Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Corte II
B-6154/2007
{T 0/2}

Sentenza del 30 ottobre 2008

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Ronald Flury, Stephan Breitenmoser,
Cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

X._____ SA,
patrocinata dall'avvocato Emanuele Verda,
corso Pestalozzi 11, casella postale 6577, 6901 Lugano,
ricorrente,

contro

X._____ Holding SA in liquidazione,
patrocinata da PricewaterhouseCoopers SA,
via Cattori 3, casella postale 561,
6902 Lugano 2 Paradiso Caselle,
controparte,

Commissione federale delle banche CFB,
Schwanengasse 12, casella postale, 3001 Berna,
autorità inferiore.

Oggetto

Realizzazione di attivi del fallimento.

Fatti:

A.
X._____ SA, (*luogo*), costituita nel 1972, aveva per scopo statuario l'assunzione e l'esecuzione di mandati fiduciari di ogni genere. La società era principalmente attiva nella gestione di titoli mobiliari ed è amministrata da P._____, (*luogo*). Nel 1991 è stata creata la società X._____ Holding SA, la quale detiene tutte le 500 azioni di X._____ SA ed ha quale amministratore unico P._____. X._____ Holding SA è a sua volta detenuta dalla Y._____ Holding SA, che a sua volta sarebbe detenuta da P._____ e dall'avvocato Q._____, (*luogo*). Dall'estratto del registro di commercio di L._____, P._____ risulta essere l'amministratore unico della Y._____ Holding SA, (*luogo*).

Con contratto del 30 settembre 2004 X._____ SA ha mutuato a X._____ Holding SA la somma di fr. 1'350'000.- da restituire, maggiorata degli interessi del 2,5% in due rate: la prima, di fr. 675'000.-, doveva essere ripagata entro il 30 giugno 2006 e la seconda, di pari entità, entro il 30 settembre 2007 (C01 001-2).

Con decisione del 24 novembre 2004, la CFB ha stabilito che X._____ SA esercita l'attività di commerciante di valori mobiliari ai sensi della legge sulle borse e ha con ogni probabilità accettato averi del pubblico ai sensi della legge sulle banche, senza tuttavia essere in possesso della necessaria autorizzazione. La CFB ha quindi ordinato la liquidazione della società e ha nominato PricewaterhouseCoopers (PWC) quale liquidatrice.

Con decisione del 27 aprile 2005 la CFB ha stabilito l'indebitamento di X._____ SA e ha decretato l'apertura del suo fallimento, nominando PWC liquidatrice del fallimento.

I ricorsi inoltrati dalla X._____ SA contro le decisioni della CFB del 25 novembre 2004 e 27 aprile 2005 sono stati respinti dal Tribunale federale con sentenza del 14 febbraio 2006, nella misura in cui sono stati dichiarati ammissibili (DTF 2A.35/2005; 2A.286/2005).

Con circolare del 18 gennaio 2007 la liquidatrice del fallimento di X._____ SA ha comunicato a tutti i creditori di rinunciare a tutte le pretese di X._____ SA in liquidazione verso terzi e offerto in primo

luogo tali pretese in vendita al miglior offerente ai sensi dell'art. 19 cpv. 6 OFB, ad esclusione della pretesa verso gli organi della società, e a titolo subordinato, in caso non vi fosse alcuna offerta di acquisto, essa ha offerto le medesime pretese in cessione ai creditori ai sensi dell'art. 19 cpv. 5 OFB e 260 LEF.

In data 7 marzo 2007 X._____ Holding SA ha offerto l'importo di fr. 500.- per l'acquisto di una pretesa nei suoi confronti pari a fr. 28'976.65, altri fr. 500.- per l'acquisto di una pretesa nei suoi confronti pari a fr. 675'000.- e fr. 100.- per la pretesa di 1 milione di Euro nei confronti dei debitori della fallita come risultava da un ordine di sequestro del Ministero Pubblico di Lugano. Nessun altro creditore ha inoltrato delle offerte, tuttavia vi sono state delle richieste di cessione dei crediti.

Con lettera del 30 aprile 2007 la liquidatrice del fallimento ha informato X._____ Holding SA di voler sospendere l'acquisto delle pretese sopra descritte fino a definizione di trattative pendenti con altri offerenti. La liquidatrice ha inoltre indicato che una cessione delle pretese a X._____Holding SA non poteva essere accolta a causa della presenza di un evidente conflitto di interesse.

Vedendo le sue richieste respinte, X._____ Holding SA si è rivolta alla CFB con lettera del 15 maggio 2007, chiedendo il rilascio di una decisione formale.

Con decisione del 26 luglio 2007 la CFB ha considerato valida la decisione della liquidatrice del fallimento di X._____ SA in liquidazione, di non accettare la vendita a X._____ Holding SA del debito da essa contratto nei confronti di X._____ SA. La CFB ha addotto che X._____ Holding SA ha un debito nei confronti di X._____ SA in liquidazione, pari a fr. 703'976.-. Nell'ambito della procedura di realizzazione degli attivi di X._____ SA in liquidazione, X._____ Holding SA, sua azionista, ha offerto la somma di fr. 1'000.- per acquistare il suo debito nei confronti di X._____ SA in liquidazione. La CFB reputa l'importo offerto da X._____ Holding SA per l'acquisto del suo debito molto esiguo e non equo, in quanto corrisponde a poco meno dello 0.15% del debito. Secondo la CFB la liquidatrice del fallimento ha ritenuto a giusto titolo che con una cessione delle pretese a terzi gli interessi dei creditori della massa fallimentare sarebbero meglio salvaguardati. La CFB ha indicato che

sulla base dell'art. 260 LEF ogni creditore ha diritto di chiedere la cessione di quelle pretese alle quali rinuncia la massa dei creditori e che il Tribunale federale ha già avuto modo di dichiarare la nullità della cessione del credito al suo debitore (DTF 34 II 95, consid. 3). La CFB ha applicato per analogia questa giurisprudenza all'art. 19 cpv. 6 OFB e concluso che non soltanto la cessione, ma anche la vendita di un credito al debitore non è ammessa. La vendita del credito di fr. 703'976.- vantato nei confronti di X._____ Holding SA alla stessa società non è pertanto ammissibile e la liquidatrice del fallimento ha agito in modo corretto respingendo tale offerta. In seguito la CFB si è espressa sull'offerta di acquisto di X._____ Holding SA di fr. 100 per la pretesa di 1 milione di Euro e confermato la decisione della liquidatrice del fallimento di respingerla. A motivo di questa conclusione la CFB ha addotto che la liquidatrice del fallimento è stata informata che P._____ risulta essere il debitore di tale pretesa. P._____ è anche l'amministratore unico di X._____ Holding SA e azionista indiretto della società. Da ciò la CFB ha dedotto che il legame tra il debitore della pretesa e l'acquirente è evidente.

B.
Il 14 settembre 2007 X._____ Holding SA, rappresentata dall'avv. Emanuele Verda (di seguito: ricorrente) ha impugnato con ricorso al Tribunale amministrativo federale la decisione della CFB (di seguito: CFB o autorità inferiore) del 26 luglio 2007. Essa postula in via principale l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione impugnata e l'accoglimento delle sue offerte presentate in data 7 marzo 2007 per l'acquisto delle pretese di fr. 28'976.-, fr. 675'000.- e un milione di Euro, protestate tasse, spese e ripetibili. In via subordinata essa postula l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione impugnata e di ordinare all'autorità inferiore di procedere per il tramite della liquidatrice PWC, Lugano, ad una nuova realizzazione delle pretese, come da annesso 2A (formulario per la richiesta d'acquisto delle pretese ex. Art. 19 cpv. 6 OFB e 260 LEF) e 2B (formulario per la richiesta di cessione delle pretese ex art. 19 cpv. 5 OFB e 260 LEF), e fissare chiare modalità, protestate tasse, spese e ripetibili.

