

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IL TRIBUNALE DI NAPOLI
Sezione Specializzata in materia di impresa**

nella persona del Giudice designato, dr. Roberto Rustichelli, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 21.03.2016, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

relativamente al ricorso R.G. n. OMISSIS/2015, al quale all'udienza del 19.01.2016 è stato riunito il ricorso R.G. n. OMISSIS/2015, avente ad oggetto la richiesta di sospensione dell'efficacia delle delibere adottate in data 22.07.2015 dall'assemblea della Banca proposto da:

SOCI

-ricorrenti-

CONTRO

BANCA

-resistente-

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 02.11.2015, una parte degli indicati ricorrenti ha convenuto in giudizio Banca per sentir accogliere le conclusioni che di seguito integralmente si riportano:

"1. emettere decreto di sospensione ex art. 2378 co. 3, c.c., delle deliberazioni impugnate di cui al verbale dell'assemblea Banca del 22.07.2015 ed iscritta in data 30.07.2015, omessa senza la convocazione della Società, atteso che nelle more della definizione dell'odierno procedimento potrebbero assumersi ulteriori delibere che renderebbero anche la presente cautela inutiliter data;

2. sospendere gli effetti esecutivi e/o la deliberazione di cui al verbale dell'assemblea Banca assunta il 22.07.2015 ed iscritta in data 30.07.2015 con riferimento alla riduzione del capitale sociale per i motivi di cui in narrativa ed annullarne tutti gli effetti, anche derivati;

3. sospendere gli effetti esecutivi e/o la deliberazione di cui al verbale dell'assemblea Banca assunta il 22.07.2015 ed iscritta in data 30.07.2015 con riferimento alla modifiche dello statuto di cui agli artt. 8.1; 15.1; 16.2; 17.4; 17.5; 26.2; 26.3; 27.4; 38.5; 38.6 per i motivi di cui in narrativa ed annullarne tutti gli effetti, anche derivati".

A seguito della riunione al presente fascicolo del fascicolo RG. N. OMISSIS/2015 disposta all'udienza del 19.01.2016, si evidenzia che altri ricorrenti hanno chiesto sempre la sospensiva delle medesime delibere adottate il 22.07.2015.

Giova a tal proposito riportare le conclusioni di parte ricorrente-attrice nel giudizio di merito rubricato al R.G. n. OMISSIS/2015: *"1. Accertare e dichiarare la nullità della deliberazione del verbale dell'assemblea Banca con sede legale in OMISSIS alla via OMISSIS (C.F. e P. Iva OMISSIS) assunta il 22.07.2015 ed iscritta in data 30.07.2015 con riferimento alla riduzione del capitale sociale per i motivi di cui in narrativa ed annullarne tutti gli effetti, anche derivati;*

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

2. *Accertare e dichiarare la nullità della deliberazione del verbale dell'assemblea Banca con sede legale in OMISSIS alla via OMISSIS (C.F. e P. Iva OMISSIS) assunta il 22.07.2015 ed iscritta in data 30.07.2015 con riferimento alle modifiche dello statuto con riferimento agli artt. 8.1; 15.1; 16.2; 17.4; 17.5; 26.2; 26.3; 27.4; 38.5; 38.6 per i motivi di cui in narrativa ed annullarne tutti gli effetti, anche derivati;*

3. *Accertare e dichiarare la annullabilità della deliberazione del verbale dell'assemblea Banca con sede legale in OMISSIS alla via OMISSIS (C. F. e P. Iva OMISSIS) assunta il 22.07.2015 ed iscritta in data 30.07.2015 con riferimento alla riduzione del capitale sociale per i motivi di cui in narrativa ed annullarne tutti gli effetti, anche derivati;*

4. *Accertare e dichiarare l'annullabilità della deliberazione del verbale dell'assemblea Banca con sede legale in OMISSIS alla via OMISSIS (C.F. e P. Iva OMISSIS) assunta il 22.07.2015 ed iscritta in data 30.07.2015 con riferimento alle modifiche dello statuto con riferimento agli artt. 8,1; 15,1; 16,2; 17,4; 17,5 26,2; 26,3 27,4 38,5 38,6 per i motivi di cui in narrativa ed annullarne tutti gli effetti, anche derivati".*

A sostegno delle suddette domande parte ricorrente (con tale termine indicandosi da ora in avanti tutti i ricorrenti di entrambi i ricorsi riuniti) in merito al *fumus boni iuris* deduceva la: *"nullità della deliberazione di riduzione del capitale per errata valutazione dei criteri indicati nella relazione allegata alla delibera e per l'assoluta mancanza di opportunità della facoltativa riduzione del capitale sociale ...;... la questione della corretta qualificazione dell'avvenuta riduzione e della conseguente violazione dell'art. 2445 c.c....;... la mancata previsione del diritto di recesso e la necessaria valutazione del valore delle azioni in forza delle modifiche statutarie di cui all'art. 8,1, 15,1, 16,2, 17,4, 17,5, 26,2, 26,3, 27,4, 38,5, 38,6 ... ; ... l'assoluto difetto di informazione per il corretto esercizio del diritto di recesso e la conseguente nullità della relativa deliberazione — compressione del diritto di informazione dei soci".*

