

IL COMMIO DELLE GRANDI POPOLARI DAL MODELLO COOPERATIVO¹

Giuseppe Santoni

*Professore Ordinario di Diritto Commerciale
nell'Università di Roma "Tor Vergata"*

Il saggio riflette brevemente sull'evoluzione della disciplina delle banche popolari ed, in particolar modo, sul futuro del credito cooperativo, alla luce dei cambiamenti in atto in sede comunitaria.

The paper briefly investigates the evolution of the legal framework for cooperative banks taking into account the regulatory actions taken at European Union level.

Sommario:

1. Premessa
2. L'avvio del confronto concorrenziale transnazionale
3. Le novità di disciplina
4. Qual è il senso da assegnare a tali novità

¹ Il presente scritto costituisce la relazione presentata al convegno "La riforma delle banche popolari: dalla mutualità alla contendibilità", svoltosi presso l'Università degli Studi di Siena il 22 e 23 gennaio 2016

1. Premessa.

La particolare attitudine del diritto bancario a prestarsi ad una chiave di lettura, se non apertamente politica, almeno di stampo storico, inducono a premettere alcune considerazioni molto generali sull'attuale fase dell'evoluzione della disciplina delle attività bancaria e finanziaria. Tali considerazioni sono utili per cogliere profili non secondari del tema della presente relazione.

La recente novella sulle banche popolari deve infatti essere inserita nel vasto novero delle numerose e profonde modifiche della disciplina delle attività bancaria e finanziaria introdotte negli ultimi anni, che a loro volta traggono giustificazione nelle numerose e eterogenee cause che hanno determinato il profondo cambiamento, nell'arco dell'ultimo trentennio, del modo di essere e di fare banca. Tra tali cause, delle quali è impossibile in questa sede la completa ricognizione, è possibile annoverare alla rinfusa la rivoluzione informatica, l'innovazione finanziaria, la crescita del mercato interno europeo dei servizi bancari, la crisi economica e, da ultima, l'accelerazione dell'Unione Bancaria Europea.

Alla radicale trasformazione che nell'ultimo trentennio ha riguardato le attività bancaria e finanziaria va in ogni caso ricondotto anche il mutamento di disciplina delle banche popolari, talmente profondo e radicale che occorre chiedersi quale sia lo spazio residuo riservato al credito cooperativo in generale e alle banche popolari in particolare.

L'interrogativo di fondo da porsi è in definitiva perché un modello di banca, che in passato ha avuto tanto successo, debba oggi essere così profondamente modificato, se non addirittura abbandonato, con un editto del legislatore.

Al riguardo, è peraltro doveroso ricordare che non è dubitabile l'importanza del ruolo, essenziale ed insostituibile, che storicamente il credito cooperativo e le banche popolari hanno svolto nell'evoluzione del sistema economico italiano. Essi hanno rappresentato, insieme alle Casse di risparmio, l'espressione più forte di una concezione solidaristica e territoriale dello svolgimento dell'attività bancaria, a cui tanto è legato il formidabile sviluppo dell'economia italiana, specie nel secondo dopoguerra.

Tale ruolo appare indissolubilmente legato all'attitudine principale della disciplina delle popolari, che a mio avviso consiste nella capacità di attrarre un elevato numero di soci nella compagine societaria. Si tratta in realtà di un'attitudine propria della disciplina delle cooperative, come è dimostrato dalla circostanza che le società con azioni diffuse tra il pubblico ai sensi dell'art. 116 TUF sono in gran parte cooperative, ed anzi a dire il vero

cooperative bancarie. Tale attitudine aggregativa si caratterizza anche per un ulteriore aspetto: che i soci che partecipano alla banca cooperativa non solo non effettuano l'investimento azionario per ottenere un dividendo, ma nemmeno si aspettano che l'utile di fatto sia distribuito. Le loro attese dall'investimento si radicano altrove, e in particolare nell'aspettativa di un vantaggio derivante direttamente dall'operatività dell'impresa, che costituisce l'essenza del fenomeno cooperativo.

