

PECULIARITÀ DELLA CRISI BANCARIA: STRUMENTI DI SOLUZIONE NEL T.U.B. E NEL NUOVO DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA

di Bruno Inzitari*

SOMMARIO: 1. Insolvenza, crisi e ristrutturazione del debito nella recente evoluzione del diritto fallimentare – 2. La peculiarità della crisi bancaria rispetto al diritto comune – 3. L'irregolarità nell'amministrazione comporta l'applicazione della disciplina della crisi bancaria. L'insolvenza quale possibile risultato dell'irregolarità – 4. Peculiarità della liquidazione coatta amministrativa della banca – 5. L'evoluzione delle soluzioni per la rimozione delle irregolarità e il ritorno alla normalità della banca – 6. Accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall. del gruppo bancario: l'esempio di un caso concreto

1. *Insolvenza, crisi e ristrutturazione del debito nella recente evoluzione del diritto fallimentare*

A seguito della novella alla legge fallimentare introdotta con il D.L. 14 maggio 2005, n. 35, convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80, le espressioni «crisi» e «stato di crisi» sono entrate nella disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione sino ad assumere il significato di espressione riassuntiva della nuova funzione di tali procedure, che, in contrapposizione al fallimento, vengono denominate «procedure di crisi».

In questi ultimi anni si è verificato, infatti, un profondo mutamento di prospettiva nella considerazione della crisi dell'impresa.

Basta pensare che fino ad alcuni decenni orsono l'insolvenza veniva nella sostanza ricondotta al fatto illecito e la colpa del soggetto che si trovava in stato di insolvenza sarebbe stata *in re ipsa*. Tale colpa veniva fatta discendere dalla violazione dell'obbligo insito nel principio generale della responsabilità patrimoniale di cui all'articolo 2740 c.c.¹.

* Ordinario di Istituzioni di diritto privato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano – Bicocca.

¹ Così PROVINCIALI, voce *Insolvenza (dir. prov.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, XII, 782-3.

La responsabilità per inadempimento, la responsabilità per insufficienza del patrimonio ed incapacità di estinguere regolarmente le proprie obbligazioni, sembra che abbiano finito per perdere sotto certi aspetti quel significato negativo di colpa e responsabilità, intesa quale *Schuld*², che caratterizzava il passato sistema.

La conseguenza è stata che il requisito della meritevolezza, che prima costituiva il presupposto soggettivo per l'accesso alla procedura di concordato preventivo, non è oggi richiesto per il concordato, né tantomeno per l'accordo di ristrutturazione³.

La stessa valutazione della convenienza della soluzione della crisi attraverso l'accordo di ristrutturazione, come pure attraverso il concordato preventivo, piuttosto che essere oggetto dello scrutinio da parte del tribunale, è rimessa alla valutazione dei creditori, la cui volontà, peraltro, nel concordato preventivo, viene espressa anche attraverso il mero silenzio che vale come approvazione del concordato⁴.

La ricerca di una soluzione alla crisi attraverso le più diverse modalità di ristrutturazione del debito ha comportato rilevanti limitazioni ai diritti dei creditori concorrenti quali la possibilità di imporre ai creditori anche un sacrificio ed una limitazione alla soddisfazione degli stessi creditori privilegiati, la possibilità di riconoscere la prededuzione per i finanziamenti conseguenti al ricorso al credito nel corso della procedura o la possibilità di pagare debiti pregressi sorti prima del concordato, come pure la possibilità di paralizzare le azioni esecutive mediante la presentazione di domanda «con riserva» di concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, nella fase in cui il contenuto della proposta ed il piano sono ancora in corso di elaborazione.

È stato giustamente osservato che nell'ambito del diritto della crisi e dell'insolvenza (che prima era denominato solo ed unicamente come diritto fallimentare), non soltanto si sono modificati i rapporti economici, ma anche gli stretti rapporti di potere tra creditore e debitore.

Il potere del creditore di assoggettare al proprio soddisfacimento i beni del debitore assumeva, infatti, nella legge fallimentare del 1942 un carattere pre-

² Con l'espressione *Schuld*, nella lingua e nel diritto tedeschi, vengono ricompresi tanto il concetto di debito, quanto quello di colpa il debitore, *Schuldner*, il quale, nel momento in cui adempie, si libera dallo *Schuld* ovvero dal debito e dalla colpa.

