

Firenze, 5 febbraio 2017

Spett.le Banca Carige
Genova

All'attenzione dell'Avv. Arturo Betunio

Oggetto: parere *pro veritate* sui quesiti sotto indicati

Gentile Avv. Betunio,
ricevo, anche tramite l'avv. Rubini, la sua richiesta di parere e dopo avere studiato la documentazione che mi ha inviato, le esprimo sinteticamente la mia opinione.

Quesito 1: *se la suddetta azione di risarcimento danni nei confronti di alcuni tra gli ex esponenti aziendali, in solido con soggetti terzi, possa essere qualificata come azione sociale di responsabilità ex art. 2393 del Codice Civile;*

L'azione di responsabilità proposta contro il Presidente e l'Amministratore delegato del precedente Consiglio di Amministrazione è da qualificare senza ombra di dubbio quale azione di responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2393 cod. civ. per violazione dell'obbligo di diligenza di cui al precedente art. 2392.

Nella specie l'azione di responsabilità degli amministratori è stata cumulata per identità di fatti storici con l'azione di responsabilità (precontrattuale, ed extracontrattuale) di altri soggetti terzi.

L'azione di responsabilità (contrattuale) degli amministratori è azione spettante alla assemblea dei soci ai sensi dell'art. 2393: ma sul punto si veda la risposta al secondo quesito.

Le azioni cumulate di responsabilità proposte nei confronti di soggetti terzi (sinteticamente in questo parere denominati come "gruppo Apollo"), sono volta a volta:

a) quanto alla azione relativa ai danni conseguenti alla cessione delle partecipazioni già detenute da Carige nelle due compagnie di assicurazione, essa va qualificata, nonostante la conclusione del contratto, come azione di responsabilità precontrattuale *ex art. 1337* cod. civ. a causa del comportamento scorretto del gruppo Apollo: in tal senso è la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione v., nell'ordine, sentenza 23 marzo 2016 n. 5762, in *Foro it.* 2016, I, 1703; sentenza 29 settembre 2015, n. 19024, in *Foro it.* 2016, I, 1105; sentenza 8 ottobre 2008, n.

24795, in *Foro it.* 2009, I, 440; e, nella motivazione, sentenza sezioni unite 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.* 2008, I, 784 (tutte le sentenze citate sono dotate di ampie note di richiami e di commenti adesivi sul *Foro italiano*). La circostanza, cioè, che il contratto stipulato sia valido ed efficace non esclude la responsabilità (precontrattuale) del contraente che durante la trattativa si sia comportato in modo scorretto in violazione del principio di buona fede.

b) quanto alla azione relativa al comportamento del gruppo Apollo in occasione della trattativa relativa ai crediti in sofferenza (o deteriorati), si è alla presenza di una tipica azione di responsabilità extracontrattuale *ex art.* 1337 cod. civ.

E' forse opportuno osservare *ad abundantiam* che le azioni contro il gruppo Apollo potrebbero essere anche considerate come azioni di pura responsabilità extracontrattuale, per avere il gruppo Apollo indotto con il suo comportamento (scorretto) all'inadempimento degli amministratori agli obblighi di diligenza su di loro gravanti: fattispecie di lesione del credito (intercorrente tra società e amministratori) da parte del terzo (gruppo Apollo).

Quanto, infine, alla prima (sub a) azione contro il gruppo Apollo si potrebbe altresì considerare che sia responsabile per abuso dello stato di bisogno della Carige, senza che ricorrano gli estremi previsti dagli art. 1447 e seg. cod. civ. per l'esercizio dell'azione di rescissione.

Quesito 2: *in caso di risposta affermativa al primo quesito, se la delibera assembleare richiesta dall'art. 2393, comma 1, del Codice Civile possa intervenire successivamente all'avvio dell'azione, ancorché nelle fasi iniziali della stessa, mediante ratifica proposta nella prima assemblea societaria successiva alla notifica dell'atto di citazione;*

L'azione di responsabilità da parte degli amministratori (Presidente e Amministratore delegato), come già accennato è azione rientrante nei poteri della assemblea (e non del Consiglio di Amministrazione).

Nel caso di specie si è alla presenza di una tipica ipotesi di "difetto di rappresentanza o autorizzazione" (cioè lo stesso vizio indicato con l'espressione *legitimatio ad processum*) disciplinata dall'art. 183, 2° comma, cod. proc. civ. Tale disposizione (specie dopo la modifica intervenuta a seguito dell'art. 46, 2° comma, l. 18 giugno 2009, n. 69) è oggi univoca nel senso di consentire la sanatoria retroattiva (cioè *ex tunc*) del relativo vizio.

Pertanto l'azione di responsabilità degli amministratori proposta dal Consiglio di Amministrazione potrà tranquillamente (cioè senza residui) essere ratificata dalla prima assemblea successiva alla notifica dell'atto di citazione e anteriore alla prima udienza di comparizione-trattazione fissata per il 20 aprile 2017.

Quanto poi alle azioni proposte contro il gruppo Apollo non ravviserei alcuna necessità di ratifica da parte dell'Assemblea; il che però non significa che una tale richiesta di ratifica non sia opportuna.