Se l'attitudine aggregativa della disciplina di tutte le cooperative bancarie vale a giustificare la facilità della loro costituzione, tuttavia il modello delle popolari si caratterizza ulteriormente, rispetto a quello delle banche di credito cooperativo, per la maggiore capacità di crescita dimensionale, o, se si preferisce, per l'attitudine ad attirare un numero di soci tale da consentire un raffronto con le cd. *public companies*.

Nel dopoguerra, il successo economico delle popolari è indiscutibile, come è confermato dalla rapidità con la quale un elevato numero di banche popolari hanno raggiunto una dimensione ragguardevole, al punto che l'insieme delle popolari rappresenta circa un quinto del sistema bancario italiano. In questo senso può ad esse attribuirsi una caratteristica se non di modernità, sicuramente di attualità, nel senso che esse possono sicuramente considerarsi espressione del contesto socio economico che ha appunto favorito la loro diffusione.

La mia tesi di fondo è che gli eventi sopra sommariamente richiamati, verificatisi nell'arco dell'ultimo trentennio, hanno radicalmente inciso sulle precedenti modalità di svolgimento dell'attività bancaria, al punto che queste appaiono oggi meno compatibili che in passato con il contesto socio economico contemporaneo.

In estrema sintesi, le odierne condizioni dell'economia, non solo italiana ed europea, sono caratterizzate da un lato dal fortissimo indebitamento sia degli Stati che dei privati e, dall'altro, dall'inarrestabile tendenza allo svolgimento transfrontaliero delle attività economiche, e impediscono di considerare tollerabile una modalità di svolgimento dell'attività bancaria che continui a fare affidamento sulla diretta o indiretta garanzia sovrana dello Stato.

Al riguardo, è significativo che il primo considerando del Regolamento UE 806/2014 sul meccanismo unico di risoluzione delle banche affermi, quasi a mò di premessa, che: *I mercati interbancari sono diventati meno liquidi e le attività bancarie transfrontaliere diminuiscono a causa dei timori di contagio e della mancanza di fiducia nei sistemi bancari nazionali degli altri paesi e nella capacità degli Stati membri di sostenere le banche.*

Rispetto al secolo XX, la vera novità, di cui non vi è una consapevolezza sufficientemente diffusa e convinta, è appunto costituita appunto dalla fine della garanzia sovrana sulle banche, con le sole circoscritte eccezioni consentite dall'art. 107, par. 3, lettera b) del Trattato, che autorizza in via eccezionale gli aiuti destinati a porre un rimedio a un grave turbamento dell'economia in uno Stato membro.

L'espressione più evidente di tale fine è l'introduzione non solo in Italia ed in Europa, ma anche negli Stati Uniti di America, della disciplina del *bail in*. Andrea Guaccero, uno degli studiosi italiani più attenti al diritto statunitense, ha indicato le fortissime somiglianze di struttura tra la disciplina del *Dodd Franck Act*, la principale delle riforme in materia bancaria e finanziaria adottate nel corso della presidenza Obama, e la *BRRD*, vale a dire la direttiva comunitaria che ha introdotto il secondo pilastro dell'Unione bancaria europea, vale a dire il meccanismo unico di risoluzione delle banche.

Il che significa che la disciplina del *bail in*, la cui ultima (e forse altrimenti incerta) giustificazione, risiede nell'esigenza di minimizzare il rischio di contagio anche transnazionale tra le banche in crisi, è condivisa dai principali ordinamenti occidentali ed appare una scelta, allo stato attuale delle cose, così diffusa da apparire irreversibile, ancorché non unanimemente condivisa né sul piano teorico né su quello pratico.

2. L'avvio del confronto concorrenziale transnazionale

La lunga premessa che ho sin qui svolto ha lo scopo di dimostrare che la fine della garanzia sovrana sulle banche e la tendenza allo svolgimento transnazionale delle attività ha avuto ed continuerà ad avere un impatto evidente sulla dimensione e sulla *governance* delle banche. In particolare modo, ne sono particolarmente interessate quelle banche che meno di altre avevano in passato prestato attenzione alle esigenze della remunerazione del capitale, essendo invece più sensibili ad istanze diverse, come quelle territoriali o solidali, alle quali prima accennavo.

Tutte le banche, ed anche quelle, come le popolari, che rinvenivano il loro contesto operativo, per così dire, "naturale", nell'ambito territoriale di appartenenza, dovranno fare i conti con il contesto economico molto più esposto rispetto al passato alla competizione concorrenziale. D'altra parte, l'espansione delle popolari più grandi, acceleratasi nell'ultimo quindicennio, è da attribuire più ad acquisizioni di altre banche in difficoltà, spesso

popolari, al di fuori del proprio territorio di origine, che non per l'ulteriore ampliamento della ormai satura compagine sociale nel territorio d'origine.

D'altra parte, l'impulso dell'Unione Bancaria Europea sta sgombrando il campo e avvicinando il momento, allo stesso tempo temuto ed auspicato, dell'aperto confronto concorrenziale transnazionale delle banche europee, e per tale ragione è necessario che le banche italiane si dotino di una disciplina idonea ad affrontarlo. La vigilanza bancaria europea (SSM: *Single supervisory mechanism*), vale a dire il primo pilastro dell'Unione Bancaria Europea ha appunto lo scopo di oltrepassare il preesistente sistema di regole frammentato, per andare verso un quadro normativo comune e condiviso a livello europeo, con l'obiettivo di creare di intermediari europei di dimensioni e di capacità operativa tale da concorrere alla pari con gli altri competitori internazionali, in primo luogo statunitensi e giapponesi.

3. Le novità di disciplina

La principale delle novità legislative introdotte dalla recente riforma delle popolari (decreto legge 24 gennaio 2015 n. 3, convertito in legge 24 marzo 2015, n. 33) è costituita dalla previsione della soglia massima di 8 miliardi, al di là della quale si rende necessaria la trasformazione eterogenea in società per azioni, ovvero la riduzione dell'attivo al di sotto della soglia prima indicata, ovvero la liquidazione volontaria.

Per le società sopra soglia, il termine di adozione di una di tali misure è di 18 mesi dalla data di entrata in vigore della disciplina (20.1.2015), e dunque al 20.7.2016; per le popolari che supereranno la soglia successivamente, il termine di adozione delle misure è di 12 mesi dal superamento.

Quanto al numero di banche popolari che ha raggiunto la dimensione di banche sistemiche, e dunque rilevanti a livello nazionale ed europeo, esse sono oggi 9 su 36, di cui 5 quotate in borsa. Sette di queste nove banche superano il limite di 30 miliardi di euro di attivo, che ai sensi dell'art. 6.4 del regolamento 1024/2013/UE sull'istituzione di un meccanismo di vigilanza unico, comporta il loro assoggettamento alla vigilanza della BCE; l'attivo delle restanti due è comunque superiore a 8 miliardi di euro.

Per la dimensione raggiunta, tutte e nove le banche di cui si discute svolgono la loro operatività sull'intero territorio nazionale, ma alcune di esse hanno già una proiezione transnazionale, mentre il legame originario con il territorio si è, se non reciso, almeno fortemente attenuato.

In sostituzione della precedente disciplina, la l. 33 ha introdotto due regole, agevolative della trasformazione in s.p.a., ovvero di fusione da cui risulti una s.p.a..

La prima è l'art. 31, co. 1, TUB, per il quale le modifiche statutarie necessarie per tali trasformazioni o fusioni (ovvero per le altre determinazioni di cui all'articolo 29, comma 2-ter), sono deliberate, in prima convocazione, con la maggioranza dei due terzi dei voti espressi, purché all'assemblea sia rappresentato almeno un decimo dei soci della banca; mentre, in seconda convocazione, con la maggioranza di due terzi dei voti espressi, qualunque sia il numero dei soci intervenuti all'assemblea.

I quorum costitutivi e deliberativi così previsti rivelano l'evidente volontà di agevolare la trasformazione delle popolari in s.p.a., soprattutto tenuto conto di due fattori. La norma è sicuramente applicabile a tutte le popolari, e non solo a quelle di rilevanza sistemica; la norma ha carattere imperativo, e non appare derogabile dagli statuti.

L'art. 31, TUB, nel testo anteriore alla l. 33/2015, prevedeva invece che le banche popolari potessero trasformarsi in banche s.p.a. o per fusione con una di tali banche, o per autonoma deliberazione dell'assemblea, autorizzata dalla Banca d'Italia, ma solo per ragioni di rafforzamento patrimoniale o nell'interesse dei creditori.

E in effetti, la seconda regola agevolativa della trasformazione di tutte le popolari in s.p.a. è stata posta attraverso l'integrale sostituzione dell'art. 31, TUB, e così con l'abolizione dell'autorizzazione speciale della Banca d'Italia prima prevista alle trasformazioni delle banche popolari in s.p.a. o alle fusioni con banche s.p.a., basata su esigenze di rafforzamento patrimoniale o di razionalizzazione del sistema. La nuova formulazione dell'art. 31, comma 3, si limita a prevedere che alle delibere di trasformazione delle banche popolari in s.p.a. o di fusione con banche s.p.a. si applichino gli artt. 56 e 57 TUB. Si tratta degli articoli che disciplinano il potere generale della Banca d'Italia di autorizzare le fusioni e le scissioni delle banche, autorizzazione che va sempre concessa, con la sola eccezione del contrasto dell'operazione con il criterio della sana e prudente gestione.

Insomma, dalle nuove norme trapela la convinzione, ormai condivisa anche dal legislatore, che il codice organizzativo delle cooperative sia al più adatto solo per le banche piccole o al più medie, convinzione che in definitiva trae fondamento da un giudizio di una duplice inadeguatezza del modello cooperativo per le banche di grandi dimensioni.

Al riguardo, la relazione alla legge di conversione del d.l. ha esplicitamente sottolineato che: *La dottrina italiana in materia di diritto bancario ha segnalato da tempo che le banche popolari hanno solo la forma*

cooperativa e non la sostanza della mutualità, sicché in esse la società cooperativa si presenta come mera forma organizzativa, tanto che si può dire che esse vivono ai margini o all'esterno del fenomeno della cooperazione nel credito e che, conseguentemente, esse non sono tutelate in senso forte dall'articolo 45 della Costituzione, non potendo la norma riferirsi ad ambiti organizzativi nei quali la forma cooperativa è mero schermo della natura sostanzialmente lucrativa dell'impresa. Il cammino verso l'unione bancaria in ambito europeo richiede la razionalizzazione delle forme organizzative dell'impresa bancaria.

Di conseguenza, per le banche di grandi dimensioni, la legge n. 33 ha ritenuto adeguato il solo modello della società per azioni, in quanto rispondente alle esigenze di rafforzamento patrimoniale, che già in precedenza da sole erano in grado di giustificare la trasformazione in spa delle popolari (cfr. il previgente art. 31, TUB), nonché di sana e prudente gestione della banca. Infatti, il modello cooperativo da un lato sarebbe inidoneo ad assicurare un'adeguata capitalizzazione delle banche popolari, e dall'altro a consentire l'efficiente governo societario della banca. Così si esprime esplicitamente il Documento della Banca d'Italia per la consultazione inerente alle disposizioni di vigilanza sulla banche popolari, ove si legge che "il modello di banca popolare, per le sue caratteristiche di assetto proprietario e *governance* (limiti al possesso azionario, voto capitario), è inadeguato per l'esercizio dell'impresa bancaria di grandi dimensioni".

Così, mentre per le popolari di grandi dimensioni, l'inadeguatezza del modello cooperativo alle nuove esigenze imposte dai tempi si traduce nel puro e semplice abbandono di quel modello, e fatta salva la verifica di costituzionalità richiesta dalla Regione Lombardia, ancora al vaglio della Corte costituzionale, per incompatibilità con l'art. 117 Cost.; per le popolari più piccole, quell'inadeguatezza si manifesta attraverso il superamento di divieti prima posti a carico delle cooperative, e dunque con l'assimilazione di norme provenienti dai tipi capitalistici.

Così, allo scopo di rafforzare la patrimonializzazione, sono stati previsti, invero per tutte le banche cooperative (cfr. l'art. 28, co. 2-ter, TUB), limiti al rimborso delle azioni dei soci uscenti, e dunque anche di quelli receduti a seguito della trasformazione, nonché limiti al diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale. E qui, siamo in presenza di una soluzione, definita "violenta" da Renzo Costi, la quale in qualche modo rievoca la marcata ostilità dell'ordinamento per il recesso dei soci di spa prima della riforma del diritto societario del 2003, ostilità che, in definitiva, era giustificata proprio in funzione della tutela del patrimonio sociale.

Sul fronte del governo societario, le innovazioni introdotte nella disciplina delle banche popolari non sistemiche (dall'art. 150 *bis*, TUB) riguardano:

- a) la possibilità che gli amministratori possano essere anche tutti non soci (dato il mancato richiamo dell'art. 2542, II e IV co, c.c.);
- b) la possibilità concessa agli statuti di determinare, in deroga all'art. 2539, c.c., il numero massimo di deleghe che possono essere conferite ad un socio; in ogni caso, questo numero non può essere inferiore a 10 e non superiore a 20;
- c) la possibilità di attribuire ai soci persone giuridiche più voti, fino a cinque, in ragione dell'ammontare della quota o del numero dei membri (in forza del persistente richiamo dell'art. 2538, co. 3, c.c.);
- d) la possibilità concessa ai portatori di strumenti finanziari di votare, sia pure con il limite di non più di un terzo dei voti spettanti ai soci, mentre lo statuto può accordare loro il diritto di nominare un terzo dei componenti dell'organo di controllo.

4. Qual è il senso da assegnare a tali novità

Le critiche nei confronti del vecchio modello di governance delle popolari via via crescenti negli ultimi anni, per le quali, a dispetto delle finalità di tutela della cd. democrazia assembleare che quel modello pretendeva di perseguire, gli amministratori delle popolari erano molto più inamovibili dei loro colleghi di s.p.a., quelle critiche sono state per lo più confermate dai fatti. I tentativi, come quello attuato dal governo Monti, di individuare delle soluzioni normative per così dire intermedie, che cioè in qualche modo consentissero di modificare il meno possibile i precedenti assetti corporativi, sono stati superati dall'evoluzione imposta dalla crisi.

L'intervento legislativo del 2015 è stato rivolto in definitiva a consentire da un lato che le banche popolari oramai pervenute a dimensioni sistemiche possano consolidare e, semmai addirittura incrementare la loro situazione di mercato: a tal fine, con l'imposizione della trasformazione obbligatoria in s.p.a., il legislatore intende eliminare le barriere normative al loro massimo rafforzamento patrimoniale e alla loro stessa contendibilità, e dunque alla possibilità stessa di ulteriori aggregazioni. La vera finalità della l. 33 è di favorire ulteriori aggregazioni tra le popolari ormai trasformate in s.p.a., superando le rigidità favorite da quelle barriere.

Queste, a ben vedere, sono individuate per lo più proprio in quei tratti che nel tempo erano venuti a caratterizzare la disciplina delle banche popolari,

quali il capitale variabile, il voto capitario², i limiti al possesso individuale delle quote³, la necessità del gradimento di organi sociali all'ingresso di nuovi soci⁴, la disciplina del recesso del socio, l'affidamento della gestione sociale in maggioranza a soci, la discrezionalità statutaria nel disciplinare le maggioranze necessarie per deliberare le trasformazioni e le fusioni.