Nella motivazione ricorsuale la ricorrente parte dal presupposto che per quanto concerne le modalità di liquidazione proposte dalla liquidatrice dapprima era prevista la vendita delle pretese e subordinatamente - unicamente in caso non vi sia stata alcuna offerta

di acquisto - la di lor cessione, vale a dire due istituti giuridici ben distinti. Secondo la ricorrente la vendita delle pretese è la cessione materiale di un diritto patrimoniale ai sensi dell'art. 164 CO e la massa vi rinuncia definitivamente a fronte della miglior offerta, rinunciando non solo a far valere la pretesa, ma anche la titolarità sulla pretesa stessa. A mente della ricorrente la vendita delle pretese è una cessione civilistica delle pretese litigiose e non "*eine Übertragung des Rechtes zur prozessualen Geltendmachung*" come ritenuto dal Tribunale federale nella sentenza 86 III 158 in riferimento all'art. 260 LEF. La ricorrente aggiunge che dalla definizione dei due istituti giuridici risulta chiaro che la vendita di una pretesa a fronte del pagamento di un prezzo (art. 164 CO) non può sollevare questioni di conflitto di interessi, dato che, pagato il prezzo, l'acquirente del credito non ha più alcun obbligo nei confronti della massa, a differenza invece del cessionario. Il ricavo ottenuto in occasione della cessione ai sensi dell'art. 260 LEF serve in prima linea a soddisfare il cessionario e solo un'eventuale eccedenza spetta alla massa. Per questo motivo la cessione non è autorizzata al debitore di tale pretesa, poiché ciò renderebbe illusoria la prospettiva di far valere la pretesa. La ricorrente è convinta che nel caso in esame l'autorità inferiore confonde arbitrariamente i due istituti, in violazione del diritto federale, applicando erroneamente all'istituto giuridico della vendita le disposizioni e la giurisprudenza relativa all'art. 260 LEF. Secondo la ricorrente non è corretto ed ammissibile che la CFB rifiuti la vendita delle pretese basandosi su presunti conflitti di interessi o sull'argomento della protezione dei creditori, in quanto anche la ricorrente è un creditore e merita tutela e nessun altro creditore ha partecipato alla messa in vendita delle pretese. Per la ricorrente la CFB non può andare oltre tutelando i creditori che hanno rinunciato al loro diritto di partecipare alla vendita.

A mente della ricorrente non è chiaro dove risieda il conflitto di interessi in rapporto alla pretesa di 1 milione di Euro nei confronti dei vari debitori della fallita, tanto più che agli atti del fallimento non si trova una sola indicazione quanto ai debitori ed ai motivi del fondamento del credito. L'offerta della ricorrente pari a fr. 100.- aveva lo scopo di assicurarsi il diritto di verificare i debitori nonché la sussistenza di tale credito. La ricorrente osserva che per questa pretesa esiste nella documentazione della fallita solo l'atto di sequestro.

La ricorrente è del parere che il rifiuto della sua offerta di fr. 500.- per l'acquisto del suo debito di fr. 28'976.65. nonché di fr. 500.- per l'acquisto del suo debito di fr. 675'000.- è arbitrario e contravviene gravemente al principio della sicurezza del diritto. Secondo lei manca la base legale per giustificare la rinuncia alla vendita delle pretese al miglior ed unico offerente. La liquidatrice e la CFB hanno deciso di non fissare alcun piede d'asta, ma solo di offrire le pretese in vendita al miglior offerente. Questo è stato il criterio della vendita e deve essere rispettato. Per la ricorrente non è legittimo modificare in seguito le modalità di realizzazione, tanto è vero che l'art. 29 cpv. 1 OFB attribuisce alla liquidatrice il compito di stabilire le modalità di realizzazione, ma non la libertà di mettere in vendita delle pretese per poi rinunciare alla vendita dopo l'inoltro delle offerte. Tale agire contravviene parimenti al principio della buona fede. Il criterio di valutazione in funzione del solo valore nominale non regge sia dal punto di vista formale che materiale. Premesso che la CFB non ha proceduto ad alcuna verifica del valore reale del credito, non è dato a sapere quale sia l'importo equo e quali siano i criteri per giudicarne.

La ricorrente indica che nella medesima procedura P._____ ha acquistato con il benestare della CFB la pretesa di X._____ SA nella causa nr. 500-05 – 016682 – 930 nei confronti della Coopers&Lybrand, Canada, pendente presso il Tribunale di Montreal, Canada, avente per oggetto il risarcimento di 6'829'201 dollari canadesi per un importo di fr. 500.-, ossia nemmeno lo 0,01% del valore della causa e quindi del credito nominale. Secondo la ricorrente la CFB, pretendendo di salvaguardare meglio gli interessi, non può andare oltre la volontà degli altri creditori, i quali, disinteressandosi, hanno espressamente rinunciato a far valere il loro diritto di partecipare alla vendita.

C.

Con risposta del 16 novembre 2007 l'autorità inferiore propone di respingere il ricorso, nella misura in cui esso sia ammissibile e di porre i costi a carico della ricorrente. In primo luogo l'autorità inferiore adduce che la ricorrente non è creditrice nel fallimento di X._____ SA, (luogo). Essa indica che la ricorrente ha insinuato una pretesa nel fallimento di X._____ SA e che tale pretesa di fr. 81'623.35 è stata posta in compensazione con un credito di X._____ SA nei confronti della ricorrente. Dall'incarto della liquidatrice emerge che la questione è stata tranciata con la graduatoria del 18 gennaio 2007 e non è mai

stata contestata, quindi cresciuta in giudicato. Considerato che la ricorrente detiene tutte le azioni di X._____ SA, essa avrebbe potuto contestare gli atti di realizzazione come proprietaria della banca, il che però non è avvenuto. L'autorità inferiore sottolinea che la ricorrente non ha contestato la decisione di mettere in vendita all'asta alcune delle proprie pretese, né il modo in cui essa doveva svolgersi e nemmeno il fatto che l'asta era dedicata solo ai creditori. Secondo l'autorità inferiore la ricorrente si limita a sostenere che le sue proposte dovevano essere accettate secondo le regole dell'asta, il che non corrisponde alla contestazione di un atto di realizzazione giusta l'art. 24 cpv. 2 LBCR. Per questi motivi, a mente dell'autorità inferiore, la ricorrente non è legittimata a ricorrere e il ricorso è inammissibile.

Qualora venisse riconosciuta la legittimazione, l'autorità inferiore prende posizione nel merito della causa. Dapprima essa adduce che con circolare del 18 gennaio 2007 la liquidatrice ha comunicato l'intenzione di mettere all'asta le pretese vantate da X._____ SA nei confronti di terzi, rispettivamente, a titolo subordinato, di cederle. Per l'autorità inferiore, parlando di “piede d'asta”, “parità di trattamento” e contestando le trattative private svolte dalla liquidatrice, la ricorrente ammette di aver inteso anch'essa la procedura di vendita come “asta”. Tale asta era privata perché come si evince dalla circolare C01 019.65 e dal “Formulario per la richiesta di acquisto di pretese” (C01 042) solo i creditori potevano parteciparvi.

L'autorità inferiore ritiene che l'annuncio di un'asta non è considerato un'offerta vincolante poiché fa difetto uno degli elementi essenziali del contratto, ovvero il prezzo, bensì un invito non vincolante di presentare un'offerta. Colui che ha indetto l'asta non è quindi vincolato dalla propria invitatio ad offerendum, ma può liberamente ritirare un oggetto messo all'asta od annullare l'asta. L'autorità inferiore rileva che nel caso di specie la venditrice ha deciso di non accettare l'offerta della ricorrente perché troppo bassa e non equa in relazione al valore reale della stessa ed al dovere di protezione dei creditori della fallita. Secondo la dottrina questa è un'opzione a cui chi ha indetto l'asta ha sempre diritto, a meno che non si sia impegnato attraverso le condizioni d'asta ad aggiudicare l'oggetto in vendita, una volta raggiunti determinati requisiti, come per esempio un prezzo massimo. L'indicazione “al miglior offerente” significa che si tratta semplicemente di un'asta e non che “la cosa dovrà essere venduta obbligatoriamente”.

L'autorità inferiore osserva infine che l'amministrazione del fallimento con la messa all'asta delle pretese della fallita si attendeva una forte concorrenza che avrebbe portato a vendere a buon prezzo le pretese in parola e sotto questo aspetto aveva senso subordinare la cessione delle pretese alla vendita. Per l'autorità inferiore la ricorrente aveva l'interesse opposto. Essa voleva solo sottrarsi ai propri obblighi nei confronti della massa fallimentare. Le pretese non avrebbero mai potuto essere cedute poiché se non vi fosse stata offerta, la ricorrente avrebbe offerto un'inezia e si sarebbe in questo modo vista sdebitata. A mente dell'autorità inferiore la ricorrente presentava degli evidenti conflitti di interesse a concludere il contratto nei modi e nei termini che l'amministrazione del fallimento aveva inteso e palesato attraverso la propria circolare del 18 gennaio 2007. Era questo il motivo per cui solo i creditori erano ammessi all'asta mentre la ricorrente ne era esclusa. Per questi motivi deve trovare spazio un'applicazione per analogia della giurisprudenza circa l'art. 260 LEF (DTF 34 II 95). Lo stesso ragionamento vale per la pretesa di 1 milione di Euro. Il debitore risulta essere infatti P._____, padrone di tutte le società del gruppo X._____ e artefice principale del crac di X._____. È evidente che egli aveva interesse a soddisfare il proprio debito con il minor dispendio possibile e non ad offrire una somma equa per poi far valere la pretesa acquisita da X._____.