In merito al *periculum in mora*, deduceva che: *"la mancata concessione della richiesta sospensiva determinerebbe una variazione capace di pregiudicare (in modo irreparabile) due prerogative essenziali della partecipazione azionaria (e/o comunque ad una società di capitali) il valore economico ed i diritti amministrativi. Sotto il primo profilo, è evidente che la mancata previsione del diritto di recesso e la mancata indicazione del valore delle azioni in sede di deliberazione pregiudica proprio quell'interesse immanente che ogni socio ha: la possibilità di remunerare al meglio il proprio investimento. Sotto il secondo profilo è evidente che la scelta (errata) di ridurre il capitale e conseguentemente il valore delle azioni determinerebbe (ad anche in questo caso determinerà) quello che gli organi di stampa già esplicitano: una facile "scalata" al controllo della Banca con il conseguente annacquamento delle attuali partecipazioni".*

Parte resistente con memoria di costituzione depositata in data 16.11.2015, si costituiva in giudizio chiedendo di: *"1) rigettare integralmente in rito, quanto meno nel merito, la domanda cautelare avversaria, in quanto del tutto infondata in fatto ed in diritto per le ragioni di cui in narrativa;*

2) in via del tutto subordinata e salvo gravarne, per la denegata ipotesi in cui il Tribunale ritenga ricorrere i presupposti per la concessione della cautela ex adverso richiesta, subordinare il provvedimento di sospensione alla prestazione di una garanzia da parte dei soci opposenti;

3) con vittoria di spese e competenze d'avvocato, I.V.A. e C.P.A. come per legge".

A sostegno delle proprie ragioni, parte resistente, in merito alla valutazione della stessa ammissibilità del ricorso cautelare deduceva quanto segue:

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

"a) occorre innanzitutto verificare che ciascuno degli attori abbia dimostrato la propria legittimazione attiva, ex art. 2378, 2° comma, c.c. (e per l'effetto manca l'interesse ad agire ex articolo 100 c.p.c.) e che, relativamente all'azione di annullamento, vi siano le percentuali di cui all'art. 2377, 2° comma, c.c.;

b) il deposito del ricorso cautelare non è stato contestuale all'iscrizione a ruolo del giudizio di merito (notificato in data 05.08.2015 e iscritto a ruolo in data 09.09.2015) contrariamente a quanto previsto dal 3° comma dell'art. 2378 c.c.;

c) le delibere impugnate non possono essere sospese perché non richiedono alcun atto di esecuzione ulteriore rispetto alla loro iscrizione nel Registro delle Imprese e ciò è avvenuto, come la stessa controparte ricorda, in data 30 luglio 2015".

In relazione al *fumus boni iuris* del ricorso introduttivo, parte resistente afferma la sua assoluta mancanza, in quanto:

a) nonostante gli attori lamentino la mancanza di chiarezza nella relazione del cda, in realtà il bilancio di Banca al 31.12.2014 non è mai stato oggetto di alcuna impugnazione;

b) il 2° comma e il 3° comma dell'articolo 2446 c.c., in materia di riduzione di capitale per perdite, sono essenzialmente applicabili anche a particolari società cooperative, come la Banca in questione, poiché *"nel caso in cui la normativa speciale preveda un certo capitale minimo per la società cooperativa che svolge un determinato tipo di attività, la medesima disciplina è, invece, applicabile ed è quindi dovuta la riduzione del capitale sociale e la modifica dello statuto"*;

c) la perdita che ha interessato Banca e che ha indotto alla suddetta obbligatoria (e non facoltativa) riduzione del capitale sociale non è stata oggetto di contestazione da parte dei ricorrenti;

d) l'inopportunità della delibera impugnata potrebbe rilevare sotto il profilo di un'eventuale responsabilità degli amministratori, ma non certamente ai fini della legittimità della stessa ai sensi dell'articolo 2378 c.c.;

e) sarebbe, inoltre, decorso il termine di cui all'articolo 2445 c.c.;

f) le modifiche apportate allo statuto, in particolare relativamente al diritto di recesso, sarebbero tutte un mero e dovuto adeguamento alle nuove disposizioni normative (introdotte dal d.l. n. 3/2015 e convertito nella legge n. 33/2015 che ha introdotto l'articolo 28, comma 2-ter del TUB);

g) la presunta violazione del *"diritto dei soci a conoscere il valore attribuito alle azioni, in caso di recesso"* è del tutto infondata poiché lo stesso statuto di Banca prevede all'articolo 16.2 che *"salvo quanto previsto all'articolo 38.5, per il rimborso delle azioni al socio receduto si applicano le disposizioni del precedente articolo 8.2"*. Tale articolo prevede che il valore di liquidazione delle azioni è pari al valore nominale delle azioni che **"è assolutamente determinato e conosciuto doverosamente conosciuto, da chiunque ed in particolare dai soci"**;

h) fermo il valore di liquidazione delle azioni, nella specie corrispondente al valore nominale, altro è il *quantum* del rimborso, ora limitabile anche in tutto a norma del nuovo articolo 28, comma 2-ter, del TUB.

