

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2022

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il Tribunale UE annulla la decisione della BCE di assoggettare Banca CARIGE ad amministrazione straordinaria

SOMMARIO: 1. Gli antefatti. – 2. La motivazione del provvedimento di A.S. ed il ricorso di una piccola azionista al Tribunale UE. – 3 Lo svolgimento del giudizio: eccezioni in rito. – 4. Le motivazioni di merito della sentenza.

1. Gli antefatti

Con sentenza 12 ottobre 2022, in causa T-502/19 – Corneli c/ BCE il Tribunale UE ha annullato la decisione della BCE del 1° gennaio 2019 di sottoporre Banca CARIGE ad amministrazione straordinaria e, contestualmente, di nominare tre commissari.

Le tormentate vicende di Banca CARIGE sono tanto note da poter essere riassunte in brevissimi termini: la “malaccorta” gestione della concessione e, poi, dei rapporti creditizi in essere aveva prodotto deterioramenti e perdite e, per la banca, il conseguente venir meno dei coefficienti patrimoniali prescritti.

Dal 2014 (da quando la banca è soggetta alla supervisione della BCE) a tutto il 2018 si sono succeduti vari Presidenti ed AD.

Sta di fatto che diversi misure e progetti, adottati o tentati per riportare la Società “in acque tranquille” si sono rilevati insufficienti o irrealizzabili.

Una delle cause – come risulta da molteplici fonti¹ di stampa – è stata che la gestione della banca era travagliata da ricorrenti conflitti tra il CdA (specie i consiglieri espressi dall’azionista di riferimento) e gli AD via via succedutisi; conflitti originati dallo scarso coinvolgimento e dai carenti o tardivi flussi informativi al Consiglio, il quale nel modello di governance “tradizionale” delle società bancarie italiane, è, al contempo, organo di supervisione strategica, ma anche di supervisione sulla gestione².

¹ v., da ultimo, G. PAOLUCCI, *Malacalza BCE, il caso che può scardinare la Vigilanza europea in Verità & Affari*, 23 ottobre 2022, 11.

² In tema v. l’illuminante saggio di G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie* in *Riv. Soc.*, 2016, I, 48 ss. che “delimita”, per così dire, la netta

La continuità e completezza dei flussi informativi era d'obbligo, per gli AD via via succedutisi, nei confronti del Consiglio, tanto più nella preoccupante situazione in cui versava Banca CARIGE, nella quale era imperativo concordare ed adottare indirizzi e piani strategici risolutivi.

La struttura di supervisione della BCE – con la quale gli AD avevano continue interlocuzioni – richiesta da azionisti e consiglieri di intervenire per correggere le disfunzioni, ha opposto *un fin de non recevoir*, lasciando, in pratica, campo libero agli AD.

La BCE – infine – ha adottato, il 1° gennaio 2019, la misura d'intervento precoce – l'assoggettamento ad amministrazione straordinaria – più invasiva³ e penalizzante per gli azionisti, esclusi da qualsiasi partecipazione alle scelte sul futuro della banca ed il valore delle azioni in pratica azzerato.

Sintomatico dell'attitudine della BCE nella vicenda è stato il successivo diniego di accesso al testo del provvedimento di A.S., opposto al più rilevante azionista, Malacalza Investimenti.

Il diniego, motivato con l'obbligo – sancito dalle normative eurounitarie – di tutelare le informazioni riservate acquisite nell'attività di vigilanza, è stato annullato dal Tribunale UE con decisione 25 giugno 2020 (in causa T-552/19) ed il contenuto del provvedimento è, quindi, divenuto conoscibile per gli interessati⁴.

La struttura del Consiglio di Vigilanza della BCE ha mostrato, nel caso specifico, un eccesso di autoreferenzialità perché avrebbe dovuto tener conto del fatto che già in precedenza – su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano (Sez. VI, ord. n. 4172/2016) – la Corte di Giustizia (sentenza 13 settembre 2018, in causa C-594/16 – Bucci c/ Banca d'Italia⁵) aveva ritenuto contemperabile il dovere di riservatezza con il diritto di accesso del cittadino ad atti e documenti indispensabili alla difesa in giudizio dei propri diritti ed interessi, richiamando *in*

separazione – nelle Disposizioni di Banca d'Italia – tra supervisione strategica e gestione: C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2020, 213.

³ F. CAPRIGLIONE – I. SUPINO, *Commento all'art. 70*, in AA.VV. *Comm. t.u.b. Capriglione*, Padova, 2018, 990 ss.

⁴ v. S. AMOROSINO, *Le fonti normative del mercato bancario e la dialettica tra le Corti*, in Id. *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino 2021, 49.

⁵ Sulla sentenza dei giudici di Lussemburgo, v. S. AMOROSINO, *La Corte di Giustizia concilia il diritto di accesso ai fini di difesa con il segreto sui documenti detenuti da Banca d'Italia*, in questa *Rivista*, 2018, IV, 67 ss.

apicibus l'art. 263 TFUE: «qualunque persona può proporre un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti».

La piena conoscenza degli atti pregiudizievoli è, lapalissianamente, il presupposto primo dell'esperibilità della tutela giurisdizionale.

2. La motivazione del provvedimento di A.S. ed il ricorso di una piccola azionista al Tribunale UE

2.1. Gli antefatti sommariamente richiamati inducono a formulare un'ipotesi –certo maliziosa, ma forse non “campata in aria” – in ordine alla scelta della BCE di adottare la misura di intervento precoce più incisiva, l'assoggettamento ad AS, con lo scioglimento degli organi ordinari, la nomina di commissari e di un comitato di sorveglianza e la “sterilizzazione” dell'Assemblea per l'intero periodo che i commissari hanno impiegato per individuare, faticosamente nell'ambito del sistema bancario, una soluzione praticabile della situazione critica.

Nella procedura di AS i soci “non hanno voce in capitolo”, salvo eventuali interlocuzioni propiziate dai commissari cui esclusivamente spetta convocare l'Assemblea.

“*A pensar male*” (con quel che segue nel notissimo proverbio, coniato nella vecchia Curia Romana) si potrebbe dunque ipotizzare che si sia scelta la misura dell'AS anche “per tenere a distanza” i soci dalle decisioni sulla futura sorte della banca.

Ipotesi che potrebbe trovare indiretta conferma nel fatto che la BCE ha indicato come commissari, oltre ad un illustre giurista “esterno”, il Presidente e l'AD, ch'erano stati da poco (dicembre 2018) nominati dall'Assemblea dei soci – previo il rituale, informale, “*placet*” della Banca Centrale – nell'intento di fugare le “nubi che si addensavano” di un imminente intervento precoce della BCE.

2.2. Avverso la messa in A.S. ha proposto ricorso al Tribunale UE una piccolissima azionista (dopo aver richiesto, anch'essa, accesso al provvedimento ed aver proposto ricorso avverso il solito rigetto da parte della BCE; il ricorso è stato deciso dal Tribunale con sentenza del 29 giugno 2022 – *Corneli c/ BCE*).

Nel ricorso la ricorrente aveva dedotto, tra l'altro: la violazione del principio di proporzionalità, dell'obbligo di motivazione e del diritto di essere ascoltata; l'illegittimità della nomina a commissari straordinari del Presidente e AD già in carica; l'erronea indicazione della base

giuridica del provvedimento; la violazione dei diritti dell'azionista e la lesione del diritto di proprietà e d'impresa.

3. *Lo svolgimento del giudizio: eccezioni in rito*

La difesa della BCE, sostenuta da quella della Commissione europea, ha opposto *una raffica di eccezioni* – tutte motivamente disattese dal Tribunale – alcune delle quali val la pena richiamare rapidamente perché appaiono rivelatrici delle *limitazioni* che la Banca stessa vorrebbe sussistessero alla *giustiziabilità*⁶ dei propri provvedimenti.

La *prima* atteneva alla pretesa carenza di legittimazione ad agire, perché l'effetto della decisione sulla situazione degli azionisti sarebbe solo temporaneo.

Il Tribunale ha opposto l'inesistenza, nella giurisprudenza eurounitaria, di pronunce escludenti dalla tutela i casi in cui sia pregiudicata solo per un periodo limitato la situazione giuridica di un soggetto.

La *seconda* si fondava sul fatto che, anche durante il periodo di A.S., le decisioni “strategiche” per la banca e le posizioni degli azionisti rimangono di competenza dell'Assemblea. I giudici hanno avuto buon gioco nel replicare che – come s'è anticipato – l'Assemblea può esser convocata solo dai commissari, ciò che avviene solitamente in vista della conclusione dell'AS per *ratificare*, in pratica, la soluzione della situazione problematica della banca ritenuta praticabile dai Commissari stessi.

Priva di pregio era poi la *terza* eccezione, “*organicista*”⁷, giusta la quale i diritti asseritamente colpiti dall'A.S. apparterebbero all'Assemblea, come organo, e non ai singoli azionisti.

In *quarto* luogo la BCE e la Commissione sostenevano l'irricevibilità del ricorso invocando il precedente della nota “sentenza Trasta”, 5 novembre 2019 in cause riunite C-663/17, 665/17, 669/17 (*Trasta Komerbanca c/ BCE*), relativa ad una fattispecie in cui la BCE aveva revocato ad una società bancaria lettone l'autorizzazione all'esercizio dell'attività; revoca a seguito della quale la Corte

⁶ F. CORTESE, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Firenze 2021, 18 ss.

⁷ N. ABBAGNANO, *ad vocem*, in *Dizionario di filosofia*, Torino 2013.

distrettuale di Riga aveva posto in liquidazione la Società (misura obbligatoria, per la legge lettone, dopo la revoca, la quale è l'atto presupposto sostanzialmente pregiudizievole).

In quel caso la Corte di Giustizia aveva affermato – suscitando perplessità⁸ – che, in realtà, a ledere la posizione giuridica degli azionisti non era stato il provvedimento di revoca (che avrebbe prodotto solo conseguenze economiche), ma la successiva liquidazione della società, disposta dal giudice nazionale.

Il Tribunale UE ha rigettato l'eccezione “cavandosela” con la diversità delle due fattispecie, in quanto nel caso di Banca CARIGE il provvedimento di A.S. ha inciso direttamente sulla posizione giuridica degli azionisti.

Contestava, in *quinto* luogo, la BCE che la ricorrente non era individualmente interessata in quanto il provvedimento di A.S. aveva «inciso sui suoi diritti in misura non diversa da quella degli altri azionisti».

Tesi – come riportata (par. 55) nella sentenza che si annota – un po' singolare in quanto non solo la ricorrente, ma tutti gli azionisti, prima del provvedimento impugnato, godevano pienamente dei diritti connessi alle loro azioni, mentre «ai sensi dell'articolo 70, comma 2 del TUB il primo effetto dell'assoggettamento ad amministrazione straordinaria consiste nella sospensione delle funzioni dell'assemblea generale» (par. 62 della sentenza).

4. *Le motivazioni di merito della sentenza*

Tra le soprarichiamate censure dedotte nel ricorso il Tribunale UE ha focalizzato la sua attenzione su quella ritenuta, non a torto, *dirimente*, perché relativa all' «errore di diritto commesso dalla BCE nella determinazione della base giuridica utilizzata per l'adozione delle decisioni controverse».

La riportata locuzione, descrittiva e generica, del diritto eurounitario – necessaria per ricomprendere le diverse rappresentazioni nazionali

⁸ O. CAPOLINO, *L'Unione Bancaria alla prova delle Corti: soluzioni interpretative e problemi aperti* in AA.VV., *Le fonti del diritto dei mercati finanziari*, a cura di A. Principe, Milano 2021, 77 ss.

delle medesime fattispecie – può esser “tradotta” utilizzando locuzioni proprie del diritto amministrativo che accomuna i Paesi UE.

Si tratta di una erronea rappresentazione della realtà, più precisamente di un errore sulla sussistenza delle situazioni *tipizzate* dal TUB (diritto nazionale applicabile), che costituiscono i presupposti di diritto per l’applicazione di ciascuna delle diverse misure di intervento preventivo.

Tali presupposti – com’è noto – sono in parte coincidenti, ma in parte diversi nel caso del *removal* degli amministratori e dell’alta dirigenza della società bancaria (e della successiva sostituzione di essi da parte dell’Assemblea) o, invece, della sottoposizione della banca all’AS.

Opportunamente la sentenza in commento ha richiamato le disposizioni del TUB dedicate – rispettivamente – al *removal* (art. 69 *octiesdecies*)⁹ ed all’AS (art. 70).

Ha quindi rilevato il Tribunale: «90. Dal tenore di tali norme risulta che le due disposizioni riguardano due ipotesi distinte» (la rimozione degli esponenti bancari e lo scioglimento degli organi) e «91[...] le misure in questione non possono essere considerate equivalenti o alternative dal momento che la prima è meno invasiva della seconda, la quale può essere adottata soltanto qualora la sostituzione degli organi amministrativi o di controllo (*rectius*: dei componenti degli organi) [...] non sia ritenuta sufficiente dall’autorità competente per porre rimedio alla situazione».

Prosegue, la sentenza, ricordando che le condizioni specificate dal TUB per l’applicazione delle due misure sono identiche sotto due profili – gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari e statutarie o gravi irregolarità – «ma sono differenti per quanto attiene al terzo profilo, inerente alla valutazione di sintesi della situazione economico finanziaria della banca».

Il legislatore nazionale – infatti – ha utilizzato due *formule definitorie di sintesi* quale presupposto giuridico – rispettivamente – della “rimozione” oppure dell’AS.

Nel primo caso la formula definitoria riguarda «il deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca».

Nel secondo è invece focalizzata sulla “*previsione di gravi perdite*”.

⁹ M. MALTESE, *Commento all’art. 69 octiesdecies*, in AA.VV., *Comm. t.u.b. Capriglione*, Padova, 2018, 955 ss.

La BCE ha ritenuto erroneamente – quale presupposto dell’adozione del provvedimento di AS – che ricorressero «le condizioni degli articoli 69 octiesdecies e 70 del testo unico bancario [...] ossia un significativo deterioramento della situazione» concludendo, poi, che «l’esercizio del potere di cui all’articolo 70 [era] ritenuto altresì proporzionato a fronteggiare la grave situazione» [così gli stralci del provvedimento riportati nella sentenza in commento].

In parole semplici: la BCE ha adottato il provvedimento di AS sulla base del presupposto (il “*significativo deterioramento*”) che legittimava *soltanto* la rimozione degli esponenti bancari (di qui la violazione di legge).

In punto la BCE, e sempre “a ruota” la Commissione, hanno sostenuto, nel giudizio, che l’art. 29 della Direttiva 2014/19 consentirebbe l’applicazione dell’art. 70 del TUB «ancorché la situazione considerata, vale a dire il significativo deterioramento della situazione della banca, non sia esplicitamente contemplata in tale disposizione».

Il Tribunale ha avuto buon gioco a replicare che «l’obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme al contenuto di una direttiva è limitato dai principi generali del diritto e non può servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» (par. 105).

Vengono qui in rilievo due concorrenti profili:

I) «quando il diritto dell’Unione è composto da direttive deve essere applicata la legislazione nazionale di recepimento» (par. 112 della sentenza) a meno – ovviamente che il contenuto precettivo della direttiva sia *autoapplicativo* o che – in caso di direttiva “generale” – il diritto nazionale di recepimento sia divergente rispetto all’obiettivo prefisso dall’UE ai titolari di poteri normativi degli Stati membri;

II) è, in realtà, la Direttiva stessa a stabilire che la nomina di un amministratore temporaneo è legittima solo «qualora la sostituzione dell’alta dirigenza o dell’organo di amministrazione ai sensi dell’articolo 28 sia ritenuta insufficiente da parte dell’autorità competente per porre rimedio alla situazione».

È palese, qui, il riferimento al principio di *proporzionalità*, il quale imponeva di motivare l’eventuale insufficienza del *removal* nel caso specifico della Banca CARIGE.

È, infatti, evidente che un approfondito accertamento dell'effettiva configurazione della specifica situazione sulla quale occorre intervenire è il presupposto dell'adozione di una misura d'intervento precoce *proporzionata*, vale a dire, idonea, al contempo, a conseguire lo scopo dell'intervento ed essere la meno invasiva possibile per gli azionisti/investitori.

Ciò – nel caso in esame – la BCE non ha fatto, in quanto – paradossalmente e contraddittoriamente:

- da un lato, per qualificare la situazione della banca, ha utilizzato il parametro previsto dall'art. 69 *octiesdecies* del TUB (“*il significativo deterioramento*”);

- dall'altro ha disposto l'AS, senza far alcun riferimento – come avrebbe dovuto – alla “*previsione di gravi perdite*”.

È ben vero – com'è stato autorevolmente affermato – che «sembrerebbe ragionevole propendere per un'interpretazione estensiva [...] nel senso di valutare il peggioramento delle condizioni finanziarie dell'ente alla stregua di una condizione valida (anche) per il commissariamento dell'impresa bancaria»¹⁰.

Ma in tale ottica sarebbe stato comunque imprescindibile motivare l'adozione della misura di intervento più gravosa evidenziando la sussistenza – nel caso di specie – di una stretta consequenzialità probabilistica tra la particolare gravità del deterioramento e la previsione di gravi perdite.

Tutto ciò nella fattispecie non è avvenuto e la misura adottata è stata giustamente annullata.

¹⁰ F. CAPRIGLIONE, I. SUPINO, *Commento all'art. 70*, cit., 1001.