Si tratta di caratteristiche strutturali, che rendevano le popolari intrinsecamente meno appetite per il mercato rispetto alle banche ordinarie, specie nella sede degli inevitabili aumenti di capitale che si sono resi e si renderanno necessari per far fronte alle istanze di rafforzamento patrimoniale imposte dalle regole comunitarie, in funzione dell'esigenza di contrastare la persistente crisi economica.

Per le banche popolari di rilevanza sistemica, con la loro trasformazione in spa, l'abbandono di tali caratteri è inevitabile e definitivo, a pena di scioglimento.

Sul fronte delle banche popolari non sistemiche, vi è da chiedersi se sussistano ragioni, diverse dall'opportunità politica, per le quali non debbano valere le considerazioni svolte per le sistemiche.

Uno dei più attenti interpreti della disciplina delle popolari, Renzo Costi, ha, in un suo recente scritto, rivendicato con forza il perseguimento dello scopo mutualistico da parte delle popolari, ed in ciò ha rinvenuto le ragioni della persistenza della loro disciplina e della critica della stessa trasformazione forzata delle popolari sistemiche.

Al riguardo, la mia personale convinzione non è mutata rispetto a quella già espressa al riguardo in uno scritto di alcuni anni fa: che la situazione delle popolari oggi non è dissimile a quella di tutte le cooperative nel vigore del Codice di commercio del 1882, per il quale le cooperative non erano caratterizzate dal perseguimento di un fine particolare, quanto per le peculiarità della loro struttura, e in particolare modo per l'essere società a capitale variabile.

E' il particolare codice organizzativo e la particolare modalità di svolgimento dell'attività a definire il carattere e la finalità della

² L'art. 30, co. 1, TUB, prevede che ogni socio abbia un solo voto, qualunque sia il numero di azioni possedute, dal che consegue che solo gli azionisti che siano stati ammessi come soci, attendo il gradimento del consiglio di amministrazione, possano esercitare il diritto di voto

³ La l. 33/2015 non ha modificato l'art. 30 TUB, che vieta, nei commi 2 e 2 bis, la detenzione di azioni in misura eccedente l'1% o, in casi particolari, il 3% del capitale sociale.

⁴ L'art. 30, co. 5, TUB, prevede che, per l'ammissione a socio, il consiglio di amministrazione debba esprimere il gradimento, e che può negarlo con delibera motivata in relazione all'interesse della società e allo spirito della forma cooperativa.

cooperazione, e non l'astratta idoneità a perseguire uno scopo, che nei fatti, il più delle volte, non si riesce a distinguere da quello lucrativo, ancorché di esso l'art. 45 della Costituzione fornisca una definizione soprattutto negativa, che non debba perseguire fini di speculazione privata.

La legge 33/2015 ha dato un ulteriore e deciso contributo alla progressiva attenuazione delle regole caratteristiche delle società cooperative presenti nello statuto normativo delle popolari. Sicuramente dal punto di vista della rilevanza economica, il colpo decisivo all'abbandono del modello cooperativo è già stato dato con la trasformazione forzosa delle popolari sistemiche, che comprendo circa il 90% degli attivi complessivi delle banche popolari italiane. Per le banche residue, di minori dimensioni, alle quali non sia stata perciò imposta la trasformazione in s.p.a., va considerato che tutte le popolari progressivamente erano sottratte alla legge Basevi, poi erano state escluse dalla cooperative a mutualità prevalente, mentre successivamente la loro disciplina è divenuta sempre più simile a quella della s.p.a..

Si tratta ancora di cooperative, perché è consentito loro ancora di fregiarsi di tale qualificazione, e per il codice organizzativo residuo che ancora lo consente, nonostante l'accentuazione in tal modo ancor di più del carattere ibrido del modello normativo delle popolari.

Ma la loro progressiva uscita dal movimento cooperativo sembra allo stato solo rimandata, e, si direbbe, per non molto tempo.