Da ultimo l'autorità inferiore evidenzia che la ricorrente è l'azionista unico di X._____ SA ed aveva ricevuto delle prestazioni (compreso il mutuo da cui nasce la pretesa di fr. 675'000.- oltre interessi) dalla fallita a condizioni che non rispecchiavano quelle generalmente ottenibili sul mercato (2.5 % di interessi, nessuna garanzia, ecc.). A mente dell'autorità inferiore questi contratti (upstreaming) sono tutti viziati (conflitto con il principio dell'at-arm's-lenght, divieto del versamento occulto di dividendi, doppia rappresentanza nell'ambito della stipulazione di contratti, art. 717 CO, ecc.) e sono stati creati ad hoc per trasferire denaro da X._____ SA a X._____ Holding SA. Inoltre l'autorità inferiore sottolinea che, poiché la liquidatrice aveva riconosciuto debiti di fr. 2'000'000.-, non è detto che la società sarebbe fallita se il contratto di mutuo di fr. 1'350'000 in favore della casa madre non fosse mai stato stipulato. Sarebbe contrario al comune senso della giustizia se chi ha mandato in fallimento la società con dei contratti stipulati in palese contrasto con la legge, chi ha distratto denaro ai clienti di X._____ SA per offrirlo a condizioni speciali alla ricorrente e lasciare gli stessi a bocca asciutta nel fallimento, possa

sottrarsi alle proprie responsabilità pagando l'inezia di fr. 1'150.- e in ciò sia anche tutelato dalle autorità.

D.
Con replica del 12 dicembre 2007 la ricorrente ha mantenuto le proprie conclusioni e motivazioni.

A titolo completivo la ricorrente osserva che non è corretto sostenere che ella aveva un interesse opposto agli altri creditori. La ricorrente oltre ad essere creditrice ed avere un proprio legittimo interesse pari agli altri creditori ad oggi non conosce "l'importo definitivo (del credito di X._____ Holding SA) attualmente oggetto di negoziazione separata tendente alla definizione dei rapporti di dare ed avere tra la fallita e X._____ Holding SA". Il medesimo ragionamento vale per la pretesa di ca. 1 mio EUR. La ricorrente ha inteso acquistare tale credito per fr. 100.- anche alfine di assicurarsi il diritto di verificare i debitori e la sussistenza di tale credito.

Con duplica del 1° febbraio 2008 l'autorità inferiore si è in sostanza riconfermata nelle conclusioni e nelle motivazioni. Essa rileva come la ricorrente non solo non è creditrice, ma addirittura debitrice della fallita, proprio di quelle pretese che sono state messe in vendita (subordinatamente in cessione) ai creditori della fallita. Per questo motivo la ricorrente non può essere riconosciuta come creditrice e deve esserle negata la legittimazione a ricorrere.

Per quel che attiene alla pretesa di 1 milione di EURO, l'autorità inferiore precisa che essa risulta dall'ordine di sequestro del Procuratore Pubblico del 14 dicembre 2006 (doc. A). Una volta tale sequestro sarà cresciuto in giudicato è possibile per ogni creditore fare considerazioni generali sulla fondatezza della pretesa.

E.
Su invito del Tribunale amministrativo federale giusta l'ordinanza del 20 febbraio 2008, in data 12 marzo 2008 la ricorrente si è espressa in merito al doc. A che l'autorità inferiore aveva allegato alla replica, proponendo di non ammettere il doc. A agli atti del presente procedimento, in quanto non pertinente ai fini della vertenza.

Con scritto del 26 marzo 2008 l'autorità inferiore ha chiesto l'ammissione del doc. A agli atti, poiché da esso è deducibile l'esistenza della pretesa.

Con ordinanza dell'11 aprile 2008 il Tribunale amministrativo federale ha tra l'altro respinto la richiesta della ricorrente di non ammettere agli atti il doc. A.

Il 25 aprile 2008 il rappresentante legale della ricorrente ha prodotto la procura.

Ulteriori fatti ed argomenti addotti dalle parti negli scritti verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi per l'esito della vertenza.

Diritto:

1.

1.1 L'istanza decidente deve esaminare d'ufficio e con pieno potere di cognizione quale ricorso sia ammissibile ed in che misura si debba entrare nel merito (DTAF 2007/6 consid. 1 e rimandi).

1.2 Il Tribunale amministrativo federale è competente a giudicare i ricorsi contro le decisioni della Commissione federale delle banche che sono dirette contro atti di realizzazione (art. 31 i. r. c. art. 33 lett. f della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale, LTAF, RS 173.32; art. 24 cpv. 2 della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio, Legge sulle banche, LBCR, RS 952.0).

1.3

1.3.1 Ha diritto di ricorrere chi ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo, chi è particolarmente toccato dalla decisione impugnata e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa (art. 48 cpv. 1 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa, PA, RS 172.021).

1.3.2 L'autorità inferiore è dell'avviso che la legittimazione a ricorrere della ricorrente non è data in mancanza della qualità di creditrice, la sola condizione che permetteva di partecipare agli atti di realizzazione pubblicati nella circolare della liquidatrice del 18 gennaio 2007. La

ricorrente contesta da parte sua di non essere considerata come creditrice.

1.3.3 In riferimento alla situazione giuridica materiale, l'oggetto di lite nella presente procedura è la questione a sapere se era lecito rifiutare le offerte di acquisto della ricorrente venendole a mancare la qualità creditrice e quindi se a giusto titolo poteva esserle negata la qualità di creditrice (cfr. consid. 4 segg. in cui si ritorna sull'argomento della qualità di creditrice della ricorrente).

Giusta l'art. 24 cpv. 2 LBCR nelle procedure previste nei capi undicesimo e dodicesimo della legge i *creditori* e i proprietari di una banca possono interporre ricorso solo contro l'omologazione del piano di risanamento e contro atti di realizzazione. È escluso il ricorso secondo l'articolo 17 della legge federale dell'11 aprile 1889 sull'esecuzione e sul fallimento (LEF, RS 281.1). Nel caso in esame la questione di merito e della legittimazione sono ampiamente congruenti, poiché in ambedue i casi è toccata la qualità di creditrice della ricorrente. Un ricorrente di cui è contestata la legittimazione nella procedura, è, per quanto concerne detta problematica, di solito senz'altro legittimato a ricorrere. In questo contesto si può ragionevolmente affermare che la ricorrente è legittimata a ricorrere contro la decisione impugnata nel quadro dell'art. 24 cpv. 2 LBCR i. r. c. l'art. 48 cpv. 1 PA.

1.4 I requisiti relativi ai termini di ricorso (art. 50 PA), alla forma e al contenuto dell'atto di ricorso (art. 52 PA) sono soddisfatti. L'anticipo delle spese processuali è stato versato tempestivamente (art. 63 cpv. 4 PA). Gli altri presupposti processuali sono parimenti adempiuti.

Occorre pertanto entrare nel merito del ricorso.

2.

2.1 Alla CFB compete, tra l'altro, la vigilanza sulle banche, le borse e i commercianti di valori mobiliari (art. 23 cpv. 1 seconda frase LBCR). Essa prende le decisioni necessarie all'applicazione della legge e delle sue disposizioni di esecuzione e vigila sull'osservanza delle prescrizioni legali e regolamentari (art. 23bis cpv. 1 LBCR, art. 35 cpv. 1 LBVM). Se viene a conoscenza di infrazioni alle prescrizioni legali o di altre irregolarità, essa provvede al ripristino dell'ordine legale e alla soppressione delle irregolarità ed emana le decisioni

necessarie a tal fine (art. 23ter cpv. 1 LBCR, art. 35 cpv. 3 LBVM). Nella misura in cui la CFB vigila sull'osservanza delle prescrizioni legali, la sua sorveglianza non è limitata alle persone e alle società ad essa formalmente sottoposte (banche o istituzioni analoghe). Le incombe ugualmente determinare se sono adempiute le condizioni per accordare un'autorizzazione per l'esercizio di un'attività bancaria o borsistica (art. 1 e 3 LBCR; art. 1, 3 e 10 LBVM). Essa può pertanto utilizzare i provvedimenti previsti dalla legge anche contro istituti o persone il cui assoggettamento alla legge o l'obbligo di ottenere un'autorizzazione è (ancora) in discussione (DTF 131 II 306 consid. 3.1.1 e riferimenti).