Inoltre, relativamente alla prova di resistenza, la Banca evidenzia che sono *"circa centosessanta soci impugnanti, contro oltre duemila soci che hanno votato a favore delle deliberazioni de quibus o che comunque non le hanno impugnate, come si rileva dallo stesso verbale dell'assemblea del 22 luglio 2015"*.

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

In merito alla sussistenza del requisito del *periculum in mora*, parte resistente adduce che le argomentazioni utilizzate da parte ricorrente si risolvono in generiche ed apodittiche considerazioni, aggiungendo che "*le variazioni cui controparte si riferisce., non sono affatto quelle determinate dalle delibere impugnate di riduzione del capitale sociale e di modifica dello statuto, ma sono quelle (ancora non adottate) di aumento del capitale sociale e di trasformazione di Banca in spa*".

In data 14.12.2015 ed in data 26.02.2016, i ricorrenti hanno depositato due memorie autorizzate nelle quali ribadiscono che: a) la svalutazione compiuta dalla Banca, maggiore rispetto alla media di settore, avrebbe causato le perdite dichiarate in assemblea e la conseguente riduzione del capitale sociale; b) l'esercizio nei primi mesi del 2015 sarebbe positivo, in quanto le perdite che avrebbero potuto giustificare la riduzione del capitale sociale si riferiscono al bilancio di esercizio del 31.12.2014; c) la assenza del diritto di recesso porterebbe alla nullità/annullabilità, delle delibere impugnate col ricorso introduttivo.

I medesimi ricorrenti, in ordine al presunto difetto di legittimazione attiva di alcuni di essi eccepito da parte resistente, precisano:

1. che, a prescindere dal fatto che comunque l'odierna impugnazione riguarda un caso di nullità, in ogni caso, come risulta dal libro soci, tutti i ricorrenti sono soci della resistente;

2. vi sono, effettivamente, alcuni ricorrenti che hanno votato a favore delle delibere impugnate e precisamente: OMISSIS, ma si evidenzia che, in ogni caso, gli stessi rappresentano 1.255 azioni pari soltanto al 1,34% del capitale sociale;

3. quanto poi alla presunta mancanza dei *quorum* prescritti dall'art. 2377, 2° comma, c.c. è necessario ribadire che la quota del capitale sociale cui fare riferimento nel caso di specie è dell'un per mille. Come noto, infatti, tale è la quota di capitale sociale che i soci impugnanti devono rappresentare nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, quali appunto la Banca;

4. al riguardo, si deve ricordare che dalla lettura degli art. 2325-bis c.c. e 111 disp. att., emerge che la Banca rientra nella categoria delle società non quotate con diffusione rilevante dei propri titoli tra il pubblico ed è evidente che i soci impugnanti (soci assenti, dissenzienti od astenuti) rappresentano una quota di capitale sociale di gran lunga superiore a quella prescritta per legge dall'art. 2377 2° comma c.c.;

5. proprio su questo punto e con riferimento alle numerose richieste di specificare tale *quorum* - attesa anche l'attuale formale richiesta di intervento nel procedimento di impugnazione Rg. n. (di merito e cautelare), già riunito al presente all'udienza del 19.01.2016 (cfr. verbale sub doc.), si deve rilevare che i soci ricorrenti/opponenti rappresentano un numero di azioni della Banca pari a 10.025;

6. considerato che, come noto, il capitale della Banca è costituito complessivamente da 93.043 azioni, ne consegue che, come risulta dai libro soci prodotto nel fascicolo di merito del libro soci da cui risultano i nominativi dei ricorrenti, i soci firmatari dell'odierna impugnazione rappresentano il 10,77% del capitale e si può, pertanto, concludere che la quota del capitale sociale oggi impugnante le deliberazioni del 22.07.2015 è pari al 9,43%, cioè ben superiore alla soglia richiesta dall'art. 2377, 20 comma, c.c..

In sede di prima udienza, tenutasi in data 16.11.2015, il Giudice procedeva all'interrogatorio del presidente del cda, dottor OMISSIS, e del presidente del collegio sindacale, dottor OMISSIS, i quali sostanzialmente confermavano la situazione di carenza di liquidità in cui versava la banca resistente

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

e la conseguente necessità di ridurre gli impieghi, in mancanza di un idoneo aumento di capitale a cui è finalizzata la delibera di riduzione qui impugnata.

Il Giudice concedeva termini per il deposito di note, come concordemente chiesto dai procuratori delle parti, e fissava per il prosieguo l'udienza del 19.01.2016.

