

Of counsel

Avv. prof. Ferdinando Imposimato

Avv. Michele Lioi
Avv. Michele Mirenghi
Avv. Marco Orlando
Avv. Stefano Viti

† Avv. Mario Marconi

Avv. Nicoletta Galli
Avv. Willelma Monterotti
Avv. Barbara Pisa
Avv. Andrea Ruffini
Dott. Francesco Magni
Dott. Domenico Pittella
Dott.ssa Giulia Aldina Rossi

Spett.le

Banca d'Italia

Servizio Normativa e Politiche di Vigilanza

Divisione Normativa Primaria

npv.normativa_primaria@bancaditalia.it

***Osservazioni al documento di consultazione della Banca d'Italia in materia di
"Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche"***

Nel documento di consultazione in oggetto, al paragrafo 3, relativo a "Composizione e nomina degli organi sociali", Linee applicative, lett. q), sono previste alcune prescrizioni dedicate alle Banche popolari.

In particolare, si stabilisce l'obbligo di modificare gli statuti delle Banche Popolari, che dovrebbero prevedere:

- 1 - *"un numero di deleghe attribuibili a ciascun socio adeguato a facilitare il coinvolgimento nelle decisioni assembleari. Il numero non può in ogni caso essere inferiore a cinque."*;
- 2 - la predisposizione di meccanismi di voto per corrispondenza o, comunque, a distanza;
- 3 - l'attribuzione del diritto a presentare le liste per la nomina degli amministratori ed il diritto di chiedere l'integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea *"anche ai soci che*

rappresentano percentuale di capitale sociale stabilite nello statuto e definite in modo coerente con la dimensione e l'articolazione degli assetti proprietari.”

Le nuove disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche si sarebbero rese necessarie al fine di dare attuazione, in particolare, alla Direttiva 2013/36/UE (“CDR IV”). Esse si inserirebbero anche nella più ampia prospettiva di rivedere le Disposizioni in materia di organizzazione e governo societario delle banche, emanate dalla Banca d'Italia a marzo del 2008, al fine di fornire *“precisazioni e chiarimenti, opportuni alla luce dell'esperienza applicativa maturata, sulle modalità di applicazione corretta delle norme.”*

In primo luogo, si segnala come gli interventi relativi alle Banche Popolari devono evidentemente essere giustificati soltanto alla luce delle esigenze emerse in sede di applicazione dei precedenti interventi di disciplina del settore, e non anche delle prescrizioni contenute nella citata direttiva comunitaria.

Infatti, i contenuti della Direttiva 2013/36/UE non riguardano, nello specifico, la disciplina delle Banche Popolari, bensì, in generale, *“il coordinamento delle disposizioni nazionali relative all'accesso all'attività degli enti creditizi e delle imprese di investimento, le modalità della loro governance e il quadro di vigilanza”*. (Considerando n. 2 alla direttiva).

Le prescrizioni relative alle Banche Popolari, oltre a non apparire legate alla necessità di dare attuazione alla ricordata direttiva comunitaria, evidenziano anche problemi di compatibilità con il vigente quadro normativo di settore.

In particolare, tali interventi vengono di fatto a limitare la sfera di autonomia statutaria garantita dal legislatore per tale categoria di operatori del credito.

Principi di autonomia puntualmente rinvenibili anche alla luce delle recenti modifiche al Testo Unico Bancario (d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385) e al Testo Unico delle disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58), introdotte dall'art. 23-*quater* della Legge 17 dicembre 2012, n. 221 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante *“Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese”*.

Infatti, anche tali recenti interventi normativi confermano la tendenza di sistema a garantire una sorta di area di rispetto per l'autonomia organizzativa delle Banche Popolari, in quanto espressione della realtà cooperativa, oggetto anche di espresso riconoscimento costituzionale - articolo 45 della Costituzione -.

Autonomia organizzativa di cui è diretta espressione il potere di auto regolamentazione, strumentale a salvaguardare gli aspetti peculiari della categoria - radicamento nei territori, capacità di supporto alle esigenze delle famiglie e delle piccole e medie imprese, prevalenza dell'elemento personale nella compagine sociale, proprietà diffusa e frazionata -.

Numero minimo di deleghe.

La norma relativa alle deleghe, da un punto di vista letterale, per come è stata formulata, sembrerebbe esprimere la necessità che gli statuti prevedano che un socio non possa rappresentare nelle assemblee un numero inferiore a 5 altri soci. Il che sembrerebbe vietare la possibilità che un socio si presenti in assemblea con un numero di deleghe inferiore a cinque.

Così interpretata, ovviamente, la norma risulterebbe senz'altro illegittima, e contrastante, non solo con i principi fondamentali del settore, ma anche con le stesse finalità dichiarate dell'intervento, teso a garantire la maggiore partecipazione dei soci alle decisioni assembleari.

Appare quindi evidente che la norma, pur nella sua non cristallina formulazione, è relativa al **numero massimo** di deleghe attribuibili ad un singolo socio, che lo statuto è chiamato a stabilire in una misura che la norma individua, appunto, nel **numero minimo di cinque**.

Il che significherebbe che gli statuti non possano individuare un numero massimo di deleghe conferibili ad un singolo socio in numero inferiore a cinque.

Si tratta di una norma a nostro avviso non compatibile con la disciplina di settore.

Infatti, il legislatore è intervenuto in materia prevedendo:

“ Gli statuti delle banche popolari determinano il numero massimo di deleghe che possono essere conferite ad un socio, fermo restando il limite di dieci, previsto dall'art. 2539, primo comma, del codice civile.” (art. 150 bis, comma 2-bis, del Testo Unico Bancario, introdotto dall'art. 23- quater, lett. b), della Legge 17 dicembre 2012, n. 221).

La *ratio* giustificativa della novella legislativa del 2012 emerge chiaramente dalla collocazione della disposizione all'interno dell'art. 150 bis del TUB, che si preoccupa di individuare quali disposizioni del codice civile non si applicano alle Banche Popolari.

Orbene, con l'introduzione del comma 2-bis in commento, il legislatore, pure estendendo alle Banche Popolari il limite massimo di dieci deleghe attribuibile a ciascun socio di cui all'art. 2539, comma I, codice civile, conferma che la determinazione del numero massimo di deleghe presentabili in assemblea, è comunque riservato alla autonomia statutaria di ogni singolo istituto.

E ciò in quanto, evidentemente, il legislatore ha inteso lasciare ad ogni singolo ente la facoltà di valutare la dimensione e la dislocazione del corpo sociale, e di determinare di conseguenza, nell'ambito del proprio potere di auto regolamentazione, la possibilità di individuare il numero di deleghe conferibili a ciascun socio, nel rispetto soltanto del limite massimo – dieci – individuato dal codice civile.

Pertanto, la previsione del documento in consultazione relativa al numero di deleghe minimo da prevedere in statuto violerebbe manifestamente l'autonomia statutaria delle Banche Popolari, confermata dall'art. 150 bis, comma 2-bis, Testo Unico Bancario.

Imposizione del voto a distanza.

Anche la previsione dell'obbligatorietà del voto per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di voto a distanza, solleva problemi di compatibilità con la disciplina legislativa.

Infatti, ai sensi del primo periodo dell'art. 2538, comma VI, codice civile, che trova applicazione per le Banche Popolari:

“L'atto costitutivo può prevedere che il voto venga espresso per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione”

Tale disposizione si limita a consentire alle società cooperative la **facoltà – non prevedendo invece un obbligo** - di introdurre il voto a distanza.

Pertanto, Anche in questo caso, il legislatore demanda allo statuto la possibilità di valutare l'opportunità di introdurre sistemi di voto a distanza, vagliando tutte le circostanze concrete.

Inoltre, va osservato che l'imposizione in via amministrativa di un tale obbligo, oltre a violare l'art. 2538, comma VI, codice civile, andrebbe comunque preceduta da un'analisi di impatto – del tutto assente – considerati i costi rilevanti che essa potrebbe comportare per gli intermediari, anche in relazione alla ampiezza e complessità della compagine sociale.

Imposizione del criterio capitalistico per l'esercizio di alcuni diritti sociali.

Con la prescrizione contenuta nel punto n. 3, la Banca d'Italia di fatto impone alle Banche Popolari di dare ingresso al principio capitalistico ai fini dell'esercizio di alcuni diritti sociali – presentazione delle liste di candidati per l'elezione degli amministratori e richiesta di integrazione dell'ordine del giorno –, e quindi, in definitiva, modifica le modalità di formazione dei processi decisionali.

Si tratta di una innovazione che, a nostro avviso, non risulta conforme al vigente quadro legislativo e regolamentare, alla luce sia della citata L. 221/ 2012, che della delibera Consob n. 18523 del 10 aprile 2013, che ha modificato il Regolamento Emittenti in tema di società cooperative sopprimendo i commi IV e V dell'art. 144-*quater* del R.E.

Come noto, l'articolo 135 del Testo Unico della Finanza prevede:

“Per le società cooperative le percentuali di capitale individuate nel codice civile e nel presente decreto per l'esercizio di diritti da parte dei soci sono rapportate al numero complessivo dei soci stessi.”

Tale norma, evidentemente, esprime per le società cooperative la deroga al principio capitalistico per preferire il principio personalistico della partecipazione alla compagine sociale ed alla formazione dei processi decisionali.

Inoltre, la legge 221 del 2012 ha modificato il Testo Unico della Finanza agli artt. 126-*bis*, comma I, e 147-*ter*, comma I, prevedendo, relativamente alla quota di capitale necessaria sia ai fini della richiesta di integrazione dell'ordine del giorno e della presentazione di proposte di deliberazione su materie già all'ordine del giorno, sia per la presentazione delle liste di candidati al consiglio di amministrazione, che *“per le società cooperative la misura è stabilita dagli statuti anche in deroga all'articolo 135”*.

Si tratta, di tutta evidenza, del riconoscimento di una **facoltà** in capo alle società cooperative di affiancare al principio personalistico, anche quello capitalistico.

Il fine perseguito dal legislatore è, anche in questo caso, quello di *“affidare all'autonomia statutaria la determinazione delle quote di capitale rilevanti ai fini dell'esercizio di specifici diritti azionari (relativi all'ordine del giorno in assemblea e all'elezione con voto di lista del CDA)”* (così RAISI, relatore per la X Commissione, Camera dei deputati, seduta del 7 dicembre 2012).

Prendendo atto delle innovazioni normative del 2012, la Consob ha ritenuto “*necessario procedere all’abrogazione delle disposizioni regolamentari con cui la Consob ha previsto specifici “tetti” alle quote di possesso azionario necessarie a presentare le liste (art. 144-quater del RE); ne consegue che alle società cooperative quotate è lasciata piena autonomia nel determinare in via statutaria l’ammontare di tali quote eventualmente necessarie per la presentazione delle liste per la nomina dei componenti dell’organo amministrativo*” - enfasi aggiunte dagli scriventi-.

Pertanto, l’autonomia statutaria delle banche popolari è autorizzata dalla legge a prevedere un criterio sia personalistico che capitalistico per l’esercizio dei predetti diritti sociali.

Di contro, la norma prevista dalla Banca d’Italia è di fatto finalizzata ad introdurre un vero e proprio obbligo per le Banche Popolari di dare ingresso al criterio capitalistico, così trasformando in imposizione, quella che tutte le norme di legge e regolamentari hanno sinora individuato come una mera facoltà, rimessa alla autonomia statutaria dei singoli istituti.

Si tratta, evidentemente, di una norma che, di fatto, incide anche sulla natura stessa delle Banche Popolari, idonea a sovvertirne la stessa natura di istituzioni organizzate su base personalistica, natura riconosciuta nell’intero quadro legislativo di riferimento.

Per le suesposte considerazioni, si ritiene che le disposizioni sopra passate in rassegna si porrebbero in contrasto con l’ordinamento legislativo di settore, e con le specifiche norme di legge citate nelle presenti osservazioni.

Si osserva, inoltre, che la giurisprudenza amministrativa consolidata sottolinea l’illegittimità degli atti delle Autorità Indipendenti contrastanti con una fonte di rango primario.

Ad esempio, era stato proposto ricorso dinanzi al giudice amministrativo per l’annullamento di un atto adottato dalla Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che prevedeva, relativamente al termine per la portabilità dei numeri telefonici, che questo non potesse superare tre giorni, “*indipendentemente dall’eventuale termine di preavviso per il recesso dal contratto*”.

Il ricorrente deduceva che tale atto violava la disciplina legislativa, che stabilisce, all’art. 1, comma III, decreto legge 31 gennaio 2007 n. 7, convertito in legge dalla legge 2 aprile 2007 n. 40, che i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia devono

prevedere la facoltà del contraente di trasferire il numero presso altro operatore e “*non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni*”.

Pertanto, l'atto della Autorità di fatto annullava la prescrizione legislativa nella parte in cui questa consente la previsione di un termine di preavviso superiore a tre giorni, con il solo limite che esso non superi trenta giorni.

Chiamato a pronunciarsi sulla questione, il Tribunale Amministrativo per il Lazio ha statuito che:

“ la contestata prescrizione, nella parte in cui sopprime il termine di preavviso, è palesemente illegittima, quali che siano le motivazioni sottese alla sua adozione e l'interesse che si è inteso tutelare, non essendo consentito all'Amministrazione, e quindi anche all'Autorità, qualunque sia la latitudine dei poteri di cui dispone, sostituire le proprie valutazioni a quelle effettuate dal legislatore ed incidere, sopprimendola, su una clausola contrattuale apposta dalle parti in corretta applicazione di una facoltà ad esse riconosciuta dalla disciplina codicistica ed espressamente confermata dall'art. 1, terzo comma, del succitato e recente D.L. n. 7 del 2007, che si è limitato a fissare il limite massimo del periodo di preavviso.

In conclusione l'Autorità non aveva il potere di sostituirsi al Legislatore e di modificare una norma di rango primario, facendo venir meno l'obbligo di preavviso per tutte le ipotesi di recesso con richiesta di portabilità del numero; l'intento era apprezzabile, ma lo strumento utilizzato palesemente inadeguato secondo pacifici e mai contestati principi generali di diritto” - enfasi aggiunte dalla scrivente difesa-

(Tar Lazio, sez. III, 18 giugno 2009 n. 5769).

In un altro caso, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas aveva stabilito che il diritto di recedere dal contratto di vendita di energia elettrica senza oneri per il recedente e senza la necessità di addurre alcuna motivazione, previsto dal codice del consumo solo in capo ai consumatori, venisse esteso a qualunque contraente, anche non consumatore.

Chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'atto, il giudice amministrativo, con una doppia sentenza conforme, ha stabilito che le fonti di rango secondario, quali i regolamenti delle Autorità, non possono creare un *vulnus* nella disciplina prevista dalla fonte di rango primario.

In particolare, il Consiglio di Stato ha chiarito che:

“ ... affinché un atto di normazione secondaria possa derogare a fonti primarie occorre un'espressa autorizzazione legale (come nel caso dei regolamenti delegati), invece qui mancante.

Il richiamo all'art. 1339 c.c., operato dall'appellante (che ravvisa nel termine “legge” un riferimento a qualsiasi atto di eteronomia), non può valere ad alterare l'ordine gerarchico delle fonti, consentendo ad una disposizione di rango secondario di scavalcare, entrando nel contenuto contrattuale in sostituzione di pattuizioni negoziali, norme di legge” - enfasi aggiunte dalla scrivente difesa- (Consiglio di Stato, sez. VI, 11/11/2008, n. 5622).

E' evidente, pertanto, che i principi generali di diritto cui fanno riferimento le pronunce citate trovino applicazione anche per gli atti adottati dalla Banca d'Italia.

Pertanto, si ritiene che debbano essere espunte le previsioni del documento di consultazione relative alle banche popolari di cui al paragrafo 3, Composizione e nomina degli organi sociali, Linee applicative, *sub* lett. q.

Entrata in vigore e disciplina transitoria

Si ritiene infine privo di ragione giustificativa il termine previsto per l'adeguamento degli statuti, individuato nelle prossime assemblee di bilancio.

Infatti, se l'esigenza di individuare un termine di adeguamento particolarmente stringente è senz'altro giustificato per quelle disposizioni che sono direttamente attuative di norme contenute nella direttiva 2013/36/UE - il cui termine di recepimento è fissato al 31 dicembre 2013 -, le stesse esigenze non paiono ravvisabili per la conclusione di procedure complesse quali la revisione degli ordinamenti statutari nelle Banche Popolari, istituzioni neppure contemplate nel testo comunitario sopra citato.

Cordiali saluti

Roma, 23 dicembre 2013

Avv. Michele Lioi



Dott. Domenico Pittella

