

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

Estratto dal n. 11/2018

La “telenovela” giurisdizionale
delle “limitazioni” del rimborso
dei soci recedenti dalle banche
popolari trasformate in s.p.a.

Sandro Amorosino

Direzione scientifica:

Filippo Sartori, Stefano Ambrosini, Sandro Amorosino, Filippo Annunziata, Sido Bonfatti, Francesco Capriglione, Alfonso Castiello d'Antonio, Paoloefisio Corrias, Fulvio Cortese, Matteo De Poli, Raffaele Di Raimo, Aldo Angelo Dolmetta, Alberto Gallarati, Gian Luca Greco, Ugo Patroni Griffi, Bruno Inzitari, Marco Lamandini, Raffaele Lener, Paola Lucantoni, Alberto Lupoi, Daniele Maffei, Ugo Malvagna, Luca Mandrioli, Rainer Masera, Alessandro Melchionda, Roberto Natoli, Elisabetta Piras, Maddalena Rabitti, Giuseppe Santoni, Maddalena Semeraro, Antonella Sciarrone Alibrandi, Francesco Tesauo

Direzione esecutiva:

Alberto Gallarati, Paola Lucantoni, Luca Mandrioli, Elisabetta Piras, Francesco Quarta, Maddalena Semeraro

Comitato editoriale:

Francesco Albertini, Francesco Autelitano, Stefano Daprà, Eugenia Macchiavello, Massimo Mazzola, Manila Orlando, Carlo Mignone, Edoardo Rulli, Stefania Stanca

La “telenovela” giurisdizionale delle “limitazioni” del rimborso dei soci recedenti dalle banche popolari trasformate in s.p.a.

1. “Riassunto delle puntate precedenti”

Come nelle *telenovelas* che si dipanano in più puntate è indispensabile un rapido riassunto delle “puntate precedenti”:

I) il d.l. n. 3/2015, recante, tra l'altro, la riforma delle banche popolari, allo scopo di favorire la obbligatoria trasformazione in s.p.a. delle popolari il cui attivo supera 8 milioni di euro, ha previsto che il diritto al rimborso dei soci recedenti, a seguito della delibera di trasformazione, possa essere “*limitato secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia anche in deroga a norme di legge laddove ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca*” (Art. 28, comma 2 *ter* del TUB, inserito dal d.l. n. 3/2015 e modificato dal d.lgs. n. 72/2015);

II) la Banca d'Italia, in sede di attuazione del disposto legislativo, con il 9° aggiornamento, in data 9 giugno 2015, alla circolare 17 dicembre 2013, n. 285, ha dato corpo all'enunciato generale del comma 2 *ter* stabilendo che la limitazione può essere disposta introducendo nello Statuto, in sede di trasformazione della popolare in s.p.a., “*la clausola che attribuisce all'organo con funzione di supervisione strategica su proposta dell'organo di gestione...la facoltà di limitare o rinviare, in tutto o in parte e senza limiti di tempo, il rimborso delle azioni del socio recedente e degli altri strumenti di capitale computabili nel CET1*”;

III) il Consiglio di Stato – nell'ambito di un giudizio promosso da talune popolari per l'annullamento della circolare della Banca d'Italia – ha recepito alcune eccezioni di incostituzionalità formulate contro la legge di riforma del 2015 e, con ordinanza della Sezione VI, 15 dicembre 2016, n. 5277, ha rimesso alla Corte costituzionale una serie di questioni di legittimità, a cominciare da quella relativa alla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza per il ricorso al decreto legge, ma soprattutto ha individuato una serie di profili di possibile incostituzionalità in relazione all'art. 28, comma 2 *ter* (interpretato dai giudici di Palazzo Spada – in forza del testo della richiamata circolare applicativa di Banca d'Italia – come attributivo della “*possibilità di escludere in tutto o in parte o di rinviare senza limiti di tempo e senza alcun corrispettivo compensatorio il diritto al rimborso del socio*” recedente).