Quesito 3:

a) *se sia da ritenersi legittima, e nel caso sulla base di quali presupposti, l'azione di responsabilità radicata solo nei confronti di taluni Amministratori, ovvero se la stessa debba necessariamente essere estesa a tutto il Consiglio di Amministrazione in carica all'epoca dei fatti e/o al Collegio Sindacale.*

Inoltre, laddove si ammetta la citata possibilità di limitare l'azione a taluni esponenti:

b) *se possa essere invocata una qualsivoglia forma di responsabilità in capo al Consiglio di Amministrazione che ha deliberato di proporre all'Assemblea tale perimetro di azione;*

c) *se sia facoltà dell'Assemblea, in presenza di una proposta del Consiglio di Amministrazione che individui l'azione nei confronti di alcuni esponenti, estendere la stessa a tutti i membri del Consiglio di Amministrazione in carica all'epoca dei fatti e/o al Collegio Sindacale;*

La risposta al quesito è parzialmente (solo parzialmente) diversa, a seconda che la questione sia considerata dal versante processuale, o invece da quello sostanziale.

a) Sul piano processuale la trattazione può essere molto rapida.

La solidarietà della responsabilità degli amministratori (affermata esplicitamente dal secondo comma dell'art. 2392 cod. civ.) e la lettera dell'art. 1292 cod. civ. (in tema di conseguenze della solidarietà) sono univoche nel senso che l'azione di responsabilità esercitata nei confronti di alcuni solo degli amministratori (e/o dei sindaci) è azione validamente instaurata, senza che ricorra alcuna ipotesi di litisconsorzio necessario (art. 102 cod. proc. civ.), cioè alcuna necessità di chiamare in causa tutti gli amministratori (e/o i sindaci).

b) Sul piano sostanziale si pone invece il "problema" (chiaramente enunciato dal quesito in esame) del se possa essere ipotizzata una responsabilità del Consiglio di Amministrazione che abbia deliberato di proporre all'assemblea di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti di alcuni solo degli amministratori (nella specie Presidente e Amministratore delegato) del precedente Consiglio di Amministrazione.

Nel silenzio della giurisprudenza mi sembra che sia da ritenere che Consiglio di Amministrazione prima, e assemblea poi non siano liberi in assoluto di scegliere contro quale amministratore esercitare l'azione di responsabilità. Nell'esercizio della propria indubbia discrezionalità i canoni della correttezza e buona fede impongono di effettuare tale scelta *solo dopo* avere essi stessi (o professionisti terzi appositamente incaricati) svolto una indagine, una vera e propria istruttoria sugli

amministratori (del precedente Consiglio di Amministrazione) cui sia o siano addebitabili i difetti di diligenza che hanno provocato il danno alla società.

Nel caso di specie (sulla base della documentazione fornitami) tale indagine, tale istruzione è stata demandata agli avv. prof. D'Angelo e Mariconda i quali hanno redatto una corposa "relazione di consulenza" di 81 pagine, datata 14 giugno 2016, cioè prima della seduta del 17 giugno 2016 in cui il Consiglio di amministrazione ha deliberato di esercitare le azioni di responsabilità (azioni poi promosse con atto di citazione datato 20 giugno 2016).

Nell'ampia "relazione di consulenza" i redattori mostrano di avere piena consapevolezza delle necessità di considerare "i ruoli assunti dai singoli amministratori, con riguardo a specifici doveri individuali e all'ambito dell'azione collegiale" (v. in particolare le pagine 33, 34, 52, 53), salvo poi alle pagine 77,78, e 79 avere anche analiticamente motivato sulla responsabilità assolutamente preponderante del Presidente e dell'Amministratore delegato.

La "relazione di consulenza" nel suo complesso e nelle pagine sopra richiamate mi sembra essere tutta nel senso di escludere "qualsivoglia forma di responsabilità in capo all'attuale Consiglio di Amministrazione che ha deliberato (nella seduta del 17 giugno 2016) di proporre all'Assemblea" l'esercizio della azione di responsabilità nei soli confronti del Presidente e dell'Amministratore delegato del precedente Consiglio.

Una sola "sbavatura" (di per sé insufficiente a modificare la risposta al quesito in esame). All'atto di citazione datato 20 giugno 2016 è allegata una dichiarazione relativa agli obblighi di informazione imposti dal d. lgs. 28/2010 (in tema di mediazione) sottoscritta dall'attuale Presidente del Consiglio di Amministrazione in data 16 giugno 2016, cioè prima della seduta del 17 giugno del Consiglio di amministrazione. Tale "sbavatura" non incide però sull'analisi precedentemente svolta e prova solo che il Presidente abbia avuto legittimi contatti coi futuri avvocati della Carige (l'atto di citazione è datato 20 giugno 2016).

c) La risposta mi sembra non presentare difficoltà.

L'azione di responsabilità degli amministratori (e dei sindaci) rientra nei poteri pieni dell'Assemblea, la quale può pertanto deliberare di estenderla nei confronti di altri amministratori (o sindaci).

Quesito 4: *se la presentazione, da parte del Consiglio di Amministrazione della Banca, di un esposto finalizzato a verificare l'esistenza di profili penalmente rilevanti nei medesimi fatti oggetto dell'azione civile di cui sopra debba o meno essere sottoposto all'assemblea per le sue valutazioni e/o per la relativa autorizzazione.*

Non sono un penalista e quindi mi limito ad esprimere una opinione del tutto personale.

L'esposto alla Procura della Repubblica di fatti ipoteticamente penalmente rilevanti, relativi a reati perseguibili d'ufficio rientra, mi sembra, fra i poteri-doveri

di qualsiasi cittadino, senza essere sottoposto ad alcuna autorizzazione, salvo restando ovviamente la valutazione di opportunità di sottoporre all'assemblea l'intenzione degli amministratori di agire in tal senso.

Sperando di essere stato di qualche utilità resto a disposizione per ogni chiarimento.

Andrea Proto Pisani