

APPROFONDIMENTI

La riforma degli operatori bancari di finanza etica e sostenibile

Febbraio 2023

Emilio Fabbiani



Emilio Fabbiani

Indice: 1. Obiettivi e finalità del presente lavoro; 2. La normativa bancaria; 3. I limiti oggettivi posti dall'articolo 111 bis del TUB e il decreto ministeriale di attuazione; 4. I limiti alla distribuzione di profitti; 5. Una riforma incompiuta

1. Obiettivi e finalità del presente lavoro

In una realtà in evoluzione come quella rappresentata dalla finanza etica e dal modello di banca eticamente orientata come derivazione delle nuove normative di settore, è fondamentale interrogarsi sulle possibilità e alternative offerte per consentire a questo segmento di mercato di proseguire nel percorso di crescita e sviluppo sperimentato in Europa e in Italia negli ultimi trent'anni¹.

Oltre alle analisi di mercato e lo studio di un nuovo posizionamento legato al cambio generazionale, è di vitale importanza interrogarsi sulle migliori modalità di proseguire nella crescita dei fondamentali patrimoniali che sono alla base di una crescita sicura ed ordinata² anche per questa tipologia di banche che solo recentemente sono state interessate da una regolamentazione ad hoc con l'inserimento nel TUB di una norma apposita.

Questa disposizione unitamente alla regolamentazione secondaria recentemente introdotta nell'ordinamento, meritano però un approfondimento legato al fatto che vincoli e limiti così introdotti non sembra vadano nella giusta direzione.

¹ La prima banca etica a essere stata fondata in Europa si chiama GLS-Bank. È nata a Bochum, in Germania, nella regione della Ruhr, nel 1974, seguirono poi una serie di altre iniziative in tutta Europa. Per un utile approfondimento sia di matrice storica che prospettica si rimanda al Quinto Rapporto "La finanza etica in europa" curato dalla Fondazione Finanza Etica reperibile al seguente link <https://finanzaetica.info/landing/quinto-rapporto-sulla-finanza-etica-e-sostenibile-in-europa/>

² Recentemente è ritornato sul tema del rafforzamento dei requisiti patrimoniali delle banche il Governatore della Banca d'Italia al 29° Congresso Assiom Forex del 4 febbraio 2023 ricordando che "È infine in via di conclusione il processo di revisione e valutazione prudenziale (supervisory review and evaluation process, SREP) per le banche meno significative che vigiliamo direttamente, con il quale stabiliremo per ciascun intermediario i requisiti di capitale di secondo pilastro da rispettare quest'anno. Anche a seguito dell'eccezionale incertezza che caratterizza l'evoluzione del quadro congiunturale, i requisiti saranno fissati su livelli più elevati rispetto al passato, colmando quasi completamente il divario fino a oggi esistente con quelli stabiliti per le banche significative".

L'obiettivo del presente lavoro è quindi l'analisi della norma primaria dell'articolo 111 bis del Testo Unico Bancario in rapporto al recentissimo decreto ministeriale di attuazione DM 4 ottobre 2022 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 21.01.2023 (il Decreto) che ne delinea i contorni applicativi.

2. La normativa bancaria

2.1 Considerazioni preliminari sulla norma vigente

La base di partenza di ogni riflessione sul tema della remunerazione del capitale sociale non può quindi prescindere dal ricordare quanto sia importante oggi per gli istituti di credito rafforzare i parametri di capitalizzazione e aumentare la stabilità economica e finanziaria per poter "navigare" in un mercato sempre più competitivo e soggetto a influenze esterne, non governabili, che ne mettono a dura prova i fondamentali.

La norma che andremo ad analizzare, nel tentativo di dare corpo ad una disciplina originale in tema di finanza etica e sostenibile, offre numerosi motivi di perplessità sia per i contenuti propri tanto della norma primaria che secondaria, sia per gli impatti che tali contenuti potrebbero avere sulla normativa generale che a vari livelli ne viene, probabilmente in modo inconsapevole, impattata.

La fonte principale alla quale dobbiamo riferirci è costituita dall'articolo 111 bis del Testo Unico Bancario nella formulazione introdotta dalla L. 11 dicembre 2016, n. 232, art. 1, comma 51.

Art. 111-bis
((Finanza etica e sostenibile).))

((1. Sono operatori bancari di finanza etica e sostenibile le banche che conformano la propria attività ai seguenti principi:

a) valutano i finanziamenti erogati a persone giuridiche **secondo standard di rating etico internazionalmente riconosciuti**, con particolare attenzione all'impatto sociale e ambientale;

b) danno evidenza pubblica, almeno annualmente, anche via web, dei finanziamenti erogati di cui alla lettera a), tenuto conto delle vigenti normative a tutela della riservatezza dei dati personali;

c) **devolvono almeno il 20 per cento del proprio portafoglio di crediti** a organizzazioni senza scopo di lucro o a imprese sociali con personalità giuridica, come definite dalla normativa vigente;

d) **non distribuiscono profitti e li reinvestono nella propria attività**;

e) adottano un sistema di governance e un modello organizzativo **a forte orientamento democratico e partecipativo, caratterizzato da un azionariato diffuso**;

f) adottano politiche retributive tese a contenere al massimo la differenza tra la remunerazione maggiore e quella media della banca, il cui rapporto comunque non può superare il valore di 5.

2. Non concorre a formare il reddito imponibile ai sensi dell'articolo 81 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, degli operatori bancari di finanza etica e sostenibile una quota pari al 75 per cento delle somme destinate a incremento del capitale proprio.

3. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, stabilisce, con proprio decreto, **le norme di attuazione delle disposizioni del presente articolo**, dalle quali non possono derivare oneri a carico della finanza pubblica superiori a 1 milione di euro in ragione annua a decorrere dall'anno 2017.

4. L'agevolazione di cui al presente articolo è riconosciuta nel rispetto dei limiti di cui al regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti "de minimis").³

Non è la prima volta che il legislatore interviene sulla materia della c.d. finanza etica per delinearne i contorni, ma, rispetto ai tentativi precedenti, in questa occasione si è voluto tentare un'operazione definitoria di una categoria di operatori bancari qualificati in base alla loro attività e alle loro regole organizzative.

Da questo punto di vista si può facilmente notare la differenza di tecnica legislativa e di contenuti con

³ Il carattere in grassetto è mio.

quanto previsto dall'articolo 117 ter del Testo Unico della Finanza⁴ che, sotto la rubrica "Disposizioni in materia di finanza etica", dispone semplicemente che "la CONSOB, previa consultazione con tutti i soggetti interessati e sentite le Autorità di vigilanza competenti, determina con proprio regolamento gli specifici obblighi di informazione e di rendicontazione cui sono tenuti i soggetti abilitati che promuovono prodotti e servizi qualificati come etici o socialmente responsabili."

Qui l'attenzione è sui prodotti e non sui soggetti che li promuovono, ed in tal senso dispone anche il Regolamento Intermediari dove, agli articoli 136 e 137, si limita a prescrivere obblighi in materia di informativa e trasparenza al pubblico senza una particolare incisività⁵.

Nella relazione illustrativa alla delibera 15961 del 30 maggio 2007, che modificava il Regolamento Intermediari si legge infatti:

"La nuova previsione legislativa rappresenta una risposta alla crescente diffusione, registratasi in Italia, sia di prodotti finanziari che si qualificano come "etici", sia di una vera e propria cultura della responsabilità sociale nelle pratiche imprenditoriali e d'investimento.