In sostanza si rilevava che tale amplissima facoltà – accordata per consentire alle popolari trasformate in s.p.a. di mantenere i prescritti requisiti del patrimonio di vigilanza – penalizza in modo sostanzialmente *ablatorio* il diritto al rimborso dei recedenti, in violazione dell'art. 42 Cost. e dell'art. 1 del protocollo addizionale CEDU.

Alla controeccezione, dedotta nel giudizio amministrativo dalla difesa di Banca d'Italia, incentrata sulla conformità della disposizione “interna” (come “declinata” dall'Autorità di vigilanza) alle norme europee (art. 10 del Regolamento delegato n. 241/2014 UE, che integra il Regolamento n. 575/2013/UE), il Consiglio di Stato replicava, a sua volta, che il legislatore nazionale “*a fronte di più «opzioni» comunitariamente consentite ha l'obbligo di scegliere quella che meglio assicuri il rispetto dei principi costituzionali nazionali*”.

Infine, il Consiglio di Stato, nell'ordinanza di remissione, censurava l'inedita latitudine del potere regolamentare, derogatorio dello stesso codice civile in materia di società, attribuito dal legislatore italiano alla Banca d'Italia¹;

IV) la Corte costituzionale, con sentenza 15 maggio 2018, n. 99 ha dichiarato infondate tutte le questioni sollevate.

La Corte ha innanzitutto ritenuto non contrastante con l'art. 42 Cost. la limitazione quantitativa ed il differimento temporale del rimborso in quanto strumentali ad assicurare il mantenimento dei requisiti patrimoniali di vigilanza delle popolari nella delicata fase della trasformazione in s.p.a., ciò che risponde all'interesse generale alla stabilità del sistema bancario.

Sarebbero dunque di limitazioni della proprietà riconducibili alla sua funzione sociale.

Sulle questioni specifiche – l'ampiezza del potere precettivo “lasciato” alla Banca d'Italia e, comunque, la conformità delle sue disposizioni alle norme europee – la Corte ha ritenuto che il legislatore nazionale non fosse libero di determinarsi sulla tematica delle limitazioni del rimborso perché la materia era stata compiutamente disciplinata dal Regolamento delegato UE n. 241/2014 ed era quindi “*vincolato a prevedere che alla banca devono essere attribuite entrambe le facoltà, di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte l'importo*”. [In queste ultime nove parole risiede l'errore in diritto della sentenza: v. infra]

La Corte – per bilanciare la sua interpretazione ampliativa (sino alla sostanziale *ablazione* della proprietà) del concetto giuridico indeterminato di limitazione del rimborso – ha poi evidenziato la *non definitività* delle limitazioni, che sono comunque correlate e commisurate all'evoluzione della situazione patrimoniale della banca, dovendo la banca stessa procedere al rimborso o all'integrazione della quota di rimborso già corrisposta non appena la situazione del patrimonio di vigilanza lo consenta.

¹ Sull'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale v. S. Amorosino, *Incostituzionalità della riforma delle banche popolari per decreto legge e con l'attribuzione a Banca d'Italia di poteri regolamentari e derogatori «in bianco»* in Dir. Banc. Merc. Fin., n. 2/2017.

[A questa motivazione chi scrive ha obiettato² che in questo modo il socio recedente si trova “coinvolto” in misura ed a tempo potenzialmente illimitati nel rischio imprenditoriale della gestione della nuova s.p.a., da cui ha inteso dissociarsi].

Infine, sui limiti del potere precettivo della Banca d'Italia la Corte ha sbrigativamente motivato con la ritenuta conformità della Circolare di Banca d'Italia – impugnata innanzi al giudice del rinvio – a quanto disposto dal legislatore europeo.

2. La nuova “apertura del gioco” da parte del Consiglio di Stato

La sentenza della Corte costituzionale n. 99/2018 sembrava aver “chiuso la partita” giurisdizionale sulla legittimità della regolamentazione – europea, nazionale e di Banca d'Italia – in materia di rimborso dei soci recedenti.

