

le della finanziaria al punto di coordinare l'agire della stessa con quello del primo. ■ Quanto evidenziato conduce, quindi, a escludere che possa rilevare ai fini dell'identificazione del controllo la lettura di previsioni che non contengono specificamente tale attività quali fattori della stessa, a fronte di una loro ideale attuazione, al fine di evitare di svolgere un'ineccepibile "processo alle intenzioni", che rischierebbe di rendere incerto l'ambito di applicabilità della norma e che, ad ogni modo, non troverebbe giustificazione al fine di assicurare la sana e prudente gestione della banca. ■ Anche rispetto alla seconda parte del co. 1 deve considerarsi l'ammissibilità della prova contraria, pur non essendo espressamente prevista.

9 ■ L'attuazione dell'onere probatorio dovrebbe declinarsi, pertanto, nel poter contestare gli elementi fattuali su cui si fonda l'affermazione che l'applicazione delle previsioni statutarie o contrattuali dia «per effetto» lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento, mentre dovrebbe essere escluso che l'onere probatorio si debba estendere sino a fornire dimostrazione del fatto negativo (dando così via a una sostanziale inversione dell'onere stesso), tranne nel caso in cui le previsioni abbiano «ad oggetto» l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, in cui sarà demandato al soggetto interessato dimostrare la loro mancata applicazione in concreto. ■ Anche rispetto all'attività di direzione e coordinamento individuata dalla seconda parte del co. 1, sembrerebbe sussistere un rischio di una sovrapposizione con il disposto del co. 2, in particolare con l'«*soggettamento a direzione comune*» fondato sulla composizione degli organi amministrativi o per altri elementi concordanti di cui al n. 4: a parte rilevare la differente formulazione letterale (De Poli, *Comm. Capriglione*, 2018, 254), un elemento di discriminazione fra le disposizioni sembra individuarsi nel fatto che la sottoposizione alla direzione comune non è l'oggetto di un accordo o di una previsione statutaria, ma è la mera conseguenza delle decisioni assunte o di atti realizzati in assenza di una pluralità di volontà concordanti dei singoli gestori (ROTONDO, *Op. cit.*, 157) (fenomeno che potrebbe dare vita anche a un c.d. controllo congiunto: LAMANDINI, *Comm. Porzio*, 229).

231; De Poli, *Comm. Capriglione*, 2018, 250 e 253). ■ Nell'ambito dei rapporti descritti dal co. 2, n. 3, il coordinamento della gestione di più imprese al fine del perseguimento di uno scopo comune ai sensi della lett. b) può avere rilievo anche in ambito anticoncorrenziale quale forma di intesa: in tal caso si applica la disciplina antitrust nei termini descritti dall'art. 20, l. 10-10-1990, n. 287, che, accanto alla vigilanza affidata all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, fa salva la possibilità di un intervento anche da parte della Banca d'Italia.

V. *Altre forme di influenza dominante basate su rapporti di carattere finanziario ed organizzativo*. ■ Le lett. a) e c), del co. 2, n. 3, individuano nelle alterazioni dei poteri economici e amministrativi connessi alle partecipazioni possedute l'esistenza di un rapporto di controllo. ■ Pertanto, le situazioni analizzate sono caratterizzate tutte dal fatto che il soggetto controllante è necessariamente un socio della banca. ■ La lett. d) individua il controllo sulla sussistenza di rapporti di carattere finanziario e organizzativo idonei alla trasmissione degli utili o delle perdite: in questo ambito non sembra rientrare solo il c.d. patto leonino, il quale ai sensi dell'art. 2265 c.c., sancisce la nullità dell'accordo «con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite», ma anche ogni altro patto che circoscrive i diritti economici favorendo uno o più soggetti, dato che anche una semplice limitazione degli stessi diritti può essere sintomo dell'esercizio di un'influenza dominante. ■ Una conferma a questa interpretazione si ottiene guardando al dettato della successiva lett. e), che individua l'esistenza di un indice di controllo nell'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute (De Poli, *Comm. Capriglione*, 2018, 253). ■ Anche rispetto ad entrambe le presunzioni esaminate, il legislatore prevede espressamente la possibilità di fornire prova contraria, così ammettendo che il partecipante o i partecipanti che beneficiano dei suddetti rapporti di carattere finanziario-organizzativo non siano necessariamente in grado di esercitare un controllo sulla banca (LAMANDINI, *Comm. Porzio*, 235).

24 Sospensione del diritto di voto e degli altri diritti, obbligo di alienazione. 1. Non possono essere esercitati i diritti di voto e gli altri diritti che consentono di influire sulla società inerenti alle partecipazioni per le quali le autorizzazioni previste dall'articolo 19 non siano state ottenute ovvero siano state sospese o revocate. I diritti di voto e gli

altri diritti, che consentono di influire sulla società, non possono essere altresì esercitati per le partecipazioni per le quali siano state omesse le comunicazioni previste dall'articolo 20.

2. In caso di inosservanza del divieto, la deliberazione o il diverso atto, adottati con il voto o il contributo determinanti delle partecipazioni previste dal comma 1, sono impugnabili secondo le previsioni del codice civile. L'impugnazione può essere proposta anche dalla Banca d'Italia entro centotanta giorni dalla data della deliberazione ovvero, se questa è soggetta a iscrizione nel registro delle imprese, entro centotanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro centotanta giorni dalla data di questo. Le partecipazioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione della relativa assemblea.

3. Le partecipazioni per le quali le autorizzazioni previste dall'articolo 19 non sono state ottenute o sono state revocate devono essere alienate entro i termini stabiliti dalla Banca d'Italia.

3 bis. Non possono essere esercitati i diritti derivanti dai contratti o dalle clausole stabilite per i quali le autorizzazioni previste dall'articolo 19 non siano state ottenute ovvero siano state sospese o revocate.

SOMMARIO: I. Inquadramento sistematico della norma. - II. Sterilizzazione del diritto di voto e dei diritti amministrativi. - III. Impugnabilità delle delibere e degli atti. - IV. Obbligo di alienazione. - V. Sterilizzazione dei diritti contrattuali o statutari.

I. *Inquadramento sistematico della norma*. ■ L'art. in commento è frutto di una sovrapposizione di interventi modificativi rispetto alla versione originaria. ■ Esso è stato interamente sostituito in occasione della riforma del diritto societario, a mezzo dell'art. 9.10, d. lgs. 17-1-2003, n. 6. ■ Il successivo intervento correttivo alla riforma, contenuto nell'art. 41, co. 1, lett. a) e b), d. lgs. 28-12-2004, n. 310, ha poi provveduto a modificare la rubrica nell'attuale e a inserire il co. 3 bis. ■ Infine, l'art. 1, co. 1, lett. f), d. lgs. 27-1-2010, n. 21, in attuazione della dir. 2007/144/CE, ha sostituito il co. 3 (BENOCCHI, *Comm. Porzio*, 239 s.). ■ La disciplina che ne risulta, atfonda le proprie radici nella normativa europea nel tempo intervenuta (v. *sub art.* 19, I) e trova ora specifico fondamento nell'art. 26, par. 2, CRD IV, che impone che gli Stati membri impongano alle rispettive Autorità competenti l'adozione di opportune misure per porre termine all'influenza esercitata dai possessori di partecipazioni rilevanti, qualora la stessa sia di ostacolo ad una gestione prudente e sana dell'ente creditizio (Sacco GINEVRI, *Comm. Capriglione*, 2018, 258), estendendo l'applicazione di analoghe misure anche nei confronti delle persone fisiche o giuridiche che non ottemperano agli obblighi di informazione preventiva. ■ Il medesimo art. specifica che, oltre ad assumere provvedimenti sanzionatori o ingiuntivi nei confronti dei possessori delle partecipazioni

rilevanti, può essere disposta la sospensione dell'esercizio dei diritti di voto inerenti alle stesse. ■ L'ultimo alinea dell'art. della dir. di r. 2007/144/CE, in materia di acquisizione della partecipazione nonostante l'opposizione dell'Autorità competente, gli Stati membri debbano prevedere la sospensione del diritto di voto relativo alle partecipazioni o l'impugnabilità delle delibere assunte con i voti espressi, indipendentemente dall'adozione di eventuali altre sanzioni (ANNONUCCI, 212). ■ In ogni caso la norma non incide sulla validità ed efficacia del negozio che permette l'acquisizione o l'incremento delle partecipazioni rilevanti (GOSTI, *Banc.*, 350; CALANDRA BUONAUORA, 77; Cottino, VI, 116). ■ Come esplicitato dal 9 Legislatore europeo, la normativa è volta ad assicurare la sana e prudente gestione della banca e, pertanto, ad essa è legata la previsione di un apparato sanzionatorio amministrativo contenuto nell'art. 66, par. 1, CRD IV, che impone agli Stati membri di assicurare che le disposizioni nazionali prevedano sanzioni e altre misure amministrative nei casi in cui sia acquisita o sia variata in aumento o in diminuzione entro le soglie di cui agli art. 22, par. 1, e 25 CRD IV, anche indirettamente, una partecipazione qualificata in un ente creditizio senza che sia notificata alle Autorità competenti oppure l'operazione sia effettuata nonostante l'opposizione delle stesse. ■ Il disposto comunitario si traduce nella previsione

dei co. 1 e 2 dell'art. 139, i quali dispongono, rispettivamente, che l'omissione della comunicazione di cui ai co. 1 e 2 dell'art. in commento venga punita con le sanzioni pecuniarie previste e che la falsa comunicazione sia perseguita con l'arresto per tre anni, salvo che il fatto costituisca un più grave reato.

II. Sterilizzazione del diritto di voto e dei diritti amministrativi. ■ La prima parte del co. 1 disciplina le conseguenze derivanti sul piano della partecipazione amministrativa qualora non siano state ottenute le autorizzazioni previste dall'art. 19 t.u.b. (così recedendo quanto disposto nell'art. 26, par. 2, CRD IV), oppure queste siano state sospese o revocate in un momento successivo. ■ La seconda parte del co. 1 estende le medesime conseguenze negative per le partecipazioni per le quali siano state omesse le comunicazioni previste dall'art. 20 t.u.b. (così dando concretezza alla delega contenuta nell'art. 26, par. 2, CRD 3 IV). ■ In entrambi i casi, le violazioni comportano – quale pena civile (BENZAZZO, *Le "penne civili" nel diritto privato d'impresa*, 339 ss.) la sterilizzazione del diritto di voto e degli altri diritti amministrativi che possono influire sulla gestione sociale, limitatamente alla parte della partecipazione per la quale l'autorizzazione non sia stata ottenuta, oppure sia stata sospesa o revocata (CAMPOBASSO, in 4 *BRTC* 1994, 301; ANTONUCCI, 215). ■ La possibilità che il voto e gli altri diritti amministrativi influiscano sulla società non va letta, comunque, in un'accezione concreta, ovvero escludendo che rilevi l'esercizio degli stessi quando esso non dia vita a un potere sulla gestione sociale: come specifica il co. 2, il divieto è, infatti, assoluto, anche se: a) riguarda le sole azioni possedute in eccedenza rispetto ai limiti fissati nella normativa (come specifica il Tit. II, Cap. 1, Sez. V, par. 1 delle IVB) (ROTONDO, *Le partecipazioni nelle banche*, 157) e b) l'impugnazione della delibera o dell'atto assunto con il voto o con il contributo del partecipante risulti possibile solo se questi sono stati determinanti. ■ Alla luce della lettura combinata dei co. 1 e 2, il divieto investe l'esercizio del voto anche da parte di una minoranza qualificata, ossia che superi le soglie previste dagli artt. 19 e 20. ■ Il divieto si estende anche all'esercizio dei diritti amministrativi delegati dal superamento delle suddette soglie o esercitabili *uti singulis*, ma che possono incidere sulla governance (si pensi al diritto di intervento in assemblea, all'impugnazione della delibera assembleare per nullità ex art. 2379 c.c., ecc.), mentre appare condivisibile la tesi che il socio possa comunque impu-

gnare la delibera assunta dal consesso assembleare dal quale sia stato ingiustamente escluso, così sottoponendo all'attenzione dell'Autorità Giudiziarla la decisione assunta dal presidente dell'assemblea ex art. 2371, co. 1, c.c. (ROTONDO, *op. cit.*, 157; SACCO GINEVRI, *Comm. Capriglione*, 2018, 259). ■ In ogni caso i diritti di voto collegati alle partecipazioni oggetto del provvedimento di sospensione sono computati ai fini della verifica dei quorumi costitutivi dell'assemblea (come specifica il Tit. II, Cap. 1, Sez. V, par. 1 delle IVB). ■ Benché l'intera norma possa apparire idealmente incentrata sul procedimento assembleare, l'ampia definizione di diritti che consentono di influire sulla gestione sociale sembra implicare che fra questi possano rientrare anche quelli dal contenuto economico, quale il diritto di opzione (che se esercitato, amplierebbe la stessa partecipazione oggetto del provvedimento assunto dall'*Authority*), oppure quelli che il socio assume solo in via mediata grazie alla partecipazione detenuta, quali, ad esempio, le delibere assunte quale amministratore della banca. ■ L'espressione comprende anche i diritti amministrativi connessi agli strumenti finanziari partecipativi ex art. 2436 co. 6, 2349, co. 2, e 2351, co. 5 c.c. (SACCO GINEVRI, *Comm. Capriglione*, 2018, 260). ■ In ogni caso, sembrano fatti salvi i diritti puramente economici, non destinati a influire sulla governance della banca, quale il percepimento degli utili. ■ L'utilizzo della problematica espressione «altri diritti che consentono di influire sulla società» sembra dettare dalla volontà di considerare gli strumenti finanziari partecipativi i quali, ai sensi del combinato artt. 2346, co. 6, e 2351, co. 5, c.c., possono essere dotati di diritti amministrativi che, ad eccezione del voto nell'assemblea generale degli azionisti, possono consistere nel diritto di voto su argomenti specificamente indicati compresa la riserva, secondo le modalità stabilite dallo statuto, della nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco (ALBANO, *Comm. Costa*, 202). ■ Il co. 2 dispone – come già accennato – che in caso di violazione dell'obbligo di sospensione del diritto di voto o degli altri diritti amministrativi, la deliberazione o il diverso atto amministrativo sono impugnabili se assunti grazie al voto o al contributo determinanti delle partecipazioni (c.d. prova di resistenza confermato anche dal Tit. II, Cap. 1, Sez. V, par. 1, IVB) (ROTONDO, *op. cit.*, 159; ALBANO,

Comm. Costa, 200; BENOCCI, *Comm. Porzio*, 243). ■ La norma dispone che l'impugnazione debba avvenire secondo le norme racchiuse nel c.c.: ciò potrà significare, in concreto, che si applicheranno gli artt. 2377 o 2388 c.c., a seconda che il voto o il diritto amministrativo (in quest'ultimo caso quale conseguenza) abbiano dato vita, rispettivamente, a una deliberazione assembleare o a una deliberazione dell'organo amministrativo invalida. ■ In entrambi i casi risulta possibile avanzare una richiesta di sospensione cautelare ex art. 2378 c.c. ■ Nel caso oggetto di impugnazione sia un atto (ad es. l'esercizio di nomina di un amministratore indipendente ex art. 2351, co. 5, c.c.), potrà chiedersi la declaratoria della nullità dello stesso per violazione di norma imperativa ex art. 1418, co. 1, c.c., eventualmente preceduta da una richiesta di sospensione cautelare degli effetti dello stesso ex art. 700 c.p.c. ■ Nella parte finale del co. 2 si prevede la legittimazione attiva di Banca d'Italia, che può impugnare gli atti entro 180 giorni dalla data della assunzione della deliberazione, dalla sua eventuale iscrizione nel registro delle imprese o dal suo semplice deposito: il potere si giustifica nella volontà di tutelare l'interesse pubblico della sana e prudente gestione – interesse che i partecipanti potrebbero non aver intenzione di difendere – e, pertanto, può essere esercitato discretionalmente dall'*Authority* (COSTR, *Banc.*, 566 s.; SACCO GINEVRI, *Comm. Capriglione*, 2018, 258 s.; BURZACH, DESIATO, ROTONDO, in *Dir. Banc. merc. fin.* 2018, 390).

IV. Obbligo di alienazione. ■ Il co. 3 prevede che le partecipazioni acquisite senza l'autorizzazione prevista dall'art. 19 t.u.b. o per le quali l'autorizzazione sia stata sospesa o revocata debbano essere alienate entro i termini stabiliti da Banca d'Italia. ■ Anche in questo ambito, al pari della sospensione del voto, l'obbligo, dettato dall'intenzione di assicurare la sana e prudente gestione della banca (BURZACH, DESIATO, ROTONDO, *op. cit.*, 387), non investe l'intera partecipazione, ma solo la porzione sottoposta all'autorizzazione che sia venuta meno o non sia stata ottenuta (ALBANO, *Comm. Costa*, 201). ■ Il concetto di alienazione deve essere inteso nel senso di una definitiva dismissione delle stesse, escludendo, pertanto, che possa considerarsi assolto l'obbligo a mezzo della conclusione di contratti quali il *ripunto* o, comunque, compor-

tanti un atto di retrocessione (ALBANO, *Comm. Costa*, 201). ■ Affinché la cessione possa essere considerata definitiva essa non deve, inoltre, permettere al socio di esercitare un'influenza neppure in via indiretta: si deve, quindi, escludere che una mera cessione fiduciaria possa realizzare l'adempimento della previsione (mentre potrebbe essere astrattamente ammissibile una separazione a mezzo di un c.d. *blind trust*, ovvero una cessione fiduciaria la cui gestione è totalmente indipendente, anche se essa finirebbe con essere incompatibile con la necessità di una definitiva dismissione). ■ L'obbligo di cessione previsto dal co. 3 non si applica direttamente ai casi di omissione delle comunicazioni inerenti alle variazioni ai sensi dell'art. 20 t.u.b., tuttavia ciò può concretizzarsi, qualora Banca d'Italia ravvisi la necessità di sanzionare il mancato adempimento con una revoca dell'autorizzazione. ■ La violazione dell'obbligo di alienazione è assistita unicamente dalla previsione di una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 139, co. 1, t.u.b., che – pur rappresentando un forte deterrente, anche a fronte dell'applicabilità dell'art. 144, co. 9, t.u.b. – non incide sul diritto di proprietà della partecipazione né rilevante. ■ A differenza della sospensione del voto che è assistita dal correttivo dell'impugnabilità della delibera assunta con il voto espresso in violazione dell'obbligo di suo esercizio, la violazione dell'obbligo di cessione della partecipazione illegittimamente detenuta non è, dunque, supportata da alcuna sanzione «reale» (ANTONUCCI, 216; BENOCCI, *Comm. Porzio*, 245; SACCO GINEVRI, *Comm. Capriglione*, 2018, 261).

V. Sterilizzazione dei diritti contrattuali o statutari. ■ Come anticipato (v. *supra*, J), il co. 3 bis, introdotto nell'ambito della riforma societaria, allarga il perimetro sanzionatorio ai diritti derivanti dai contratti o dalle clausole statutarie per i quali le autorizzazioni previste non siano state ottenute, oppure siano state sospese o revocate. ■ La previsione si lega all'art. 19, co. 8 bis, a sua volta introdotto in occasione della riforma del diritto societario (v. *sub* art. 19, I), che prevede che la disciplina delle autorizzazioni rilevanti si applichi anche all'acquisizione, in via diretta o indiretta, del controllo derivante da un contratto con la banca o da una clausola statutaria (ALBANO, *Comm. Costa*, 203; BENOCCI, *Comm. Porzio*, 247).