³ Non a caso nel passato sistema l'accesso al concordato era consentito agli imprenditori insolventi solo a condizione che l'insolvenza non si fosse verificata per loro colpa. L'art. 181 l.fall. prevedeva, infatti, che il Tribunale dovesse valutare *se il debitore, in relazione alle cause del dissesto, è meritevole del concordato*.

⁴ L'art. 178 l.fall., con la nuova formulazione introdotta dalla l. 7 agosto 2012, che ha convertito il D.L. 22 giugno 2013, parifica la mancata espressione del voto consenziente di approvazione del concordato.

gnante, fino al punto di limitare, per alcuni aspetti, anche la libertà di capacità dello stesso debitore⁵.

Per effetto degli interventi legislativi dal 2005 in poi è stata modificata la disciplina della corrispondenza destinata al fallito (art. 48), è stata abrogata la possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio (art. 6), è stata prevista l'esdebitazione del fallito (art. 142 e segg.). In conclusione è cambiata profondamente la prospettiva dei rapporti creditore/debitore, che nella legge fallimentare apparivano come la proiezione di quella tutela della proprietà nei rapporti obbligatori e commerciali che è propria di un codice civile, che, come è noto, era soprattutto il codice della proprietà.

Coloro che contrattavano ed avevano rapporti con l'imprenditore (o, nel codice di commercio, con il commerciante), potevano anche subire nella contrattazione le regole del commercio e il diritto del commerciante, ma se questi risultava insolvente il loro diritto sul patrimonio tornava assoluto ed integrale, e, nei termini previsti degli articoli della legge fallimentare, anche sulla persona del fallito, con una applicazione integrale all'art. 2740 e quindi con l'assoggettamento del debitore alla responsabilità con tutti i beni presenti e futuri.

Sembra di poter dire che tale primato della proprietà sia venuto meno o quantomeno sia stato assai ridimensionato non solo con le profonde modifiche al diritto fallimentare già accennate, ma con la previsione di cui agli artt. 124 e 160 l. fall. (concordato fallimentare e concordato preventivo) della possibilità per il debitore di soddisfare i propri debiti anche con modalità diverse dall'assegnazione con il riparto delle somme ricavate dalla liquidazione del patrimonio, vale a dire attraverso altre modalità quali la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore che può essere costituito dai creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato.

Da ultimo, con l'introduzione del concordato in continuità (art. 186-*bis*) è stata indirettamente prevista la possibilità che il debitore possa arrivare a soddisfare i creditori e soprattutto a liberarsi di ogni debito, in seguito all'effetto liberatorio del concordato, senza avere messo a disposizione dei creditori l'intero suo patrimonio. Infatti, per effetto della continuità, l'impresa continua la sua attività e l'azienda ed i beni aziendali, proprio perché sono essenziali

⁵ Confronta RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Le Società*, 2013, p. 674 ss.

per la continuità, restano non solo nella disponibilità, ma anche nella titolarità del debitore concordatario anche dopo l'adempimento in forma concordataria e nelle percentuali concordatarie, che oggi possono risultare anche assai contenute e ben lontane da quel 40% previsto in passato dall'art. 161, secondo comma, delle obbligazioni divenute definitive per effetto della omologa del concordato. Questo è possibile perché la migliore soddisfazione dei creditori non passa più attraverso la apprensione dei beni e la liquidazione del patrimonio, ma attraverso la continuità, termine che sta a significare la continuazione nei contratti e nelle obbligazioni, nella fornitura dei beni e servizi, nella circolazione delle risorse, secondo un modello dinamico di circolazione della ricchezza, piuttosto che statico di acquisizione e difesa della proprietà, un risultato, dunque, che segna, anche nel diritto dell'insolvenza, il prevalere delle ragioni della impresa e della produzione sulle ragioni della proprietà⁶.