A riprova, tuttavia, che questi sono i tempi del *diritto incalcolabile*³ (affidato – com'è – alle molteplici interpretazioni di giudici disparati), il Consiglio di Stato, in un giudizio di appello (successivo alla sentenza n. 99/2018) – proposto da alcuni soci di banche popolari, dall'Adusbef e dalla Federconsumatori – è stato chiamato a pronunciarsi su una serie di quesiti pregiudiziali, sui quali gli appellanti hanno chiesto di rimettere la decisione alla Corte di Giustizia dell'UE.

Il Consiglio di Stato, in quanto giudice di ultima istanza, e valutata la novità delle questioni sollevate, ha ritenuto di non potersi sottrarre al rinvio pregiudiziale (nonostante il giudizio di piena legittimità delle norme primarie e secondarie in questione espresso dalla Corte costituzionale).

In concreto con l'ordinanza della Sezione VI, 26 ottobre 2018, n. 06129/2018 i Giudici di Palazzo Spada, all'esito di un attento esame, hanno rinviato in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE i quesiti proposti dagli appellanti.

Nel merito hanno espresso perplessità – ben fondate, a parere di chi scrive – sui quesiti, per così dire generali, prospettati dagli appellanti, riguardanti: l'incongruità della soglia di 8 miliardi oltre la quale “scatta” l'obbligo di trasformazione in s.p.a.; la pretesa contrarietà di tale soglia ai principi dei Trattati europei in materia di mercato aperto e concorrenziale, perché costringe un operatore di mercato alla trasformazione giuridica; la possibile violazione delle norme in materia di aiuti di Stato (??).

² S. Amorosino, *Corte costituzionale e rimborso dei soci recedenti delle banche popolari: determinante regolatoria europea e interrogativi irrisolti*, in questa Rivista telematica (maggio 2018). Sulla sentenza v. anche l'interessante commento di E. De Chiara, *Rinvio e limitazione del rimborso in caso di recesso e poteri normativi della Banca d'Italia* in *Le società* n. 7/2018.

³ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, p. 12.

Ha comunque formulato i relativi quesiti, in particolare ritenendo i primi due – siccome causativi dell'obbligata trasformazione in s.p.a. – collegati alla questione del rimborso.

Viceversa ha dispiegato un'*analisi filologica* dei testi normativi – dal Regolamento delegato UE n. 241/2014 al 9° aggiornamento del 9 giugno 2015, della circolare n. 285/2013 (“*Disposizioni di vigilanza per le banche*”) – che hanno disciplinato la questione del rimborso, da parte delle popolari trasformate in s.p.a., delle azioni ai soci recedenti.

L'analisi della sequenza discendente delle fonti precettive è stata svolta ponendo a confronto le formulazioni relative alle limitazioni dei rimborsi contenute nelle fonti stesse, poste tra loro in rapporto gerarchico⁴.

Le proposizioni precettive teoricamente rilevanti sono:

– l'art. 10, paragrafo 2 del Regolamento delegato (UE) n. 241/2014, il quale recita nel testo originale in inglese (riportato dal Consiglio di Stato):

“2. *The ability of the institution to limit the redemption (...) shall encompass both the right to defer the redemption and the right to limit the amount to be redeemed. The institution shall be able to defer the redemption or limit the amount to be redeemed for an unlimited period of time pursuant to paragraph 3.*”

La traduzione italiana corrente della disposizione – pure riportata nell'ordinanza – suona: “2. *La capacità dell'ente [bancario] di limitare il rimborso riguarda [letteralmente: deve includere] sia il diritto di differire il rimborso che il diritto di limitare l'importo rimborsabile [più precisamente: da rimborsare]. L'ente è in grado di [letteralmente: deve poter] differire il rimborso o limitare l'importo rimborsabile [letteralmente: da rimborsare] per un periodo [di tempo] illimitato in conformità al paragrafo 3.*”;

– l'art. 28, comma 2 *ter*, del TUB si limita – come s'è visto – ad enunciare genericamente il principio della limitabilità del rimborso “secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia”, giusta una prassi legislativa, invalsa in materia bancaria⁵, di rinvio «in bianco» alla regolamentazione (Istruzioni di vigilanza) della Banca d'Italia; rinvio che si configura – nella fattispecie in esame – come una sorta di *delegificazione* della fonte precettiva in quanto le disposizioni dell'Autorità di vigilanza possono anche porsi “*in deroga a norme di legge*” (*id est*: alle disposizioni del codice civile in materia di società). Ne

⁴ v. A. Predieri, *Commento all'art. 6 in AA.VV., Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* a cura di F. Capriglione, Padova 1994, p. 31 ss.; D.M. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo* in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, Milano 2018, p. 122 ss..

⁵ Sia consentito il rinvio a S. Amorosino, *La regolazione pubblica delle banche*, Milanofiori Assago 2016, p. 18 e, *La trasformazione delle banche popolari in s.p.a. ed il diritto al rimborso dei soci recedenti* in *Id.*, *Le trasformazioni delle banche. Riforme Crisi Tutela*, Pisa 2018, p. 26 ss..

consegue che il comma 2 *ter* è del tutto *inconferente* al fine di accertare quale sia l'ambito delle limitazioni legittime, temporali o sostanziali, del rimborso ai soci recedenti;

– è, invece, di assoluta rilevanza il 9° Aggiornamento della circolare n. 285/2013, giusta il quale – in sede di trasformazione in s.p.a. – le banche popolari possono “*introdurre in statuto la clausola che attribuisce all'organo con funzione di supervisione strategica* [NOTA: nella quasi totalità delle banche popolari: l'assemblea]...*la facoltà di limitare o rinviare, in tutto o in parte e senza limiti di tempo, il rimborso delle azioni del socio uscente e degli altri strumenti di capitale computabili nel CET1, anche in deroga a disposizioni del codice civile e di altre norme di legge*”...

L'ordinanza del Consiglio di Stato ha quindi proceduto ad un'analisi filologica del sopracitato periodo della circolare di Banca d'Italia al fine di accertarne la conformità o, invece, la difformità rispetto alla disposizione dell'art. 10 del Regolamento delegato (UE) n. 241/2014.

Vale la pena riportare questo “nocciolo duro” della motivazione dell'ordinanza:

“- nel testo della circolare le parole “*limitare*” e “*rinviare*” sono invertite di posizione rispetto a quella che esse hanno nel testo della fonte sovranazionale;

- nel testo della circolare figurano due virgole, ai lati del frammento dell'espressione costituito dalle parole “*in tutto o in parte e senza limiti di tempo*”, che non esistono invece nel testo della fonte sovranazionale e che, per come collocate nella circolare, possono effettivamente ingenerare il convincimento che detto frammento debba reputarsi riferito, indistintamente, sia al caso della ‘*limitazione*’ sia a quello del ‘*rinvio*’ (del rimborso delle azioni);

- nel testo della fonte sovranazionale sia il frazionamento della frase in due periodi sia, e soprattutto, la tecnica compositiva del secondo dei due, lì dove viene utilizzata una “o” con valenza disgiuntiva, conduce a poter ritenere che la possibilità della ‘*non limitazione temporale*’ valga esclusivamente per il caso della ‘*limitazione*’ (del rimborso delle azioni);

- nel testo della fonte sovranazionale non figurano affatto le parole ‘*in tutto o in parte*’ che invece, nella circolare, risultano con sufficiente certezza tali da legittimare una limitazione o rinvio (del rimborso delle azioni) anche assoluto (oltre che anche senza limiti di tempo). Una legittimazione che la citata sentenza della Corte Costituzionale, anzi, conferma.

Nella sostanza, dunque, coloro che propongono il procedimento pregiudiziale, sulla base delle considerazioni e constatazioni che precedono, hanno modo di affermare che il testo della circolare sia andato tangibilmente – ma illegittimamente – oltre il perimetro di quanto dettato dalla pertinente fonte sovranazionale. Ed hanno modo di aggiungere che, qualora invece si ritenesse che detto perimetro non fosse stato superato, allora un problema di

legittimità si porrebbe direttamente per la fonte sovranazionale, giacché essa, ove così intesa, giustificherebbe – nella materia e nei casi in discorso – una sostanziale esclusione del rimborso delle azioni senza il contemperamento di un contestuale indennizzo.

19.5. In relazione al tenore del contestato aggiornamento della circolare della Bdl la sentenza della Corte Costituzionale n. 99/2018 si esprime così:

«5.2.5.– In conclusione, non c'è dubbio che l'attuazione delle regole europee nell'ordinamento interno è avvenuta in piena conformità ad esse, e soprattutto che, quanto alla definizione dei limiti da apporre al rimborso delle azioni nel caso di recesso per trasformazione della società, il legislatore non gode di alcuna discrezionalità, essendo vincolato a prevedere che alla banca che intenda computare le proprie azioni nel capitale primario di classe 1 devono essere attribuite entrambe le facoltà, di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte l'importo.»

Può osservarsi che in tale sentenza:

- le opzioni del ‘*rinvio*’ e della ‘*limitazione*’ (del rimborso al socio recedente) vengono legate tra loro da una “*e*” congiuntiva e non da una “*o*” disgiuntiva (come, invece, nella versione inglese [NOTA: ed italiana] del citato articolo 10 del Regolamento 241/2014);

- soprattutto la facoltà di disporre il vincolo ‘*per un periodo illimitato*’ è connessa all'opzione del ‘*rinvio*’ e non a quella della ‘*limitazione*’ (come, invece, nella predetta versione inglese);

- la facoltà della ‘*limitazione in tutto*’ dell'importo del rimborso viene data per scontata e legittima quando essa, invero, non risulta testualmente nel citato articolo del Regolamento 241/2014”.

3. Brevi notazioni

L'ordinanza si segnala per più motivi.

3.1. In primo luogo perché è sintomatica del dialogo, ma anche della dialettica tra le Corti poste ai vertici dei vari ordinamenti: in passato il Consiglio di Stato non avrebbe potuto far altro che conformarsi al giudizio della Corte costituzionale.

Nel caso in esame, invece – venendo in rilievo innanzitutto disposizioni dell'Unione – ha potuto “giocare di sponda” con la Corte di Giustizia alla quale ha chiesto, “in prima battuta”, se la Circolare di Banca d'Italia sia conforme, o meno, all'art. 10 del Regolamento UE n. 241/2014; in via gradata – nel caso di accertata conformità della Circolare al Regolamento – ha chiesto di accertare la “*legittimità europea*” del medesimo art. 10 alla luce dell'art. 16 e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di tutela della proprietà.

Tutto ciò comporta un'attenuazione della definitività delle sentenze della Corte costituzionale ed, anzi, la potenziale disattendibilità (nell'ordinamento interno) delle sentenze stesse.

Disattendibilità (o "superabilità" che dir si voglia) che diverrebbe concreta nel caso in cui la Corte di Giustizia desse ai quesiti postile in via pregiudiziale una risposta consonante con le prospettazioni del Consiglio di Stato.

Il Giudice di ultima istanza in materia di interpretazione ed applicazione della normazione eurounitaria è la Corte di Giustizia.

3.2. Non può non rilevarsi il differente grado di approfondimento della delicata questione da parte della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato (la cui acribia è ascrivibile al frettoloso scrutinio, a Palazzo della Consulta, delle problematiche evidenziate nella precedente ordinanza di rinvio, del 2016, alla Corte costituzionale).

Ciò è tanto più significativo in quanto la tematica della limitazione temporale e quantitativa del rimborso ai soci recedenti attiene in realtà non a mere limitazioni (in senso classico), ma ad una vicenda di conformazione della proprietà⁶ che, tuttavia, nell'interpretazione estensiva di Banca d'Italia, deborda in una sua sostanziale ablazione, in teoria temporanea, ma con il rischio della definitività in caso di successive situazioni critiche della banca beneficiaria.

Vale dunque anche per la Corte il motto latino "*Aliquando bonus dormitat Homerus*"⁷.

⁶ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995, p. 125.

⁷ Orazio, *Ars poetica*.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata