anche i procedimenti di negoziazione assistita [12].

È assai più incerto invece che possano qualificarsi come “controversie” i meri reclami, ovvero le contestazioni non riscontrate dalla banca, poiché una simile evenienza non è ancora rappresentativa di quel contrasto tra posizioni giuridiche contrapposte che esprime il termine di controversia [13].

Per contro per controversia ben può ben intendersi anche l'azione civile svolta nel processo penale. La conseguenza è che, stando alla norma in esame, la cessionaria non potrebbe rispondere civilmente, ai sensi dell'art. 2049 c.c., dei fatti reato (aggiotaggio e ostacolo alla vigilanza) di cui sono imputati gli *ex* amministratori dei due istituti di credito nei processi penali attualmente in corso.

La costituzione delle parti civili in tali processi infatti è avvenuta solo di recente e si riferisce ai danni, soprattutto non patrimoniali, derivanti da quelle specifiche condotte, pacificamente tenute prima della cessione, e non già dalla commercializzazione di azioni e obbligazioni delle due banche venete.

Sul punto deve peraltro osservarsi che la conclusione sarebbe la mede-

sima anche se non vi fosse l'art. 3, lett. *c*) poiché troverebbe applicazione il comma 2 dell'art. 2560 c.c. Può infatti escludersi che i debiti derivanti da quella specifica fonte di responsabilità siano stati iscritti nelle scritture contabili della società al momento della cessione giacché all'epoca l'azione penale per quei fatti non era stata ancora esercitata [14].

4. L'incompatibilità della disciplina in esame con il principio comunitario della tutela giurisdizionale effettiva

Ad avviso di chi scrive la singolare disciplina che si è esaminata nel paragrafo precedente, oltre a presentare i profili di incostituzionalità di cui si è detto, è in buona parte in palese conflitto con l'art. 2558, primo comma, c.c., sulla cessione dei contratti nella cessione di azienda, che non è derogato dall'art. 58 T.U.B., regolante la cessione di rapporti giuridici bancari, e nemmeno dal D.L. n. 99/2017.

Sul punto occorre rammentare che la giurisprudenza da tempo ha chiarito i diversi ambiti di applicazione di tale norma e dell'art. 2560 c.c., stabilendo in particolare che: "In tema di cessione di azienda, il regime fissato dall'art. 2560, secondo comma, cod. civ. con riferimento ai debiti relativi all'azienda ceduta (secondo cui dei debiti suddetti risponde anche l'acquirente dell'azienda, allorché essi risultino dai libri contabili obbligatori), trova applicazione quando si tratti di debiti in sé soli considerati; non si applica, invece, quando i debiti si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma dell'art. 2558 cod. civ., nel qual caso la responsabilità si inserirà nell'ambito della più generale sorte del contratto, anche se in fase contenziosa al tempo della cessione dell'azienda". (Così Cass. n.11318/2004; Cass. 8219/1990 e Trib. Milano, sez. VII, 3 dicembre 2014, n. 14413).

In termini analoghi si è affermato che: "Nell'ipotesi di contratti ancora in corso, infatti, in caso di trasferimento d'azienda si verifica il trasferimento al soggetto acquirente di tutti i rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive non aventi carattere personale, a norma dell'art. 2558 cod. civ., con conseguente responsabilità dell'acquirente dell'azienda per l'inadempimento dei relativi contratti, a prescindere alla riscontrabilità delle relative poste passive nelle scritture contabili (Cass.4301/1999).

È evidente come l'assetto delineato dall'art. 3, lett. *b*) e *c*) del D.L.