Se vi sono sufficienti concreti indizi che un'attività soggetta all'obbligo dell'autorizzazione è svolta senza permesso, la CFB ha il diritto e il dovere di raccogliere le informazioni necessarie per acclarare la fattispecie nonché emanare i provvedimenti necessari. Questi possono consistere nello scioglimento e la liquidazione di una società, la quale esercita senza permesso un'attività per la quale un'autorizzazione non avrebbe potuto comunque a priori essere rilasciata, rispettivamente disattende il divieto di accettare a titolo professionale depositi del pubblico (DTF 131 II 306 consid. 3.1.2 e numerosi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali; cfr. anche THOMAS BAUER, Bankengesetzliche Zwangsliquidation von Nichtbanken, in: Jusletter del 21 novembre 2005). Essa può anche ordinarne il fallimento (art. 33 cpv. 1 LBCR). Riguardo alla scelta dei provvedimenti da adottare la CFB, conformandosi pur sempre ai principi generali che disciplinano l'attività amministrativa (divieto dell'arbitrio, rispetto dei principi della parità di trattamento e della proporzionalità nonché della buona fede), deve tendere allo scopo principale della legislazione bancaria e borsistica, cioè, da un lato, tutelare gli interessi dei creditori e degli investitori e, dall'altro, assicurare il buon nome e l'affidabilità della piazza finanziaria svizzera. Riguardo al modo in cui esercita la propria vigilanza nel caso concreto, la CFB fruisce di un ampio potere di apprezzamento (DTF 131 II 306 consid. 3.1.2 in fine con richiami).

2.2 Con decisione del 24 novembre 2004 la CFB ha stabilito che X._____ SA esercita l'attività di commerciante di valori mobiliari ai sensi della legge sulle borse e ha con ogni probabilità accettato averi del pubblico ai sensi della legge sulle banche senza essere in possesso della necessaria autorizzazione. Con decisione del 27 aprile 2005 la CFB ha tra l'altro dichiarato il fallimento di X._____ SA,

(*luogo*) e nominato PricewaterhouseCoopers SA, (*luogo*) liquidatrice del fallimento. Con sentenza del 14 febbraio 2006 il Tribunale federale ha respinto il ricorso della ricorrente contro entrambe le decisioni menzionate. Di conseguenza alla liquidatrice era consentito procedere nello svolgimento della procedura di fallimento bancario concernente la X._____ SA.

2.3 Dal 1° luglio 2004 è in vigore la nuova legislazione bancaria relativa alla liquidazione di banche insolventi (fallimento di banche). La competenza in materia di vigilanza, di risanamento e di fallimento per quanto concerne le banche incombe pertanto esclusivamente alla Commissione federale delle banche (cfr. anche art. 36a della Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 24 marzo 1995, Legge sulle borse, LBVM, RS 954.1; detto disposto prevede un'applicazione analogica delle disposizioni sull'insolvenza bancaria nei casi di commercio di valori mobiliari).

Se non vi è alcuna prospettiva di risanamento oppure se esso è fallito, la Commissione federale delle banche revoca alla banca l'autorizzazione di esercitare, ne ordina la liquidazione e la rende pubblicamente nota (art. 33 cpv. 1 LBCR). Il suo ordine di liquidazione esplica gli effetti di una dichiarazione di fallimento (art. 34 cpv. 1 LBCR combinato con gli art. 197- 220 della LEF). Fatte salve determinate disposizioni bancarie (art. 35- 37g LBCR), la liquidazione va effettuata conformemente agli art. 221- 270 LEF (art. 34 cpv. 2 LBCR). Come già spiegato dal Tribunale federale, queste disposizioni speciali si applicano anche nei confronti di imprese o persone che hanno esercitato senza permesso un'attività bancaria sottoposta ad autorizzazione (per un esposto dettagliato in proposito, cfr. DTF 131 II 306 consid. 4.1.2 e riferimenti). Se una società ha esercitato un'attività bancaria senza permesso e se è escluso che le venga rilasciata a posteriori la necessaria autorizzazione, essa può, se ciò risulta proporzionato, essere posta in liquidazione a titolo di provvedimento di vigilanza, per applicazione analogica dell'art. 23quinquies LBCR. Se non si può procedere ad un scioglimento (totale o parziale) volontario, di principio la liquidazione della società viene allora effettuata sotto la vigilanza della CFB in applicazione delle regole del diritto delle società (cfr. art. 739 segg. CO). Se la società risulta oberata di debiti, la liquidazione va ordinata secondo le regole speciali applicabili al fallimento di banche (art. 33 segg. LBCR).

2.4 L'ordine di liquidazione ha gli effetti di una dichiarazione di fallimento secondo gli articoli 197-220 LEF. Fatte salve le disposizioni seguenti (art. 35 fino a 37g LBCR), la liquidazione deve essere effettuata conformemente agli articoli 221-270 LEF. La Commissione delle banche può prendere decisioni e disposizioni derogatorie (art. 34 LBCR).

Sulla base dell'art. 34 cpv. 3 LBCR è stata emanata l'ordinanza della Commissione federale delle banche relativa al fallimento di banche e di commercianti di valori mobiliari (Ordinanza sul fallimento bancario del 30 giugno 2005, OFB; RS 952.812.32).

2.5 Nel quadro della procedura di fallimento bancario la CFB può ordinare norme divergenti dalla LEF (cfr. art. 34 cpv. 2 LBCR). La procedura di fallimento bancario attraversa di principio le stesse fasi della procedura di fallimento prevista nella LEF e si contraddistingue per gli obiettivi perseguiti della semplificazione, rapidità, flessibilità e dell'efficienza (cfr. sulle particolarità del fallimento bancario EBK Bulletin 48 (2006) pag. 137 segg.; Messaggio concernente la modifica della legge federale sulle banche e le casse di risparmio, FF 2002 7175 segg., in particolare 7206 seg.; RENATE SCHWOB, in: BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Nachlieferung, Zurigo-Basilea-Ginevra 2004, N. 3 segg. ad Art. 34 LBCR; MARKUS GÜGGENBÜHL, Bankenkonkurs und Einlagensicherung, Rechtslage seit 1. Januar 2006 im Überblick, in: SJZ 102 (2006) pag. 373 segg.; questi riferimenti valgono anche per i paragrafi seguenti).

La semplificazione si riferisce agli organi competenti: la CFB unisce in sé le funzioni di autorità di sorveglianza sulle banche e di giudice del fallimento, mentre il compito di liquidatore comprende allo stesso tempo le funzioni di liquidatore giusta il diritto bancario, di ufficio fallimento e di amministrazione del fallimento. Il liquidatore del fallimento conduce la procedura in modo celere; egli (a.) tutela e realizza gli attivi del fallimento; (b.) provvede alla gestione necessaria alla procedura di fallimento bancario; (c.) rappresenta la massa del fallimento in tribunale; (d.) si occupa, in collaborazione con i responsabili della garanzia dei depositi, dell'accertamento e del pagamento dei depositi garantiti ai sensi dell'art. 37h LBCR (art. 9 OFB). L'attività del liquidatore sottostà alla sorveglianza della CFB,

alla quale egli deve presentare su richiesta un rapporto (GÜGGENBÜHL, op. cit., pag. 377, cfr. anche art. 34 OFB).

La procedura di fallimento bancario si prefigge di essere rapida ed efficiente. Ad esempio, di principio non è prevista obbligatoriamente un'assemblea dei creditori (art. 35 LBCR) e nella formazione della graduatoria, i crediti allibrati sono considerati insinuati (art. 36 cpv. 1 LBCR, art. 17 cpv. 1 OFB).

Un altro aspetto della procedura di fallimento bancario risiede nella sua flessibilità, in maniera particolare per quanto attiene alla realizzazione degli attivi. Il liquidatore gode di un'ampia libertà di decisione in merito al modo di utilizzazione e al momento della realizzazione (art. 29 cpv. 1 OFB). Egli deve essere messo nella situazione di riuscire a realizzare gli attivi al valore più elevato possibile. Egli deve allestire periodicamente il piano di realizzazione, con cui i creditori sono informati sulle realizzazioni imminenti e sul relativo modo di realizzazione. Da parte loro i creditori hanno la possibilità di opporsi alle realizzazioni contenute nel piano di realizzazione e di richiedere alla CFB una decisione impugnabile (art. 7 OFB). Contro gli atti di realizzazione sia i creditori che i proprietari possono inoltrare ricorso (art. 24 cpv. 2 LBCR).

3.