2. *La peculiarità della crisi bancaria rispetto al diritto comune*

Significativamente diversi sono i principi che regolano la crisi delle banche, la cui disciplina non è tanto rivolta a regolare il rapporto con i creditori quanto piuttosto il corretto esercizio del rapporto fiduciario, che contraddistingue l'attività bancaria sia nell'attività di raccolta, sia nell'attività di erogazione del credito⁷.

L'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni ed addirittura la conclamata insolvenza, mentre per l'impresa di diritto comune possono costituire la prima parte di una fase volta alla ristrutturazione del debito e alla ricerca di una soluzione concordata con i creditori, per la banca costituiscono lo stadio finale della crisi stessa.

È infatti nella irregolarità del comportamento della banca che si manifesta la crisi ed è già in questa fase che l'autorità di vigilanza deve intervenire per controllare e rimuovere ogni situazione anomala e di pericolo, che può avere i suoi effetti sulla stabilità dell'intero sistema.

La specialità della impresa bancaria ha giustificato (e, ritengo, giustifica) la

⁶ I tratti della nuova disciplina sono efficacemente riassunti da PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1099 ss., che fa riferimento ad «un'opzione legislativa che incentiva le imprese ad una tempestiva denuncia della situazione di crisi, nella chiara preferenza di soluzioni di conservazione dei valori aziendali rispetto a quelle liquidatorie: secondo una moderna concezione dinamica della responsabilità patrimoniale, incentrata sulla gestione produttiva, per cui i creditori paiono maggiormente consapevoli del rischio di impresa, così legittimandosi a governarla».

⁷ Cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 799 ss.; AMATUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2012, 387 ss.

prevalenza della volontà pubblica dell'autorità di settore in ogni aspetto relativo al governo, alla gestione e anche alla regolazione della crisi bancaria.

Va ricordato che il Testo Unico Bancario, ponendo fine ad una articolata *querelle*, ha definitivamente stabilito che le banche sono sottratte alla disciplina del controllo giudiziario di diritto comune che l'articolo 2409 c.c. al settimo comma, offre e consente ai soci e allo stesso Pubblico Ministero nelle ipotesi previste. Il Testo Unico Bancario stabilisce, infatti, all'articolo 70, ultimo comma, la competenza esclusiva ed assorbente della Banca d'Italia nel valutare ed eventualmente decidere con provvedimento motivato in ordine alle denunce che possono provenire dei soci o dagli stessi organi di controllo della banca con espressa esclusione e dell'applicazione dell'articolo 2409 c.c. In questo caso, all'esclusività della competenza della Banca d'Italia, si accompagna la discrezionalità del potere della Banca d'Italia stessa, la quale, anche secondo le prassi di vigilanza, non risulta tenuta a dare seguito alla denuncia ricevuta, con l'adozione di un determinato provvedimento di accoglimento o di rigetto.

Si tratta di una discrezionalità che si giustifica con la peculiarità dell'impresa bancaria. Infatti, per più che comprensibili motivi di riservatezza e al fine di favorire soluzioni che evitino di suscitare allarme nei depositanti e nel mercato, è possibile per la Banca d'Italia individuare e proporre delle soluzioni meno traumatiche, quali ad esempio la sostituzione volontaria ed il rinnovamento degli organi aziendali, attraverso le dimissioni degli esponenti aziendali cui appare imputabile la responsabilità per le irregolarità riscontrate.

Tale discrezionalità comporta, peraltro, rilevanti deroghe alla generale disciplina dei procedimenti amministrativi, come pure alla disciplina di diritto comune sugli interventi dell'autorità giudiziaria.

I provvedimenti di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa seguono, infatti, un procedimento che, a differenza di quanto previsto dal principio generale di comunicazione al destinatario dell'avvio del procedimento (invito a prendere visione degli atti del procedimento, a presentare eventuali difese che l'amministrazione è obbligata a valutare), si realizza attraverso la diretta comunicazione all'interessato del provvedimento stesso, con una informazione che avviene nel momento in cui i commissari si presentano nella sede della banca, eventualmente anche con l'aiuto della forza pubblica (art. 73, comma secondo, TUB).

Si tratta di deroghe importanti, ma che, come chiarito anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza 363 del 18 gennaio 2005, non possono ritenersi incostituzionali in quanto *«dette norme antepongono alla pretesa all'immediata informazione del destinatario del futuro provvedimento, la tutela dell'interesse pubblico alla stabilità del mercato e alla salvaguardia del risparmio, interessi protetti dall'articolo 47 della Costituzione»*.

3. *L'irregolarità nell'amministrazione comporta l'applicazione della disciplina della crisi bancaria. L'insolvenza quale possibile risultato dell'irregolarità*

I due strumenti attraverso i quali l'autorità di vigilanza interviene nella crisi bancaria (che, come vedremo, è caratterizzata dall'emergere di una situazione di irregolarità comunque distinta da profili di insolvenza, che potrebbero del tutto mancare) sono l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa.

Il presupposto per entrambe le procedure di intervento sono le gravi irregolarità nella amministrazione, gravi violazioni di disposizioni legislative amministrative statutarie, come pure gravi perdite del patrimonio. Gli stessi presupposti, con una accentuazione del carattere di gravità, valgono per la liquidazione coatta amministrativa, che, all'art. 80 del Testo Unico, prevede che tali elementi di irregolarità della gestione o delle perdite del patrimonio presentino carattere di eccezionale gravità.

A differenza che nel fallimento, non è dunque l'insolvenza l'elemento che muove le procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa. L'intervento dell'autorità di vigilanza attraverso le suddette procedure avviene, infatti, indipendentemente dall'insolvenza e dall'accertamento dell'insolvenza.

Non è l'autorità di vigilanza che accerta l'insolvenza, ma il tribunale competente. Esso, ai sensi dell'art. 82 TUB, su istanza dei soggetti istituzionalmente legittimati (vale a dire i creditori della banca, il pubblico ministero), può procedere secondo il diritto comune fallimentare alla dichiarazione dello stato di insolvenza. Nel caso in cui la Banca sia stata sottoposta ad amministrazione straordinaria, il tribunale pronuncia la dichiarazione di insolvenza su ricorso dei commissari straordinari oppure, se sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, su ricorso dei commissari liquidatori, ed in ogni caso sentita l'autorità di vigilanza, oltreché i cessati amministratori rappresentanti legali della banca.

Già da questi elementi si comprende la peculiarità della disciplina della crisi della banca.

La Banca d'Italia, infatti, continua ed estende l'esercizio dei poteri di vigilanza anche nella fase in cui la banca da essa vigilata manifesta una situazione di crisi, caratterizzata appunto principalmente da irregolarità che compromettono l'ordinato esercizio dell'attività bancaria. Il manifestarsi di perdite gravi, quali quelle previste per l'amministrazione straordinaria, o estremamente gravi, quali quelle previste per la liquidazione coatta amministrativa, non possono che risultare conseguenza di irregolarità consistenti nella mancata osservanza di principi giuridici legislativi o amministrativi, che hanno portato alle perdite patrimoniali in questione.

Riscontriamo qui una rilevante diversità sistematica tra la disciplina della crisi bancaria e la disciplina di diritto fallimentare relativa alla impresa commerciale. Mentre, infatti, il diritto fallimentare muove dalla insolvenza e dalla manifestazione di insolvenza, quale presupposto di ogni procedura concorsuale, la disciplina della crisi bancaria muove principalmente da una situazione di irregolarità nella gestione. Questa può consistere nella non conformità del comportamento della banca o dei suoi amministratori alle prassi o alle regole tecniche della buona gestione bancaria (considerate anche nell'ottica dell'osservanza delle indicazioni che provengono direttamente o indirettamente della stessa Banca d'Italia), oppure può consistere in vere e proprie violazioni di legge (legislative, amministrative, statutarie), ma anche in irregolarità e violazioni che possono coinvolgere i soci allorché il comportamento di questi possa comportare instabilità nella gestione della banca, cioè situazioni rispetto alle quali l'insolvenza è un evento possibile, ma non necessariamente contestuale e non necessariamente immediato e conseguente al manifestarsi delle irregolarità. Inoltre, allorché si verifica l'insolvenza, gli elementi di allarme che giustificano l'intervento dell'autorità di vigilanza si trovano a monte dell'evento costitutivo dell'insolvenza della banca. Rispetto al manifestarsi della crisi della banca, l'azione della vigilanza bancaria avviene, sia sul piano causale che temporale, per tutelare la stabilità bancaria, per la protezione dei depositanti, dei terzi, del mercato e del sistema nel suo complesso.

In altre parole, sembra di poter dire che l'insolvenza non è l'elemento che muove l'azione amministrativa. Sono altri gli elementi che muovono l'intervento da parte della Banca d'Italia e l'insolvenza è soltanto il più grave delle possibili conseguenze delle violazioni in cui è incorsa la banca.

Il *vulnus* nella gestione e nella correttezza dell'attività bancaria che giustifica l'intervento dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa risiede, infatti, in eventi precedenti, potremmo dire anche propedeutici alla insolvenza stessa, la quale, quando si manifesta, costituisce soltanto la conferma ormai definitiva e ineluttabile della gravità o eccezionale gravità delle perdite che si sono manifestate nell'attività bancaria.

I provvedimenti di amministrazione straordinaria, gestione provvisoria e liquidazione coatta amministrativa, sono gli strumenti attraverso i quali la Banca d'Italia interviene per porre rimedio alle irregolarità manifestatesi nell'amministrazione con violazione di disposizioni legislative amministrative e statutarie, al fine di tutelare la liquidità e la stabilità del sistema bancario nell'interesse dei depositanti e dell'intero sistema economico nel suo complesso.

I compiti dei commissari (stabiliti nell'art. 72, primo comma) consistono principalmente nella ricognizione della reale situazione della banca (la quale evidentemente deve essere analizzata a fronte delle irregolarità che sono constatate dall'organo di vigilanza) e soprattutto nel compito di realizzare il recupe-

ro della normalità aziendale, attraverso la promozione di soluzioni utili nell'interesse dei depositanti.

Questi compiti vengono svolti sotto la supervisione e direzione della Banca d'Italia, la quale esercita rilevanti poteri di revoca, sostituzione, di autorizzazione degli atti.

Allorquando si manifesti una sopravvenuta difficoltà patrimoniale i commissari, sia nell'amministrazione straordinaria che nella gestione provvisoria, possono ricorrere all'eccezionale misura della sospensione dei pagamenti.

È rilevante considerare il particolare significato della sospensione dei pagamenti prevista dall'art. 74 del TUB. Nel comune sentire del diritto fallimentare una tale misura costituisce lo strumento sostanzialmente finalizzato ad evitare la dispersione del patrimonio del debitore in vista dell'esecuzione collettiva. Questo profilo, pur presente nel provvedimento di sospensione dei pagamenti previsto dal TUB, non esaurisce la funzione e la portata di tale eccezionale misura, considerato che lo stesso articolo 74 terzo comma, TUB stabilisce espressamente che «*la sospensione non costituisce stato di insolvenza*».

La sospensione dei pagamenti potrebbe risultare, infatti, strumento idoneo per individuare e percorrere soluzioni utili nell'interesse dei depositanti, indipendentemente da quello che può essere lo stato di effettiva solvibilità della banca. Si conferma quindi anche qui che la crisi della banca è essenzialmente una crisi nella regolarità e correttezza della sua gestione e della sua stabilità, rispetto alla quale il commissario straordinario è chiamato ad intervenire con tutti i mezzi possibili e pur sempre attraverso la direzione e il controllo da parte della Banca d'Italia.

4. Peculiarità della liquidazione coatta amministrativa della banca

Particolarmente significativa è poi la disciplina della liquidazione coatta amministrativa dove il commissario liquidatore viene chiamato ad un compito sostanzialmente analogo, se non addirittura sovrapponibile, a quello del curatore fallimentare, come risulta dalla nuova disciplina della legge fallimentare riformata nel 2006 che, innovando nelle funzioni e nei ruoli degli organi della procedura, ha attribuito al curatore il compito di redigere lui stesso lo stato passivo.

La procedura di accertamento dei crediti nella liquidazione coatta della banca è certamente ispirata al generale principio della concorsualità e della *par condicio creditorum*, ma sono presenti, peraltro, importanti deroghe ad alcuni dei principi che regolano la concorsualità nel fallimento. Esse si giustificano soltanto in considerazione, anche in questo caso, della peculiarità della impresa bancaria e dei meccanismi di vigilanza che sovraintendono al suo operato.

Sono significative, ad esempio, le limitazioni poste ai creditori concorrenti ad una verifica e piena informazione dell'elenco dei creditori chirografari, elenco che viene integralmente presentato solo alla Banca d'Italia (art. 86, 6° comma), mentre presso la cancelleria del tribunale vengono depositati solamente gli elenchi dei creditori privilegiati e dei titolari dei diritti reali e dei creditori appartenenti a queste due categorie che siano stati esclusi.

La tutela della riservatezza arriva in questo caso a prevalere sull'esigenza di assicurare ai creditori concorrenti il diritto di verificare l'effettiva realizzazione del concorso ed eventualmente il diritto di ciascun creditore, quale terzo interessato alla soddisfazione concorsuale, di contestare ed impugnare l'ammissione di altro creditore concorrente. Nello stesso tempo, il controllo esercitato dall'organo di vigilanza sulla verifica dei crediti compiuta dal commissario liquidatore è considerata sufficiente ed esaustiva di ogni ulteriore esigenza di tutela, in quanto non si ritiene opportuna l'emersione di una fase di conflittualità giudiziale. Di qui la limitazione della circolazione dell'elenco dei creditori chirografari, la cui consultazione, all'occorrenza, è consentita, ma deve essere espressamente richiesta dallo stesso giudice delegato, in quanto tale elenco, come recita l'art. 87 ultimo comma, «*non deve essere messo a disposizione*».

5. *L'evoluzione delle soluzioni per la rimozione delle irregolarità e il ritorno alla normalità della banca*

Emerge, pertanto, una sostanziale differenza nelle caratteristiche della situazione di crisi in cui può versare l'impresa bancaria rispetto a quelle di impresa di diritto comune.

Mentre nell'impresa industriale o commerciale la crisi si manifesta con una vera e propria incapacità ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni per un'effettiva mancanza di liquidità e quindi insufficienza del patrimonio liquido ad assolvere agli obblighi correnti e con la conseguenza che le misure destinate alla soluzione della crisi sono poste a tutela dei creditori, la crisi di liquidità della banca si manifesta come disequilibrio patrimoniale suscettibile di mettere in dubbio l'adempimento dell'obbligo di rimborso verso i depositanti. Questo può dipendere dalle più diverse cause, ma, principalmente, dalla natura degli impieghi e soprattutto dal possibile deterioramento di questi ultimi.

La crisi si manifesta, quindi, come rilevante squilibrio che mette in dubbio la normalità aziendale, intesa come idoneità della banca ad assicurare la continuità d'impresa bancaria nel rispetto delle regole del mercato, quale soggetto legittimato ad effettuare la raccolta della liquidità attraverso i depositi, e reinvestirla attraverso gli impieghi.

La capacità di far fronte a questi obblighi può sussistere solo ed in quanto l'attività della banca venga regolarmente svolta nell'osservanza delle prassi, delle diverse regole legislative, amministrative e statutarie che impongono articolati obblighi di comportamento all'impresa bancaria.

Le irregolarità e le perdite patrimoniali, cui fanno cenno l'articolo 70 e poi l'articolo 80 TUB, sono il risultato dell'inosservanza di tali regole.

Compito del commissario straordinario è, pertanto, quello di accertare la situazione effettiva e reale della banca e quindi porre in essere le più adeguate e opportune iniziative per recuperare la normalità aziendale. Il carattere reversibile o meno della crisi dipende, quindi, dalla gravità delle irregolarità e dal volume delle perdite patrimoniali che si sono verificate.

È noto che, specie in passato, la rimozione delle irregolarità e individuazione di soluzioni utili nell'interesse dei depositanti in grado di riportare la Banca in crisi in una situazione di normalità è stata resa possibile dall'adozione di prassi di gestione della crisi realizzate con l'intervento di banche, solitamente di maggiori dimensioni, prevalentemente attraverso fusioni e acquisizioni dell'intera banca oppure di parte di essa attraverso la cessione degli attivi o delle attività e passività secondo quanto stabilito dall'articolo 58 e nella l.c.a. dell'art. 90 del TUB, che assicuravano il subentro nei depositi e contestualmente anche l'integrale mantenimento dell'occupazione. Si è trattato di una fase, anche non breve, dello sviluppo del nostro sistema bancario in cui risultavano a disposizione del sistema nel suo complesso risorse tali da consentire di assorbire le diseconomie connesse all'acquisizione in tutto in parte delle aziende bancarie in crisi, attraverso una sostanziale compensazione offerta dal vantaggio conseguente ad un ampliamento dimensionale, che allora era ritenuto suscettibile di poter consentire il raggiungimento di vantaggi sul piano reddituale e concorrenziale.

Inoltre, almeno sino a metà degli anni ottanta, la tendenziale chiusura degli accessi nel settore e le difficoltà all'apertura di sportelli rendevano le fusioni, nella sostanza, il principale strumento per lo sviluppo della concentrazione bancaria e lo sviluppo territoriale delle banche.

Allorquando si sono presentati dissesti ancor più gravi e significativi, è stato peraltro possibile utilizzare strumenti straordinari quali il c.d. «decreto Sindona» del 1974, che prevedeva la concessione di una anticipazione straordinaria di 24 mesi al tasso del 1% agli istituti bancari che avrebbero assunto attività e passività delle banche in liquidazione coatta amministrativa. Successivamente lo stesso decreto è stato nella sostanza riutilizzato in occasione di crisi ulteriori altrettanto gravi, quali quella del Banco Ambrosiano e del Banco di Napoli.

Si tratta di strumenti che per motivi diversi risultano di assai difficile applicazione ed utilizzazione, sia a causa della sopravvenuta scarsità di risorse che caratterizza il ciclo economico, sia per i vincoli derivanti dal divieto di aiuto di

Stato, che a livello di Unione Europea sono divenuti assai più pervasivi che in passato.

Non può che essere osservato, quindi, che il raggiungimento degli obiettivi di risanamento riassunti in sostanza nel primo comma dell'articolo 70 TUB – rimozione delle irregolarità, ricerca delle soluzioni utili nell'interesse dei depositanti, al fine di riportare alla normalità della banca –, risulta ormai un obiettivo di difficile realizzazione.

Una tale riduzione degli spazi per riportare alla normalità l'impresa bancaria in crisi si potrebbe rivelare gravida di conseguenze sotto vari profili (che allo stato non si sono verificate), ma soprattutto per gli stessi depositanti, sui quali ricadono tutti i rischi della illiquidità della banca, che possono arrivare alla perdita dei depositi non coperti dal fondo di garanzia con conseguenti effetti di destabilizzazione dell'intero sistema.

6. *Accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall. del gruppo bancario: l'esempio di un caso concreto*

In questo contesto dobbiamo rilevare che, a differenza che per l'impresa di diritto comune, per effetto principalmente dell'attività di controllo svolto dall'organo di vigilanza, l'emergere in una banca di una situazione di crisi è suscettibile di essere diagnosticata e valutata con ben maggiore tempestività ed efficienza. Per riprendere il linguaggio cui abbiamo fatto ora riferimento, si può ritenere che il tessuto di regole e di controlli che accompagnano costantemente l'attività della banca costituisce già essa una piattaforma di *allerta*, suscettibile di consentire, con adeguata tempestività, il ricorso a iniziative e strumenti quali quelli introdotti con le recenti riforme nel sistema del diritto della crisi di diritto comune.

Come abbiamo già accennato, il complessivo sistema di controlli e di vigilanza entro cui si muove la banca consente l'emersione della crisi bancaria già nel momento in cui dall'insieme dei diversi indici di bilancio, di valutazione del patrimonio e degli impieghi, oppure del verificarsi di vicende rilevanti sul piano reputazionale, emerge anche soltanto il rischio di uno squilibrio e di una carenza di liquidità tale da rendere problematica la prospettiva di ordinato esercizio da parte della massa dei depositanti dei loro diritti sulla liquidità raccolta dalla banca. Secondo recenti esperienze, è stato possibile utilizzare gli strumenti messi a disposizione dalla novellata disciplina fallimentare anche in occasione della crisi della banca. In questi casi è stato possibile individuare la situazione di crisi della banca, in una fase in cui la situazione di insolvenza non si era manifestata, mentre erano emerse diverse criticità e difficoltà del gruppo in cui la stessa era inserita. Questo ha consentito il ricorso alle

misure volte alla regolazione e ristrutturazione della crisi nelle forme dell'accordo di ristrutturazione dell'art. 182-*bis* l.fall., la cui realizzazione comporta la necessità di intraprendere, in una fase ben anteriore al manifestarsi dell'insolvenza, la negoziazione diretta alla costruzione della proposta di ristrutturazione del debito.

In queste importanti esperienze è emerso che, in considerazione della necessità per il debitore proponente di ottenere l'adesione all'accordo della maggior parte dei creditori (almeno il 60 % dei crediti è richiesto per l'omologa, ma ritengo che la quasi totalità delle adesioni sia necessaria per il successo del piano), la negoziazione potrà essere intrapresa con possibilità di successo se l'esposizione debitoria della banca non è polverizzata verso una massa indistinta di creditori, ma è piuttosto concentrata verso anche una elevata ma pur sempre circoscritta platea di creditori.

Nell'esperienza cui sto facendo riferimento, il gruppo bancario risultava prevalentemente esposto verso l'intero sistema bancario e la negoziazione ha avuto come obiettivo (che è stato raggiunto), l'adesione da parte di tutti gli istituti di credito ed organismi finanziari (nel numero complessivo di 99 soggetti aderenti), che nel loro complesso costituivano una percentuale creditoria ben superiore al 60 % previsto come limite minimo richiesto per l'ammissibilità dell'omologa dall'art. 182 l. fall. e che superava il 95% della massa creditoria.

Considerato che il commissariamento investiva nella sostanza un gruppo bancario, che risultava costituito da una pluralità di società (23) in diverso modo controllate o collegate alla società *holding* capogruppo ed ad una banca anche essa controllata dalla *holding*, l'accordo risultava proposto da cinque soggetti del gruppo, mentre la banca, anch'essa parte del gruppo, risultava soggetto aderente all'accordo, in quanto accettava la soddisfazione delle proprie ragioni creditorie attraverso una operazione di ristrutturazione prevista nell'accordo stesso ed, in questo caso, negoziata con un soggetto addirittura estraneo all'accordo.

Tale banca, che aveva di fatto svolto il ruolo di tesoreria del gruppo, risultava nello stesso tempo creditrice verso le stesse società del gruppo, che si trovavano in stato di crisi e debitrice verso alcune delle banche aderenti all'accordo per un ammontare di analogo importo. La ristrutturazione del debito è quindi potuta avvenire attraverso la *cessio in solutum* dei crediti di fatto deteriorati e vantati verso le società del gruppo all'istituto di credito, che risultava a sua volta creditore della banca, in modo tale da consentire la liberazione della banca dall'esposizione debitoria e l'attuazione poi di ulteriori operazioni straordinarie di scissione e fusione che hanno interessato gli *assets* della banca.

Tale accordo di ristrutturazione ha ottenuto l'omologa da parte del Tribunale di Bologna con un provvedimento che ha affrontato una articolata serie di

nodi, compreso quello della ammissibilità del ricorso a tale strumento nell'ambito di un gruppo bancario⁸.

Nelle opposizioni presentate da taluni creditori non aderenti o terzi veniva fatto riferimento all'art. 80 TUB, che esclude l'applicabilità per le banche di procedure concorsuali di diritto comune e diverse dalla liquidazione coatta amministrativa previsto nel TUB. Il Tribunale di Bologna ha respinto tale eccezione escludendo la natura concorsuale allo strumento dell'accordo di ristrutturazione, accogliendo la tesi dei commissari, che riconosce all'accordo natura contrattuale e non di procedura concorsuale.

⁸ Tribunale di Bologna, decr. 17 novembre 2011, in *Il Fallimento*, 2012, 5, p. 594, con nota di BONFATTI, *Pluralità di parti ed oggetto dell'accertamento del Tribunale nell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis (e nel concordato preventivo)*.