A questa udienza, il Giudice riuniva al presente giudizio il fascicolo R.G. n. OMISSIS/2015, avente ad oggetto la richiesta di sospensione delle medesime delibere, seppur proposta da ricorrenti diversi.

Sempre in tale udienza il Giudice invitava l'istituto bancario a sottoporre ai competenti organi statutari la seguente proposta conciliativa formulata all'udienza del 5 gennaio 2016, in sede processo di merito, ai sensi degli articoli 185 bis c.p.c. e 2378, 4° comma "1) *La società Banca in persona del legale rappresentante pro tempore, senza riconoscimento alcuno delle ragioni di controparte, si obbliga a sottoporre al voto assembleare la parziale modifica della delibera di riduzione del capitale sociale adottata nell'assemblea del 22.07.2015 per cui è causa prevedendo a) il diritto di recesso dei soci al prezzo di Euro 280,00 per quota, b) l'esercizio di detto recesso entro venti giorni dall'adozione della suddetta delibera; c) con pagamento da parte della società nel termine di giorni centoventi dalla data di comunicazione del recesso;*

2) tutti gli attori, all'esito dell'adozione della delibera, accettano la proposta e rinunciano a tutte le domande proposte nel presente processo ed ad ogni ulteriore impugnativa a qualunque titolo delle due delibere adottate nell'assemblea del 22.07.2015;

3) le spese del presente giudizio vengono integralmente compensate tra tutte le parti".

Alla successiva udienza dell'11.02.2016 parte resistente esibiva e depositava copia del verbale della riunione del consiglio di amministrazione di Banca tenutasi, alla presenza di parte del Collegio Sindacale, il 08.02.2016 con la quale il medesimo decideva di respingere *sic et simpliciter* la suddetta proposta conciliativa senza nemmeno sottoporla all'attenzione dei soci (cioè ai proprietari della società).

Parte resistente produceva altresì copia della delibera del CDA del 26.01.2016 che prendeva atto del numero dei soci recedenti a seguito dell'intervenuta delibera di trasformazione della società in S.p.A..

Entrambi i procuratori delle parti chiedevano termine per il deposito di ulteriori note.

Il Giudice provvedeva a concederli e rinviava all'udienza del 21.03.2016.

A tale udienza, parte resistente esibiva e depositava copia del provvedimento pronunciato da questa Sezione Specializzata in materia di impresa, in persona del dottor Rosario Caiazzo, in relazione al giudizio R.G. n. OMISSIS/2016, ove si disponeva che *"l'operazione di trasformazione deliberata il 27.11.2015 dall'assemblea straordinaria della Banca abbia luogo nonostante l'opposizione proposta dai creditori"* e copia dell'atto notarile del 15.03.2016 di constatazione di avveramento della condizione di piena efficacia della trasformazione in s.p.a., insistendo per la sua richiesta di rigettare tutte le domande proposte *ex adverso*.

Parte ricorrente, dal suo canto, si riportava ai propri scritti ed evidenziava come la trasformazione in SPA, la quale ha interessato l'istituto bancario in questione, non fosse rilevante per il giudizio *de quo*, ribadendo le ragioni per l'accoglimento del ricorso proposto; inoltre, la medesima provvedeva, su richiesta del Giudice, alla produzione del testo dello statuto sociale in vigore prima delle modifiche intervenute con la delibera oggetto di impugnazione.

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

Il Giudice si riservava la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Deve, innanzitutto, respingersi il difetto di legittimazione attiva proposta dalla Banca resistente nei confronti dei soci che hanno votato a favore delle delibere impugnate. Parte ricorrente ha correttamente indicato tali soci non dissenzienti nel numero di 15, nelle persone meglio indicate in premessa, rappresentanti complessivamente l'1,34% del capitale sociale.

Infatti, nel giudizio di merito viene dedotta la nullità delle deliberazioni in oggetto con la conseguenza che, ai sensi dell'articolo 2379, 1° comma, c.c., l'impugnativa può essere introdotta da chiunque vi abbia interesse.

Orbene, poiché, come noto, l'interesse dell'istante deve essere valutato al momento del deposito del ricorso cautelare, tale interesse può essere anche diverso e contrario rispetto a quello che il ricorrente aveva al momento dell'espressione del suo voto in assemblea.

A tale evidente affermazione non può che conseguire la legittimazione a proporre l'azione di nullità anche da parte del socio che ha espresso voto favorevole alla delibera (del resto, è lo stesso legislatore che differenzia la ipotesi di impugnazione della delibera per invocata annullabilità, solo in relazione alla quale l'articolo 2377, 2° comma, c.c. prevede una limitazione all'impugnativa che esclude espressamente soci "non dissenzienti").

Per puro scrupolo, si osserva che, in ogni caso, la presente impugnativa è proposta, come risulta dal libro soci prodotto agli atti, da un numero di soci che, anche a voler eliminare l'1,34% di proprietà dei soci non dissenzienti, rappresenta il 9,43% del capitale sociale.

Tale percentuale è evidentemente di gran lunga superiore alla soglia richiesta dall'articolo 2377, 3° comma, c.c. (qualunque delle due soglie ivi previste si ritenga applicabile al caso in esame).

Priva di pregio giuridico appare, altresì, l'eccezione di parte resistente secondo la quale *il deposito del ricorso cautelare non è stato contestuale all'iscrizione a ruolo del giudizio di merito per cui violerebbe il disposto del 3° comma dell'art. 2378 c.c.*

È, infatti, del tutto pacifico che il terzo comma dell'articolo 2378 c.c. imponga, per la proposizione del ricorso di sospensiva, l'avvenuto deposito, anche in copia, dell'atto di citazione, prevedendo in tal anodo un termine iniziale per la proposizione del ricorso, ma non la sola contestualità, nulla impedendo che la proposizione dell'istanza di sospensiva venga effettuata in un momento successivo (come avvenuto nel caso in esame).

Venendo ora all'esame del merito, come emerso anche in sede di contraddittorio tra le parti e il giudice, è incontestato che l'interesse dei ricorrenti è relativo alla richiesta sospensiva di due distinte delibere adottate nella medesima assemblea del 22.07.2015 e precisamente quella avente ad oggetto l'abbattimento del capitale sociale e quella relativa soltanto ad alcune delle modifiche statutarie con particolare riferimento a quelle inerenti la modifica del contenuto e delle modalità di esercizio del diritto di recesso del socio.

Deve preliminarmente osservarsi che nessuna rilevanza può avere nel caso in esame il disposto dell'art. 2504 quater c.c. in relazione all'avvenuta iscrizione nel registro imprese dell'atto di trasformazione in s.p.a., della Banca, atteso che, come si è sopra visto, la presente controversia ha per oggetto l'impugnativa delle delibere di riduzione del capitale e di approvazione di alcune modifiche statutarie, in relazione alle quali l'avvenuta trasformazione non osta all'eventuale sospensiva.

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

Inoltre, i ricorsi riuniti sono stati proposti ben prima dell'avvenuta iscrizione e, quindi, i ricorrenti non possono certamente patire i tempi del processo, peraltro allungati anche dal tentativo di conciliazione effettuato dal giudice ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c. e 2378, 4 comma, c.c.

Non può, in relazione a tale proposta, non stigmatizzarsi negativamente il comportamento ottenuto dagli amministratori della banca (e dei Sindaci presenti alla decisione del CDA), i quali non hanno neppure inteso sottoporre ai soci, cioè ai proprietari della banca stessa, la proposta del giudice convocando la relativa assemblea.

Tale atteggiamento, oltre che foriero di possibili gravi responsabilità nei confronti dei soci a cui non è stato concesso di esprimersi, dimostra, evidentemente, che gli attuali amministratori non hanno, o quanto meno temono di non avere, almeno in ordine al contenuto della nuova clausola relativa all'esercizio del diritto di recesso, il consenso della maggioranza dei soci stessi (come viceversa affermato negli atti di parte resistente).

È del tutto ovvio, ai fini delle valutazioni in ordine alla lamentata nullità della clausola di cui sopra, che, in caso di rigetto da parte della assemblea della sua proposta conciliativa, il Tribunale non avrebbe potuto non tener conto che la maggioranza della proprietà, chiamata ad esprimersi in assemblea, riteneva comunque legittimo l'operato dei suoi amministratori espressosi anche attraverso il contenuto delle delibere qui impugnate, i quali hanno, viceversa, deciso in nome e per conto dei soci che li hanno nominati senza neppure dare loro, per quel che costa, alcuna informativa della proposta del Tribunale.

1) Impugnazione della delibera di riduzione di capitale

In riferimento alla delibera di riduzione del capitale sociale non vi sono, allo stato, elementi tali da far ritenere inveritieri i dati contabili come dedotti dalla Banca nella situazione finanziaria al 31 maggio 2015 (cfr. allegato .sub C del verbale di assemblea rep. n. OMISSIS racc. OMISSIS redatto dal Notaio Dottor OMISSIS di Napoli il 22.07.2015).

In particolare, a pagina 34 si deduce che il patrimonio netto della banca al 31.05.2015 si sarebbe ridotto ad Euro 27.690.000,00 e tale valutazione non solo è avallata dagli organi sociali e in particolare dal Collegio Sindacale, ma riceve autorevole conferma dalla perizia redatta in data 01.10.2015 dai Professori OMISSIS che a pagina 16 confermano che il patrimonio netto contabile della Banca al 30 giugno 2015 si sarebbe ridotto ad Euro 27.100.000,00, con la conseguenza che il livello del CET Iratio, essendo sceso al 10,34% a seguito della suddetta riduzione, risulta di molto inferiore al corrispondente limite regolamentare imposto dalla Banca d'Italia, che è pari al 14,50%.

In merito a tali valori, le pur pregevoli osservazioni ed argomentazioni avanzate da parte ricorrente non sono, tuttavia, idonee in questa fase ad inficiare il *fumus* probatorio fornito sul punto dalla Banca resistente, anche perché parte ricorrente non ha prodotto in atti né documentazione idonea a smentire in modo palese le suddette risultanze né, soprattutto, ha depositato agli atti una perizia altrettanto autorevole idonea a smentire le conclusioni degli organi sociali e dei periti di parte resistente.

È del tutto ovvio che, qualora a seguito dell'istruttoria effettuata nel processo di merito, dovesse emergere la falsità di detti dati, gli organi sociali non potranno che rispondere delle loro attestazioni nelle sedi competenti.

Come risulta dal verbale di assemblea del 22.07.2015, rep. n. OMISSIS e racc. n. OMISSIS, il quale, ad onor del vero, non brilla per chiarezza, la riduzione del capitale sociale è stata fatta ai sensi dell'articolo 2446 c.c. (cfr. pagine 3, 6 e 7).

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

A tal proposito, questo Giudice ritiene più corretta la tesi, peraltro del tutto maggioritaria, che non ritiene applicabile alle società cooperative il disposto dell'articolo 2446, commi 2 e 3, c.c..

Tale inapplicabilità deriva, innanzitutto, dalla circostanza che la riduzione del capitale sociale nelle società cooperative non comporta, come noto, la modifica dell'atto costitutivo, con la conseguenza che la relativa decisione non può essere iscritta al registro delle imprese per violazione del principio di tassatività degli atti iscrivibili in tale registro.

Inoltre, poiché la cooperativa non è tenuta a far conoscere ai terzi le variazioni del proprio capitale sociale, è del tutto evidente che non ha alcun obbligo di ridurre il capitale in presenza di perdite.

Da ultimo, la particolare frequenza nell'entrata e nell'uscita dei soci dalla compagine sociale, tipica di una cooperativa di grandi dimensioni quale è la banca resistente, rende, evidentemente, assai meno significativa la relativa informativa per i soci della cooperativa stessa, rispetto ai soci delle società di capitali che hanno un interesse assai più pregnante di conoscere se il valore percentuale della propria quota di proprietà aumenti o diminuisca in relazione all'ingresso o all'uscita di nuovi soci.

Ne deriva che la riduzione di capitale in oggetto non poteva essere effettuata nelle forme dell'obbligatorietà prevista dall'articolo 2446 c.c., ma, semmai, nelle forme della riduzione volontaria prevista dall'articolo 2445 c.c. (con tutte le conseguenze del caso), per cui deve ritenersi la presenza del *fumus boni juris* in ordine alla illegittimità della delibera stessa.

Circa il requisito del *periculum* e, soprattutto, al fine del rispetto della valutazione comparativa del pregiudizio che il Giudice è obbligato ad effettuare dall'articolo 2378, comma 4, c.c., il Tribunale ritiene di non poter accogliere l'istanza di sospensiva per le ragioni di seguito indicate.

E' del tutto evidente, infatti, che il pregiudizio dei ricorrenti ha eminentemente natura patrimoniale, per cui pare difettare nei loro confronti la gravità del pregiudizio.

All'opposto, non può non tenersi conto ai fini della valutazione comparativa che interessa, del gravissimo pregiudizio che subirebbe la Banca in caso di accoglimento dell'istanza di sospensione, peraltro effettuata (alla luce delle evidenze processuali attuali) non perché si ritengano inesistenti le perdite (fatta salva l'ovvia verifica nel merito), ma perché si è adottata una procedura ritenuta non conforme a legge.

In particolare, consentire la temporanea inefficacia della riduzione del capitale comporterebbe, a cascata, inevitabili conseguenze in ordine alla validità dell'aumento di capitale peraltro già deliberato e sottoscritto al fine, dedotto da parte resistente (deduzione ritenuta allo stato credibile al Tribunale soprattutto in relazione alle qualità professionali e personali del difensore, ma che dovrà, evidentemente, anch'essa essere oggetto di attenta valutazione istruttoria del giudizio di merito), di ripristinare il capitale minimo di vigilanza e di consentire quindi alla società di poter continuare ad operare (anche perché dalle dichiarazioni rese a verbale dell'udienza del 16.11.2015 dal Presidente del C.D.A. Dottor OMISSIS emerge che, quantomeno nella prima parte del 2015, l'andamento della gestione societaria è stato leggermente positivo, il che, pur non potendo tale positività incidere per la sua modestia sulle perdite pregresse di importo di gran lunga superiore, fa tuttavia ben sperare per la futura valorizzazione delle azioni).

Anche sotto quest'ultimo profilo vi è un evidente interesse dei soci dissenzienti e recedenti a vedersi liquidare il valore della quota dell'istituto bancario nel pieno della sua operatività.

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

Per questi motivi, il giudicante ritiene, pur in presenza del *fumus boni iuris*, di dover respingere l'istanza di sospensione della presente delibera in considerazione dell'evidente maggiore pregiudizio che subirebbe la Banca rispetto a quello che subirebbero i suoi soci ricorrenti.

2) L'impugnazione della modifica statutaria relativa alle modalità di esercizio del diritto di recesso di cui agli articoli 16 e 38.5 dello statuto

Per meglio comprendere la reale consistenza della modifica appare opportuno riprodurre di seguito il vecchio testo ed il nuovo testo.

OMISSIS

Deve innanzitutto osservarsi come la scelta di non inserire nell'articolo 16 (intitolato "recesso del socio") la modifica più rilevante del vecchio testo in merito al recesso, ma di collocarla all'interno dell'articolo 38 (precisamente al punto 5), intitolato "Attribuzioni del Consiglio di amministrazione" non appare particolarmente trasparente, attesa la probabile difficoltà da parte del socio poco attento o culturalmente non adeguato, di capire con chiarezza che dalla semplice lettura dell'articolo 16 non è possibile dedurre il reale contenuto del diritto di recesso e delle relative modalità liquidatorie, ma occorre andare a leggere con attenzione un altro articolo dello statuto avente una intitolazione completamente diversa.

Nel merito, si osserva che la difesa di parte resistente fonda la legittimità della modifica statutaria in esame sulla base del disposto dell'articolo 28, comma 2-ter, del d.Lvo n. 385/1993 (T.U.B.), come modificato dal D.L. n. 3/2015, convertito dalla legge n. 33/2015, il quale, per l'appunto, prevede che: *"Nelle banche popolari e nelle banche di credito cooperativo il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione, morte o esclusione del socio, è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. Agli stessi fini, la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi"*.

Deve innanzitutto rilevarsi come questo Giudice non possa in alcun modo ritenersi vincolato dalle disposizioni della Banca d'Italia, soprattutto quando, come nel caso in esame, appaiano non conformi al dettato legislativo.

Infatti, la norma sopracitata prevede che il diritto di recesso possa essere soltanto "limitato", mentre, per i motivi di seguito illustrati, il Tribunale ritiene che il contenuto dell'articolo 38,5 dello statuto modificato dalla delibera impugnata consenta in realtà la completa soppressione dell'effettivo contenuto giuridico ed economico del recesso.

Del resto, al termine "limitato" previsto dal legislatore non può attribuirsi certamente il significato che sia consentita la effettiva (seppur mascherata) soppressione di tale diritto, pena la violazione dell'articolo 42 della Costituzione, in quanto si tradurrebbe in un esproprio del diritto di proprietà del socio.

Ma anche a voler ammettere la possibilità di espropriare al socio proprietario il diritto di decidere di liquidare, seppur entro certi limiti, la propria quota di proprietà, occorrerebbe comunque indennizzarlo secondo i criteri ermeneutici stabiliti dalla Corte Costituzionale, cioè sulla base del valore reale della sua quota da liquidargli nell'immediatezza.

Orbene, l'articolo 38.5 dello statuto non pare rispettoso dell'articolo 2-ter del T.U.B, in quanto il Consiglio di Amministrazione può addirittura rinviare in tutto e senza limiti di tempo il rimborso

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

delle azioni, potendo oltretutto fare ciò a suo insindacabile giudizio e senza la necessità di alcuna motivazione e/o giustificazione (obbligo non previsto dal nuovo articolo 38.5).

Detti poteri sono conferiti al CdA, non solo in caso di recesso volontario del socio, ma anche in caso di recesso "necessitato" per esclusione e addirittura per morte.

È del tutto ovvio che una siffatta disposizione statutaria non può ritenersi rispettosa del dettato normativo, non avendo in realtà il legislatore concesso la esclusione del diritto di recesso (anche perché in tal caso avrebbe dovuto comunque prevedere un indennizzo al valore di mercato a pena di evidente incostituzionalità della norma per violazione del diritto di proprietà previsto dall'articolo 42 della Costituzione), ma avendo previsto soltanto la "limitazione" di tale diritto.

E "limitare" certamente non significa dare agli amministratori il diritto di rinviare a proprio ed immotivato piacimento l'intero rimborso delle azioni senza limiti di tempo (quindi in ipotesi anche cento anni), in tal modo di fatto svuotando del tutto il diritto del socio al rimborso della propria quota.

È pacifico, per fortuna, che nel nostro ordinamento giuridico il socio ha il diritto di decidere in assoluta autonomia di vendere la propria quota, ovvero di recedere dalla società a suo piacimento, ovvero, addirittura, di chiederne (qualora ovviamente abbia o raggiunga con altri le maggioranze necessarie) la messa in liquidazione al fine di realizzare al meglio il valore del suo investimento.

Non riconoscere l'esistenza di questi principi significherebbe denegare il contenuto dell'articolo 47 della Costituzione secondo il quale la Repubblica "*incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme*" e "*favorisce l'investimento azionario*".

Sotto questo profilo appare particolarmente grave il comportamento degli amministratori che non hanno voluto sottoporre ai soci la proposta del Giudice palesemente tesa a far emergere la reale volontà della maggioranza di perseguire gli ambiziosi obiettivi dichiarati dagli stessi, ovvero il proprio diritto a recedere e, al limite, addirittura a porre in liquidazione la Banca di cui, va rimarcato, sono proprietari.

Per le esposte considerazioni, la modifica statutaria in oggetto, escludendo nella sostanza il diritto di recesso del socio, in quanto sottoposto, nei modi e nei tempi di liquidazione, all'arbitrio incondizionato degli amministratori, deve ritenersi nulla per violazione dell'articolo 2437, comma 6, c.c.

Per puro scrupolo si osserva che il Tribunale ritiene che la limitazione del diritto di recesso prevista dal citato comma 2-ter sia idonea a superare la nullità prevista dall'articolo 2437 c.c. in relazione al solo potere di "rendere più gravoso" l'esercizio del diritto di recesso tramite "limitazioni", che tuttavia giammai possono tradursi nella sostanziale esclusione di tale esercizio.

Acclarata la sussistenza del *fumus boni juris*, il Tribunale ritiene prevalente, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2378 c.c., il pregiudizio che subirebbero i soci dalla mancata sospensiva rispetto al pregiudizio arrecato alla società.

Infatti, l'omessa concessione della sospensiva inibirebbe ai soci (ovviamente solo a quelli ricorrenti) per tutta la durata del giudizio di merito di poter recuperare, quantomeno in parte, il valore del loro investimento, in tal modo di fatto espropriando il loro diritto di proprietà senza contestuale riconoscimento dell'equo indennizzo nella misura prevista dalla Corte Costituzionale.

Si pensi, ad esempio, a coloro che hanno necessità di monetizzare il proprio investimento per affrontare spese familiari (magari necessarie per curarsi, ovvero per pagare il mutuo della propria

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

casa, ecc.), ovvero alle numerose imprese ricorrenti che hanno investito nella Banca, che potrebbero aver necessità di liquidare la propria quota per ottenere il fresh cash necessario per la loro stessa sopravvivenza.

Di limitato impatto sarebbe, viceversa, per la Banca affrontare il rimborso delle quote limitatamente alle posizioni dei ricorrenti, anche alla luce del recente aumento di capitale varato e dell'andamento gestionale che risulta, secondo le dichiarazioni degli stessi amministratori, avere attualmente un margine operativo lordo positivo.

La dimostrazione della correttezza della suddetta valutazione comparativa è, purtroppo, all'evidenza della pubblica opinione a seguito delle recenti vicende che hanno visto coinvolti migliaia di risparmiatori, che si sono visti denegare il diritto al rimborso dei propri investimenti a seguito del salvataggio di alcune banche ed in relazione ai quali è allo studio da parte del Governo uno strumento normativo che consenta loro di recuperare, almeno in parte, i danni economici ricevuti dalla suddetta operazione di salvataggio.

In conclusione, deve essere sospesa l'esecuzione della delibera di modifica dello statuto adottata in data 22/07/2015 con particolare riferimento alle sole modifiche statutarie di cui agli articoli 16.2, 8.2 e 38.5, mentre deve essere rigettata la domanda di sospensione della esecuzione della delibera adottata sempre in data 22/07/2015 avente ad oggetto la riduzione del capitale sociale per perdite da Euro 46.521.500,00 ad Euro 26.917.339,90.

Le spese del presente procedimento dovranno, come per legge, essere regolate al definitivo.

P.Q.M.

Pronunciandosi relativamente alle istanze di sospensiva di cui al ricorso cautelare R.G. rg. OMISSIS/2015 (al quale è stato riunito il ricorso R.G. n. OMISSIS/2015), ogni ulteriore domanda, deduzione ed eccezione respinta, così provvede:

- sospende l'esecuzione della delibera adottata in data 22/07/2015 con atto a ministero del Notaio dott. OMISSIS, rep. OMISSIS — racc. OMISSIS dall'assemblea della Banca meglio evidenziata al punto numero 3 dell'ordine del giorno con particolare riferimento alle sole modifiche statutarie di cui agli articoli 16.2, 8.2 e 38.5 dello statuto;

- rigetta la domanda di sospensione della esecuzione della delibera adottata in data 22/07/2015 con atto a ministero del Notaio dott. OMISSIS, rep. OMISSIS — racc. OMISSIS dall'assemblea della Banca meglio evidenziata al punto numero 2 dell'ordine del giorno ed avente ad oggetto la riduzione del capitale sociale per perdite da Euro 46.521.500,00 ad Euro 26.917.339,90;

- spese al definitivo.

Napoli, 24.03.2016

Il Giudice
Roberto Rustichelli

Ordinanza, Tribunale di Napoli, sez. Imprese, Dott. Roberto Rustichelli, 24 marzo 2016

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS