

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2016

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

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

Banche di Credito Cooperativo: una riforma a due velocità

SOMMARIO: 1. Un nuovo requisito di accesso all'attività creditizia per le banche di credito cooperativo – 2. La funzione del Fondo temporaneo di natura volontaria – 3. Il perimetro soggettivo di gruppo, la capogruppo e i sottogruppi territoriali – 4. I soci stabili di maggioranza della capogruppo e la struttura di governance – 5. La fonte negoziale del controllo – 6. La perdita della causa mutualistica e le nuove opzioni di cambiamento di forma – 7. La deroga alla devoluzione del patrimonio indivisibile – 8. La cooperativa di origine bancaria.

1. L'intervento di riforma delle banche di credito cooperativo obbedisce a quel bisogno di rafforzamento patrimoniale, di cui ragioni ed obiettivi sono ben noti¹, tanto da indurre questa vasta famiglia di banche ad avanzare una proposta di autoriforma², in parte tradotta nelle scelte ora formulate dal legislatore, che, per inciso, è ancora ricorso allo strumento del decreto d'urgenza, ormai il preferito per intervenire nel settore. Stavolta l'adeguatezza della forma societaria non viene posta in relazione con l'evoluzione operativa e dimensionale raggiunta, com'è accaduto nel caso delle banche popolari³. Non si certifica la scomparsa di una mutualità, non più

¹ Cfr. Senato della Repubblica, intervento di C. Barbagallo, Seminario istituzionale sulle tematiche relative alla riforma del settore delle banche di credito cooperativo, 15 ottobre 2015, che affronta la materia e dove, tra l'altro, p. 3, si legge: «La riforma del credito cooperativo consentirebbe di fronteggiare le descritte vulnerabilità, contribuendo a irrobustire le dotazioni patrimoniali delle banche più fragili del sistema, che rappresentano una porzione non irrilevante del comparto delle BCC». Si v. inoltre Consiglio UE, Raccomandazione del 14 luglio 2015, sul programma nazionale di riforma 2015 dell'Italia, racc. n. 4: «introdurre entro la fine del 2015 misure vincolanti per risolvere le debolezze che permangono nel governo societario delle banche [...]»; un'efficace analisi delle esigenze di adeguamento dell'«architettura istituzionale» del credito cooperativo è in M. LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo europeo*, in *Giur. Comm.*, I, 2015, p. 56.

² L'argomento è diffusamente trattato da AA. VV., presentazione di F. CAPRIGLIONE, *Relazioni ed Interventi svolti nella Tavola Rotonda: L'autoriforma delle Banche di Credito Cooperativo*, Roma, 3 febbraio 2016, in *Riv. trim. dir. econ.*, IV, 2015, suppl.

³ Per un esame del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, di riforma delle banche popolari cfr. AA. VV., *La riforma delle banche popolari*, (a cura di) F. CAPRIGLIONE, Milano, 2015, F. DI CIOMMO, *La riforma delle banche popolari*, in *Foro it.*, IV, 2015, c. 193,

ravvisabile nelle grandi dimensioni, si addossa invece direttamente al modello cooperativo la difficoltà di misurarsi con l'esigenza di accrescere la solidità dell'ente creditizio. Sotto questo profilo il carattere prevalente della mutualità perseguita, che appartiene alle banche di credito cooperativo, ha rilievo in quanto costituisce limite operativo, che si riflette sulla dimensione dell'ente creditizio⁴. In altre parole per queste banche, non si pone il problema di peso economico, che ha condotto ad una spinta forzosa verso la trasformazione in società per azioni delle banche popolari, che superano gli otto miliardi di attivo, bensì una più generale questione di adeguatezza strutturale⁵. Nell'ambito di un processo riformatore, che investe il medesimo regime societario e persegue analoghi obiettivi, per le banche popolari si è stabilita una soglia oltre la quale si perde l'identità mutualistica, mentre per le banche di credito cooperativo questo aspetto assume rilievo inverso: le dimensioni ridotte sono indicatore di fragilità. Il legislatore abbandona l'indagine sulla permanenza della causa, per confrontarsi con la forma ed affermare la debolezza del tipo cooperativo in ordine alle esigenze poste dalla regolazione di settore,

V. SANTORO e G. ROMANO, *L'ultimo atto di riforma delle popolari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, I, 2016. Mi permetto infine di rinviare a F. FIORIPONTI, *Lo scopo mutualistico: un'assenza certificata*, in *Dir. banca merc. fin.*, III, 2015, p. 417.

⁴ In proposito A. BASSI, *Commento all'art. 29, in Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLÌ, G. CONTENUTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO e V. SANTORO, Milano 2010, p. 462: «il riconoscimento della forma cooperativa dovrebbe quindi bastare, in questo come in altri settori, ad evocare l'applicazione quanto meno della disciplina del codice che ruota attorno al nucleo dello scopo mutualistico, salvo che la legge, come accade per le banche di credito cooperativo, non detti regole specifiche anche sul modo di essere della mutualità».

⁵ Cfr. Camera dei deputati, ddl n. 3606, audizione Federcasse in Commissione Finanze, 29 febbraio 2016, dove, tra altro, p. 7: «[...] abbiamo consapevolezza che è finita l'era della banca mutualistica atomistica, di piccola dimensione, totalmente autonoma e non integrata in un sistema di protezione istituzionale o in un gruppo cooperativo». Inoltre con accento sulla mutualità, A. BASSI, *Un bilancio della riforma dello scopo mutualistico dieci anni dopo*, in *Giur. comm.*, I, 2014, p. 70: «In particolare, si [...] discute, sia del problema degli aiuti, sia, per alcune cooperative come le banche popolari, della contendibilità della proprietà del capitale. A questo ultimo proposito vorrei osservare, [...] che non deve essere trascurato il fatto che le cooperative, per la loro funzione e direi anche per la loro storia hanno — debbono avere — una caratteristica che manca alla società per azioni: la stabilità o la tendenziale stabilità della partecipazione (cui è riconducibile la mutualità “intergenerazionale” di cui parla il Prof. Bonfante)».

segnatamente per la capacità di competere sul mercato in modo efficiente, sotto il duplice aspetto della profittevole gestione e della efficace ricerca di investitori⁶. L'argomento, sul quale si fonda l'intervento di riforma, spinge ad affermare un confine alla capacità operativa di una società cooperativa, connesso all'esigenza di adeguata solidità. Alle banche di questo tipo è consentito conservare la veste giuridica originale solo entro i limiti delle nuove regole ordinarie, che intendono favorire il rispetto dei requisiti patrimoniali dovuti. Quindi una limitazione funzionale affermata in relazione al collettivo interesse alla stabilità del sistema creditizio, ma che delinea un assetto eterogeneo rispetto al regime riservato alle banche popolari di minori dimensioni, che possono conservare, in autonomia, forma e causa originarie⁷. Indicativa della difficoltà di approccio sistematico, incontrata nel realizzare una riforma, che si muove per dare soluzione alle esigenze descritte, non arriva a cancellare la pluralità di forme, ma limita fortemente gli spazi accordati al modello cooperativo. Non

⁶ Cfr. intervento del Governatore di Banca d'Italia, I. Visco, Borghi, distretti e banche locali, Roma, 20 novembre 2012 p. 9: «La crisi sta accentuando due vulnerabilità strutturali delle BCC: l'elevata dipendenza della redditività dal margine di interesse e la rigidità dei costi operativi, in parte ascrivibile ai ritardi accumulati dalle strutture di categoria nel rendere più efficiente l'attività di servizio alle associate. Non aver affrontato per tempo tale esigenza rende ora più difficili i necessari interventi». Ancora sul punto C. Barbagallo, Le banche locali e di credito cooperativo in prospettiva: vigilanza europea ed evoluzione normativa, intervento ad incontro Federazione Cooperative Raiffeisen, Bolzano, 12 febbraio 2015, p. 6: «In sintesi, le banche locali italiane e, in particolare, le BCC si presentano all'avvio del MVU connotate da debolezze di natura sia strutturale, sia congiunturale. Sul piano tecnico, esse devono fronteggiare tre principali criticità: la rischiosità del credito, in considerazione dell'elevata incidenza delle partite deteriorate e del basso livello di copertura delle stesse; la debolezza della redditività; i vincoli a una rapida ricapitalizzazione connessi con l'organizzazione cooperativa in un contesto di elevata frammentazione. Sul piano strategico e gestionale, rilevano le esigenze di ammodernamento e innovazione del modello di servizio e, conseguentemente, di adeguamento delle professionalità».

⁷ F. FIORDIPONTI, *Lo scopo mutualistico: un'assenza certificata*, cit., p. 438: «[...] Si delinea un assetto dedicato alle popolari residue, che ne sottolinea la vocazione al localismo, avvicinandole sotto questo profilo all'operatività delle bcc, ma si propone una strumentazione operativa, per sostenere necessità di rafforzamento, in relazione alle esigenze di un'attività aperta all'esterno. Specie di mezzo, che, prevedibilmente, sceglierà la migliore agilità operativa e, in situazione di crescita, tenderà alla trasformazione».

manca poi di riflettersi sulle scelte adottate il trattamento fiscale riservato alle banche cooperative, che impone di considerare gli effetti della devoluzione del patrimonio effettivo, prevista in ipotesi di perdita dei caratteri della mutualità prevalente. È un vincolo, che può condurre a depauperare in modo significativo la consistenza patrimoniale della banca interessata e forte incentivo a mantenere inalterato il tono della sua causa societaria.

La risposta individuata per le banche di credito cooperativo disegna una figura di gruppo societario, cui è affidato il compito di comporre a unità economica l'insieme di quelle imprese bancarie, rispettandone al contempo la causa mutualistica. Un nuovo soggetto, rilevante per entità⁸ e connotato da caratteri specifici, *in primis* per il connesso meccanismo di garanzia solidale, che ha l'effetto di costruire un'unica area di responsabilità patrimoniale, ma individuabili anche nell'assetto proprietario della capogruppo, nella proporzione dei poteri ad essa attribuiti e soprattutto nell'obbligo di adesione imposto⁹, che sottrae la scelta all'autonomia privata, trasformandola in requisito per l'accesso all'attività creditizia. La nuova formulazione dell'art. 33 tub condiziona infatti il rilascio dell'autorizzazione, per l'ente costituito in forma di cooperativa a mutualità prevalente, all'adesione al gruppo disciplinato nel decreto di riforma. L'alternativa che si pone per le banche del settore è tra conservare l'attuale struttura e aderire ovvero abbandonarla, optando per le soluzioni consentite, che però, tutte, presuppongono l'uscita dal mondo della cooperazione.

Un'accelerazione nella progressiva evoluzione organizzativa, di cui si è reso protagonista il settore del credito cooperativo, da tempo riunito in una struttura di rete, con spiccata integrazione di servizi e dotato di meccanismi di garanzia ed anche di un fondo istituzionale di tutela, che non è però riuscito a divenire operativo¹⁰. Il gruppo integra

⁸ Sono diffuse previsioni per la nascita di un gruppo che supera i cento miliardi di attivo, tale cioè da entrare nell'ambito di diretta vigilanza della BCE, prevista oltre la soglia dei trenta miliardi.

⁹ Cfr. Relazione accompagnatoria al ddl di conversione, 15 febbraio 2016, «[...] Il principio cardine è che l'esercizio dell'attività bancaria in forma di BCC è consentito solo alle imprese bancarie cooperative che siano parte di un gruppo bancario cooperativo».

¹⁰ Cfr. un altro degli interventi di C. Barbagallo, *Il Credito Cooperativo nella prospettiva europea*, a Convegno «Credito Cooperativo. 130 anni Controcorrente», Padova, 25 ottobre 2013, p. 14: «[...] Il ridisegno della rete associativa e industriale

le previsioni di cui all'art. 10 Reg. 2013/575 UE, realizzando l'obiettivo di ottenere una misurazione dei requisiti prudenziali, che può beneficiare dell'affiliazione permanente ad un «organismo centrale» preposto al controllo. In questa prospettiva assume un ruolo rilevante l'introduzione della garanzia solidale per le obbligazioni di capogruppo e banche controllate, attraverso il nuovo art. 37bis, c. 4, tub, che ne riserva la definizione all'accordo tra le parti, mentre alla regolazione di secondo livello va il compito di indicare le caratteristiche della garanzia. L'evidenza è la creazione di un gruppo, cui si associa un sistema di tutela istituzionale, con perimetro delimitato alle sole società bancarie partecipanti. Gli effetti si riflettono sui requisiti patrimoniali di ogni ente creditizio¹¹, costruendo un meccanismo d'intervento precoce e di prevenzione al ricorso alle procedure di risoluzione previste dalla BRRD¹², con ovvio vantaggio per le banche più fragili, poggiando, di converso, sulle spalle delle più solide. La solidarietà prodotta dalla garanzia incrociata è componente sostanziale dell'obiettivo di stabilità perseguito, si ottiene per mano del riformatore, che supera le incertezze mostrate dal

non è dunque più rinviabile. A tale cambiamento potrebbe dare impulso anche l'attivazione del Fondo di Garanzia Istituzionale, che ha da poco avviato un percorso di *test* operativo. In questa prima fase del test, le BCC sono chiamate a manifestare la propria adesione al nuovo sistema di tutela. Data la rilevanza del progetto, la Banca d'Italia si aspetta che la decisione di partecipare al Fondo sia il risultato di una riflessione approfondita e di un convincimento radicato, fondato sulla consapevolezza dei benefici prospettici».

¹¹ In argomento Considerando 37, Reg. 2013/575UE: «Per assicurare un adeguato livello di solvibilità degli enti appartenenti ad un gruppo, è essenziale applicare i requisiti di fondi propri sulla base della situazione finanziaria consolidata di tali enti del gruppo. Per assicurare un'adeguata ripartizione dei fondi propri all'interno del gruppo e la loro disponibilità, se necessario, per la tutela del risparmio, occorre applicare i requisiti di fondi propri ad ogni singolo ente del gruppo, a meno che il predetto obiettivo non possa essere efficacemente conseguito in altro modo». Inoltre, le condizioni richieste dall'art. 10, c. 1, Reg. *cit.*: «[...] a) gli obblighi assunti dall'organismo centrale e dagli enti ad esso affiliati siano garantiti in solido oppure gli impegni degli enti affiliati siano pienamente garantiti dall'organismo centrale; b) la solvibilità e la liquidità dell'organismo centrale e di tutti gli enti ad esso affiliati siano controllati, nel loro insieme, sulla base dei conti consolidati di tali enti; c) la dirigenza dell'organismo centrale abbia il potere di dare istruzioni alla dirigenza degli enti ad esso affiliati».

¹² Sul punto cfr. R. LENER, *Profili problematici del bail-in*, in *FCHub focus il bail-in*, (a cura di) R. LENER, I, 2016, p. 23.

fondo consortile volontario e la inserisce nella matrice dell'impresa unitaria¹³, espressa dal gruppo societario. Le criticità più volte rilevate dagli Organi di Vigilanza¹⁴ vengono affrontate dal decreto di riforma, che attraverso l'attribuzione di una funzione unificata di direzione e coordinamento fornisce anche lo strumento, per determinare la sana e prudente gestione della pluralità delle controllate, subordinate alle indicazioni della capogruppo. La nuova configurazione ordinatoria del settore sembra rispondere alla preoccupazione di pervenire ad un risultato tangibile, capace di rispondere alla sete di risorse finanziarie, con la costruzione di un'area di comune responsabilità patrimoniale, rispetto alla quale la difesa della natura mutualistica delle banche cooperative si traduce nella riduzione della loro autonomia gestoria¹⁵.

¹³ La nozione di impresa è stata precisata dal giudice dell'Unione e designa un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone fisiche o giuridiche, in tal senso si v. sentenza Corte di Giustizia C-97/08 P, del 10 settembre 2009, Akzo Nobel e a./Commissione, punto 55, nonché sentenza 14 dicembre 2006, causa C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Racc. pag. I-11987, punto 40.

¹⁴ Cfr. Camera dei deputati, audizione C. Barbagallo, Seminario istituzionale *cit.*: «Altre soluzioni, ad esempio un sistema di tutela istituzionale volto a proteggere la liquidità e solvibilità delle banche aderenti (Institutional Protection Scheme – IPS), non sarebbero da sole sufficienti. L'IPS è utile per prevenire il deterioramento delle situazioni aziendali e, in caso di crisi, evitare che i costi ricadano sui depositanti e sugli altri investitori; tuttavia, a differenza del gruppo bancario, non consente di conseguire in tempi brevi la razionalizzazione delle strutture organizzative, il rafforzamento strutturale della redditività e il reperimento sul mercato dei capitali delle risorse patrimoniali necessarie per l'adeguata ricapitalizzazione degli aderenti». Nella stessa sede, p. 6, si sottolinea come: «L'accordo tra le banche coinvolte dovrebbe prevedere un sistema di garanzie incrociate che permetta di mobilitare, all'occorrenza, le risorse patrimoniali e liquide interne al gruppo, consentendo di rispettare la disciplina prudenziale prevista per le banche. In base ad analisi d'impatto condotte di recente, un gruppo nazionale di BCC che non disponesse di garanzie incrociate avrebbe un capitale di qualità primaria (CET1) di 7,2 mld di euro e un CET1 ratio di appena il 6,9%; con le garanzie siffatto ipotetico gruppo disporrebbe di un CET1 di 16,4 mld e di un CET1 ratio del 15,6%».

¹⁵ Cfr. M. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, in *Riv. trim. dir. econ., cit.*, p. 84: «Ciò che lo studioso deve in realtà registrare (al di là delle etichette) è piuttosto un reflusso di dirigismo, che stride con il principio di libertà d'iniziativa economica. Tale nuova forma di dirigismo che, come nel passato, affonda le sue ragioni nelle esigenze della vigilanza (laddove un tempo la stabilità delle istituzioni bancarie veniva perseguita con il contingentamento all'accesso e il controllo dell'espansione

2. Se è la pressante necessità di adeguare l'organizzazione d'impresa del sistema del credito cooperativo, a motivare il ricorso alla decretazione d'urgenza, i termini assegnati dalle disposizioni attuative, all'art. 2 del decreto, per realizzare il processo di costituzione e di adesione al gruppo, non si distinguono per brevità e sono anzi sintomatici della complessità del percorso. Oltretutto i ventiquattro mesi indicati hanno una decorrenza iniziale, che coincide con l'entrata in vigore della normativa secondaria, la cui emanazione è prevista ai commi 7 e 7bis dell'art. 37bis, tub, dove si distingue tra disposizioni attuative demandate alla Banca d'Italia e le competenze del Ministro dell'Economia e delle Finanze, che sono definite con la formula «può stabilire». Il potere così attribuito è rimesso all'esercizio della discrezionalità amministrativa, libero da scadenze predeterminate e dotato della flessibilità necessaria per esprimere valutazioni di opportunità e merito. Un giudizio tecnico, finalizzato ad ottenere dimensioni e organizzazione adeguate per la nuova struttura di gruppo, attento al collettivo interesse alla stabilità e, in questa chiave, ai suoi elementi costitutivi, che la norma primaria si preoccupa di indicare. Il compito non può esaurirsi nel considerare la fase genetica, ma deve essere svolto anche in momenti successivi, qualora le esigenze di stabilità suggeriscano di agire, ad esempio, sulla soglia di partecipazione delle banche di credito cooperativo al capitale della capogruppo. Quando poi si passa al dettato del ricordato art. 2, il legislatore individua nell'entrata in vigore di quelle disposizioni la premessa, per la decorrenza dei termini di attuazione del processo di costituzione del gruppo bancario cooperativo, così da connotare il provvedimento amministrativo, come antifatto necessario, senza il quale non si definisce alcuna scadenza. Di conseguenza la libertà di esercizio, che caratterizza il potere conferito, può dilatare i tempi di attuazione della riforma. È bensì prevedibile, che l'attuale esigenza di rafforzamento patrimoniale del settore superi ogni incertezza sul rapido licenziamento del decreto ministeriale, ma è questo un dato contingente, che non modifica la connessione della decorrenza dei

degli intermediari creditizi in relazione alle “esigenze economiche del mercato”), si manifesta oggi nell'orientare gli operatori di mercato verso assetti strutturali/organizzativi ritenuti (in via preventiva) maggiormente consoni e funzionali alle esigenze della vigilanza».

termini di costituzione ad una determinazione, che resta di libera attuazione.

In sede di conversione il legislatore è però intervenuto per introdurre una disciplina transitoria, attraverso l'art. 2bis, d.l. 18/2016¹⁶, con l'obiettivo di evitare un troppo lungo periodo di carenza applicativa della riforma ed anticiparne gli effetti, ma soprattutto per aprire al più presto un ombrello di solidarietà patrimoniale. Per questo ha posto a carico di Federcasse il compito di promuovere la costituzione di un «Fondo temporaneo», con «strumento di natura privatistica», rafforzando il concetto con il successivo riferimento alla «piena autonomia decisionale» del Fondo ed il rinvio alle disposizioni statutarie, per la definizione delle sue modalità di funzionamento. Evidente lo scopo di assegnare l'iniziativa alla sfera della volontarietà ed evitare gli ostacoli incontrati per il d.l. 183/2015, il c.d. salvabanche¹⁷. È noto infatti come, nell'occasione, sia risultata impraticabile la possibilità di utilizzare il Fondo interbancario di tutela dei depositi, in forma alternativa al rimborso dei depositanti, a causa del condizionamento attribuito alle indicazioni dell'Autorità pubblica ed alla conseguente qualificazione come aiuto di Stato. Quindi, nell'immediato, la risposta a concrete situazioni di insufficienza patrimoniale è affidata ad un Fondo, che si denota per autonomia di genesi e gestione. Dovuta però è l'adesione delle banche di credito cooperativo, per le quali anzi diviene l'attuale requisito di

¹⁶ Cfr. Camera dei deputati, d.l. 18/2016, A.C. 3606, dossier n. 112, p. 24: «L'articolo 2bis, introdotto in sede referente reca norme transitorie operanti durante la fase di costituzione di gruppi bancari cooperativi: si consente alle BCC di aderire temporaneamente ad un Fondo, promosso dall'associazione di categoria, che in sostanza coadiuvi il processo di adeguamento alle riforme introdotte col provvedimento in esame» Cfr. comunicato stampa Federcasse, 6 aprile 2016, in www.creditocooperativo.it: «è stata reintrodotta la previsione relativa al Fondo di sostegno promosso da Federcasse con l'obiettivo di favorire ed accompagnare processi di consolidamento e concentrazione delle BCC. Sarà, questo, uno strumento di carattere temporaneo, che eserciterà la sua funzione nella fase transitoria tra l'approvazione della riforma e l'avvio operativo del Gruppo Bancario Cooperativo, ma assolutamente necessario per gestire le criticità che si dovessero manifestare, visti anche i vincoli posti all'azione svolta fino ad oggi dal Fondo di Garanzia dei Depositanti».

¹⁷ In argomento, con richiamo alla divergenza interpretativa tra Commissione UE e Governo nazionale, F. FIORDIPONTI, *Ancora perplessità sul decreto salva banche*, in *FCHub focus il Bail-in*, (a cura di) R. LENER, p. 33 .

accesso all'attività creditizia, in attesa della nascita del gruppo bancario. È questo l'aspetto che rende necessaria la nascita del Fondo¹⁸, mentre l'individuazione del soggetto promotore, ne attribuisce il compito all'associazione, che riunisce quelle banche e già svolge funzioni di rappresentanza e tutela della categoria. La soluzione ha carattere temporaneo, ma il riformatore la qualifica come idonea a fornire adeguata tutela alle richiamate esigenze di stabilità. In altre parole un'iniziativa di natura volontaria, che non modifica la natura giuridica dei soggetti che partecipano ed alimentano il Fondo, si presta a rispondere, *ad horas*, alle criticità patrimoniali più volte evidenziate. È definito come «strumento mutualistico-assicurativo», che può favorire «processi di consolidamento e di concentrazione», in definitiva il compito, che si proponeva quel Fondo di garanzia istituzionale di settore, mai tradotto in termini operativi¹⁹. L'efficacia della sua azione deriva dall'adeguatezza dei mezzi di cui sarà dotato e la presenza delle banche dalla più solida struttura patrimoniale è decisiva. In attesa che si compia il percorso costitutivo di un gruppo bancario, cui è affidata la soluzione organica delle carenze di sistema rilevate, il Fondo temporaneo viene configurato con adesione da esprimere nel termine di trenta giorni dall'approvazione dello statuto, adempimento che, invece, non incontra l'indicazione di una data ultimativa. Nel frattempo decorrono però altri termini, quelli connessi alla possibilità di effettuare la scelta dello scorporo dell'azienda

¹⁸ L'acquisto nell'estate 2014 di banca Tercas da parte della Banca Popolare di Bari, con l'intervento del Fondo interbancario dei depositi ha dato luogo all'intervento della Commissione UE. Cfr. in merito la notifica di avvio dell'istruttoria del 27 febbraio 2015, C (2015) 1404 *final*, che ha assimilato l'intervento del Fitd ad aiuto di Stato, in sintesi per tre ordini di motivi: i contributi al Fondo sono obbligatori e la partecipazione è presupposto per l'esercizio dell'attività bancaria, quando interviene il Fondo ha finalità d'interesse generale ed i poteri di controllo e coordinamento attribuiti alla Banca d'Italia determinano la destinazione dell'intervento.

¹⁹ Si v. in www.creditocooperativo.it, 28 luglio 2008, Comunicati: «Assumendo le funzioni di “prevenzione delle crisi” proprie dell'esistente Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo, il Fondo seguirà l'andamento gestionale delle banche consorziate, avvalendosi di strumenti di monitoraggio dedicati. Sulla base di questa attività preventiva, il Fondo potrà definire una serie di azioni, che vanno da interventi preliminari con l'obiettivo di rimuovere gli elementi “potenzialmente pregiudizievoli” per la stabilità finanziaria della Banca, fino alla definizione di un vero e proprio piano di risanamento, con la determinazione delle risorse necessarie».

bancaria, in alternativa all'adesione al gruppo cooperativo, prevista all'art. 2, c. 3bis del decreto. È conseguente che il concreto comportamento adottato dai soggetti interessati si rifletta direttamente sulla consistenza e sull'equilibrio dello stesso Fondo temporaneo, che potrebbe risultare indebolito dalla decisione, di un significativo numero di banche o soltanto delle maggiori tra loro, di percorrere quella via. Si può immaginare allora improbabile che lo statuto del Fondo veda la luce, prima che sia noto se e quali cooperative bancarie hanno optato per altre soluzioni.

3. La nuova figura di gruppo bancario approda nell'ordinamento nazionale, anche sulla scorta delle notevoli - per dimensioni e quote di mercato - esperienze da tempo vissute dalle banche di tipo cooperativo in altri Paesi dell'Unione Europea²⁰. Oggi in ulteriore evoluzione, come nel caso Rabobank, che sta andando verso un'unica autorizzazione bancaria, o della riorganizzazione dei gruppi francesi, ad indicare come gli attuali scenari di mercato richiedano *know how*, solida struttura ed intensità di capitale e spingano verso forme d'integrazione ancora più marcate. La riforma disegna un tessuto unitario con al vertice una capogruppo in forma di società per azioni²¹, dotata dei requisiti per esercitare direttamente l'attività bancaria, ma con proprietà assegnata all'insieme delle banche cooperative partecipanti e situazione di controllo, che, in ragione della struttura societaria delle controllate, origina da contratto. La costruzione non esclude la possibilità che possano nascere più gruppi, ma certo tiene conto del ruolo svolto dal gruppo bancario Iccrea, luogo associativo di rilevante centralità, che si presenta idoneo ad esprimere la società capogruppo, facilitato dalle consolidate relazioni operative con le banche del settore. Sotto il profilo dimensionale è indicato un livello minimo di patrimonio netto per la capogruppo pari ad un miliardo,

²⁰ Il riferimento corre soprattutto alle forme di gruppo realizzate da Rabobank Nederland, Credit Agricole, Credit Mutuel, Raiffeisen RZB, cfr. sul punto M. LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo europeo*, cit., p. 61, inoltre si v. il sito www.ilsussidiario.net, 14 settembre 2015.

²¹ Cfr. Camera dei deputati, dossier n. 112, cit.: «[...] Al fine di favorire l'accesso del gruppo bancario cooperativo al mercato dei capitali e la patrimonializzazione delle banche è previsto che la società capogruppo sia una banca società per azioni».

soglia quantitativa significativa, coerente con la ricerca di solidità²². Quanto invece al perimetro soggettivo si adotta la soluzione dettata all'art. 60, c. 1, *sub a)* tub, aggiungendo un esplicito riferimento alle banche di credito cooperativo, «che aderiscono al contratto [...]» e adottano le clausole statutarie conseguenti. La formula - forse di tenore letterale ridondante, dato l'obbligo di adesione - va ad incidere sulla nozione di controllo, fornita dall'art. 23 tub. La speciale disciplina del credito richiama la previsione di diritto comune, dettata all'art. 2359 c.c., ma è aperta ad individuare, anche in via presuntiva, ogni fonte idonea a configurare una situazione di influenza dominante. Alle varie possibilità di instaurare un simile rapporto gerarchico con una banca di questo tipo, si sostituisce ora una modalità univoca, cioè l'adesione al contratto di coesione, resa necessaria per effetto del nuovo comma *1bis*, aggiunto all'art. 33, tub.

In sede di conversione del decreto, tra i soggetti ammessi a comporre il gruppo, con un punto *cbis)* al primo comma dello stesso art. *37bis*, tub, si è aggiunta la figura dei «sottogruppi territoriali facenti capo a una banca» in forma di società per azioni, a sua volta sottoposta al controllo della capogruppo²³. L'espressa previsione d'ingresso per sottogruppi, comprendenti banche di credito cooperativo, non delinea, per queste, anche un percorso di adesione indiretta, realizzata mediante il controllo esercitato dalla subholding. L'ipotesi appare interdetta dal combinato disposto dei ricordati artt. 33, c. *1bis e 37bis*, c.1, *sub a)* e b), che continua ad imporre l'obbligo di adesione al contratto di coesione di gruppo, non ad altri. Così l'appartenenza ad un sottogruppo non può surrogare il consenso all'accordo negoziale, che integra la situazione di controllo, disciplina

²² Cfr. Camera dei deputati, Commissione Finanze, audizione C. Barbagallo, Banca d'Italia, Misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo e altre misure in materia bancaria, 1 marzo 2016, p. 5: «La soluzione che la Banca d'Italia suggerisce da tempo è quella di promuovere l'aggregazione delle BCC in uno o pochi gruppi bancari ampi, ben integrati, con una robusta dotazione patrimoniale iniziale e capaci, all'occorrenza, di attrarre investitori esterni anche accedendo al mercato dei capitali».

²³ Le diverse possibilità di configurazione del gruppo sono prefigurate in M. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, cit., p. 95, che si riferisce «[...] all'ipotesi di più gruppi, anche a livello regionale, o di macroaree territoriali; o anche di sottogruppi organizzati in funzione delle affinità operative».

i poteri della capogruppo ed è presupposto di adesione al gruppo. Piuttosto il sottogruppo sembra finalizzato a dare rilievo alle attuali Federazioni locali²⁴, oggi punto intermedio di coordinamento tra banche legate da contiguità territoriale e, di conseguenza, anche da omogeneità di contesto operativo. D'altra parte la definizione di territorio è aperta, di debole capacità definitoria, mentre non sono indicati altri elementi, utili a individuare i presupposti per la nascita di simili sottogruppi. L'incertezza della formula viene corretta dal dato empirico, che lascia intendere la volontà di mantenere un'articolazione organizzativa, sperimentata, senza depotenziare la consistenza del nuovo gruppo bancario. Replicando schemi operativi ed anche equilibri di ruolo già noti, è possibile immaginare, che la transizione verso il gruppo - probabilmente unico gruppo - sia facilitata, attenuando il rischio di scelte alternative. Non molto è detto del sottogruppo, né del soggetto creditizio di vertice, soprattutto circa i compiti di quest'ultimo e le modalità di rapporto a valle con le cooperative bancarie e con la capogruppo a monte. Con certezza la banca, cui fa capo il sottogruppo, entra nel perimetro di consolidamento di bilancio²⁵, si colloca in posizione di subholding e realizza un ulteriore livello di controllo all'interno del gruppo. Può

²⁴ Le Federazioni sono costituite in forma di società cooperative con funzioni consortili. Cfr. tra le altre art. 1 Statuto della Federazione Lombarda: «È costituita una cooperativa con funzioni consortili denominata Federazione Lombarda delle Banche di Credito Cooperativo, società cooperativa [...]», mentre all'art. 2 si legge: «[...] La società - in ossequio agli articoli 2602, 2615^{ter} e 2620 del codice civile nonché all'art. 27 del D.L.C.P.S. 14.12.1947 n. 1577 e successive modifiche ed integrazioni - si propone di promuovere la costituzione di Banche di Credito Cooperativo, di rafforzarne il rapporto con le comunità locali di cui sono espressione e di agevolarne lo sviluppo mediante l'esercizio di attività nell'interesse comune e nel rispetto dell'autonomia propria di ciascuna banca, quali quelle di rappresentanza, assistenza ed erogazione dei servizi» Cfr. sul punto, tra gli altri, E. CUSA, *Il diritto delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Torino, 2013, p. 97.

²⁵ Per correttezza si richiamano le definizioni dettate nel Regolamento 2004/2238CE e successive modificazioni ed integrazioni, Principio contabile internazionale n. 27, Definizioni: «[...] Il bilancio consolidato è il bilancio di un gruppo presentato come se fosse il bilancio di un'unica entità economica. Il controllo è il potere di determinare le politiche finanziarie e gestionali di un'entità al fine di ottenere i benefici dalle sue attività. Il gruppo è costituito dalla capogruppo e da tutte le sue controllate [...]».

partecipare al capitale della capogruppo²⁶, senza però concorrere al raggiungimento di quella maggioranza dei diritti di voto, che resta vincolata alle banche in forma cooperativa. Il contratto di coesione, disciplinando le modalità di esercizio delle funzioni di direzione e coordinamento, dovrà attentamente misurarsi con la presenza dei sottogruppi, per evitare una complessa moltiplicazione di vincoli e di filiera strutturale, con ogni dubbio sulla migliore efficacia dell'azione di governo.

La definizione dei patti negoziali tra le parti deve attenersi alle indicazioni dettate dall'Autorità. È alla Banca d'Italia che è affidato il compito di emanare disposizioni attuative, volte non solo al rispetto dei consueti criteri di sana e prudente gestione, ma anche ad assicurare «la competitività e l'efficienza del gruppo». L'espressione è utilizzata al comma 7bis dell'art. 37bis tub, definendo un potere ordinatorio, che entra negli aspetti «organizzativi e operativi» della capogruppo, si occupa del contratto di coesione, della garanzia solidale, del procedimento costitutivo del gruppo. È formula già contenuta nell'art. 5, tub, dove competitività ed efficienza sono indicate tra gli obiettivi dell'attività di vigilanza, con riferimento al «sistema finanziario» nel suo insieme, il cui buon andamento è l'oggetto delle cure dell'intera legislazione di settore. La normativa primaria agli artt. 53 e 53bis, tub, prevede inoltre l'emanazione di «disposizioni di carattere generale» sul governo societario ed attribuisce all'Autorità di vigilanza il potere d'intervenire nel merito della gestione. Analoga la disciplina dedicata ai gruppi, contenuta in particolare agli artt. 67 e 67ter, mentre l'art. 61, c.4, affida alla capogruppo il compito di emanare, a sua volta, disposizioni «per l'esecuzione delle istruzioni» della Banca d'Italia. Il corpo normativo secondario, che ne è seguito, è cospicuo, analitico ed affronta a tutto tondo i diversi aspetti della gestione e dei controlli societari²⁷. La reiterazione in questa sede di una riserva di legge,

²⁶ In sede di conversione del d.l. 18/2016, la deroga alla ordinaria disciplina dettata agli artt. 2359bis c.c. e ss., introdotta dall'art. 37bis, comma 6, tub, è stata delimitata «Alle partecipazioni al capitale della capogruppo delle banche di credito cooperativo», aggiungendo la locuzione «e delle banche cui fanno capo i sottogruppi territoriali».

²⁷ Per un'attenta analisi della disciplina di settore, con *focus* sulle interrelazioni tra controllo e gestione, cfr. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella*

destinata alla regolamentazione del gruppo bancario cooperativo, da un lato appare rafforzativa di compiti già propri della vigilanza²⁸, dall'altro ne amplia in modo esplicito l'oggetto ai nodi centrali del nuovo soggetto, quali il contratto e la garanzia solidale. Il riferimento a parametri aperti, che segnano confini labili all'esercizio della discrezionalità amministrativa, trova piena concretezza e rigore tecnico nel contenuto, che già le vigenti Istruzioni hanno tracciato²⁹. Semmai si può considerare l'indiscutibile condizionamento, che un assetto di gestione, organizzazione e controllo, dettagliato e definito *ex ante*, comporta per l'esercizio di un'attività d'impresa, e in quale

società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario, in *Banca borsa tit. cred.*, VI, 2015, p. 707.

²⁸ Cfr. l'intervento regolamentare, conseguente all'applicazione della Direttiva 2013/36UE, CRD IV, e del Reg. UE 2013/575, CRR. Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza per le banche, circ. n. 285, 17 dicembre 2013, Premessa, p. 11: «Il Secondo Pilastro richiede alle banche di dotarsi di una strategia e di un processo di controllo dell'adeguatezza patrimoniale, attuale e prospettica, rimettendo all'autorità di vigilanza il compito di verificare l'affidabilità e la coerenza dei relativi risultati e di adottare, ove la situazione lo richieda, le opportune misure correttive. Crescente importanza è attribuita agli assetti di governo societario e al sistema dei controlli interni degli intermediari come fattore determinante per la stabilità delle singole istituzioni e del sistema finanziario nel suo insieme. In quest'area sono stati rafforzati i requisiti regolamentari concernenti il ruolo, la qualificazione e la composizione degli organi di vertice; la consapevolezza da parte di tali organi e dell'alta direzione circa l'assetto organizzativo e i rischi della banca e del gruppo bancario; le funzioni aziendali di controllo, con particolare riferimento all'indipendenza dei responsabili della funzione, alla rilevazione dei rischi delle attività fuori bilancio e delle cartolarizzazioni, alla valutazione delle attività e alle prove di stress; i sistemi di remunerazione e di incentivazione».

²⁹ Per una visione più limitata degli spazi dell'autonomia privata nella disciplina del gruppo cfr. F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2005, p. 86 ss. Cfr. inoltre lo studio in materia di S. ALVARO, D. D'ERAMO e G. GASPARRI, *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate. Aspetti comparatistici e linee evolutive*, in *Quad. giur. Consob*, maggio 2015, p. 26: «[...] Il risultato è stato che, in tema di controllo societario, il sistema italiano (che comprende sia norme primarie e secondarie sia *best practices* di autoregolamentazione) risulta oggi connotato da molteplici regole frammentate e disorganiche, che hanno spesso generato inefficienze e sovrapposizioni delle funzioni affidate ai vari organi deputati ai controlli interni, imponendo vincoli e costi eccessivi alle imprese». Inoltre P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Società*, 2005, p. 294 ss.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

misura la capacità competitiva ed il risultato economico del soggetto vigilato³⁰, ne siano dipendenti.

Per le banche che hanno sede ed operano in via esclusiva nelle province di Trento e di Bolzano è invece prevista la possibilità di costituire dei gruppi bancari autonomi, con patrimonio minimo che andrà stabilito dall'Autorità, consentendo inoltre la possibilità di configurare la società capogruppo in forma cooperativa. Un'eccezione, questa, che va letta insieme al vincolo della operatività esclusiva in area strettamente localistica, ma che ritorna sul tema dell'adeguatezza di forma societaria, riconducendo al piano dimensionale la valutazione di criticità strutturale, che lo stesso intervento di riforma attribuisce al *genus* cooperativo.

4. Il vincolo della partecipazione maggioritaria al capitale in favore delle banche di credito cooperativo aderenti, previsto all'art. 37bis, c. 1, sub a), tub, le porta ad acquisire, nel loro insieme, la maggioranza dei voti in assemblea. Situazione che esprime una proprietà diffusa nella pluralità delle banche controllate ed incorpora l'obiettivo di indirizzare buona parte dei suoi risultati verso le finalità mutualistiche, che presiedono alla funzione creditizia nell'interpretazione cooperativa³¹. Questo non modifica la causa lucrativa della società capogruppo, per definizione attenta al risultato economico ed anche alle politiche di dividendo, ma estranea alla successive scelte, che i

³⁰ Cfr. con riferimento al rapporto con il mercato, l'insegnamento di G. VISENTINI, *La filosofia della società per azioni e l'esperienza italiana*, in *Giur. comm.*, V, 2015, p. 757: «Dobbiamo attentamente rilevare le condizioni che conservano alla società la natura di impresa regolata dal mercato, in quanto l'alterazione di queste condizioni, specie se permanenti, ci porta ad una diversa filosofia, appunto più aderente al servizio pubblico, nonostante la forma di società, che perciò appare insincera».

³¹ Cfr. in argomento F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Tratt. Le società*, Galgano, Torino, 2001, p. 193 ss., che considera, con riferimento a partecipazioni di cooperative in società lucrative, come la distribuzione degli utili al socio, nel rispetto dei limiti imposti alla remunerazione del capitale per le cooperative a mutualità prevalente, consenta il rispetto della causa originale. Cfr. inoltre G. G. SANTORSOLA, *Considerazioni non giuridiche sulla riforma del Credito Cooperativo*, in *Mondo della Cooperazione del Credito*, Rubriche, febbraio 2016, p. 7, per l'opinione che vede messa «in discussione la natura e la sussistenza del movimento cooperativo sovrastato da strutture societarie classiche, che potrebbero avere al proprio interno soci rilevanti di diversa matrice».

soci determineranno nella loro autonomia, usando di quanto eventualmente distribuito. In altri termini lo scopo, che caratterizza l'attività cooperativa, continua ad indirizzare le politiche di gestione delle banche aderenti e, per effetto del richiamo contenuto al comma 3, *sub* b), art. 37*bis*, *tub*, ad informare la costruzione del gruppo stesso, vincolando la determinazione dei poteri della capogruppo, a prescindere dall'equilibrio partecipativo, che si è descritto. Quel vincolo maggioritario si riflette invece sulle prerogative dell'assemblea e sull'esercizio dei diritti, che competono al socio, tra i quali, la nomina degli amministratori. Se è vero che la responsabilità della gestione, a mente dell'art. 2380*bis* c.c., appartiene «esclusivamente» a questi, mentre l'assemblea ne è estranea, il potere di nomina ed anche di revoca è manifestazione della volontà proprietaria del socio e del rapporto fiduciario, posto a base dell'incarico conferito.

Al contempo viene demandata all'autonomia statutaria la determinazione, necessaria, di un tetto di azioni con diritto di voto, detenibili da ciascun socio, con il proposito di ottenere un frazionamento del capitale³², che ne impedisca la concentrazione in mani forti. L'attribuzione della maggioranza del capitale alle banche cooperative controllate cristallizza un nucleo pesante di soci stabili, che non integra un patto di voto e, di conseguenza, evita il prodursi di una situazione di influenza dominante. Ne può suggerire le premesse, ma consente il formarsi di diversi equilibri, sempre tenuti, se tradotti in accordo, al rispetto del regime di trasparenza di cui all'art. 20, c. 2, *tub*³³. La *ratio* di un simile regime proprietario si può rinvenire nell'intenzione di definire una banca di vertice, che detiene il controllo sul gruppo e tutela la propria indipendenza. In concreto una maggioranza così delineata richiama assetti societari di strutture, che paiono in predicato di assumere il ruolo di capogruppo, ma ha anche l'effetto di frenare quella reale apertura al mercato, che l'adozione della veste di società per azioni vuol favorire. Il vincolo della partecipazione maggioritaria e la regola del frazionamento definiscono

³² Cfr. relazione accompagnatoria al ddl di conversione, *cit*, p. 3: «Per assicurare il frazionamento del capitale sociale della capogruppo – coerente con la natura cooperativa del gruppo – [...]».

³³ Cfr. in argomento A. ROSA, *Patti parasociali e gestione delle banche*, Milano 2010, XVIII, p. 84.

un equilibrio della proprietà della capogruppo, che ne esclude la contendibilità e sembra rispondere alla volontà di dare voce ad ogni partecipante, evitando il prevalere delle banche maggiori o di altri soci³⁴. Con il tetto al diritto di voto diviene necessario il concorso di un numero adeguato di soci, idoneo a determinare le decisioni dell'assemblea. Un simile meccanismo va a correggere il rapporto di proporzionalità tra capitale investito e diritto di voto, ma non sembra dubbio che un'eccessiva polverizzazione presenti anche il rischio di procurare quelle stesse difficoltà di *governance*, imputate al voto capitario³⁵. La coerenza con la natura cooperativa, reclamata nella Relazione accompagnatoria al disegno di conversione, sembra spingersi fino a replicare le stesse difficoltà di struttura, che s'intendono risolvere con la riforma. Oltretutto la ricerca di una maggiore intensità di capitale, nell'immediato, si risolve nel consolidamento di bilancio, dove la dotazione patrimoniale degli enti creditizi più forti va a compensare l'insufficienza dei più fragili, senza trovare conseguente riscontro partecipativo nel capitale della capogruppo. L'adesione al gruppo persegue finalità d'interesse collettivo, ma comporta un sacrificio certo per alcune banche, segnatamente quelle con requisiti patrimoniali adeguati, e per le loro compagini sociali, che non è bilanciato da un peso corrispondente nell'organo assembleare. Prevedibile che abbia anche il concreto effetto di spingere sia verso le alternative all'adesione, sia

³⁴ L'impianto sembra riflettere la definizione del gruppo contrattuale paritetico che si rinviene in G. CAMPOBASSO, *Organizzazione di gruppo delle banche di credito cooperativo e gruppi (bancari) paritetici*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1997, p. 553 ss.: «fattispecie di collegamento fra imprese giuridicamente distinte le quali orientano la propria attività secondo una comune strategia economica, senza che nessuna di esse sia in grado di esercitare un potere di controllo e di influenza dominante sulle altre».

³⁵ Cfr. Camera dei deputati, audizione C. Barbagallo, *u.o.cit.*, è interessante osservare le considerazioni critiche svolte alla possibilità di una *way out* realizzata attraverso lo strumento della spa controllata, p. 14: «inoltre, assetti proprietari caratterizzati dal frazionamento della base sociale e dalla non contendibilità del controllo finirebbero per riproporre alcuni limiti della *governance* cooperativa, quali i condizionamenti dei gruppi di interessi locali o di singole personalità», che però sembrano calzanti anche per l'assetto configurato con il gruppo bancario cooperativo.

all'irrigidimento dei criteri seguiti per determinare l'esclusione dal gruppo degli enti più fragili.

Le competenze riservate al Ministro dell'Economia sono finalizzate ad «assicurare» al gruppo dimensioni ed organizzazione adeguate, con evidente conferma del valore attribuito, in funzione di stabilità del sistema, al peso economico da raggiungere per il nuovo soggetto realizzato disegnato dalla riforma. Particolare rilievo assume, in questa ottica, proprio la possibilità di fissare una diversa «soglia di partecipazione» al capitale della capogruppo, cioè di derogare al vincolo maggioritario in favore delle banche di credito cooperativo. Come si vede viene introdotto un correttivo, che, pur subordinato alla discrezionalità tecnica dell'Autorità, può modificare gli assetti proprietari della capogruppo, rimuovendo, magari con gradualità, gli ostacoli frapposti ad una effettiva apertura al mercato.

5. Il delicato equilibrio di *governance* costruito per la capogruppo è inserito entro i rigorosi binari del rispetto di regole e requisiti prudenziali di settore da un lato e degli accordi fissati nel «contratto di coesione»³⁶ dall'altro. È a quest'ultimo, che il legislatore demanda la costruzione dei modi di esercizio del controllo, a mente dell'art. 37bis, c. 3, tub³⁷. Attraverso lo strumento negoziale si definisce il rapporto tra capogruppo e controllate, informato al «rispetto delle finalità mutualistiche»³⁸, secondo modalità che dovranno però trovare

³⁶ L'espressione riprende la definizione della «Carta della coesione del credito cooperativo», assemblea della Federazione, Parma, dicembre 2005, dove: «[...] sono stati fissati i principi che orientano le evoluzioni organizzative del modo di stare insieme nel Credito Cooperativo. Il Credito Cooperativo costituisce infatti una risorsa insostituibile per le comunità locali e il miglioramento costante delle forme in cui si esprime la mutualità di rete deve ispirarsi a principi che garantiscano lo sviluppo nella continuità, la fedeltà nell'innovazione, la coerenza nella modernità».

³⁷ Per un esame delle possibilità di esercitare direzione e coordinamento su società cooperative mediante partecipazioni di controllo, cfr. A. ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. soc.*, II, 2005, p. 771. Per l'opinione che ravvisa nella «direzione unitaria» del gruppo «un rapporto contrattuale che disegna un sistema non già di potere o di mero fatto, bensì di poteri e doveri [...]», cfr. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., p. 716.

³⁸ Cfr. Camera dei deputati, ddl 3606, Audizione Federcasse cit., p. 9. La «connessione con le finalità mutualistiche dei poteri della capogruppo» è richiesta

migliore espressione, essendo al momento rinvenibili solo nella natura delle partecipanti necessarie. Al contrario la banca di vertice è pensata per operare senza i vincoli, propri della mutualità prevalente, che è poi la ragione, che ne motiva la veste societaria. Ricondurre i poteri della capogruppo al rispetto di quelle finalità è certamente petizione di principio, che sembra preoccuparsi della compresenza nel gruppo di istanze mosse da cause societarie diverse, per affermare la prevalenza del carattere dei soci maggioritari e, in definitiva, il legame d'origine con questi. Sul piano dei fatti però non sembra assumere un valore più che descrittivo della conduzione unitaria di imprese, che mantengono natura cooperativa.

Al contratto di coesione viene inoltre affidato il compito di definire poteri di direzione e coordinamento «proporzionati alla rischiosità delle banche aderenti»³⁹ ed anche di determinare «[...] i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi [...]». Le attribuzioni della capogruppo, sia d'indirizzo, che operative, ma anche di controllo, incontrano modalità di esercizio, intese a consentire una diversa autonomia alle banche controllate, in misura della loro stabilità. Il legislatore ha attinto a quello stesso criterio di proporzionalità, utilizzato nelle Istruzioni di vigilanza⁴⁰, per dimensionare la concreta attuazione delle regole sulla gestione e sul controllo alla diversa articolazione strutturale ed al peso economico

avanzata dalle banche del settore, che vedono anche nell'ampliamento del numero massimo dei soci e della misura di capitale detenibile dal singolo socio di una bcc nuovi strumenti di «conferma e rafforzamento della mutualità».

³⁹ Cfr. Camera dei deputati, Audizione Federcasse, *cit.*, p. 9. L'introduzione di un rapporto di graduazione tra poteri della capogruppo e «meritevolezza delle singole bcc», viene considerato «fatto particolarmente rilevante e innovativo nel panorama giuridico europeo».

⁴⁰ Cfr. Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza per le banche, *cit.*, aggiornamento del 6 maggio 2014, Governo societario, Premesse: «[...] Le disposizioni di questo capitolo si articolano in principi generali e linee applicative. I primi, attraverso norme di carattere generale, fissano gli obiettivi della disciplina rimettendo all'autonomia degli intermediari la concreta individuazione delle soluzioni più idonee a realizzarli, secondo criteri di proporzionalità che tengono conto della dimensione o della complessità della banca (cfr. par. 4.1 della presente Sezione). Le linee applicative agevolano, su alcuni aspetti specifici della materia, l'attuazione delle norme generali, senza esaurirne il contenuto precettivo; esse sono calibrate sulle caratteristiche organizzative e operative delle diverse tipologie di banche».

dei soggetti interessati. Le competenze sono però altre. All’Autorità di vigilanza spetta una potestà regolamentare, intesa a realizzare obiettivi di pubblico interesse, la capogruppo usa delle sue prerogative, di fonte contrattuale, perseguendo il successo imprenditoriale. Nell’esercizio delle funzioni di direzione e coordinamento, la flessibilità, connessa al criterio proporzionale, potrà trovare espressione con riferimento ad una casistica ampia, spaziando dalla piccola realtà, dove l’assetto organizzativo è ridotto all’essenziale, alla maggiore, ma è la «rischiosità» a costituire misura dell’intervento. Non sfugge il trasparente rinvio alla regolamentazione di vigilanza, tipicamente rivolta alla prevenzione e limitazione dei rischi, che ha definito un *risk appetite framework*⁴¹ e disciplinato il sistema dei controlli interni. In questo senso già dall’applicazione di un apparato di regole così penetrante si ottiene evidenza della qualità e tollerabilità dei rischi, tracciando la linea di condotta della capogruppo. La proporzionalità è limite dell’azione rivolta all’impresa controllata, operante nel rispetto delle soglie di rischio consentite, ed esclude l’imposizione di scelte funzionali alle esigenze di gruppo, ma contrarie all’interesse della controllata medesima, caratteristiche di quel contratto di dominanza, estraneo al nostro ordinamento⁴². L’inserimento nella disciplina negoziale del gruppo di un rapporto di proporzione tra poteri della capogruppo e rischio espresso dalla controllata, conferisce rilievo formale ad un metodo di governo, comunque legato ai criteri di sana e prudente gestione. Come dire che un esercizio delle prerogative della controllante, così «proporzionato», rischia di ridursi a definizione tautologica di una corretta funzione gestoria, al più acquisendo modalità d’azione commisurate a parametri di obiettiva rilevazione,

⁴¹ Cfr. Banca d’Italia, Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, circ. n. 263, 27 dicembre 2006 e successivi aggiornamenti, Titolo V.

⁴² Cfr., tra gli altri, U. TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi di imprese* (Contratto di “coordinamento gerarchico”, “contratti di servizio” infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell’attività di direzione e coordinamento), nel sito www.notariato.it, Studio n. 248-2009/I, p. 3: «Secondo un’affermazione ormai ricorrente, la nuova disciplina italiana dei gruppi non riconosce la legittimità del c.d. “contratto di dominio” (Beherrschungsvertrag) come previsto nei §§ 291 ss. della legge azionaria tedesca (Aktiengesetz), intendendosi con tale locuzione un contratto, mediante il quale la società capogruppo acquista il diritto di impartire alle società dipendenti direttive anche pregiudizievoli per quest’ultime e senza alcuna necessità di un c.d. vantaggio compensativo [...]».

che però, a loro volta, non potranno prescindere dal rispetto dei requisiti, che la vigilanza prudenziale impone. Alla descritta proporzionalità si affida il compito di incanalare la discrezionalità gestionale della capogruppo entro un profilo di natura tecnica, a maggior tutela del grado di autonomia delle controllate. È però ancora il ricorso ad una definizione aperta, da integrare nel contesto, che potrà fornire argomento all'obbligo di valutazione e motivazione previsto all'art. 2497^{ter} c.c., che deve sostenere le decisioni assunte dalla controllata sotto l'influenza della capogruppo. In altre parole la linea imprenditoriale unitaria di gruppo si declina attraverso una proporzionalità, che comporta comunque l'affermazione delle indicazioni dettate dalla capogruppo nella cornice dei «principi di corretta gestione», affermati all'art. 2497, c. 1, c.c., e del rispetto degli obblighi, nascenti dall'ordinamento del credito⁴³.

Con l'esplicito riferimento a criteri di compensazione e all'equilibrio di distribuzione dei vantaggi, di cui al comma 3, *sub c*) dell'art. 37^{bis}, il decreto di riforma completa il richiamo ai caratteri, che l'art. 2545^{septies}, c.1, *sub 5*), c.c., enumera per definire il contratto del gruppo cooperativo paritetico⁴⁴, trasponendo nella disciplina di settore il modello caratteristico dell'organizzazione unitaria tra società cooperative⁴⁵. Il legislatore non fa uso diretto della

⁴³ In questo senso cfr. A. ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, cit., p. 774: «Intendo con ciò dire che, quale che sia il contenuto del contratto paritetico in senso stretto o più propriamente di “dominazione”, necessariamente l'esercizio dei poteri che esso attribuisce deve conciliarsi con il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, con la tutela dei soci c.d. “esterni” al gruppo di controllo, nonché dei creditori delle società controllate»

⁴⁴ Cfr. M. LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo europeo*, cit., p. 64, per la tesi che la disciplina dell'art. 2545^{septies}, offre: «[...] un modello normativo tipico idoneo a dare trasparente veste formale ad aggregazioni d'impresa cooperativa». L'a. sostiene la possibilità che il gruppo sia guidato anche da società per azioni.

⁴⁵ Autorevole dottrina sostiene la liceità di un contratto, che costituisce un rapporto di controllo di natura gerarchica, cfr., tra gli altri, G. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. “Liber Amicorum” G. F. Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. Portale, II, Torino, 2007, p. 31; U. TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi di imprese*, cit., «A suffragare normativamente tali affermazioni vi è non solo il disposto dell'art. 2497^{septies}, c.c., ma, più in generale, il riconoscimento da parte del nostro

qualificazione «paritetico», si preoccupa però di traslare i descritti elementi di diritto comune in un accordo, che, oltre ad inserirsi nello specifico contesto ordinamentale, si distingue per l'obbligo di adesione al gruppo e la durata indeterminata del contratto, oltreché per la contestuale e necessaria presenza di una garanzia solidale. La qualificazione paritetica, contrapposta al c.d. gruppo verticale, è resa incerta anche dalla presenza dei sottogruppi, che rimandano ad una struttura organizzativa disposta su più livelli di controllo, perciò con articolazione di funzioni non omogenea. Non è dubbio però che la fonte del controllo sia situata nel contratto, ma che questo configuri o meno un gruppo paritetico, l'intesa pattizia tra banche cooperative non esprime una libera valutazione sull'opportunità di adesione. La difesa degli scopi mutualistici postula infatti il consenso contrattuale, necessario per definire un controllo, richiesto *ex lege*. La possibilità di ponderare i vantaggi «derivanti dall'attività comune» ne risulta stretta tra un'uscita dal gruppo, con il conseguente abbandono della veste cooperativa, e l'evidente impossibilità di spingersi fino all'elisione dei poteri di direzione e coordinamento. La relazione tra poteri della capogruppo e facoltà delle controllate ha sollecitato la stessa Banca d'Italia⁴⁶ a sottolineare la necessità, che il soggetto controllante, quando necessario, possa esprimere pienamente i suoi poteri d'intervento. Stabilire il concreto contenuto dell'affermata parità appartiene all'autonomia negoziale dei contraenti, ma lo schema di contratto deve rispettare il «contenuto minimo», dettato dalle disposizioni attuative, ed essere sottoposto al preventivo esame dell'Autorità, per un vaglio di compatibilità con la sana e prudente

ordinamento della liceità della c.d. direzione unitaria, con la conseguenza che la costituzione e/o la disciplina di un gruppo c.d. gerarchico rappresentano «interessi meritevoli di tutela» ai sensi dell'art. 1322, c.c., in quanto tali perseguibili anche attraverso lo strumento negoziale». Per l'opinione che individua nel contratto il carattere distintivo di un gruppo paritetico, tra gli altri, M. LAMANDINI, *u.o.c.*, p. 63: «[...] la quale si distingue dalla capogruppo del gruppo verticale essenzialmente per la sua governance (ispirata a ciò che Renzo Costi, ben a ragione, ha descritto come «centralismo democratico») e per il fondamento contrattuale e non proprietario dei suoi diritti di ingerenza sulle controllate».

⁴⁶ Cfr. C. Barbagallo, *cit.*, p.7: «Tuttavia, anche in un gruppo paritetico, nei casi di deviazione dalle linee di indirizzo e controllo fissate dalla capogruppo, deve essere possibile per quest'ultima esercitare poteri pregnanti di nomina, revoca, sostituzione degli organi delle controllate».

gestione, certamente sensibile all'efficacia dell'azione della capogruppo. Declinazione di un'autonomia imprenditoriale, che, malgrado i vistosi vincoli, è volta al perseguimento dell'oggetto sociale ed al conseguente esercizio delle prerogative della controllante.

Un percorso costitutivo cogente, con adesione indotta delle banche cooperative⁴⁷, accentua le esigenze di tutela da apprestare ai soci, spinti dalla riforma in un contesto, che si vuole di maggiore sicurezza e stabilità, ma altro, rispetto alla originaria scelta di partecipazione. Se la migliore salvaguardia per ogni socio risiede nella più forte solidità, che il gruppo consegue, la posizione individuale di ciascuno subisce modificazioni di diverso segno, tra coloro che nel nuovo assetto vedono dilatare l'ambito della propria responsabilità patrimoniale e coloro che se ne avvantaggiano. La tutela che appresta l'art. 2545^{septies} c.c. consente il recesso alla cooperativa, che consideri «pregiudizievoli per i propri soci» le condizioni dello scambio. Unitamente alla responsabilità, che l'art. 2497 c.c. delinea per la capogruppo, per «il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione» dei soci delle controllate, violando i «principi di corretta gestione», costruisce una linea di difesa, attenta ai contenuti patrimoniali dell'investimento. A fronte dell'adesione necessaria e di una durata indeterminata dell'accordo, l'art. 37^{bis}, c. 3 *sub d*) e c. 5, affida al contratto di coesione la determinazione dei criteri di un recesso, che resta subordinato all'autorizzazione dell'Organo di vigilanza. Il presupposto del pregiudizio subito o subendo è richiesto dalla disciplina comune, che non consente un recesso unilaterale meramente discrezionale, ma non è sufficiente per le banche cooperative. Nel nostro caso infatti la valutazione dell'eventuale pregiudizio deve mostrarsi congrua con il più generale interesse alla sana e prudente gestione del gruppo, secondo il giudizio rimesso all'Autorità. Si aggiunga che al recesso conseguono i medesimi effetti

⁴⁷ Con riferimento al gruppo cooperativo paritetico, tra gli altri, cfr. M. IENGO, *Processi di sviluppo e integrazione: i gruppi cooperativi*, in *Processo di sviluppo e integrazione. I gruppi cooperativi*, 2015, p. 90: «[...] la regolazione di una, più o meno ampia, eterodirezione di un'impresa su un'altra, deve comunque essere tale da non pregiudicare gli interessi della società dominata (quindi anche dei rispettivi soci e creditori), escludendo pertanto la conseguente totale deresponsabilizzazione dei gestori dell'impresa dominata [...]».

dell'esclusione, cioè la perdita del requisito di accesso all'attività creditizia in veste cooperativa e l'abbandono della causa mutualistica. Il gruppo ne risulta così configurato come un contenitore con obbligo di entrata ed uscita limitata, quest'ultima possibile solo a seguito di mutazione di forma societaria. Il che, a dispetto dei vantaggi, più o meno conseguiti, lascia prevalere un collettivo interesse, che si vuole coniugato con il rispetto dello scopo mutualistico, proprio delle controllate ed eletto a criterio della conduzione unitaria del gruppo.

É ancora nel contratto di coesione che, oltre alla determinazione degli indirizzi di governo, sono individuati poteri di verifica del rispetto dei requisiti prudenziali, di nomina o revoca dei componenti degli organi amministrativi e di controllo delle società aderenti, fino alla decisione di escludere una banca per violazione degli obblighi assunti. I poteri della capogruppo, dotata dei mezzi per incidere sulle funzioni gestorie di ogni controllata, sono potenziati dalla possibilità di nomina e revoca diretta, ancorché motivata, degli esponenti delle banche partecipanti, che arriva ad oscurare le prerogative tipiche dell'assemblea⁴⁸. Alla capogruppo sono assegnati anche poteri di controllo e «di influenza», finalizzati alla verifica del rispetto «dei requisiti prudenziali e delle altre disposizioni», che devono consistere in un'attività certamente più incidente, rispetto al compito di emanare «disposizioni [...] per l'esecuzione delle istruzioni [...]» che viene attribuito, nell'ambito della disciplina dedicata al gruppo bancario, dall'art. 61, c. 4, tub, al soggetto, che eserciti direzione e

⁴⁸ La formulazione originale del decreto in commento limitava la possibilità di intervento per «[...] nominare, opporsi alla nomina o revocare uno o più componenti [...]», a casi «eccezionali». Carattere che avrebbe rischiato di escludere la situazione di controllo, in base ai principi contabili stabiliti all'IFRS 10 e che, in sede di conversione, è stato rimosso. Cfr. inoltre M. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, cit., p. 91: «Centrale dunque (e probabilmente inevitabile), ma non decisiva a fini di una effettiva unitarietà d'indirizzo, sarà l'attribuzione alla capogruppo del potere di nominare e revocare almeno la maggioranza degli amministratori, caratteristica questa ritenuta indispensabile dall'Autorità di vigilanza, ma non gradita al mondo del credito cooperativo (cfr. Comunicazione del 19 dicembre 2015 dal sito ufficiale del Credito Cooperativo “I 10 punti della nostra proposta di autoriforma del Credito Cooperativo” in <http://www.creditocooperativo.it>), perché trasferirebbe in ambito extrasocietario ed extraterritoriale l'individuazione della governance della banca di credito cooperativo, snaturando così il sistema di democrazia economica fondato sul “consenso” alla base del modello cooperativo».

coordinamento su gruppi bancari. La norma va oltre la funzione prescrittiva e fornisce il potere di verificare ed ottenere il rispetto delle regole, con mezzi da individuare, ma che sembrano prefigurare la possibilità di diretta ingerenza nelle decisioni delle controllate. Il punto d'equilibrio, che si viene a stabilire tra il governo coordinato ed unitario del gruppo bancario cooperativo ed il rispetto dell'autonomia decisionale delle strutture societarie aggregate, si sposta in avanti, accentuando la subordinazione delle seconde⁴⁹. Nello stesso tempo risulta innalzato il grado di responsabilità che viene attribuito alla capogruppo, chiamata ad ottenere il concreto rispetto delle regole presso tutte le partecipanti, realizzando una prima linea di presidio in chiave di vigilanza. Di converso la tutela offerta dall'art. 2497, c. 1, c.c. al socio della controllata si amplia a considerare la corretta gestione societaria anche sotto questo profilo. A simili prerogative si associa anche il potere di irrogare la sanzione estrema dell'esclusione dal gruppo, delineando un rapporto, che è faticoso considerare paritetico. Non si realizza l'esproprio delle prerogative di governo delle banche controllate, è però conseguente osservare come sia inevitabile che l'autonomia di gestione della singola banca si riduca, malgrado la dichiarata proporzionalità d'azione. In parallelo gli organi di gestione della capogruppo esercitano le proprie funzioni d'indirizzo, tenendo ferma la bussola della sana e prudente amministrazione, che non può coincidere con la mera verifica dei requisiti prudenziali e degli altri obblighi imposti dalle regole di vigilanza, ma esige una conduzione rivolta al successo imprenditoriale.

6. Una banca di credito cooperativo, fuori dal gruppo bancario cooperativo, può scegliere di modificare il proprio assetto societario ovvero di avviare la liquidazione. D'altronde, in assenza del nuovo requisito previsto, l'attività creditizia non può essere esercitata, né autorizzata nella forma di provenienza. Può optare altresì per il

⁴⁹ Cfr. A. Zoppini, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, cit., p. 767: «Il fenomeno del gruppo [...] sottende sia un problema inerente alle regole che consentano l'"emersione" della logica imprenditoriale di gruppo (cfr., esemplarmente, l'art. 2497ter c.c.), sia un problema che attiene ai mezzi di tutela apprestati a favore dei soggetti potenzialmente pregiudicati (art. 2497, comma 1, c.c.)».

cambiamento di veste senza uscire dal gruppo, qualora coinvolga le società bancarie controllate dalla capogruppo, di cui al comma 1, *sub c)*, art. 37*bis* e non comporti violazione del vincolo del controllo maggioritario, regolato al precedente punto *sub a)*. In questo caso non potrà ricorrere alla trasformazione, bensì solo a modalità che comportano la concentrazione di più soggetti in un'unica entità. Ipotesi operativa che può rispondere a finalità di razionalizzazione e trova ragione in situazioni molteplici, comunque riconducibili alla migliore gestione unitaria della pluralità delle imprese partecipanti. Da questo punto di vista l'eventuale presenza di sottogruppi, con al vertice una banca in forma di società per azioni, fornisce terreno adatto a simili sviluppi, soprattutto guardando a realtà di minore dimensione e ridotta consistenza patrimoniale.

La riforma ha modificato le previsioni contenute agli artt. 36 e 150*bis*, tub ed inserito una disposizione di carattere derogatorio all'art. 2, c. 3*bis* e ss. del decreto, per indirizzare i possibili percorsi di mutazione della veste societaria esclusivamente verso la società per azioni e confermare al contempo l'applicabilità degli obblighi di devoluzione del patrimonio effettivo. Lo specifico trattamento fiscale dedicato alle cooperative con mutualità prevalente⁵⁰ si riflette sulla loro capacità di creazione di patrimonio e riserve. In parallelo il passaggio delle risorse, così formate, a società lucrative è regolato da modalità di riequilibrio, che mantengono vincolati alle finalità proprie

⁵⁰ In argomento, tra gli altri, cfr. G. MARASÀ, *L'odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative*, in *Giur. comm.*, V, 2013, p. 847, dove: «[...] per molte importanti cooperative di settore, l'attribuzione della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente avviene a prescindere dalla verifica della sussistenza in fatto dell'operatività prevalente con i soci nei termini di cui agli artt. 2512 e 2513, c.c. Ciò vale [...] per le banche di credito cooperativo (dove) [...] l'operatività prevalente con i soci è misurata con criteri diversi da quelli generali [...]», cfr. inoltre G. TRIMARCHI, *Brevi considerazioni sul problema della trasformazione di società cooperativa in società lucrativa contestuale alla perdita della mutualità prevalente*, Consiglio nazionale del notariato, 14 gennaio 2006, in www.notariato.it, p. 5: «In realtà è proprio nel sistema della riforma [...] che è dato rintracciare, per le cooperative, un peculiare regime di formazione del patrimonio sociale: le cooperative a mutualità prevalente hanno un patrimonio in larga misura formato da riserve indivisibili. Argomentando a contrario dalle disposizioni dell'articolo 2514 c.c., infatti, è agevole rilevare che il margine di presenza di riserve divisibili (nel senso ricavabile in chiave esegetica dall'articolo 2545*ter*) in questo tipo sociale è molto ridotto».

quei mezzi finanziari⁵¹ e si preoccupano di evitare conseguenze distorsive della concorrenza. Con la sostituzione del comma 5 dell'art. 150bis tub viene eliminato il riferimento all'art. 2545undecies, c. 1 e 2, c.c.⁵² - dettato per legare gli effetti devolutivi del patrimonio alla deliberazione di trasformazione delle cooperative diverse -, ricondotto nei ranghi della regola generale, in favore dell'espresso rinvio all'applicazione della norma d'interpretazione autentica contenuta all'art. 17 l. 388/2000⁵³, conferendo centralità all'obbligo di devoluzione in ogni situazione, che comporti la perdita dei caratteri della mutualità prevalente. Il ricordato comma 5 chiarisce poi, che gli effetti sono identici, qualora si faccia ricorso ad «operazioni di cessione dei rapporti giuridici in blocco e di scissione», funzionali alla costituzione di una banca «in forma di società per azioni». Quale sia la via prescelta, si ottiene sempre una mutazione eterogenea verso la

⁵¹ Cfr. sul punto R. GENCO, *Cooperative bancarie e obbligo di devoluzione in favore dei Fondi mutualistici per la promozione cooperativa. Applicazione dell'art. 17 legge n. 388/2000*, in *Giur. comm.*, II, 2014, p. 175, in nota a Cass. civ., 12 novembre 2013, n. 25368, sez. I: «Non a caso l'art. 17 l. n. 388/2000 fu introdotto proprio a salvaguardia del principio di indivisibilità in seguito alla previsione (allora eccezionale, in quanto per le coop non bancarie vigeva il divieto di trasformazione) di trasformazione delle banche cooperative in banche s.p.a. introdotto con l'art. 36 del Testo unico bancario. Rispetto all'obbligo di devoluzione patrimoniale l'elemento qualificante della fattispecie non è quindi l'estinzione della cooperativa in relazione allo scioglimento della società, ma la perdita della qualità di cooperativa del soggetto titolare del patrimonio indivisibile: fattispecie quest'ultima che si riferisce anche a casi diversi dallo scioglimento».

⁵² Cfr., con esame rivolto alla disciplina di diritto comune, L. DE ANGELIS, *La trasformazione eterogenea a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, III, 2014, p. 473: «Con questo precetto il legislatore del 2003 ha chiaramente voluto evitare che venisse surrettiziamente frustrato il divieto implicitamente posto alla trasformazione delle cooperative a mutualità prevalente in società ordinarie: divieto che, in assenza di una norma quale quella testè riferita, assai rilevante sul piano pratico, avrebbe potuto venire aggirato facendo perdere alle medesime cooperative i requisiti della mutualità prevalente per forgiare a scopi egoistici, e segnatamente a scopi lucrativi, i menzionati incentivi pubblici ricevuti [...]».

⁵³ La norma ha superato il giudizio di costituzionalità con Corte cost., 23 maggio 2008, n. 170, che ne ha confermato il carattere interpretativo: «[...] La norma censurata, infatti, è intervenuta in una situazione di incertezza del dato normativo e i criteri legali di ermeneutica rendevano possibile desumere dalle disposizioni interpretate la variante di senso che il legislatore ha inteso privilegiare, senza incidere né su orientamenti a tal punto consolidati da far ritenere implausibile la soluzione accolta, né su sentenze passate in cosa giudicata [...]».

forma lucrativa, con obbligo di devoluzione del patrimonio effettivo. L'intervento⁵⁴, che modifica invece l'art. 36, tub non considera più la sola fattispecie della fusione, ma anche in modo espresso la trasformazione. Nella sua nuova versione, al comma 1, si perde la locuzione «banche popolari», mantenendo la sola possibilità di fusione eterogenea per divenire società per azioni, il comma 1bis, a sua volta, prevede la trasformazione soltanto per assumere quella medesima veste societaria.

La diversa strada della fusione omogenea tra società cooperative a mutualità prevalente resta regolata dalle norme comuni, cui rinvia l'applicabilità dell'art. 2545novies c.c., confermata dall'art. 150bis, c.1, tub, anche nella versione novellata, ma non è alternativa all'obbligo di adesione al gruppo. Di fusione omogenea si potrebbe parlare anche laddove il risultato dell'operazione si traducesse nell'acquisizione dei caratteri di una banca popolare, posta l'identità di tipo societario, ma la già ricordata modificazione dell'art. 36 tub non ha altro significato, se non di chiusura rispetto ad operazioni di fusione da cui scaturisca una banca di quel genere⁵⁵. In sostanza il

⁵⁴ Per un esame dell'azione di riforma in materia societaria rispetto all'attività creditizia di banche cooperative cfr., tra gli altri, G. PETRELLI, *Le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, Consiglio nazionale del notariato, 25 febbraio 2005, in *www.notariato.it.*, p. 82: «È nota l'origine storica dell'art. 17 suddetto, che è stato emanato proprio in considerazione delle fattispecie di concentrazioni e trasformazioni bancarie (all'epoca era assolutamente vietata, per le cooperative “codicistiche”, la trasformazione in società lucrative), ma solo “ove non vietati”. Le norme a cui far riferimento sono oggi costituite dall'art. 150bis t.u.b., comma 1 (che esclude l'applicabilità alle banche cooperative degli artt. 2514, comma 2, e 2545octies c.c.), e comma 4 (che prevede l'indicazione necessaria delle clausole ex art. 2514, comma 1, c.c., negli statuti delle banche di credito cooperativo). Da tali disposizioni si desume che non è consentito alle banche di credito cooperativo “liberarsi” dalla loro specifica veste mutualistica, neanche per assumere quella di cooperativa “non agevolata”, se non nei casi eccezionali previsti dalla legge (per l'appunto, l'art. 36 t.u.b.). In definitiva, non è consentita - neanche con l'autorizzazione della Banca d'Italia - la mera modifica dell'oggetto sociale, o delle clausole statutarie della banca di credito cooperativo, al fine di assumere la veste di banca popolare».

⁵⁵ Non lascia dubbi in proposito quanto si legge in d.l. 18/2016, AC 3606-A, dossier per l'esame in Assemblea, marzo 2016, La riforma delle banche di credito cooperativo e altre misure in materia bancaria, p. 5: «La lettera b) elimina la possibilità di autorizzare fusioni tra banche di credito cooperativo e banche popolari,

cambiamento di veste societaria della banca di credito cooperativo non può limitarsi ad una modificazione causale - pur rilevante anche ai fini fiscali -, ma deve coinvolgere la struttura di *governance*, che caratterizza il modello. Ne nasce un'asimmetria rispetto al regime di accesso all'attività creditizia, che considera la banca popolare tra le forme societarie ammesse, mentre qui, al contrario, l'acquisizione di quella veste è interdetta. Le fusioni devono essere autorizzate dall'Autorità, il cui esame è volto a verificare se realizzate «nell'interesse dei creditori e qualora sussistano ragioni di stabilità», obiettivi che, di conseguenza, il legislatore della riforma sembra ritenere incompatibili con lo *status* di banca popolare cooperativa. Non c'è dubbio però, che la sana e prudente gestione che presiede all'esercizio dell'attività creditizia, in tutte le forme consentite, è sempre finalizzata alla stabilità del sistema ed alla tutela di ogni avente causa, creditori compresi. La limitazione introdotta obbedisce alla linea, che elegge la società per azioni come sola alternativa, nella prospettiva di favorire il ricorso al mercato dei capitali⁵⁶, ma ha l'effetto di esprimere una valutazione di adeguatezza di quella struttura societaria, che si sovrappone alla disciplina dettata dagli artt.

ferma restando la possibilità di autorizzare fusioni con banche costituite in forma di società per azioni».

⁵⁶ In proposito è utile ricordare come, trattando della riforma delle banche popolari, l'Organo di vigilanza consideri che: «[...] tra le finalità della stessa rientra quella di assicurare che l'attività bancaria di dimensioni rilevanti [...] sia esercitata in forme idonee a consentire la rapida ricapitalizzazione dei soggetti vigilati [...]», cfr. Banca d'Italia, atto di emanazione 9° aggiornamento del 9 giugno 2015, circ. 285/2013, II 2.

28 e ss. tub⁵⁷, confermando l'incertezza di ruolo riservata alle banche popolari residue⁵⁸.

La trasformazione trova invece previsione positiva, in un regime invariato d'inapplicabilità *ex art. 150bis* per le norme recate dagli artt. 2514, c. 2, 2545*octies* e 2545*decies* c.c., che lascia l'argomento alla disciplina speciale di settore. Non si registrano interventi sui *quorum* assembleari, già stabiliti all'art. 36, c. 2, tub, ma la trasformazione qui non ha il tono cogente, che ha assunto per le banche popolari. Sia l'ingresso, che l'uscita dal gruppo, vuoi per rigetto della richiesta di adesione, vuoi per esclusione ovvero per esercizio del recesso, sono decisioni che scaturiscono dall'esercizio dell'autonoma valutazione delle parti, ma soggette all'autorizzazione della Banca d'Italia, sempre secondo criteri di sana e prudente gestione. Gli stessi che l'Autorità di vigilanza è tenuta ad usare, per autorizzare ogni ipotesi di modificazione di struttura societaria. La strada della trasformazione è solitaria, volta a conservare autonomia al soggetto che muta veste societaria, e l'unità di obiettivo che presiede al processo amministrativo deve coniugare le ragioni che conducono all'uscita dal gruppo, come le violazioni degli obblighi di contratto richieste per l'esclusione o il pregiudizio dei soci che può motivare il recesso, con la soluzione attesa. L'indagine non può limitarsi ad accertare l'adozione dello strumento societario prescritto, ma deve acquisire ragionevole certezza delle effettive possibilità di raggiungere adeguata stabilità, sicché il percorso è sottoposto ad una vigilanza, che richiede di entrare nel merito delle decisioni prese dai soggetti vigilati ed

⁵⁷ Le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia in attuazione dell'art. 29 tub, definiscono le modalità di determinazione della soglia dimensionale, che è requisito per l'esercizio dell'attività creditizia in veste di banca popolare, recentemente introdotto con il d.l. 3/2015. Cfr. Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza per le banche, *cit.*, aggiornamento del 9 giugno 2015, Premessa: «Il Testo unico bancario prevede che l'esercizio dell'attività bancaria da parte di società cooperative è riservato alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo. Il modello della banca popolare non può essere adottato né mantenuto da intermediari, singoli o facenti parte di un gruppo bancario, che presentano un attivo superiore a 8 miliardi di euro, rispettivamente a livello individuale e consolidato. Il TUB attribuisce alla Banca d'Italia il compito di dettare disposizioni di attuazione al riguardo»

⁵⁸ Sul punto cfr. ancora F. FIORDIPONTI, *Lo scopo mutualistico: un'assenza certificata*, *cit.*, p. 436.

acquista un ruolo, che sembra integrare caratteri di tono tutorio⁵⁹. È l'esercizio di una discrezionalità tecnica, che deve comparare le conseguenze dell'uscita dal gruppo con le prospettive offerte dal nuovo assetto societario e non può limitarsi a considerare il rispetto dei requisiti prudenziali, ma scende a valutare la concreta fattispecie in esame, per evitare un esito esiziale della scelta. A mente del comma *1bis* dell'art. 36 la via della trasformazione non prevede la permanenza nel gruppo, ma è praticabile soltanto a seguito dell'esclusione ovvero del recesso della banca dal gruppo, cioè solo in un momento successivo al suo ingresso ed entro il termine, da stabilire con le disposizioni, che il comma 7 dell'art. *37bis* riserva al Ministro. Le disposizioni attuative dell'art. 2, c.3 del decreto, aprono però anche alle banche «che non aderiscono ad un gruppo bancario» nei termini previsti, in modo che la trasformazione sia utilizzabile, in questa prima fase, anche senza preventiva adesione.

Non si consuma alcuno strappo con le regole di riequilibrio tra i vantaggi ottenuti dalla fiscalità agevolata delle cooperative a mutualità prevalente e il passaggio alla forma della società lucrativa. Di converso la devoluzione del patrimonio effettivo ai fondi mutualistici comporta un depauperamento della consistenza della banca oggetto della mutazione, che non manca di condizionare ogni valutazione in ordine agli obiettivi di rafforzamento, che s'intendono perseguire, e lascia prevedere una casistica piuttosto selettiva.

7. Il decreto di riforma aveva introdotto un'opzione alternativa all'adesione al gruppo nel comma 5 del nuovo art. *37ter*, tub, poi profondamente modificata in sede di conversione e collocata tra le disposizioni di attuazione dettate ai commi *3bis* e ss. dell'art. 2 del decreto. È ora configurata come una deroga al novellato comma 5 dell'art. *150bis*, che non concilia l'attività creditizia con la veste cooperativa, ma ricorre al conferimento dell'azienda bancaria in una società per azioni «anche di nuova costituzione», mantenendo le riserve indivisibili in capo alla conferente⁶⁰. Il dettato del comma *3bis*

⁵⁹ Cfr. G. VISENTINI, *La filosofia della società per azioni e l'esperienza italiana*, cit., p. 759 per una distinzione tra vigilanze «ordinatorie del mercato» e «tutorie, sostitutive e integrative dei rimedi del diritto privato [...]».

⁶⁰ Cfr. Senato della Repubblica, D.L. 18/2016, A.S. 2298, Dossier (Modifiche all'art. 150-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385): «[...] Con le

indica che il carattere derogatorio della norma risiede nella mancata devoluzione del patrimonio ai fondi mutualistici, altrimenti necessaria, con il risultato implicito di segnalare che la particolare modalità di conferimento ivi definita è accessibile soltanto attraverso la deroga introdotta. D'altronde le previsioni dei commi 1 e 4, dell'art. 150bis, tub, mantengono il rinvio applicativo al comma 1 dell'art. 2514 c.c., confermando la chiusura, rispetto a fattispecie modificative della causa mutualistica, diverse da quelle ammesse⁶¹ dall'ordinamento di settore. Tra queste, per effetto dell'ampliamento disposto dall'intervento di riforma, sono ora anche la cessione dei rapporti giuridici in blocco e la scissione. Alla perdita della causa originaria si connette l'obbligo di devoluzione, sancito mediante l'art. 17 l. 388/2000.

Il successivo comma 3^{quater} precisa che la cooperativa conferente mantiene le riserve indivisibili, che si conservano integre, e prosegue la propria attività, modificando il proprio oggetto sociale. L'operazione di conferimento in una società per azioni riguarda l'azienda bancaria, individuando nel complesso dei beni ceduti l'unità di scopo e gli elementi idonei ad integrare le previsioni dell'art. 2555 c.c. ed a consentire l'utile svolgimento dell'attività creditizia⁶²,

modifiche apportate, in sintesi, si consente alla BCC (o a più banche insieme) di evitare l'effetto devolutivo presentando alla Banca d'Italia un'istanza per conferire l'azienda ad una S.p.a. esercente attività bancaria. Rispetto alla formulazione originaria, viene fissata una specifica data alla quale commisurare il patrimonio netto, ai fini dell'applicazione della disciplina in esame. Resta fermo comunque l'obbligo di devolvere una somma allo Stato, che non è più pari al venti per cento delle riserve, ma al venti per cento del patrimonio netto. La cooperativa conferente modifica la propria struttura al fine di escludere l'esercizio di attività bancaria. Sono previste, in dettaglio, le conseguenze per la mancata ottemperanza alle norme così introdotte».

⁶¹ Cfr. *infra* nota 54.

⁶² La dottrina indica nell'azienda la presenza di un complesso di «beni» collegati da un vincolo funzionale, che rende l'insieme idoneo all'esercizio di una determinata impresa. Cfr. *ex multis* G. FERRI, in *Enc. giur. it.*, voce Azienda: «Il complesso aziendale si presenta cioè non soltanto come un tutto unico, ma addirittura come un tutto indivisibile e l'indivisibilità della azienda è affermata espressamente in sede di divisione ereditaria (art. 722); e, per altro, si ricava dal fatto che il frazionamento del complesso aziendale importa la perdita del valore di avviamento. Come la destinazione ad una funzione unitaria è opera dell'imprenditore, così per volontà di lui i singoli beni possono essere sottratti alla

mutando però la destinazione della rilevante quota indivisibile del patrimonio. Di quest'ultima non cambia il soggetto titolare⁶³, che perde l'attività creditizia, ma conserva causa mutualistica piena. Si realizza così una scissione parziale del patrimonio della banca di credito cooperativo, che ne evita la devoluzione ai fondi. In altre parole non vi è scioglimento della cooperativa di prevalente mutualità, né soppressione delle clausole statutarie, di cui all'art. 2514 c.c., ed alla società conferitaria giunge solo quanto divisibile del patrimonio. Di conseguenza a fronte della continuità di causa nel soggetto conferente e della permanenza presso quest'ultimo delle riserve indivisibili, la mancata devoluzione del patrimonio netto ai fondi mutualistici appare fisiologica, proprio perché non si realizza una fattispecie traslativa degli effetti del vantaggio fiscale, nel rispetto della regola della indivisibilità. Salvo considerare che il contenuto patrimoniale della cooperativa conferente si riflette sui requisiti prudenziali su base consolidata e che la stessa quota divisibile del patrimonio origina da un'attività, che ha beneficiato del miglior trattamento fiscale. L'eccezionalità della misura va piuttosto rinvenuta nello stesso percorso modificativo, che appare consentito soltanto nei limiti dettati dalla norma, fuori dei quali torna il divieto che restringe la scelta alle opportunità disciplinate dal combinato disposto degli artt. 36 e 150bis, c. 5, tub. L'elemento patrimoniale resta però base imponibile, per versare «al bilancio dello Stato» un quinto della sua consistenza «al 31 dicembre 2015». Il decreto modifica il presupposto dell'imposizione tributaria: l'obiettivo del prelievo non è il riequilibrio tra il trattamento fiscale agevolato di cui ha goduto l'attività mutualistica e la diversa destinazione delle risorse finanziarie costituite nel tempo, bensì un intervento specifico, con destinazione del tributo rivolta verso la fiscalità generale, corrispettivo

loro destinazione funzionale e può addirittura essere eliminato il complesso aziendale». Cfr. D. VATTERMOLI, *Commento all'art. 58*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, (a cura di) F. BELLÌ, G. CONTENUTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO e V. SANTORO, Milano 2010, con riferimenti a dottrina e giurisprudenza in argomento, p. 523: «[...] Altra dottrina è invece dell'avviso che nel concetto di azienda ricadano soltanto i beni in senso stretto [...] Quest'ultima invero sembra la soluzione più convincente stante il chiaro dettato dell'art. 2555 c.c., che fa espresso riferimento ai "beni" organizzati dell'imprenditore».

⁶³ Cfr. *infra* nota 51.

dell'opportunità alternativa che viene accordata. L'impostazione rovescia la *ratio* della misura e si presenta ora come un costo per il soggetto, che intende avvalersi del conferimento, pur assicurando un trattamento fiscale sensibilmente più favorevole rispetto all'ipotesi devolutiva, sicché la soluzione offerta apre all'abbandono della forma cooperativa per l'esercizio dell'attività bancaria, con salvezza di buona parte della consistenza patrimoniale della conferente.

Il decreto richiama poi l'applicazione dell'art. 58 tub⁶⁴ e delle conseguenti Istruzioni, che regolano le cessioni aggregate in favore di banche⁶⁵ e prevedono una soglia di rilevanza, oltre la quale s'innesci il processo autorizzativo⁶⁶, con verifica volta ad accertare la presenza dei requisiti di qualità previsti, in funzione del rispetto delle regole prudenziali «in materia di concentrazione dei rischi e di adeguatezza patrimoniale». La facoltà di proporre istanza è da esercitare entro il termine di sessanta giorni, decorrenti dall'entrata in vigore della legge di conversione. In sintesi la scelta è considerata congrua con gli obiettivi di rafforzamento patrimoniale, solo se attuata con immediatezza, per poi lasciare il campo alle modalità alternative

⁶⁴ Cfr. sul punto U. MINNECI, *Cessione in blocco: tra disciplina della operazione e obblighi successivi del cessionario*, in *www.dirittobancario.it*. A proposito di ABF Milano, n. 5009/2013, dicembre 2013: «[...] La soluzione adottata appare senz'altro condivisibile, perché quella di cui all'art. 58 t.u.b. costituisce, al pari delle apposite discipline in tema di cessione del credito, del contratto e di azienda, un regime che attiene non al negozio di disposizione in quanto tale, bensì al segmento particolare del suo oggetto (cfr. P. MASI, *Commento all'art. 58*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* diretto da Capriglione, Padova, 2012, I, p. 726)».

⁶⁵ Cfr. D. VATTERMOLI, *Commento all'art. 58*, *cit.*, p. 518 ss.: «[...] va ora individuato l'ambito oggettivo della stessa, ossia le tipologie di cessioni, che rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 58. La norma fa riferimento all'azienda, ai rami d'azienda ed ai beni e rapporti giuridici individuabili in blocco». Cfr. inoltre M. PERRINO, *Commento all'art. 58*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. COSTA, Torino, 2013, I, p. 663 ss.: «[...] il contenuto, e per ciò stesso l'oggetto delle cessioni "in blocco", è piuttosto la successione dell'acquirente in un complesso, anziché in una pura e semplice lista di situazioni giuridiche».

⁶⁶ Cfr. Banca d'Italia, Istruzioni di vigilanza per le banche, circ. n. 229 del 21 aprile 1999, *cit.*, Tit. III, Cap. 5, p. 4: «Sono sottoposte ad autorizzazione della Banca d'Italia le operazioni di cui al par. 1 della presente Sezione quando la somma delle attività e delle passività oggetto della cessione supera il 10% del patrimonio di vigilanza della banca cessionaria [...]».

previste in via ordinaria, conferendo a questa soluzione il tono del beneficio transitorio. In proposito la positiva definizione di azienda bancaria, che il decreto di riforma contiene, conferma che può sussistere adeguata capacità di utile esercizio del credito, malgrado la depotenziata forza patrimoniale. D'altra parte è possibile giungere ad un analogo giudizio di congruità anche in relazione a successive fattispecie di cessione, che, di regola, incorrono nell'obbligo di devoluzione. In altre parole la capacità di rispettare i requisiti di accesso all'attività creditizia, per un'azienda bancaria che assume la forma di società per azioni richiede un esame obiettivo, rispetto al quale il termine apposto dalla deroga in esame è elemento esterno, che riguarda il procedimento e non attiene alla geometria dell'azienda, che sempre sarebbe privata del patrimonio indivisibile, ma ha l'effetto di indirizzarlo ad altri fini. Insomma se il rovesciamento del presupposto impositivo ha risolto le problematiche connesse agli obblighi di devoluzione, offre il vantaggio di conservare il patrimonio originario a quelle banche cooperative, che presentino istanza nei termini previsti, ed apre il campo ad inevitabili perplessità sul pieno rispetto del principio di parità di trattamento.

8. A sostegno dell'apertura della via alternativa in discorso è stato invocato il principio della libertà d'impresa, oppresso dall'adesione di necessità al gruppo bancario, sottolineando che, mediante il conferimento dell'attività bancaria verso una società lucrativa, si conservano gli originali caratteri della mutualità prevalente e si persegue una migliore efficacia competitiva⁶⁷. In altre parole i

⁶⁷ Cfr. tra le considerazioni più diffuse, affidate alla stampa, M. MUCCHETTI, *Appunti e critiche per correggere la riforma del credito cooperativo*, in *www.ilfoglio.it*, dove tra l'altro: «[...] La riserva indivisibile resterebbe nella Bcc, e tuttavia sarebbe investita non più nell'attività aziendale mutualistica che la giustificava, ma nella partecipazione in una banca che sarà, a questo punto, a fini di lucro. Una simile soluzione era stata considerata non conforme alla Costituzione quando era stata prospettata per le popolari, che non hanno favor fiscali. A maggior ragione la censura dovrebbe scattare per le Bcc», *contra* N. ROSSI, *La riforma delle Bcc è efficace perché tutela mercato e cooperazione*, o.u.c. «[...] Già oggi molte Bcc investono il loro patrimonio in SpA a fini di lucro (il caso più eclatante essendo Iccrea Holding SpA che non risulta essere una onlus) e lo saranno ancor più domani detenendo le quote di partecipazione al capitale della holding del gruppo bancario cooperativo (che anch'essa, ai sensi del decreto, non risulta essere una onlus). Ancor

medesimi obiettivi, assegnati alla costruzione del gruppo bancario cooperativo, vengono qui affidati ad una soluzione, che individua nella separazione della causa lucrativa da quella mutualistica un equilibrio idoneo ad assicurare i risultati, che la riforma si propone, anche se attuati in scala ridotta. L'opzione infatti è riservata alle banche di credito cooperativo con patrimonio netto maggiore di duecento milioni, o meglio, in forma congiunta, anche alle altre, purché almeno una di esse raggiunga quella soglia⁶⁸. L'aspetto dimensionale definisce la consistenza minima necessaria per puntare all'autonomia ed evita una replica del frazionato assetto di categoria, ma comporta anche una valutazione di adeguatezza patrimoniale, che il legislatore esprime rispetto ad un'ipotesi operativa atomistica e di contenuto rilievo economico, perciò antitetica alle istanze che sostengono l'introduzione del gruppo bancario cooperativo. La dimensione è qui considerata come aspetto discriminante la possibilità di ricorso alla norma derogatoria, è riferita alla conferente e non attiene alla solidità dell'ente creditizio, che dovrà solo rispondere ai requisiti di accesso all'attività creditizia previsti per una società per azioni⁶⁹. Peraltro è elemento da commisurare con i requisiti di capitale

meno fondata è la seconda osservazione. Basta visitare in rete i siti di alcune delle Bcc che starebbero valutando costi e benefici della *way out* per capire che la Cooperativa scorporante, dopo l'eventuale scorporo, si occuperebbe di sanità, di coesione locale, di cultura»

⁶⁸ Cfr. Senato della Repubblica, nota di lettura n. 126: «[...] In proposito la Banca d'Italia nel corso dell'audizione svolta presso la VI Commissione della Camera, 1 marzo 2016, ha evidenziato che a giugno 2015, le BCC con patrimonio netto superiore a 200 milioni erano 14 e rappresentavano circa il 21 per cento degli attivi della categoria. Nella citata audizione la Banca d'Italia ha rilevato la necessità di valutare se la misura prevista per l'imposta straordinaria non conceda vantaggi ingiustificati a chi esercita l'opzione di uscita, risultando inferiore al complesso delle agevolazioni fiscali ricevute dalla cooperativa nel corso del tempo. Ha, inoltre evidenziato la necessità di valutare approfonditamente la conformità dello schema alla disciplina europea degli aiuti di Stato».

⁶⁹ La soglia individuata per consentire il conferimento è vincolo specifico che si somma al requisito di capitale minimo. Cfr. Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza per le banche, circ. n. 285 del 17 dicembre 2013, cit., Titolo I, cap. I, sez. II, p. 40: «Ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria, l'ammontare minimo del capitale iniziale è stabilito in: - 10 milioni di euro per le banche in forma di società per azioni, per le banche popolari e per le banche di garanzia collettiva; [...]».

minimo e di patrimonio di vigilanza richiesti⁷⁰, è necessario infatti disporre dei margini necessari per ottemperare ai requisiti prudenziali, malgrado il mantenimento delle riserve indivisibili presso la cooperativa riduca in modo sensibile i mezzi finanziari, che fanno parte del compendio aziendale da trasferire. Così se quell'indicatore numerico non sembra riferirsi a criterio diverso dall'empirica selezione degli enti interessati, concorre comunque a stabilire la solidità dell'azienda in discorso. Si delinea una situazione dove la cooperativa conferente esprime un controllo, che, fatti salvi gli effetti di un'iniziativa congiunta, integra le previsioni dell'art. 23 tub e la colloca entro il perimetro di vigilanza definito dal successivo art. 65. La controllante manifesta però caratteri estranei al profilo soggettivo dettato dall'art. 60 tub per individuare una società capogruppo⁷¹ e coincidenti piuttosto con la definizione dell'impresa non finanziaria⁷², che si rinviene nella regolazione secondaria. È un assetto che riposa sulla presenza prevalente di partecipazioni in imprese non finanziarie,

⁷⁰ Cfr. Banca d'Italia, Istruzioni di vigilanza per le banche, circ. n. 229 del 21 aprile 1999, cit. Tit. IV, Cap. 1, p. 7: «Il patrimonio di vigilanza individuale non può essere inferiore al capitale iniziale richiesto per l'autorizzazione all'attività bancaria»

⁷¹ Per l'opinione che identifica nel controllo il presupposto per la sussistenza del gruppo, espressa prima della emanazione della Direttiva 2013/36UE (CRD IV), cfr. S. CAPIELLO e E. OLIVIERO, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, (a cura di) E. GALANTE, Padova, 2008, p. 711: «[...] L'eventuale questione circa la valenza e la rilevanza da attribuire al controllo, se cioè esso sia di per sé condizione necessaria e sufficiente per ravvisare la presenza di un gruppo creditizio o se, viceversa, al controllo debba accompagnarsi qualche ulteriore elemento, deve essere risolta nel senso della prima delle due affermazioni».

⁷² Cfr. Banca d'Italia, Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, circ. n. 263 del 27 dicembre 2006 e successivi aggiornamenti, Tit. V, Cap. 4, p. 6: «impresa non finanziaria», un'impresa diversa da una banca, da un IMEL, da un'impresa assicurativa, finanziaria o strumentale. Rientrano nella definizione di «impresa non finanziaria» le imprese che, svolgendo in via esclusiva o prevalente l'attività di assunzione di partecipazioni, detengono interessenze prevalentemente in imprese non finanziarie con lo scopo di dirigerne e coordinarne l'attività. L'attività di direzione e coordinamento si presume in capo alla società di partecipazioni tenuta a consolidare nel proprio bilancio le imprese partecipate e comunque in caso di controllo. Sono imprese non finanziarie anche le società aventi per oggetto sociale esclusivo il possesso di partecipazioni e che detengono investimenti in un'unica impresa non finanziaria.

appunto la banca scorporata, e che non appare idoneo a configurare un gruppo bancario, quale disciplinato dall'ordinamento di settore.

L'adeguamento dell'oggetto sociale è conseguente al conferimento dell'azienda e richiede il rispetto delle clausole statutarie, che applicano il canone dell'art. 2514 c.c., per l'obbligo dettato dal legislatore, che assegna queste cooperative al mondo della mutualità prevalente, pur configurando un diritto disponibile, che non chiude a successive modificazioni, da regolare però secondo le consuete disposizioni di natura fiscale. Sono in particolare gli aspetti regolati in base all'art. 35, c. 2 tub, a perdere funzione, in rapporto alla cessazione dell'attività bancaria, ad eccezione, forse, della competenza territoriale, che potrebbe ancora conservare un ruolo. La modificazione dell'oggetto si associa al divieto di esercitare il diritto di recesso, riservato «ai soci che non hanno concorso alle deliberazioni» dall'art. 2437, c. 1, lett. a) c.c. La riforma non ha agito sui *quorum* assembleari, com'è accaduto per le banche popolari, ed i soci sono chiamati a manifestare il loro voto, nel rispetto delle maggioranze previste dagli statuti, a mente dell'art. 36, c.2 tub. Il divieto interviene sulla componente sociale, che non ha partecipato alla decisione e sembra finalizzato a prevenire gli effetti di un esodo di minoranze organizzate. Peraltro la compressione del diritto di recesso, che sia legata alle ripercussioni di natura finanziaria o piuttosto al rischio di una riduzione significativa dell'area dello scambio mutualistico all'interno della società cooperativa, riduce le tutele del socio in rapporto ad esigenze, che è difficile ricondurre ad obiettivi di bilanciamento con il collettivo interesse alla stabilità del sistema creditizio.

Il legislatore si è ispirato con evidenza all'esperienza della riforma Amato ed al processo di scorporo delle aziende bancarie allora adottato per condurre il sistema creditizio nazionale fuori dal controllo pubblico. Ora il contesto è tutt'altro, ma si è tornati ad utilizzare il conferimento d'azienda, per separare funzioni ed obiettivi fin qui caratterizzanti la banca di credito cooperativo. Mentre però il rapporto tra le fondazioni di origine bancaria e gli enti creditizi scorporati si è andato faticosamente attenuando, sotto la spinta di successivi

interventi normativi, in questo caso il legame si presenta solido⁷³. Il conferimento mantiene il controllo, singolo o congiunto, alle cooperative cedenti, che modificano l'oggetto della propria attività, ma confermano le originarie finalità mutualistiche e acquistano, anzi, l'obbligo di «assicurare ai soci servizi funzionali al mantenimento del rapporto con la [...] conferitaria». Quest'ultima esercita l'attività creditizia, ma deve concorrere al pieno realizzarsi degli obiettivi mutualistici, in forza di quel rapporto con i soci della conferente. È un retaggio delle finalità originali del contratto associativo, che, uscite dalla sfera operativa della cooperativa, vengono proiettate in una dimensione negoziale, che occorre definire con l'azienda bancaria controllata. Si individua una linea di difesa dello scopo, che ha dato vita all'iniziativa dei soci, inserendo però un vincolo per la banca conferitaria, le cui conseguenze restano da verificare sul piano dei fatti, ma ne fanno elemento distintivo rispetto alla generalità delle banche in veste di società per azioni. Oltre ad aggiungere generici obiettivi di formazione «sui temi del risparmio» e promozione di programmi assistenziali, il riformatore sembra affidare al rapporto descritto un ruolo sostitutivo di quei benefici sociali, che il socio attendeva in termini di servizi nello specifico settore del credito. Ha dovuto infatti confrontarsi con l'esigenza di individuare il nuovo contenuto mutualistico delle cooperative, che si privano della loro attività originaria, per assumere partecipazioni. Difficile sostenere che la mutualità possa trovare attuazione nella mera detenzione di azioni di società lucrative ed in proposito vengono sottolineate le finalità solidaristiche e di sviluppo del territorio, proprie della cooperazione, che trovano sostegno nei risultati conseguiti dalla banca controllata. Vale ricordare quanto già osservato per le fondazioni di origine bancaria, sottolineando come la presenza di enti capaci di intervenire

⁷³ Al momento della redazione di queste note alcune banche di credito cooperativo hanno già manifestato la loro intenzione di ricorrere alla *way out*. Tra queste la bbc di Cambiano, cfr. in www.bancacambiano.it: «[...] L'assemblea si è pronunciata, votando il "way out" dal futuro gruppo unico delle Bcc con un atto di indirizzo, che sarà deliberato in assemblea straordinaria, la trasformazione in Spa [...]». La bcc Cassa Padana, cfr. in www.cassapadana.it dove, tra l'altro si legge che «[...] a determinate condizioni possiamo oggi continuare [...] la nostra storia secondo i binari della "libertà" e della "responsabilità e in condizioni di autonomia [...]».

in modo liberale a sostegno dello sviluppo socio economico dei territori – secondo la celebre statuizione del giudice costituzionale riferita alla fondazioni⁷⁴ - sia modalità di attuazione del principio di sussidiarietà.

Faticoso però ritenere che la delicata questione del bilanciamento tra istanze collettive di tutela e stabilità del sistema e principio di libertà di iniziativa economica, venga risolta con una previsione di effetto temporaneo e tenore derogatorio. Si possono leggere altresì effetti di diversa portata, che, con l'attribuzione alla cooperativa conferente del controllo sulla società bancaria, ne difendono i conseguenti poteri d'indirizzo e di nomina degli organi di gestione. In sostanza le originarie modalità di *governance* non impattano più in modo diretto sull'attività creditizia, ma proiettano i propri equilibri sull'azienda controllata.

⁷⁴ Il riferimento è alle sentenze Corte Cost. 29 settembre 2003, nn. 300 e 301.