Nella circolare inviata ed indirizzata ai creditori dalla liquidatrice il 18 gennaio 2007 sono descritte le varie fasi attraversate nella procedura di fallimento della X._____ SA in liquidazione. Essa comprende un breve istoriato della fallita nonché una breve relazione della liquidatrice sulla gestione del fallimento e dell'attività svolta. La circolare contiene inoltre delucidazioni sullo stato degli attivi e dei passivi. Da essa si evince che la società non dispone di attivi liquidi, ma di diversi beni mobili, che in parte sono stati rivendicati da terzi e che la società dispone di 6 pretese verso terzi. Nella circolare è indicata la possibilità per i creditori di consultare la graduatoria nonché di contestarla. Nel capitolo concernente il proseguimento della procedura la liquidatrice rinuncia espressamente alle pretese verso terzi della fallita, offrendole in primo luogo in vendita al miglior offerente e a titolo subordinato in cessione ai creditori, eccezion fatta per la pretesa verso gli organi della società. Infine la circolare informa i creditori su questioni relative alla ripartizione e sulla chiusura del fallimento. Dalla circolare si evince che di principio la liquidatrice

nominata dall'autorità inferiore ha eseguito la procedura di fallimento in conformità ai relativi disposti di legge, ciò che fondamentalmente non è nemmeno contestato dalla ricorrente.

Le censure sollevate dalla ricorrente fanno riferimento esclusivamente al punto della circolare in cui viene indicato il modo di realizzazione delle pretese verso terzi che la liquidatrice ha espressamente rinunciato a fare valere. Esso si presenta come segue:

"(...) la liquidatrice (...) informa pertanto tutti i creditori che essa rinuncia a tutte le sue pretese verso terzi elencate al precedente punto III. La liquidatrice del fallimento offre pertanto:
*a. **in primo luogo** le pretese di spettanza di X._____ SA in liquidazione **in vendita** al miglior offerente ai sensi dell'art. 19 cpv. 6 OFB (ANNESSO 2A), ad esclusione della pretesa verso gli organi della società.*
*b. **a titolo subordinato**, dunque unicamente nel caso in cui non vi sia alcuna offerta di acquisto, le medesime pretese sono offerte **in cessione** ai creditori ai sensi degli art. 19 cpv. 5 OFB e 260 LEF (ANNESSO 2B).*
I creditori che intendono usufruire di queste opzioni dovranno compilare i formulari 2A e/o 2B e rispedirli alla liquidatrice entro il 19 febbraio 2007".

Nell'OFB sono previsti esplicitamente l'incanto pubblico (art. 30 OFB) e la cessione dei diritti (art. 31 OFB) quali modalità di realizzazione. Tuttavia l'art. 29 OFB conferisce al liquidatore un ampio margine di libertà per decidere sulle modalità e sul momento della realizzazione (art. 29 cpv. 1 OFB); nella procedura di fallimento bancario al liquidatore è attribuito il ruolo principale (GUGGENBÜHL, SJZ 2006 pag. 373 segg, pag. 377; RENATE SCHWOB, op. cit., N. 13 ad art. 34 LBCR). Se il liquidatore rinuncia a fare valere delle pretese, egli ha la possibilità di richiedere la cessione ai sensi dell'art. 260 cpv. 1 e 2 LEF oppure di ordinare, in luogo della cessione ai creditori, un altro modo di realizzazione (cfr. art. 19 cpv. 5 e 6 OFB). In virtù dei disposti vigenti il liquidatore può quindi scegliere tra la cessione giusta l'art. 260 LEF e un'altra modalità di realizzazione. L'alternativa alla cessione secondo l'art. 260 LEF si lascia spiegare dalla circostanza che di regola non rimane un'eccedenza per la massa del fallimento dopo che creditori che hanno fatto valere la cessione hanno ottenuto una copertura per le loro pretese. Un esempio per un altro tipo di realizzazione è la messa in vendita di pretese, che può essere vantaggiosa nel caso di rapporti attivi della banca, ad esempio se il liquidatore riesce a vendere interi portafogli clienti (cfr. RENATE SCHWOB,

v. q. v., N. 14 ad art. 34 LBCR; EBK Bulletin 48 (2006) pag. 143 seg., 164 seg., 176 segg.).

In considerazione delle allegazioni suesposte si può a giusto titolo affermare che le modalità di realizzazione previste dalla circolare (vale a dire la vendita delle pretese al miglior offerente e in via subordinata la loro cessione) sono conformi alle disposizioni dell'OFB relative alle modalità di realizzazione degli attivi nonché alle spiegazioni nel bollettino della CFB, le quali sono approvate anche dalla dottrina (RENATE SCHWOB, v. q. v., N. 14 ad art. 34 LBCR). Anche la clausola secondo cui la liquidatrice nella relativa circolare aveva riservato la realizzazione delle pretese della massa nei confronti di terzi esclusivamente ai creditori della fallita è senz'altro conciliabile con le particolarità e gli obiettivi perseguiti dalla procedura di fallimento bancario e rientra inoltre nel margine di libertà che viene conferito al liquidatore nell'OFB. Infine occorre sottolineare che l'inoltro di una richiesta di cessione ai sensi dell'art. 260 LEF è un privilegio che spetta per legge esclusivamente ai creditori. In questo senso si può ragionevolmente concludere che gli atti di realizzazione previsti nell'OFB, la quale rinvia a più riprese agli specifici disposti nella LEF, segnatamente anche all'art. 260 LEF, siano di principio indirizzati ai creditori di una ditta sulla quale è stato aperto il fallimento bancario. Infine nemmeno le ricorrenti si oppongono di per sé alle modalità di realizzazione che la liquidatrice ha messo alla base della circolare, bensì ne contestano solo la mancata applicazione nei confronti delle loro offerte di acquisto. Le questioni che derivano da questa censura sono oggetto dei considerandi che seguono.

4.

Dagli atti emerge che in data 7 marzo 2007 la ricorrente ha offerto l'importo di fr. 500.- per l'acquisto di una pretesa nei suoi confronti pari a fr. 28'976.65, altri fr. 500.- per l'acquisto di una pretesa nei suoi confronti pari a fr. 675'000.- e fr. 100.- per la pretesa di 1 milione di Euro nei confronti dei debitori della fallita come risultava da un ordine di sequestro del Ministero Pubblico di Lugano.

Di seguito va esaminato se la liquidatrice e con lei l'autorità inferiore hanno a giusta ragione potuto rifiutare le offerte di acquisto inoltrate dalla ricorrente. In sostanza l'autorità inferiore fa valere che le offerte di acquisto non potevano essere considerate perché la ricorrente non è creditrice, ma debitrice delle prime due pretese, mentre in relazione

alla terza pretesa sussisterebbe un conflitto di interessi. In applicazione analogica della giurisprudenza del Tribunale federale secondo cui la cessione di un credito al suo debitore è nulla, l'autorità inferiore ha concluso che anche la vendita di un credito al suo debitore non può essere tollerata. Infine l'autorità inferiore è dell'avviso che con l'annuncio della vendita delle pretese ai creditori la liquidatrice non ha presentato un'offerta vincolante.

5.
In primo luogo, a titolo di premessa, si riconferma che l'aver riservato la partecipazione agli atti di realizzazione degli attivi ai soli creditori è lecito e conciliabile con i disposti della LBCR e dell'OFB e con i principi della rapidità, dell'efficienza e della flessibilità che sono inerenti alla procedura di fallimento bancario (cfr. consid. 2.4, 2.5 e 3).

Di seguito va dato uno sguardo alle tre pretese in questione ed appurato in che misura la ricorrente ha qualità di creditrice e quindi può essere ammessa a partecipare alla messa in atto della realizzazione delle pretese rivendicate. In questo contesto va rimarcato che la qualità di creditrice della ricorrente deve essere esaminata ogni volta in riferimento ad ogni singola pretesa che è oggetto di un atto di realizzazione.

5.1 Considerato che le prime due pretese risultano dal contratto di finanziamento del 30 settembre 2004, stipulato dalla fallita X._____ SA, (luogo) e dalla ricorrente X._____ Holding SA, (*luogo*) (cfr. atti preliminari 02 001 C 01 002), si rivela giustificato esaminare la qualità di creditrice nei confronti di entrambe le pretese. Secondo il contratto di finanziamento menzionato, la fallita si impegnava a trasferire alla ricorrente a titolo di mutuo fruttifero l'importo di fr. 1'350'000.-. Da parte sua la ricorrente si impegnava a restituire la somma mutuata in due rate; la prima rata pari al 50% dell'importo dovuto (fr. 675'000.-) entro il 30 giugno 2006, maggiorata degli interessi del 2.5%; la seconda rata pari al 50% dell'importo dovuto (fr. 675'000.-) entro il 30 settembre 2007, anch'essa maggiorata degli interessi del 2.5%.

Dalla graduatoria (N. 49) rispettivamente dalla circolare si evince che la ricorrente ha già restituito nell'aprile 2005 parte della prima rata per un importo di fr. 564'400.-. L'importo residuo di fr. 110'600.- rimasto scoperto sulla prima rata è stato interamente compensato con il credito di fr. 81'623.35 che sussisteva prima del fallimento tra la

ricorrente X._____ Holding SA e la fallita X._____ SA e risultante da pretese per l'affitto degli uffici X._____ fino al 15 giugno 2006 (cfr. graduatoria N. 49). Il credito di fr. 81'623.35 si è quindi estinto per mezzo della compensazione con la differenza dovuta sulla prima rata del mutuo (fr. 110'600.-). Ne consegue che decade la qualità di creditrice della ricorrente sempre per quanto riguarda il medesimo credito. Dalla graduatoria è ravvisabile in maniera evidente che la ricorrente è debitrice sulla base del contratto di finanziamento del 30 settembre 2004, ossia di una pretesa di fr. 28'976.75 sulla prima rata del mutuo e di una pretesa fr. 675'000.- sulla seconda rata del mutuo, a cui ogni volta vanno aggiunti gli interessi del 2,5%.

Nel corso della procedura di fallimento ai creditori della fallita era stato impartito un termine per insinuare i loro crediti fino al 31 dicembre 2006. Il 19 gennaio 2007 era stata pubblicata sul Foglio Ufficiale Svizzero di Commercio e sul sito internet della CFB la graduatoria e i creditori hanno avuto la possibilità di consultarla per un periodo di 20 giorni dopo la pubblicazione (conformemente all'art. 27 OFB). Se la ricorrente non fosse stata d'accordo di risultare dalla graduatoria quale debitrice della fallita per quanto attiene al credito risultante dal contratto di finanziamento, essa avrebbe potuto (e dovuto) impugnarla (art. 28 OFB i. r. c. l'art. 250 LEF). Omettendo tale contestazione, la graduatoria ha forza di cosa giudicata e non può più essere messa in discussione. Sempre riguardo al credito di fr. 81'623.35 giusta la graduatoria (N. 49) si legge che “l'importo definitivo a titolo di subaffitto dei locali e altre spese accessorie è attualmente oggetto di negoziazione separata tendente alla definizione dei rapporti di dare ed avere tra la fallita e X._____ Holding SA.” Fino ad oggi non sono noti e non sono nemmeno evincibili dagli atti i risultati di tale negoziazione, tuttavia appare poco probabile che venga definito un importo di gran lunga superiore al debito che la ricorrente ha ancora nei confronti della fallita sulla scorta del contratto di finanziamento.

Per quanto attiene alle due pretese derivanti dal contratto di finanziamento (fr. 28'976.75 e fr. 675'000.- più interessi del 2.5% per ciascuna), il Tribunale amministrativo federale giunge alla conclusione che dalla graduatoria la ricorrente risulta unicamente quale debitrice diretta della fallita. Ne discende che venendole a mancare una delle condizioni essenziali per poter partecipare alla realizzazione delle pretese conformemente alla circolare, la ricorrente non era autorizzata

già per ragioni formali ad inoltrare le offerte di acquisto aventi come oggetto gli importi residui del mutuo ancora dovuti alla fallita.

5.2 Lo stesso vale anche per la pretesa nei confronti di vari debitori della fallita per un credito complessivo di EUR 1'000'000.-. Tale credito si basa sull'ordine di sequestro della Procuratrice Manuela Minotti Perucchi del 14 dicembre 2006.

5.2.1 Nel quadro dell'istruzione la ricorrente aveva proposto di non ammettere l'ordine di sequestro (doc. A) agli atti. Detto documento si trovava negli allegati dell'autorità inferiore che da parte sua affermava che da esso poteva essere dedotta l'esistenza della pretesa. Con ordinanza dell'11 aprile 2008 il Tribunale amministrativo federale ha respinto la richiesta della ricorrente.

5.2.2 Dall'ordine di sequestro si evince espressamente che a carico di P._____ è stata promossa tra le altre l'accusa per titolo di diminuzione dell'attivo in danno ai creditori per aver occultato nella procedura fallimentare un credito di EUR 1'000'000.- spettante alla società fallita. Alla luce di quest'informazione, all'ordine di sequestro possono a giusto titolo essere attribuiti un certo valore probatorio e una certa rilevanza, almeno per quanto concerne la qualità di debitrice della ricorrente, ciò che spiega il rifiuto della domanda della ricorrente di escludere questo documento dagli atti.

5.2.3 Al di là dell'indicazione della pretesa in questione formulata nell'ordine di sequestro, anche nella circolare è indicato che tale credito risulterebbe da una dichiarazione del 23 settembre 2004 rilasciata da P._____. Dagli atti ulteriori si evince che P._____ è amministratore unico della X._____ SA e della ricorrente, la quale detiene a sua volta le 500 azioni della X._____ SA e inoltre la stessa persona si rivela essere amministratore unico della Lago Holding SA, società che detiene la X._____ Holding SA. Essendo quindi evidente che P._____ è amministratore unico sia della fallita che della ricorrente, non si può negare il sussistere di un eventuale conflitto di interesse e di un certo legame tra P._____ e la ricorrente. Sulla base sia dell'interpretazione economica della situazione che si presenta nel caso di specie nonché dell'ordine di sequestro del 14 dicembre 2006, non si può quindi escludere che P._____ sia debitore della pretesa in questione. L'argomento dell'autorità inferiore secondo cui il debitore della pretesa sia tentato per il tramite della ricorrente di saldare il proprio debito con il minor dispendio possibile,

sottraendosi così dagli obblighi derivanti dalla massa del fallimento, non manca quindi di plausibilità.

Allo stesso modo si rammenta che sotto l'aspetto formale la ricorrente non poteva essere ammessa a partecipare alla realizzazione delle pretese messe in vendita rispettivamente in cessione dalla liquidatrice poiché - in riferimento alle pretese per le quali essa aveva inoltrato le offerte di acquisto - dalla graduatoria non discendeva più la sua qualità di creditrice, bensì unicamente quella di debitrice. La stessa ricorrente sottolinea che nella procedura di fallimento bancario P._____ ha potuto acquistare la pretesa di X._____ SA nella causa nr. 500-05 – 016682 – 930 nei confronti della Coopers&Lybrand, Canada, pendente presso il Tribunale di Montreal, Canada, avente per oggetto il risarcimento di 6'829'201 dollari canadesi per un importo di 500 fr. svizzeri. Tenuto conto che P._____ figura quale creditore della fallita nella graduatoria (cfr. N. 33, 81, 89) e che quindi adempie una condizione per partecipare alla vendita delle pretese o per richiederne la cessione, si lascia senz'altro spiegare la ragione per l'accettazione della sua offerta. Una volta di più è ravvisabile che la ricorrente non disponeva dei requisiti corrispondenti per inoltrare le sue offerte di acquisto delle pretese e che perciò tali offerte non potevano, a giusto titolo, essere prese in considerazione.

5.2.4 La ricorrente fonda un presunto riconoscimento quale creditrice tra l'altro dalla circolare del 18 gennaio 2007 (cfr. replica del 12 dicembre 2007, punto 4). Da ultimo anche questo aspetto non può essere considerato rilevante ai fini dell'esito della presente vertenza. Tutt'al più si potrebbe porre la questione se sono dati i presupposti per una responsabilità per culpa in contrahendo o simile, il che non dovrebbe essere giudicato nel presente procedimento; non è nemmeno ravvisabile in che cosa potrebbe consistere il danno.

5.3 Dalle allegazioni suesposte si evince che alla ricorrente non era permesso inoltrare delle offerte di acquisto già di principio, venendole a mancare la condizione chiave per partecipare alla realizzazione degli attivi: il ruolo di creditrice.

6.
A titolo abbondanziale si esamina di seguito la questione a sapere se è lecito applicare per analogia la prassi del Tribunale federale secondo

cui la cessione di una pretesa al debitore della stessa è nulla anche nel caso della messa in vendita di una pretesa.