*Il legislatore, **consapevole della relatività del concetto stesso di etica e della difficoltà di definire l'investimento qualificato etico nel suo contenuto oggettivo, si è limitato ad introdurre un obbligo di trasparenza a carico dei soggetti che promuovono sul mercato prodotti o servizi "qualificati come etici o so-***

⁴ Tale disposizione fu introdotta dalla L. 28/12/2005 n.262, art. 14 comma 1 e successivamente modificata con il D.Lgs. 21 maggio 2018, n. 68

⁵ Art. 136 comma 1: Fermo restando quanto previsto dalla normativa vigente, nel prospetto informativo redatto secondo gli schemi di cui all'Allegato 1B del regolamento adottato con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modificazioni e nei contratti di cui all'articolo 37 del presente regolamento, relativi a prodotti e servizi qualificati come "etici" o "socialmente responsabili", i soggetti abilitati e le imprese di assicurazione forniscono le seguenti informazioni: gli obiettivi e le caratteristiche in relazione ai quali il prodotto o servizio è qualificato come etico o socialmente responsabile; b) i criteri generali di selezione degli strumenti finanziari in virtù degli obiettivi e delle caratteristiche di cui alla lettera a); c) le politiche e gli obiettivi eventualmente perseguiti nell'esercizio dei diritti di voto connessi agli strumenti finanziari detenuti in portafoglio; d) l'eventuale destinazione per iniziative di carattere sociale o ambientale di proventi generati dai prodotti offerti e dai servizi prestati e la relativa misura; e) le eventuali procedure adottate per assicurare il perseguimento degli obiettivi di cui alla lettera a), compresa la presenza di organi specializzati istituiti all'interno dei soggetti abilitati e delle imprese di assicurazione e le relative funzioni; f) l'adesione a codici di autoregolamentazione, promossi da soggetti specializzati.

cialmente responsabili", rimettendo alla Consob il compito di determinare il contenuto di tale obbligo.

La modifica regolamentare adottata dalla Consob prevede l'inserimento all'interno del Libro III, Parte II del Regolamento Intermediari di un nuovo Titolo II-bis (Disposizioni in materia di finanza etica o socialmente responsabile) che si compone di due articoli (artt. 55-bis e 55-ter), dedicati rispettivamente agli obblighi informativi e di rendicontazione, ulteriori a quelli tradizionali, che vanno adempiuti nello svolgimento di servizi e nell'offerta di prodotti "etici".

La norma del TUB, al contrario, prende posizione sul tema, definendo le caratteristiche che gli operatori (e non i prodotti) di finanza etica e sostenibile debbono avere, ritenendo quindi di poter dare un contributo nel delimitare una categoria⁶ di soggetti che nel mondo ed in Italia giocano un ruolo rilevante, se non per i volumi di attività espressi, certamente per la modalità differente di interpretare il concetto di banca e di fare credito.

Rispetto ai requisiti indicati nella norma, vi si trovano indicazioni riferite alla governance, alla modalità di valutare i finanziamenti secondo criteri non solo tecnici ma socio ambientali, un elemento di vincolatività rispetto alla destinazione dei finanziamenti e infine una disposizione in ordine al divieto di distribuzione di profitti.

Spetta poi al "Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, stabilire, con proprio decreto, le norme di attuazione delle disposizioni del **presente articolo**".

Anche in questa affermazione, oltretutto nei termini usati in ambito definitorio, si annida un dubbio interpretativo non limitando, come si dirà più avanti, l'intervento della normativa secondaria allo specifico secondo comma ma allargandone i confini all'intero testo dell'articolo.

Si tratta di comprendere se i vincoli posti dalla norma operino solo ove si intenda beneficiare delle agevolazioni di cui al comma 2 dell'art. 111-bis TUB o se essi valgano ogni qual volta una banca voglia qualificarsi come etica e sostenibile, anche senza beneficiare delle agevolazioni.

⁶ Per un commento generale alla norma si veda A Sciarrone Alibrandi E. Macchiavello, in Commentario al Testo Unico Bancario, (a cura di) F. Capriglione, Milano quarta edizione, II, p. 1644

In tale contesto si dovrà valutare anche cosa si intende con la nozione di “ profitti ” ed esplorarne i limiti al fine di verificare quali spazi di manovra siano consentiti.

2.2 Il percorso interpretativo

L'articolo 111 bis del TUB si compone di una prima parte, coincidente con il primo comma, che riguarda gli aspetti definitivi, elementi che caratterizzano e distinguono le “banche etiche” dalle altre.

La seconda parte della norma, il secondo comma, attribuisce a questa nuova *species* di banche alcuni vantaggi di natura fiscale - tributaria, condizionatamente all'emanazione di un decreto ministeriale di attuazione.

L'incipit dell'articolo 111 bis (“Sono operatori bancari di finanza etica e sostenibile”) sembra suggerire – sotto il profilo letterale – che la norma intenda definire ex lege una nuova *species* di istituti bancari sulla base dei criteri definiti dal primo comma della norma.

Anche la nota di lettura che accompagna il progetto di legge di bilancio sembrerebbe andare in questa direzione, sottolineando il contenuto precettivo delle disposizioni che **“introducono nel testo unico bancario la nuova disciplina degli operatori bancari di finanza etica e sostenibile”**, traendone l'ulteriore conseguenza che:

*“Andrebbe altresì approfondito l'impatto finanziario, in termini di minor gettito ulteriore rispetto a quello stimato, che potrebbe derivare da un effetto sostituzione **per quegli operatori bancari che già oggi presentano i requisiti posti dalla norma**⁷, che destinano somme ad incremento del capitale proprio e che dunque in conseguenza del nuovo inquadramento potrebbero trovarsi in futuro a beneficiare del regime agevolato. In proposito andrebbero fornite informazioni circa la platea degli operatori potenzialmente interessati.”⁸*

Da quanto sopra risulterebbe quindi che con la norma in commento si siano voluti perseguire alcuni

⁷ Il carattere in grassetto è mio.

⁸ XVII legislatura A.S. 2611: “Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019”. Nota di lettura, commento al comma 51.

obiettivi:

- dare corpo ad una nuova classe di operatori bancari di finanza etica e sostenibile, disciplinando l'esistente e il futuro, caratterizzati da caratteristiche specifiche ed elencate tassativamente come necessarie;
- impedire che esistano nel mercato banche che si possano qualificare come “banche etiche” istituti di credito che a tali criteri non si adeguino;
- offrire come compensazione alle limitazioni operative che questi requisiti impongono delle facilitazioni di natura fiscale.

La norma, così interpretata, darebbe luogo a varie conseguenze e, in particolare, porterebbe ad ipotizzare l'intervento della Banca d'Italia per il rispetto dell'articolo 133 TUB (Abuso di denominazione) ovvero l'applicazione di sanzioni per pratiche commerciali ed ingannevoli⁹.

Se quindi si optasse per una interpretazione letterale della norma in commento, si dovrebbe dire che la legge attribuisce una qualificazione giuridica ad un fenomeno esistente (le banche che già oggi si definiscono “etiche”), regola l'ingresso sul mercato di nuovi operatori di finanza etica, delimitandone i confini e i requisiti di appartenenza, ed escludendo, dall'entrata in vigore della legge in poi, la possibilità di utilizzare la denominazione “banca etica” ai soggetti che a tali requisiti non si adeguino¹⁰.

⁹ D.Lgs. 145/2007 e D.Lgs 146/2007 in attuazione delle Direttive Europee 2005/29/CE e 2006/114/CE (<https://www.mise.gov.it/index.php/it/assistenza/domande-frequenti/pratiche-commerciali-scorrette-domande-frequenti-faq#1>)

¹⁰ Sembrerebbe orientata in tal senso taluna dottrina, ad esempio Macchiavello, Possono esistere “banche etiche”? La nuova definizione normativa di “operatori di finanza etica e sostenibile” tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi, in Riv. trim. econ., 2019, I, 198.

Una seconda lettura, che per le ragioni nel seguito indicate a noi pare preferibile (ma senza che si possa allo stato far conto su una posizione certa della giurisprudenza sul punto; sembra orientata in tal senso altra dottrina: v. ad esempio Commentario Bonfatti, Pacini, 2021, p. 672) è invece quella di ritenere che la norma dell'art. 111-bis, e la definizione ivi contenuta di operatori bancari della finanza etica e sostenibile sia “relazionale” e cioè riferita solo alle agevolazioni previste dal comma 2 dell'art. 111-bis TUB, come anche un'interpretazione contestuale o sistematica sembrerebbe corroborare, tenendo conto che il comma 4 dell'art. 111-bis prevede che “l'agevolazione di cui al presente articolo”,

3. I limiti oggettivi posti dall'articolo 111 bis del TUB e il decreto ministeriale di attuazione

3.1 Il Decreto Ministeriale di attuazione

Con una pubblica consultazione, il Ministero dell'Economia e delle Finanze poneva a disposizione degli operatori un testo di decreto attuativo della norma del TUB che conteneva il dettaglio dei requisiti richiesti alle banche per essere annoverate nella nuova categoria di "operatore bancario di finanza etica e sostenibile", consentendo di inviare commenti ed osservazioni al testo entro il 24 ottobre 2019. Chiusa la consultazione per lungo tempo non si è più avuto notizia del decreto sino a giungere, ormai quasi a sorpresa, all'emanazione del DM 4 ottobre 2022 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 21.01.2023 (il Decreto) in vigore dal 5 febbraio 2023¹¹.

Il testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale si discosta in parte da quanto prodotto in sede di consultazione, recependo alcuni suggerimenti pervenuti dagli operatori, ma mantiene al suo interno elementi di dettaglio di forte rigidità che contribuiscono a rendere problematica l'applicazione della norma del TUB.

Il testo si compone di cinque articoli nei quali si individua (art. 2) da un lato significativamente " i requisiti rispetto ai quali gli operatori bancari conformano la propria organizzazione e la propria attività per assumere, previa attestazione della loro esistenza, la qualifica di operatori bancari di finanza etica e sostenibile, al fine di usufruire dell'agevolazione di cui all'articolo 111 bis del TUB, nel rispetto del limite di spesa complessiva fissata annualmente dal comma 3 del citato articolo" e dall'altro "la procedura per la richiesta e il riconoscimento dell'agevolazione fiscale".

suggerendo appunto che l'articolo ha ambito di applicazione funzionale alla sola agevolazione fiscale e non già esteso anche alla riserva di denominazione "finanza etica e sostenibile". Questa conclusione sembra trovare appiglio, ora, anche nella disciplina attuativa di cui al D.M. del Ministero Economia e Finanze, 4 ottobre 2022. Non prende invece posizione sul tema M.Carlizzi, Etica e impresa bancaria: riflessioni critiche sull'art. 111 bis TUB, in Rivista del Diritto Commerciale, 2020, I, p.51 che offre un interessante e completo excursus storico sulla nascita e lo sviluppo della prima banca etica in Italia analizzando alcuni aspetti dell'articolo 111 bis ma non il punto relativo alla distribuzione di profitti.

11 La "Consultazione pubblica concernente lo schema di decreto ministeriale recante l'attuazione delle norme contenute nell'art. 111-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come modificato dalla legge 11 dicembre 2016, n. 232, sulla disciplina degli operatori bancari di finanza etica e sostenibile", oggi rinvenibile al seguente percorso " Home » Dipartimento » Consultazioni Pubbliche » Storico delle Consultazioni Pubbliche"

In quest'ottica il Decreto

- specifica che gli standard di rating etico di cui si deve dotare l'operatore nella valutazione del merito del credito, devono derivare da obiettivi di sviluppo sostenibile definiti da organismi internazionali, individuando delle aree di finanziamento che si considerano già escluse da questi standard¹²;
- stabilisce la periodicità almeno annuale della pubblicazione dei finanziamenti erogati alle persone giuridiche comprendendovi anche i criteri utilizzati per la loro erogazione;
- conferma la percentuale del 20% dei finanziamenti da erogare ad enti del terzo settore specificando che debba trattarsi di enti iscritti al Registro Unico Nazionale Terzo Settore (RUNTS) e a imprese sociali;
- conferma il divieto di distribuzione di utili (art. 3 comma 1 lett.d) in qualunque forma dovendoli reinvestire nell'attività propria della banca¹³;
- definisce alcuni criteri di governo societario e modello organizzativo specificando che l'ente debba contare almeno 200 soci, ponendo un limite al diritto di voto, ad alcun titolo, per un quantitativo di azioni superiore al 10 per cento del capitale sociale avente diritto al voto, inserendo come obbligatori " meccanismi idonei a favorire la partecipazione in assemblea, inclusa la possibilità di esprimere il voto per corrispondenza o mediante altri mezzi di voto a distanza" e modalità di coinvolgimento, in via consultiva, dei soci e/o finanziatori circa le linee di indirizzo della banca in materie di politiche di finanza etica e sostenibile;

12 Finanziamenti ad attività che, anche indirettamente, contribuiscono alla violazione dei diritti umani; che consumano energia esclusivamente da fonti non rinnovabili; che siano dichiarate responsabili (loro e/o i loro dirigenti) di violazioni dei diritti umani; del diritto dei conflitti armati o del diritto ambientale

13 Art. 2 comma 1 lett. d): " Non distribuiscono, neanche indirettamente, utili e avanzi di gestione, nonché riserve di utili comunque denominate ai partecipanti al capitale, ai titolari di strumenti finanziari partecipativi di cui all'articolo 2346, sesto comma, del codice civile e al personale; il divieto di distribuzione degli utili e riserve di utili opera anche nei casi di recesso stabiliti dalla legge; gli utili sono reinvestiti nell'attività propria della banca"

- conferma il limite retributivo (rapporto massimo di 1:5) chiarendone le modalità di calcolo¹⁴ e la definizione di remunerazione.¹⁵

Il Decreto specifica (art. 3.2) che gli operatori di finanza etica acquisiscono da un soggetto terzo e indipendente abilitato allo svolgimento della revisione legale o da un organismo di certificazione¹⁶, una attestazione circa la sussistenza dei requisiti. La validità dell'attestazione si riferisce all'esercizio cui si riferisce la richiesta di agevolazione e la sussistenza dei requisiti è dichiarata dall'organo di amministrazione della banca. E' prevista una comunicazione informativa a Banca d'Italia dell'attestazione ricevuta senza però che questa debba svolgere alcuna attività..

L'art. 4 riprende il tema dell'agevolazione fiscale già prevista dall'art. 111-bis TUB.

Si riafferma che una quota pari al 75 per cento dell'utile dell'esercizio degli operatori bancari di finanza etica e sostenibile non concorre a formare il reddito imponibile ai fini delle imposte sul reddito se destinato a riserva legale o ad apposita riserva non distribuibile in sede di approvazione del bilancio dell'esercizio in cui detti utili sono stati conseguiti, nel rispetto del limite degli oneri previsti a carico dello Stato pari a 1 milione di euro.

La destinazione degli utili e' attestata dal Collegio Sindacale oppure da un revisore legale iscritto nel registro dei revisori legali o da un professionista iscritto nell'albo dei dottori commercialisti e degli

¹⁴ Il numeratore e' costituito dalla remunerazione totale, fissa e variabile, corrisposta al soggetto con la remunerazione piu' alta; il denominatore e' costituito dalla media della remunerazione di tutto il personale della banca, esclusa quella del soggetto con la remunerazione piu' alta. Si specifica che tale calcolo opera fermo restando le disposizioni sulle «Politiche e prassi di remunerazione e incentivazione» delle banche stabilite dalla Banca d'Italia

¹⁵ Ai fini della norma in esame, per remunerazione si intende ogni forma di pagamento o beneficio, incluse eventuali componenti accessorie, corrisposto, direttamente o indirettamente, in contanti, strumenti finanziari o servizi o beni in natura, in cambio delle prestazioni di lavoro o dei servizi professionali resi dal personale alla banca o ad altre societa' del gruppo bancario. Non sono considerati remunerazione i pagamenti o benefici marginali, accordati al personale su base non discrezionale, che rientrano in una politica generale della banca e che non producono effetti sul piano degli incentivi all'assunzione o al controllo dei rischi.

¹⁶ L'Organismo di Certificazione, ai sensi dell'articolo 5 del DM, possiede un "certificato di accreditamento emesso a fronte della ISO/IEC 17065" e il certificato di accreditamento è rilasciato " ai sensi e in conformità del regolamento (CE) n.765/2008 dall'Organismo unico nazionale di accreditamento, individuato ai sensi dell'articolo 4 della legge 23 luglio 2009 n.99"

esperti contabili.

Seguono poi norme di dettaglio sulle modalità operative da seguire per ottenere questa agevolazione¹⁷.

3.2 I requisiti stabiliti dal Decreto Ministeriale

Se analizziamo i requisiti posti dal primo comma dell'articolo del TUB in correlazione con quanto stabilito dal Decreto di attuazione, si presentano alcuni dubbi interpretativi. Vediamoli in dettaglio:

Anzitutto gli operatori bancari

- *valutano i finanziamenti erogati a persone giuridiche secondo standard di rating etico internazionalmente riconosciuti.*

¹⁷ Gli operatori bancari che intendono acquisire l'agevolazione fiscale presentano, a pena di decadenza, dal 2 maggio al 23 maggio dell'esercizio successivo a quello di realizzazione degli utili apposita richiesta da inviare, tramite posta elettronica certificata, all'Agenzia delle entrate, all'indirizzo pubblicato sul sito istituzionale.

La richiesta deve includere:

- il codice fiscale e gli altri dati identificativi del soggetto richiedente e del rappresentante legale;
- il risparmio d'imposta corrispondente all'ammontare della quota degli utili dell'esercizio destinati a riserva legale o a riserva non distribuibile nella misura massima di 200.000 euro, nel rispetto delle norme di cui al regolamento UE sul de minimis.

Entro i successivi sessanta giorni dal termine ultimo previsto per l'invio delle richieste, l'Agenzia delle Entrate, sulla base del rapporto tra l'ammontare delle risorse stanziato annualmente (1 milione) e l'ammontare del risparmio d'imposta complessivamente richiesto, comunque ricondotto per ciascun beneficiario nel limite di 200.000 euro, riconosce la quota pari al 75 per cento a tutti i richiedenti solo se la spesa complessiva rientra nel limite previsto. In ogni altro caso, per assicurare il rispetto di tale limite di spesa, determina la percentuale massima del risparmio d'imposta attribuibile, sempre sulla base del rapporto tra l'ammontare delle risorse annualmente stanziato e l'ammontare delle richieste individuali ricondotte al limite indicato, e la comunica agli operatori interessati tramite pubblicazione sul proprio sito internet istituzionale. Ciascun beneficiario applica la percentuale per determinare il risparmio d'imposta effettivamente fruibile.

L'attestazione della destinazione degli utili e l'attestazione dei requisiti di legge, sono acquisite dall'operatore bancario, a pena di decadenza dall'agevolazione, prima della presentazione della richiesta e sono conservate fino a quando non siano definiti gli accertamenti relativi al corrispondente periodo di imposta, per essere esibite a richiesta alle autorità che effettuano le attività di controllo.

Si chiarisce infine che, per quanto non espressamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni in materia di liquidazione, accertamento, riscossione e contenzioso previste per le imposte sui redditi.

La formulazione della norma richiama genericamente un elemento esterno, gli standard di rating etico, che qualifica il finanziamento concesso a persone giuridiche lasciando il compito di specificare a cosa ci si riferisca al decreto attuativo.

Rispetto alla precedente formulazione, contenuta nella bozza di decreto posta in consultazione nel 2019¹⁸, si registrano sicuramente dei piccoli miglioramenti che però non bastano, a nostro avviso, a fare chiarezza sulle modalità di certificazione. Il testo attuale del Decreto Ministeriale (articolo 3 comma 1) prevede che i finanziamenti a persone giuridiche possono essere concessi *“solo dopo aver provveduto, attraverso apposite procedure interne, alla positiva valutazione **dell'impatto socio ambientale del finanziamento e dei soggetti finanziati** secondo **standard di rating etico internazionalmente riconosciuti definiti sulla base di obiettivi di sviluppo sostenibile elaborati dall'Unione Europea, dalle Nazioni Unite, dall'Organizzazione internazionale del lavoro o da altre organizzazioni internazionali costituite in base a trattati o convenzioni internazionali, in materia di sviluppo sostenibile e tutela dei diritti umani (...)**”*¹⁹

Il Decreto introduce, rispetto alla scarna previsione normativa primaria, alcuni elementi che rappre-

¹⁸ Nel testo in consultazione si leggeva: “concedono finanziamenti a persone giuridiche solo dopo aver provveduto - attraverso apposite procedure interne - alla positiva valutazione dell'impatto socio- ambientale del finanziamento secondo standard di rating etico internazionalmente riconosciuti, definiti sulla base di principi e iniziative elaborati dall'Unione Europea, dalle Nazioni Unite, dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro o da altre organizzazioni internazionali costituite in base a trattati o convenzioni internazionali, in materia di sviluppo sostenibile e tutela dei diritti umani, nonché da organismi e organizzazioni di normazione previsti dal Regolamento (UE) n. 1025/2012. La valutazione di cui al periodo precedente riguarda, tra l'altro, l'utilizzo da parte dei soggetti finanziati di processi volti a garantire effettive forme di responsabilità sociale d'impresa anche attraverso l'adesione a programmi promossi da organizzazioni nazionali o internazionali e l'acquisizione di indicatori e certificazioni di sostenibilità con riguardo ai beni o servizi prodotti o commercializzati e all'attività svolta dalle stesse persone giuridiche. In ogni caso non sono conformi a standard di rating etico internazionalmente riconosciuti i finanziamenti a favore di persone giuridiche:

i) che operano, anche indirettamente, nella produzione o scambio di beni o servizi il cui normale utilizzo viola i diritti umani;
ii) che, nell'ambito della propria attività, consumano energia esclusivamente da fonti non rinnovabili;
iii) di cui è stata accertata in via definitiva la responsabilità per gravi e sistematiche violazioni di diritti umani, per gravi violazioni dei diritti individuali in situazioni di guerra o di conflitto, o per gravi danni ambientali;
iv) i cui amministratori, sindaci e/o legali rappresentanti sono stati riconosciuti responsabili in via definitiva per le violazioni o i danni di cui al punto iii).

¹⁹ Per il dettaglio delle attività escluse di default si veda la nota precedente

sentano altrettante criticità:

- il riferimento agli standard di rating etico rimane generico, attualmente non essendovi in senso proprio “standard” internazionalmente riconosciuti. Meglio sarebbe stato far riferimento a buone prassi o metodologie più diffuse, anche considerando che non sembra sia possibile utilizzare un criterio univoco di “eticità” da applicare. Per assecondare la legittima esigenza del legislatore, ovvero garantire rigore nella valutazione socio ambientale dei finanziamenti, sarebbe stato più opportuno ancorare tale attività a chiare e definite procedure che l'intermediario deve definire nell'ambito del processo del credito ad ambiti tematici riconosciuti internazionalmente, come ad esempio i Sustainable Development Goals²⁰ delle Nazioni Unite ovvero i criteri BES elaborati dall'Istat che vengono utilizzati per la redazione del Rapporto Annuale relativo alla misura del benessere²¹.
- Un altro elemento da considerare, riguarda la parte relativa alla valutazione dei processi: qui il focus della valutazione di impatto si sdoppia, riferendosi non solo all'effetto che i finanziamenti hanno rispetto all'impatto sociale e ambientale, obiettivo della norma, ma anche al soggetto percettore del finanziamento. E' stata qui eliminata la serie di prescrizioni prevista dalla precedente stesura del Decreto ma, a parte introdurre delle precise indicazioni di esclusione, il margine di incertezza rimane molto alto e peraltro questa previsione esce dal perimetro di attuazione della norma del TUB che non richiede la valutazione del soggetto percettore del finanziamento.

Altro elemento di criticità consiste nella definizione di un limite minimo di crediti da concedere a soggetti predefiniti. Le banche etiche infatti,

- **devolvono almeno il 20 per cento del proprio portafoglio di crediti a organizzazioni senza scopo di lucro o a imprese sociali con personalità giuridica.**

Qui il testo del Decreto si limita a precisare la natura delle organizzazioni previste dalla norma primaria

²⁰ <https://www.unric.org/it/agenda-2030>

²¹ Si tratta di 153 indicatori, che illustrano i 12 domini rilevanti per la misura del benessere. [https://www.istat.it/it/benessere-e-sostenibilit%C3%A0/la-misurazione-del-benessere-\(bes\)-/gli-indicatori-del-bes](https://www.istat.it/it/benessere-e-sostenibilit%C3%A0/la-misurazione-del-benessere-(bes)-/gli-indicatori-del-bes)

dando un riferimento normativo chiaro con la previsione dell'iscrizione di questi enti al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS). La criticità, a nostro avviso, sta nel predeterminare la composizione del portafoglio crediti di una banca che deve, invece, seguire criteri di bilanciamento del rischio che non consentono di definire a priori e senza la possibilità di un orizzonte temporale un criterio di scelta dei percettori dei finanziamenti. Le Linee Guida EBA²² ancorano la concessione del credito al concetto di "rischio" e prescrivono, tra l'altro, che l'Organo di Amministrazione debba *"approvare la strategia di gestione del rischio di credito dell'ente, nell'ambito della strategia generale di gestione dei rischi, e la strategia aziendale, assicurando che siano in linea con il framework di propensione al rischio (RAF) e con la pianificazione del capitale e della liquidità dell'ente, nonché con il processo interno di determinazione dell'adeguatezza patrimoniale (ICAAP) e con il processo intero di determinazione dell'adeguatezza della liquidità (ILAAP)"*.

In tal senso *"La propensione al rischio di credito, la strategia di gestione del rischio di credito e la politica generale relativa al rischio di credito dovrebbero essere allineate con il RAF complessivo dell'ente. La propensione al rischio di credito dell'ente dovrebbe specificare l'ambito e il focus del rischio di credito dell'ente, la composizione del portafoglio creditizio, compresa la sua concentrazione, e gli obiettivi di diversificazione in relazione alle linee di business, alle aree geografiche, ai settori economici e ai prodotti."*²³

La composizione tempo per tempo del portafoglio crediti segue quindi questo criterio e rientra in quel concetto di "sana e prudente gestione" che rende difficile immaginare rigidità di concessione come quelle introdotte dalla norma in esame. Vi possono infatti essere elementi di rischiosità di quel target di soggetti che sconsigliano, magari temporaneamente, di allocare risorse di così ingente portata in questi settori, oppure potrebbe determinarsi una situazione per cui la "bancabilità" di questi soggetti è così alta e il trend positivo da non trovare sul mercato sufficienti "clienti" per ottemperare a tale requisito. L'attività delle banche è attività d'impresa e come tale deve essere lasciata alla prudente gestione di chi poi di quella gestione si assume i rischi anche nei confronti delle Autorità di Vigilanza.

Altro elemento apparentemente semplice nella sua declinazione, ma in realtà foriero di rilevanti per-

²² ABE/GL/2020/06 - Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti

²³ ABE/GL/2020/06, 4.1.1 par. 25 a) e 4.2 par. 30

plexità, è costituito dall'intervento legislativo nell'ambito organizzativo e di governance. Le banche etiche infatti

- *adottano un sistema di governance e un modello organizzativo **a forte orientamento democratico e partecipativo, caratterizzato da un azionariato diffuso***

Questa è sicuramente la norma rispetto alla quale il testo del Decreto maggiormente si discosta dal precedente testo posto in consultazione.

Evitando le complicazioni che quest'ultimo aveva inutilmente introdotto, il testo definitivo si limita a dare alcune indicazioni organizzative e di struttura dell'ente: il numero minimo di soci (duecento), il divieto di esercitare il diritto di voto per una percentuale superiore al 10% del capitale sociale, favorire la partecipazione in assemblea prevedendo il voto per corrispondenza e a distanza e introducendo "forme consultive" di coinvolgimento dei soci e finanziatori sulle linee di indirizzo della banca in materia di finanza etica e sostenibile.

Rimane in ogni caso la perplessità sulle diverse scelte che potranno attuarsi dal punto di vista organizzativo e che dovranno essere validate mediante l'attestazione del soggetto certificatore.

Sul tema dei diritti di voto, invece, si potrebbe aprire un conflitto con la previsione da poco introdotta a favore delle banche popolari²⁴ che consente loro l'emissione di azioni di finanziamento di cui all'articolo 2526 del codice civile che, come diremo più avanti, è del tutto incompatibile con questa previsione.

Ulteriore elemento di criticità, probabilmente il più rilevante, è costituito dalla previsione secondo la quale le banche etiche

- ***non distribuiscono profitti e li reinvestono nella propria attività***

Questo requisito è sicuramente quello che maggiormente richiama l'attenzione e che richiede un esame analitico di cui al successivo paragrafo.

²⁴ Ad oggi l'unica banca etica in Italia, attiva ormai da 25 anni, è una banca popolare.

4. I limiti alla distribuzione di profitti

4.1 Limiti giuridici all'applicazione della norma

Il divieto assoluto di distribuzione di profitto contenuto nella norma primaria e dettagliato nel Decreto, rimane l'elemento di maggiore impatto, dal punto di vista dell'impresa, posto che è elemento sostanziale delle società generare utili e remunerare i soci che, con il loro apporto di capitale, hanno consentito e consentono lo sviluppo della società.

Peraltro non sarebbe probabilmente possibile iscrivere al Registro delle Imprese una società che escludesse statutariamente la possibilità di distribuire dividendi in violazione dell'articolo 2247 c.c.²⁵.

La norma introdotta dall'articolo 111 bis del TUB inserirebbe quindi una eccezione al principio generale che regola ogni società lucrativa.

Questa scelta peraltro si pone in contrasto anche a modelli di società virtuosi, di recente introduzione, come le società benefit: la Legge di stabilità per l'anno 2016, art. 1, commi da 376 a 384 (legge 28 dicembre 2015, n.208) introducendo nel nostro ordinamento giuridico il nuovo strumento giuridico della Società Benefit, ha disegnato un modello societario che permette di poter perseguire in modo congiunto e integrato finalità di lucro e di beneficio sociale, intenzionalmente e consapevolmente specificati nello statuto. La finalità lucrativa non viene quindi in questo modello eliminata ma temperata con lo scopo sociale che la società si prefigge di perseguire.

La previsione dell'articolo 111 bis invece sembra *tranchant* nell'escludere gli operatori di finanza etica e sostenibile dalla possibilità di remunerare in qualunque forma i propri soci e azionisti attraverso la distribuzione di utili (ciò che ovviamente ha implicazioni non di poco conto circa l'attrattività delle azioni emesse da tali operatori bancari e quindi all'accesso del mercato del capitale di rischio) e, conseguentemente, di impedire di fatto una capitalizzazione delle banche, in potenziale contrasto con le regole dettate dalla vigilanza bancaria che stabiliscono ratios finanziari e di sostenibilità che variano

²⁵ Art. 2247 c.c.: Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili

nel tempo a seconda delle valutazioni fatte da Banca d'Italia²⁶ secondo un processo in base al quale le "banche definiscono strategie e predispongono strumenti e procedure per determinare il capitale che esse ritengono adeguato - per importo e composizione - alla copertura permanente di tutti i rischi ai quali sono o potrebbero essere esposte, anche diversi da quelli per i quali è richiesto il rispetto dei requisiti patrimoniali"²⁷, processi dei quali sono responsabili le stesse banche²⁸.

E' evidente che in un contesto di efficiente generazione di utili di esercizio in una misura idonea a coprire i fabbisogni patrimoniali e di capitalizzazione indicati dall'Autorità di Vigilanza, non vi sarebbe contraddizione; se la banca genera ogni anno un utile da mettere a riserva sufficiente per far fronte a tali necessità, le due prescrizioni potrebbero convivere, ma nell'ipotesi in cui sia invece necessario aumentare la platea degli azionisti per far fronte alle necessità di capitale non coperte dall'accantonamento degli utili di esercizio, quali strumenti avrebbe la banca se dovesse sottostare al divieto imposto dall'articolo 111 bis del TUB?

Peraltro, da un punto di vista pratico, anche a volersi rifare alle teorie economiche relative all'esistenza di imprese c.d. a movente ideale, da anni proposte da valenti economisti della rilevanza di Luigino Bruni e Stefano Zamagni, è francamente difficile ipotizzare un *appeal* ad un investimento nel capitale di una

²⁶ Circ. 285/2003 Banca d'Italia, Parte Prima, Titolo III Capitolo I, Sez. I "Processo di controllo prudenziale": Il processo di controllo prudenziale (Supervisory Review Process - SRP) si articola in due fasi integrate. La prima, rappresentata dai processi interni di determinazione dell'adeguatezza patrimoniale (Internal Capital Adequacy Assessment Process - ICAAP) e dell'adeguatezza del sistema di governo e gestione del rischio di liquidità (Internal Liquidity Adequacy Assessment Process - ILAAP), fa capo alle banche, le quali effettuano un'autonoma valutazione, attuale e prospettica, dell'adeguatezza patrimoniale e del sistema di governo e gestione del rischio di liquidità, in relazione ai rischi assunti e alle strategie aziendali. La seconda consiste nel processo di revisione e valutazione prudenziale (Supervisory Review and Evaluation Process - SREP) ed è di competenza dell'autorità di vigilanza, che, anche attraverso il riesame dell'ICAAP e dell'ILAAP, formula un giudizio complessivo sulla banca e attiva, ove necessario, misure correttive.

²⁷ Ibidem

²⁸ Ibidem "I processi ICAAP e ILAAP sono imperniati su idonei sistemi aziendali di gestione dei rischi e presuppongono adeguati meccanismi di governo societario, una struttura organizzativa con linee di responsabilità ben definite, efficaci sistemi di controllo interno. La responsabilità di tali processi è rimessa agli organi societari, i quali ne definiscono in piena autonomia il disegno e l'organizzazione secondo le rispettive competenze e prerogative. Essi curano l'attuazione e promuovono l'aggiornamento dell'ICAAP e dell'ILAAP, al fine di assicurarne la continua rispondenza alle caratteristiche operative e al contesto strategico in cui la banca opera".

banca senza averne, in qualche modo, un ritorno in termini di remunerazione del capitale investito.

Va inoltre da ultimo ricordato che la norma in commento incide anche, derogandovi, sulla previsione generale dell'articolo 2350 codice civile e, per le banche popolari, dell'art. 32, comma 2, che consente invece di distribuire ai soci la quota di utili non assegnata a riserva legale (ai sensi del comma 1), ad altre riserve, ad altre destinazioni previste dallo statuto, disponendo che ciò che non viene così impiegato va destinato a beneficenza o assistenza.

Se accompagniamo queste riflessioni con l'esame del Decreto attuativo, vediamo come il concetto di "profitto" viene declinato in modo da escludere anche operazioni, come quelle di aumento gratuito di capitale mediante o emissione di nuove azioni o aumento del valore delle azioni già emesse, che abbiano luogo tramite l'utilizzo di riserve di utili. Per quanto infatti tali operazioni non riducano il patrimonio netto della banca ma imputino a capitale risorse che in precedenza sono imputate a riserva, è ragionevolmente da ritenere, in continuità con orientamenti piuttosto consolidati in ambito fiscale, che anche in tal caso si ritenga che si sia dinanzi ad una distribuzione, seppur in forma indiretta, di utili accumulati in precedenti esercizi. Il testo del Decreto, d'altro canto, adotta espressioni "aperte" e omnicomprendenti e infatti recita: (Art. 3 comma 1 lett d) *"non distribuiscono, neanche indirettamente, utili e avanzi di gestione, nonché riserve di utili comunque denominate ai partecipanti al capitale, ai titolari di strumenti finanziari partecipativi di cui all'articolo 2346, sesto comma, del codice civile e al personale; il divieto di distribuzione di utili e riserve di utili opera anche nei casi di recesso stabiliti dalla legge; gli utili sono reinvestiti nell'attività propria della banca"*

E' dunque verosimile che anche le riserve, formate come normalmente avviene da utili di esercizi pregressi, siano da ritenersi escluse da questa possibilità (anche se, per mera completezza, va dato atto che una massima del Consiglio Notarile del Triveneto che, riferendosi ad una fattispecie totalmente differente quale il diritto dell'usufruttuario a percepire "i frutti civili" delle azioni, esclude dalla nozione di "utili" i proventi della gestione non destinati alla distribuzione ma accantonati a riserva²⁹).

29 H.I.27 - (Usufrutto sulle azioni - Diritto agli utili e alla distribuzione di riserve - 1° pubbl. 9/17 - motivato 9/17)
"L'art. 2352 c.c. disciplina soltanto l'attribuzione dei diritti amministrativi nel caso di usufrutto sulle azioni disinteressandosi di quelli economici.

L'unica possibilità rimarrebbe l'utilizzo della riserva da sovrapprezzo, non alimentata da utili, per agire sull'aumento del sovrapprezzo sulle azioni riconoscendo anche ai soci che dovessero cedere le azioni, con il meccanismo del riacquisto da parte della banca a valere sul fondo acquisto azioni proprie, il nuovo valore assegnato.

4.2 Conflitto di norme

Uno degli aspetti che vanno altresì considerati in chiave generale, consiste nella valutazione dei possibili conflitti di norme che questa disciplina sembra porre in essere.

Oltre a quanto abbiamo già accennato in termini di disciplina generale codicistica, prendiamo in esame in questo paragrafo, sia pure in maniera sintetica, due normative che a nostro parere potrebbero essere fortemente impattate dall'applicazione dei criteri del 111 bis.

La prima fattispecie riguarda le partecipazioni che gli enti pubblici possono detenere nel capitale degli operatori di finanza etica e sostenibile.

Tale partecipazione, proprio per le finalità che tali enti si propongono, non è un fatto teorico ma del tutto reale ed effettivo³⁰. La normativa di settore che regola le partecipazioni degli enti pubblici

Stante tale carenza si deve ritenere che all'usufruttuario di azioni spettino i diritti economici previsti dalla disciplina generale, cioè il diritto a percepire i frutti civili di cui all'art. 984 c.c..

Nel caso delle azioni societarie, hanno natura di frutti civili gli utili di esercizio di cui sia deliberata la distribuzione. Gli utili destinati a riserva non spettano dunque all'usufruttuario, in quanto la decisione di non distribuirli equivale ad una loro "capitalizzazione", con definitiva apprensione al patrimonio della società delle somme accantonate. L'eventuale delibera di distribuzione di riserve, siano esse da utili o di capitale, equivale ad una attribuzione di somme che rappresentano un capitale e non al pagamento di un frutto civile, per cui il diritto alla loro riscossione spetta al socio nudo proprietario, il quale, ai sensi dell'art. 1000 c.c., dovrà esercitarlo in concorso con l'usufruttuario e sulle somme riscosse si trasferirà l'usufrutto. Tale regola trova applicazione anche nell'ipotesi di distribuzione di riserve in natura."

Sulla natura degli utili anche se accantonati a riserva, non sembra però esservi soverchio dubbio, conclusione peraltro corroborata a contrariis anche dalla previsione contenuta all'articolo 18 del D.Lgs. 112 del 2017 in materia di impresa sociale ove si esentano da imposte gli utili destinate a riserve e sino a che non siano utilizzate salvo che per la copertura di perdite

30 Nel capitale sociale dell'unica banca etica attualmente operante in Italia sono presenti, come si può facilmente vedere dai report pubblicati sul sito www.bancaetica.it, numerosi enti locali e pubblici che costruiscono validi

presenta aspetti di natura peculiare rispetto sia alle partecipazioni detenibili che agli obblighi di dismissione delle stesse.

Il D.Lgs 19 agosto 2016, n. 175 (Testo Unico Società Partecipate) fissa all'articolo 4 i limiti entro i quali gli enti possono esercitare la loro autonomia nel partecipare a società di servizi³¹.

Una particolare riserva viene poi espressamente fatta a favore proprio degli istituti di finanza etica e sostenibile di cui all'art. 111 bis del TUB, concedendo la possibilità di intervenire nel capitale di questi ultimi a determinate condizioni³².

Nel caso però in cui si ritenga da parte dell'ente, nell'ambito della procedura di revisione straordinaria delle partecipazioni prevista dall'articolo 24 del Testo Unico, di dismettere anche queste partecipazioni, si determina una fattispecie di recesso obbligatorio a favore dell'ente con l'obbligo di liquidazione delle azioni secondo i criteri dell'articolo 2437-ter del codice civile³³ e quindi tenendo conto dell'intero patrimonio della banca, comprese ovviamente le riserve³⁴ e quindi operando ex lege quella distribuzione di utili che sarebbe invece vietata.

Una diversa e più pericolosa ipotesi di conflitto si pone rispetto alla normativa di vigilanza di cui al

strumenti di intervento sul territorio in sinergia con le politiche di finanziamento della banca.

31 Art. 4 1 comma: "Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società."

32 Art. 4 comma 9-ter. "È fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni, comunque non superiori all'1 per cento del capitale sociale, in società bancarie di finanza etica e sostenibile, come definite dall'articolo 111-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, senza ulteriori oneri finanziari rispetto a quelli derivanti dalla partecipazione medesima.

33 Art. 24 comma 5 "In caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo ovvero di mancata alienazione entro i termini previsti dal comma 4, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, e seguendo il procedimento di cui all'articolo 2437-quater del codice civile.

34 Su questi particolari aspetti, mi permetto di rimandare a E.Fabbiani, Società pubbliche non necessarie, obblighi di dismissione e diritto di recesso, in *Le società Pubbliche*, I, 2020, p.431 ss (a cura di) F.Fimmanò A.Catricalà; E.Fabbiani, Appunti in tema di recesso legale di Ente Pubblico da società non necessarie, in *Le Società* 10/2016, p.1069

Regolamento (ue) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio (CRR) che, all'articolo 28 nel descrivere i requisiti del capitale primario di classe I, dispone alla lettera g (terzo rinvio) "le condizioni che governano gli strumenti non comprendono un massimale né altre restrizioni sul livello massimo delle distribuzioni, ad eccezione del caso degli strumenti di cui all'articolo 27" per i quali però, ovvero le cooperative, è consentito un limite ma non un divieto di distribuzione.

Le conseguenze di una applicazione letterale della norma del 111 bis del TUB potrebbero quindi portare a dover riconsiderare la computabilità delle azioni emesse a capitale primario di classe I con effetti potenzialmente disastrosi.

Da ultimo, e sarà oggetto di analisi puntuale, il contrasto con la norma che consente anche alle banche popolari l'emissione di strumenti finanziari innovativi come le azioni di finanziamento.

Come si vede dunque, il quadro regolamentare è di difficile interpretazione oggettiva con i conseguenti rischi sul piano della certezza del diritto, ma complessivamente sembra chiaro che i vantaggi fiscali previsti dalla norma non sono tali da compensare le tante difficoltà che si pongono. Ciò porta dunque a ritenere assai dubbia, se non addirittura ad escludere, la convenienza di aderire al ristretto parterre degli "operatori bancari di finanza etica e sostenibile" a fini agevolativi.

4.3 Esclusività della nozione di "operatore bancario di finanza etica e sostenibile"

Esclusa dunque detta convenienza, risulta fondamentale dare risposta alla domanda se possono esistere, al di fuori della cornice normativa espressa dall'art. 111 bis, banche che operano nel campo della finanza etica e addirittura contengono nella loro denominazione l'aggettivo "etico". Abbiamo già anticipato la nostra preferenza, pur in un quadro normativo e applicativo che non offre piena certezza di soluzione, per una risposta positiva. Alle considerazioni già svolte, merita aggiungerne altre che derivano dal confronto tra la versione del testo ministeriale posta in consultazione e quella definitiva riferita all'articolo 2 in raffronto alla norma del TUB.

Art. 111 bis TUB	Schema di decreto	DM 209/2022
<p><u>Comma 1</u>: Sono operatori bancari di finanza etica e sostenibile le banche che conformano la loro attività ai seguenti principi (.....)</p> <p><u>Comma 3</u>: Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, stabilisce con proprio decreto le norme di attuazione delle disposizioni del presente articolo.</p>	<p>Art. 2 (Oggetto)</p> <p>1. Il presente decreto individua i criteri ed i requisiti che gli operatori bancari di finanza etica e sostenibile devono possedere per poter usufruire delle agevolazioni di cui all'articolo 111-bis del TUB, nel rispetto del limite di spesa complessiva pari a 1 milione di euro annui.</p>	<p>Art. 2 Oggetto</p> <p>1. Il presente decreto individua: a) i requisiti ai quali gli operatori bancari conformano la propria organizzazione e la propria attività per assumere, previa attestazione della loro esistenza, la qualifica di operatori bancari di finanza etica e sostenibile, al fine di usufruire dell'agevolazione di cui all'articolo 111-bis del TUB, nel rispetto del limite di spesa complessiva fissata annualmente dal comma 3 del citato articolo</p>

Significativamente, nella formulazione finale del Decreto il soggetto non è più, come nel precedente testo, l'operatore bancario di finanza etica e sostenibile ma l'operatore bancario tout court che, al fine di usufruire delle agevolazioni fiscali, assume la qualifica di operatore bancario di finanza etica e sostenibile. Sul piano letterale sembra dunque che possano coesistere le due categorie di operatori bancari e che l'assunzione della qualifica normativa relativa alla finanza etica e sostenibile sembra essere vincolata all'utilizzo degli incentivi e non ad altre più generali finalità.

4.4 Emissione di strumenti finanziari

Una delle possibilità da ultimo offerte dalla normativa in ordine all'emissione di strumenti finanziari riguarda l'applicabilità anche alle banche popolari³⁵ della disposizione di cui all'articolo 2526 del codice civile con l'emissione di azioni di finanziamento ai sensi dell'art. 150-quater TUB, che costituisce una

³⁵ Il riferimento specifico alle banche popolari è determinato, come detto sopra, dal fatto che l'unica banca etica attualmente esistente è una banca popolare e alcuni dei requisiti riportati dalla norma del TUB sono effettivamente ricavati dalle regole di funzionamento di quest'ultima.

prerogativa già in passato riconosciuta alle banche di credito cooperativo dall'art. 150-ter TUB e che ora è data, a condizioni simili ma non identiche, anche alle banche popolari. Si può dunque fare affidamento all'esperienza già maturata nel contesto del credito cooperativo. Va prioritariamente osservato che la computabilità come capitale di migliore qualità di tali strumenti rende applicabili nella specie, in aggiunta alle disposizioni del TUB, anche le disposizioni della CRR (Regolamento UE n. 575/2013 ss.mm.) e in particolare l'art. 26 CRR che richiede non solo l'autorizzazione all'emissione da parte dell'autorità di vigilanza competente ma anche che, preventivamente, gli strumenti di capitale siano inseriti dall'ABE nella lista degli strumenti di capitale di migliore qualità. Ciò rende necessario seguire un procedimento di vigilanza articolato e complesso (come è di recente avvenuto per le azioni di finanziamento dell'art. 150-ter TUB delle BCC).

L'emissione però di questa tipologia di strumento finanziario incontra un limite proprio nella norma che ne ha esteso l'applicazione, ovvero l'articolo 150 quater del TUB che stabilisce che *"Lo statuto stabilisce i diritti patrimoniali e amministrativi attribuiti ai soci finanziatori e il numero dei voti a loro spettanti, anche in deroga ai limiti previsti dall'articolo 30, comma 1, e ne assicura la computabilità come capitale di qualità primaria."*³⁶

L'esigenza di capitalizzazione al fine di rimanere entro i limiti stabiliti per ogni banca dal "common equity tier 1 (CET1) ratio", ovvero il coefficiente di capitale primario di classe 1 determinato ai sensi dell'art. 92 CRR non potrebbe quindi in questo modo venire soddisfatta.

Peraltro, l'articolo 2526 c.c. prevede anche che ai possessori di strumenti finanziari non possa, in ogni caso, essere attribuito più di un terzo dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti ovvero rappresentati in ciascuna assemblea generale: se ricordiamo il limite del 10% dei voti posto dal Decreto, anche questa previsione sarebbe in aperto contrasto con le regole previste per gli istituti di credito di finanza etica e sostenibile.

³⁶ Gli elementi del capitale primario sono, come noto, costituiti da capitale, sovrapprezzo, utile e riserve

4.5 Le azioni di finanziamento

La Legge n. 106 del 23 luglio 2021, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, c.d. Decreto Sostegni bis, ha introdotto (con l'art. 23-ter) nel Testo unico bancario l'art. 150-quater "Disposizioni in tema di partecipazione a banche popolari".

Il nuovo art. 150-quater, al fine di agevolare la patrimonializzazione delle banche popolari, stabilisce "i casi e i modi" con cui le banche popolari, previa modifica dello statuto sociale, possono emettere le azioni previste dall'articolo 2526 del codice civile, provvedendo a coordinare la disciplina generale per le società cooperative con quella speciale del Testo unico bancario.

L'applicabilità dell'art. 2526 cod. civ. alle banche popolari, al fine di aumentarne la capacità di reperire capitale, era stata introdotta dal decreto legge n. 3/2015: nell'intento del legislatore della Riforma, la possibilità di ricorrere a tali strumenti «**renderà più appetibile per gli investitori istituzionali l'investimento nel capitale delle banche popolari, soprattutto in presenza di esigenze di ricapitalizzazione**³⁷».

L'art. 2526, cod. civ.³⁸, consente alle società cooperative, a condizione che sia prevista dallo statuto, la possibilità di emettere "strumenti finanziari, secondo la disciplina prevista per le società per azioni". Sempre allo Statuto è demandato di stabilire i diritti patrimoniali e amministrativi attribuiti ai possessori degli strumenti finanziari e le eventuali condizioni cui è sottoposto il loro trasferimento.

Per quanto riguarda i diritti amministrativi, la legge pone poi in modo chiaro il principio secondo cui il potere di governo della società cooperativa spetta ai soci cooperatori, in quanto portatori dell'interes-

³⁷ Si noti la palese contraddizione con quanto fin qui riportato in commento alla norma del TUB.

³⁸ Art. 2526 (Soci finanziatori e altri sottoscrittori di titoli di debito): 1. L'atto costitutivo può prevedere l'emissione di strumenti finanziari, secondo la disciplina prevista per le società per azioni. 2. L'atto costitutivo stabilisce i diritti patrimoniali o anche amministrativi attribuiti ai possessori degli strumenti finanziari e le eventuali condizioni cui è sottoposto il loro trasferimento. I privilegi previsti nella ripartizione degli utili e nel rimborso del capitale non si estendono alle riserve indivisibili a norma dell'articolo 2545-ter. Ai possessori di strumenti finanziari non può, in ogni caso, essere attribuito più di un terzo dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti ovvero rappresentati in ciascuna assemblea generale. 3. Il recesso dei possessori di strumenti finanziari forniti del diritto di voto è disciplinato dagli articoli 2437 e seguenti. 4. La cooperativa cui si applicano le norme sulla società a responsabilità limitata può offrire in sottoscrizione strumenti privi di diritti di amministrazione solo a investitori qualificati.

se mutualistico al cui soddisfacimento è necessariamente orientata l'attività sociale.

Tale principio viene declinato sia rispetto ai limiti di voto assembleare per i soci finanziatori, sia rispetto alla loro eventuale rappresentanza negli organi amministrativo e di controllo.

Quanto al primo aspetto, è previsto che ai possessori di strumenti finanziari non può, in ogni caso, essere attribuito più di un terzo dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti ovvero rappresentati in ciascuna assemblea generale; quanto al secondo aspetto si prevede che in ogni caso ai possessori di strumenti finanziari non può essere attribuito il diritto di eleggere più di un terzo degli amministratori e sindaci.

Ciò posto, l'art. 150-quater TUB dispone che le banche popolari possono emettere le azioni previste dall'art. 2526 del codice civile, previa modifica dello statuto sociale, nei casi e nei modi previsti dalla norma stessa, secondo cui:

- i soci finanziatori possono detenere azioni di finanziamento anche in deroga al limite di possesso azionario dell'1% del capitale sociale previsto dall'articolo 30, comma 2, TUB (comma 2, primo periodo);
- allo statuto compete stabilire i diritti patrimoniali e amministrativi attribuiti ai soci finanziatori e il numero dei voti a loro spettanti, anche in deroga al voto capitaro;
- allo statuto compete assicurare la computabilità delle azioni di finanziamento come capitale di qualità primaria (comma 2, secondo periodo);
- l'emissione delle azioni di finanziamento deve essere autorizzata dalla Banca d'Italia (comma 2, terzo periodo), con le ulteriori precisazioni più sopra riferite relative alla concorrente applicazione dell'art. 26 CRR;
- allo statuto compete di determinare le maggioranze richieste per la costituzione delle assemblee delle banche popolari emittenti azioni di finanziamento e per la validità delle deliberazioni. Tali quorum vanno calcolati "secondo il numero dei voti spettanti ai soci cooperatori e ai soci finanziatori". (comma 3);

- limitatamente al caso di banche popolari che versino in una situazione di inadeguatezza patrimoniale ovvero siano sottoposte ad amministrazione straordinaria le azioni di finanziamento possono essere emesse anche in deroga ai limiti previsti dall'articolo 2526, secondo comma, terzo periodo³⁹, del codice civile (e dunque è possibile superare il limite de terzo quanto ai poteri di governance attribuiti ai possessori di tali strumenti). Non si applicano gli articoli 2542, terzo comma e quarto comma, secondo periodo⁴⁰, 2543, terzo comma⁴¹, 2544, secondo comma, primo periodo, e terzo comma, del codice civile⁴².

5. Una riforma incompiuta

Al termine di questo percorso è lecito quindi proporre alcune preliminari conclusioni partendo dalla premessa, fondamentale ad ogni ragionamento in ordine all'introduzione di meccanismi di remunerazione del capitale sociale, che consiste nel valutare le conseguenze del divieto di distribuzione di utili contenuto nella norma primaria e dettagliato nel DM di attuazione.

Abbiamo visto come l'interpretazione dell'articolo non presenta elementi di assoluta certezza nè vi possono essere attese di questo tipo sul piano normativo, dovendo il giudizio basarsi sull'interpretazione che della norma si può offrire, interpretazione che è sempre esposta al giudizio dirimente delle Autorità di Vigilanza e dei giudici competenti.

³⁹ L'art. 2526, secondo comma, terzo periodo cod. civ. stabilisce che ai possessori di strumenti finanziari non può, in ogni caso, essere attribuito più di un terzo dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti ovvero rappresentati in ciascuna assemblea generale.

⁴⁰ L'art. 2542 comma 3 dispone che "La maggioranza degli amministratori è scelta tra i soci cooperatori ovvero tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche"; il comma 4 secondo periodo dispone che: "In ogni caso, ai possessori di strumenti finanziari non può essere attribuito il diritto di eleggere più di un terzo degli amministratori".

⁴¹ L'art. 2543, terzo comma, cod. civ. consente ai possessori degli strumenti finanziari dotati di diritti di amministrazione di eleggere, se lo statuto lo prevede, fino ad un terzo dei componenti dell'organo di controllo

⁴² L'art. 2544, secondo comma, primo periodo e terzo comma, cod. civ. in caso di sistema dualistico, limita ad un terzo del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione il numero dei componenti che possono essere eletti dai possessori di strumenti finanziari e, in caso di sistema monistico, stabilisce che agli amministratori eletti dai possessori di strumenti finanziari, in misura comunque non superiore ad un terzo, non possono essere attribuite deleghe operative né gli stessi possono fare parte del comitato esecutivo.

In questo senso le due antitetiche posizioni, una che pone come base interpretativa la creazione di un nuovo modello di banca tout court e l'altra che ritiene che tale modello possa essere adottato solamente per godere dei vantaggi fiscali che la disciplina prevede, presentano entrambe punti di debolezza ma, come abbiamo tentato di dimostrare, la prima posizione aprirebbe la strada a tali e tante problematiche che rimane preferibile adottare il secondo punto di vista, sicuramente più logico anche in una visione di sistema.

Peraltro abbiamo anche visto come, da un punto di vista di interpretazione letterale della norma secondaria, si possa propendere per questa interpretazione e, conseguentemente, lasciare aperta ogni possibilità di prevedere forme di remunerazione del capitale sociale in linea con quanto stabilito ed auspicato dalle normative di settore per la stabilità del sistema bancario.

Se dunque la strada della regolamentazione di un settore particolare dell'attività bancaria come quello della finanza etica e sostenibile è certamente un passo avanti rispetto alla totale assenza di regole, le norme in commento non forniscono a nostro avviso uno schema normativo applicabile e sarebbe quindi auspicabile che il legislatore rivedesse se non l'impostazione complessiva, almeno le parti della normativa che, come abbiamo evidenziato, presentano numerosi e importanti problemi applicativi.



DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**