6.1 Ogni creditore ha diritto di chiedere la cessione di quelle pretese alle quali rinuncia la massa dei creditori (art. 260 cpv. 1 LEF i. r. c. art. 19 cpv. 5 e 31 OFB). La cessione dei diritti di cui all'art. 260 LEF è un atto di realizzazione e viene definito quale istituto esecutivo e processuale sui generis (cfr. per tutto KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 2008, § 47 N. 30 segg.; DTF 113 III 136 consid. 3). Non si tratta di una cessione ai sensi del diritto delle obbligazioni (art. 164 CO). Il creditore che si fa cedere un diritto giusta l'art. 260 LEF non ne diventa il titolare, ma dispone di un mandato procedurale che lo autorizza tramite la cessione a far valere (al posto della massa) la pretesa litigiosa e condurre il processo in nome proprio, per proprio conto e a proprio rischio e pericolo (sentenza del Tribunale federale del 28 luglio 2005, 5C.32/2005 consid. 3.1 con rinvii). La pretesa ceduta spetta sotto l'aspetto del diritto materiale alla massa. La somma ricavata, dedotte le spese, serve a coprire i crediti dei cessionari secondo il loro grado rispettivo. L'eccedenza sarà versata alla massa (art. 260 cpv. 2 LEF). La cessione dei diritti secondo l'art. 260 LEF serve quale mezzo di copertura preferenziale della pretesa del cessionario contro il fallito (DTF 113 III 137 consid. 3a).

6.2 Il creditore ha il diritto di esigere la cessione se sono date le seguenti condizioni per ammetterla: una pretesa cedibile, la rinuncia dei creditori (nella procedura di fallimento bancario della liquidatrice) a far valere la pretesa (in casu adempiuto con la pubblicazione della circolare nel FUSC) e una richiesta di cessione da parte di un creditore legittimato a farlo (AMONN/WALTHER, op. cit., § 47 N. 43 segg.).

È legittimato ad inoltrare una richiesta di cessione ogni creditore che è stato considerato nella graduatoria. Al creditore a cui è stata negata la menzione nella graduatoria è data la possibilità di richiedere la cessione condizionata, ma solo nella misura in cui ha impugnato per tempo la graduatoria. Non è legittimato a richiedere la cessione quel creditore contro cui è rivolta la pretesa da cedere. Una simile cessione sarebbe nulla perché renderebbe illusoria la rivendicazione della pretesa (AMONN/WALTHER, op. cit., § 47 N. 50; BGE 54 III 211, 107 III 93, 113 III 135, 7B.18/2006). Nella dottrina è sostenuta l'opinione che sulla base dell'art. 2 del Codice Civile (Codice Civile Svizzero del

10 dicembre 1907, CC, RS 210) non possono essere cedute non solo le pretese che sono di spettanza del debitore, ma anche quelle che appartengono a persone che sono a lui vicine (cfr. STEPHEN V. BERTI, in: STAEHLIN/BAUER/STAEHLIN (Herausgeber) Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Art. 221-352, Nebenerlasse, 1998, N. 30 ad art. 260 SchKG).
Il fatto che si possa negare la legittimazione a richiedere la cessione di una pretesa ad un debitore o ad una persona a lui vicina può essere dedotto dagli effetti che risultano dalla cessione giusta l'art. 260 LEF. Una volta che una pretesa è ceduta al creditore è esclusivamente compito di quest'ultimo di far valere la pretesa invece della massa. Se creditore e debitore sono riuniti nella stessa persona decade la possibilità di rivendicazione processuale della pretesa rispettivamente di realizzazione del credito, il che va evidentemente a scapito della massa del fallimento e degli interessi dei creditori. Ne va da sé ed é comprensibile che si dichiari nulla la cessione di una pretesa al suo debitore o a persone che gli sono vicine. Dal momento che la ricorrente secondo la graduatoria non risultava più come creditrice ma debitrice, è evidente che le pretese in oggetto non potevano esserle cedute ai sensi dell'art. 260 LEF.

6.3 La ricorrente è del parere che la vendita delle pretese corrisponde ad una cessione ai sensi dell'art. 164 CO e che il riferimento per analogia all'art. 260 LEF non può quindi trovare spazio.

A questo riguardo va rilevato che la cessione giusta l'art. 164 CO significa il trasferimento contrattuale di una pretesa tra il creditore originario (cedente) ad un terzo (cessionario). Il debitore della pretesa ceduta (debitor cessus) non partecipa in qualità di parte al negozio giuridico e la comunicazione della cessione al debitore non è un requisito per la validità della cessione (DANIEL GIRSBERGER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO, 4a edizione, 2007, Basilea, N. 1 ad art. 164 CO). Tuttavia occorre sottolineare che sia nel caso di una cessione ai sensi dell'art. 260 LEF sia nel caso di una cessione civilistica ai sensi dell'art. 164 CO, entrambi gli istituti giuridici si indirizzano ai creditori di una pretesa.

Nel caso in esame sorgono tuttavia difficoltà tecniche nell'attuazione della cessione ai sensi dell'art. 164 CO. In effetti il titolare della pretesa è la massa, mentre la ricorrente avrebbe il doppio ruolo di cessionaria e di debitrice della pretesa. Pur quanto sussistano differenze nelle

conseguenze giuridiche tra la cessione di una pretesa ai sensi dell'art. 260 LEF e la cessione giusta l'art. 164 segg. CO, non appare a tutta prima fuori luogo che si applichino anche al caso di specie la dottrina e la giurisprudenza relative all'art. 260 LEF, poiché in entrambi i casi la ricorrente non può essere considerata creditrice delle pretese e con la cessione o la vendita di pretese della fallita al debitore si permetterebbe a quest'ultimo di sdebitarsi, contravvenendo agli interessi della massa e dei creditori. Ne discende che molto verosimilmente nel caso di specie non sarebbe stata possibile nemmeno una cessione civilistica.

7.
Indipendentemente dal fatto che la ricorrente possa essere considerata come creditrice o meno o che le pretese avessero potuto essere cedute giusta l'art. 260 LEF o 164 CO, sussistono infine alcuni dubbi in merito alla questione a sapere se le offerte di acquisto della ricorrente dovevano essere accettate dalla liquidatrice poiché quest'ultima era vincolata dall'offerta formulata nella circolare.

7.1 La prima modalità di realizzazione degli attivi consisteva secondo il testo letterale della circolare *“in primo luogo” di “mettere le pretese di spettanza di X._____ SA in liquidazione in vendita al miglior offerente ai sensi dell'art. 19 cpv. 6 OFB (ANNESSO 2A), ad esclusione della pretesa verso gli organi della società.”*. I creditori che intendevano usufruire di questa possibilità dovevano inoltrare il rispettivo formulario entro il 19 febbraio 2007.

Dall'espressione “mettere in vendita al miglior offerente” si potrebbe dedurre che nel caso di specie si tratti di un incanto ai sensi dell'art. 229 segg. CO. Le disposizioni sull'incanto pubblico giusta gli art. 30 OFB e gli art. 257-259 LEF non dovrebbero trovare in casu applicazione, tenuto conto che la presente messa in vendita ha carattere esclusivamente privato, non essendo aperta a tutti, bensì riservata ai soli creditori, il che, come già indicato, è conforme ai disposti vigenti (cfr. consid. 2.4 e 3).

L'art. 229 CO distingue la vendita per incanto pubblico nell'esecuzione forzata (art. 229 cpv. 1 CO, per la quale valgono in primo luogo le disposizioni speciali della LEF) e la vendita per asta volontaria (art. 229 cpv. 2 CO). Quest'ultima è suddivisa in asta volontaria pubblica e in asta volontaria privata (cfr. RETO THOMAS RUOSS, in:

HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), op. cit., N. 13 segg. premesse agli art. 229-236 CO). Un'asta è privata sia se non è stata annunciata in pubblico sia se non è aperta a tutti (RUOSS, op. cit., N. 13 ad premesse agli art. 229-236 CO).

Nella sua decisione 5C.14/2002 al consid. 3b il Tribunale federale ha riconosciuto che nelle norme degli art. 229 segg. CO non è compresa l'asta privata e che a quest'ultima si applicano le regole generali del diritto delle obbligazioni rispettivamente del contratto di compravendita (così anche la dottrina, ad esempio RUOSS, op. cit., N. 16 ad premesse agli art. 229-236 CO; HANS GIGER, Berner Kommentar, N. 38 e 39 premesse agli art. 229-236 CO; di avviso contrario ANTON PESTALOZZI, Wann gelten die Sonderbestimmungen des Versteigerungsrechts?, in: AJP 2000, 984 segg., ANTON PESTALOZZI, Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229-236 CO, Zurigo 1997, N. 112 ad art. 229 CO, pag. 32).

Dalle allegazioni suesposte emerge che al caso di specie non possono quindi essere applicate le disposizioni di cui agli art. 229 segg. CO.

7.2 Un'applicazione dei principi generali del diritto delle obbligazioni mostra la situazione seguente.

7.2.1 Giusta l'art. 1 cpv. 1 CO il contratto non è perfetto se non quando i contraenti abbiano manifestato concordemente la loro reciproca volontà. Elemento costitutivo per la nascita di un contratto è il consenso delle parti rispettivamente la loro reciproca dichiarazione della volontà contrattuale; non è necessario che le dichiarazioni delle parti siano qualificate in proposta o accettazione; nel valutare la nascita di un contratto l'utilizzo delle figure proposta / accettazione è necessario unicamente e fa solo senso quando le dichiarazioni reciproche di volontà non coincidono temporalmente e inoltre quando colui che per primo ha manifestato inizialmente la sua dichiarazione di volontà vi ha in seguito rinunciato; gli istituti della proposta e dell'accettazione acquistano importanza se la conclusione del contratto non si verifica in presenza delle parti, ad esempio se le parti comunicano per posta o con altri mezzi di comunicazione moderni (cfr. per tutto EUGEN BUCHER, in: Obligationenrecht I, op. cit., N. 3 alle premesse agli art. 3-9 CO; cfr anche HEINRICH HONSELL, OR Art. 1-529, Basilea 2008, N. 1 ad art. 1 CO).

Nel caso di specie la liquidatrice ha comunicato per circolare scritta le

modalità di realizzazione delle pretese e i creditori potevano inoltrare le loro offerte di acquisto rispettivamente le richieste di cessione delle pretese utilizzando i rispettivi formulari (Annesso 2A per le offerte di acquisto e Annesso 2B per le richieste di cessione). La conclusione del contratto non poteva quindi aver luogo in presenza delle parti. Fa quindi senso fare appello agli art. 3 segg. CO.

7.2.2 Chi ha fatto ad altri la proposta d'un contratto fissando per l'accettazione un termine, resta vincolato alla proposta fino allo spirare del medesimo (art. 3 cpv. 1 CO). Egli rimane liberato, se entro questo termine non gli è giunta la dichiarazione di accettazione (art. 3 cpv. 2 CO).

Di regola, secondo il disposto di cui all'art. 3 CO la dichiarazione dell'offerente è vincolante. Egli non può ritirare l'offerta proposta entro un determinato periodo ed è perciò vincolato con l'arrivo dell'accettazione, anche se nel frattempo egli ha rinunciato alla sua dichiarazione di voler concludere il contratto. A questa regola vi sono tre eccezioni (cfr. per tutto BUCHER, op. cit., N. 3 segg. ad art. 3 CO): l'offerta data su riserva di revoca (in questo caso la revoca è possibile fino all'entrata di un'accettazione), l'offerta data su riserva dell'indicazione “senza impegno” giusta l'art. 7 cpv. 1 CO (in questo caso è possibile revocare un'offerta anche dopo l'entrata di un'accettazione) e l'invito a presentare un'offerta (“Einladung zur Offertstellung”, invitatio ad offerendum, principalmente giusta l'art. 7 cpv. 2 CO). In quest'ultimo caso chi ha invitato a presentare un'offerta non deve in principio dichiarare la sua volontà a non vincolarsi nemmeno dopo aver ricevuto la dichiarazione di accettazione del destinatario del suo invito. La questione a sapere se un'offerta è vincolante come vuole la regola oppure se sussiste una delle tre eccezioni deve essere decisa per il tramite dell'interpretazione (BUCHER, op. cit.). Un'offerta è soggetta ad accettazione se contiene tutti gli elementi essenziali oggettivi e soggettivi necessari affinché nasca il consenso tra le parti (cfr. HONSELL, op. cit., N. 5 ad art. 3 CO).

7.2.3 La messa in vendita delle pretese che la liquidatrice ha rinunciato a fare valere era riservata a tutti i creditori, ai quali era stata data la possibilità di inoltrare le loro offerte di acquisto entro una determinata data, ovvero il 19 febbraio 2007.

Nella circolare la liquidatrice ha unicamente dichiarato di voler mettere

in vendita delle pretese ben precise “al miglior offerente” tra i creditori, senza tuttavia determinarsi sull'entità del prezzo che essa si aspettava. Nel caso di un contratto di compravendita il prezzo è considerato come un elemento essenziale per la stipulazione del contratto (cfr. art. 184 CO). La circostanza che la liquidatrice abbia omesso di indicare un prezzo qualsiasi nella circolare lascia inequivocabilmente supporre che la medesima con questa dichiarazione non abbia voluto impegnarsi in maniera vincolante nei confronti di ogni offerta inoltrata. Si può invece ragionevolmente dedurre che la dichiarazione della liquidatrice riveste il carattere di un atto preparatorio che ha come scopo quello di definire in una fase successiva il prezzo delle pretese. In questo senso la modalità di realizzazione degli attivi vertente sulla vendita delle pretese non poteva altro che essere interpretata come invito ai creditori a presentare le loro offerte. Un invito a presentare le offerte presuppone in questo caso che siano i creditori a determinare il prezzo sotto forma di un'offerta e che sia la liquidatrice a decidere se accettare o meno le offerte inoltrate. Nel risultato si giungerebbe a questa soluzione anche in applicazione delle disposizioni sull'incanto di cui all'art. 229 segg. CO, tanto è vero che l'annuncio di un'asta secondo tale disposto è anch'esso qualificato come invito a presentare un'offerta, come indicato a giusto titolo anche dall'autorità inferiore (cfr. Ruoss, op. cit., N. 24 ad premesse agli art. 229-236 CO).

A livello prettamente formale e in aggiunta alle allegazioni precedenti va rilevato che dagli atti si evince che la ricorrente ha inoltrato le proprie offerte di acquisto in data 7 marzo 2007. Anche nell'ipotesi che le offerte formulate nella circolare siano vincolanti, già solo sotto questo aspetto la liquidatrice non avrebbe più dovuto considerarle, poiché una volta scaduto il termine di inoltro delle offerte, ovvero il 19 febbraio 2007 secondo la circolare, la liquidatrice non era più vincolata dalla sua proposta (art. 3 cpv. 1 CO).

Visto quanto precede si conclude che alla ricorrente già come debitrice poteva essere negata la partecipazione all'asta privata e che anche nell'ipotesi che la stessa avesse potuto essere trattata come creditrice ciò non avrebbe comportato l'obbligo della liquidatrice di accettare le sue offerte di acquisto poiché l'annuncio della messa in vendita non può essere considerato come un'offerta vincolante ai sensi dell'art. 3 CO.

8.
Dalle allegazioni suesposte emerge infine che la liquidatrice era autorizzata a negare le offerte di acquisto della ricorrente in primo luogo perché quest'ultima non era più creditrice della fallita e in secondo luogo poiché l'annuncio della messa in vendita delle pretese conformemente alla circolare non rappresenta un'offerta vincolante. Non dà quindi adito a reclami che l'autorità inferiore abbia considerato lecito il modo di procedere della liquidatrice nella decisione impugnata. Quest'ultima va di conseguenza confermata, mentre il ricorso va invece respinto, considerata la sua infondatezza.

Alla luce di quanto precede può essere lasciato indeciso se era lecito non prendere in considerazione le offerte di acquisto a causa del prezzo troppo basso.

9.
Visto l'esito della procedura, la ricorrente deve sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA) e non le spetta alcuna indennità a titolo di spese ripetibili (art. 64 cpv. 1 PA nonché art. 7 del Regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale, TS-TAF, RS 173.320.2). In considerazione della difficoltà della causa e della situazione finanziaria delle parti si giustifica fissare le spese processuali a fr. 4'000.- . Tale importo è compensato con l'anticipo spese di fr. 2'500.- versato in data 19 ottobre 2007.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.
Il ricorso è respinto.

2.
Le spese processuali, di fr. 4'000.-, sono poste a carico della ricorrente. Esse sono computate con l'anticipo spese di fr. 2500.-. La differenza di fr. 1'500.- dev'essere versata alla cassa del Tribunale, dopo la crescita in giudicato della presente decisione. Il bollettino di versamento sarà inviato per corrispondenza separata.

3.
Non si assegna nessuna indennità a titolo di spese ripetibili.

4.
Comunicazione a:

- ricorrente (Atto giudiziario);
- autorità inferiore (Atto giudiziario);
- controparte (Atto giudiziario).

Il presidente del collegio: Il cancelliere:

Francesco Brentani Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

Contro la presente decisione può essere interposto ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro un termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 e segg., 90 e segg. e 100 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 [LTF, RS 173.110]. Gli atti scritti devono essere redatti in una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione impugnata e – se in possesso della parte ricorrente – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: 7 novembre 2008