

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

Anno XLIII Fasc. 2 - 2016

ISSN 0390-2269

Cristiana Fiengo

IL RIASSETTO DELLA DISCIPLINA DELLE BANCHE POPOLARI

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Il riassetto della disciplina delle banche popolari

SOMMARIO: 1. Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti. — 2. La trasformazione delle banche popolari in società per azioni. — 3. Il *restyling* della disciplina delle banche popolari “sotto soglia”: l’abilitazione all’emissione di strumenti finanziari. — 4. Il coinvolgimento dei possessori di strumenti finanziari nell’esercizio del diritto di voto in occasione del rinnovo delle cariche sociali. — 5. Le altre disposizioni del codice civile applicabili alle banche popolari.

1. *Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti.* — Le novità introdotte dal d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, conv. in l. n. 33 del 24 marzo 2015, fanno riaffiorare criticità ed equivocità da lungo tempo addebitate alla *governance* delle banche popolari e inducono a rinnovare alcune riflessioni inerenti i tratti peculiari delle norme che regolano tali società cooperative.

Il c.d. decreto *Investment compact* interviene essenzialmente secondo due direttrici: una prima destinata alle banche popolari di grandi dimensioni, anche quotate nei mercati regolamentati, le quali, ove l’attivo patrimoniale (a livello individuale e consolidato) superi gli 8 miliardi di euro ⁽¹⁾, devono trasformarsi in società per azioni, salvo che non riducano l’attivo al di sotto della soglia entro un anno dal superamento del limite suindicato, oppure deliberino la liquidazione volontaria; una seconda rivolta alle banche popolari che, collocandosi al di sotto della soglia, possono continuare ad avvalersi del modello mutualistico ed alle quali è dedicato un pacchetto di norme che attua una sorta di riassetto della loro disciplina. In particolare, per le banche popolari “sotto soglia”, che non intendano accedere alla trasformazione volontaria in società per azioni con le nuove maggioranze di cui all’art. 31 t.u.b., si prevede l’applicabilità di alcune norme del codice civile allo scopo di estendere ad esse quelle misure che la riforma delle società di capitali e delle cooperative ha introdotto per il superamento di problemi di *governance* delle società mutualistiche non bancarie, come, ad esempio, l’abilitazione all’emissione di strumenti finanziari, inclusa la connessa

⁽¹⁾ Nelle disposizioni di attuazione della Banca d’Italia, emanate ai sensi dell’art. 29^{2-quater} t.u.b. (IX aggiornamento del 9 giugno 2015 alla Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, Capitolo 4 - Banche in forma cooperativa) sono specificati i criteri e le modalità di determinazione del valore dell’attivo della banca popolare di cui all’art. 29^{2-bis} («l’attivo individuale è il valore totale dell’attivo, determinato sulla base delle segnalazioni di vigilanza individuali di fine anno; l’attivo consolidato è il valore totale dell’attivo, determinato sulla base delle segnalazioni di vigilanza consolidate di fine anno; a tal fine, rileva il perimetro di consolidamento applicato a fini prudenziali»); inoltre, sono individuati gli organi sociali, nei diversi sistemi di amministrazione, deputati alla verifica del superamento della soglia con cadenza annuale. Al riguardo, v., anche, ASSONIME, *La riforma delle banche popolari*, Circolare n. 32 del 24 novembre 2015, 12.

disciplina dei diritti di voto statutariamente riservati ai loro possessori in materia di nomina degli organi sociali.

In tal guisa, si è inteso fornire un contributo al riequilibrio del sistema bancario italiano, che palesa casi di inefficienza gestionale e di risultati negativi che paiono accentuarsi nelle banche popolari di grandi dimensioni ⁽²⁾, anche in ragione di quegli ostacoli di disciplina che ne impediscono l'effettiva contendibilità ⁽³⁾; al contempo il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, sia pur senza la pretesa di realizzare una vera e propria riforma del credito cooperativo, aspira a rinnovare la disciplina della *governance* delle banche popolari il cui attivo non supera il limite di cui al comma 2-*bis* dell'art. 29 t.u.b. e che quindi non sono costrette a rinunciare al modello mutualistico. Le nuove norme, si vedrà, sono tutte concentrate sulla soluzione di problemi di *governance* di tali banche e nessuna tocca i temi della mutualità "tradizionale".

Ampia eco è stata data al provvedimento a proposito dell'obbligo di trasformazione delle "grandi" banche popolari, giacché esse, pur non essendo numericamente rilevanti — circa una decina —, sono espressione, in valore, di una quota significativa della totalità delle banche popolari, nonché dell'intero sistema bancario italiano ⁽⁴⁾. L'interesse per questa categoria di banche cooperative si è intensificato a seguito degli *stress test* praticati dalla Banca Centrale Europea nell'ambito della vigilanza unica europea, in prospettiva dell'Unione bancaria, che hanno messo in luce talune caratteristiche negative delle banche popolari ⁽⁵⁾. D'altronde, anche l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, nel parere del 27 febbraio 2015, n. AS1177, tornando su di un tema più volte affrontato, osserva che «*le banche popolari, in ragione della loro crescente vocazione commerciale, vanno perdendo la natura cooperativa che ne giustifica il regime differenziato*». Siffatto divario rispetto alle disposizioni generali è diventato sempre meno difendibile, soprattutto con riferimento a quelle banche popolari,

⁽²⁾ SANTORSOLA, *Il credito cooperativo: evolversi per non subire una rivoluzione*, in *dirittobancario.it*, 2015.

⁽³⁾ RACUGNO, *Il governo delle società cooperative. Il voto, i patti parasociali, i covenants*, in *Riv. soc.*, 2014, 153.

⁽⁴⁾ TARANTOLA, *Le banche popolari nel confronto competitivo: vocazione territoriale e profili di governance*, in *Le Banche Popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, a cura di Quadrio Curzio, Milano, Franco Angeli, 2009, 14 ss.

⁽⁵⁾ Nelle premesse al decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3 è espressamente dichiarato che il provvedimento risponde alla «straordinaria urgenza di avviare il processo di adeguamento del sistema bancario agli indirizzi europei per renderlo competitivo ed elevare il livello di tutela dei consumatori...». Il provvedimento mira a rendere le banche italiane all'altezza delle sfide europee e mondiali e al contempo a non danneggiare la storia dei piccoli istituti. Infatti il sistema creditizio italiano, per frammentazione, è secondo solo a quello tedesco. Non può più essere rinviato il processo di aggregazione degli istituti minori con quelli più grandi, per il rafforzamento e irrobustimento del sistema bancario. Non viene sottovalutato dal nostro legislatore che le banche dell'area dell'euro saranno vigilate nell'ambito del S.S.M. (*Single Supervisory Mechanism*), che include la Banca centrale europea (BCE) e le autorità di vigilanza nazionali (Banca d'Italia per l'Italia). Inoltre, con la *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD), l'Europa si è dotata di una nuova disciplina per la gestione delle crisi bancarie, al fine di consentire il superamento di situazioni di difficoltà delle banche attraverso strumenti di mercato, senza intervento pubblico a carico dei contribuenti. V. Camera di deputati - Documento n. 2844 del 24 gennaio 2015, reperibile in: http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislativa=17&codice=17PDL0028050&back_to=http://www.camera.it.

aperte alla concorrenza, semmai quotate in borsa e talvolta perfino controllanti (o controllate da) società per azioni ⁽⁶⁾.

Con l'introduzione dell'art. 29^{2-ter} t.u.b. il legislatore mira ad affrancare le banche popolari di grandi dimensioni dalla debolezza e dall'opacità loro ascritta — a più riprese anche dalla Banca d'Italia ⁽⁷⁾ — che si manifesta, tra l'altro, con un ammontare di crediti incagliati statisticamente superiore a quello degli altri istituti di credito e con un sovradimensionamento in termini di personale, imponendo loro la trasformazione in società per azioni, rendendole finalmente “scalabili”. È risaputo, infatti, che le banche popolari, per effetto della disciplina congegnata nel t.u.b., nonché della inapplicabilità di talune disposizioni civilistiche in tema di società cooperative (art. 150-*bis* t.u.b.), non sono mai state “contendibili”, neppure da parte di altre banche (nazionali o estere) ⁽⁸⁾. Del resto, il limite imposto all'entità della partecipazione sociale di ciascun socio ⁽⁹⁾, il voto capitaro, il gradimento degli amministratori per l'acquisto della qualità di socio, il capitale variabile, hanno sempre rappresentato prerogative che impedi-

⁽⁶⁾ LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in questa *Rivista*, 2015, I, 64; SANTONI, *La governance delle banche popolari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, 510, dubita che alla definizione “banca popolare” continui a corrispondere la forma cooperativa, allorché si verifica che la titolarità di una quota non irrوريا di una Banca popolare sia detenuta da una Banca-s.p.a.; MARANO, *Banche popolari e scopo mutualistico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, 573. Sulla “stabilità” della fattispecie del “controllo” secondo l'impostazione adottata dalla Consob: MOLLO - MONTESANTO, *Il controllo societario nel Testo unico della finanza: Problemi e prospettive di riforma*, in *Quaderni giuridici Consob*, 8 giugno 2015, 19 ss.

⁽⁷⁾ Vedi la Testimonianza del Direttore Generale della Banca d'Italia, Rossi, presso la Camera dei Deputati - Commissioni riunite Finanze e Attività produttive, commercio e turismo in occasione dell'Audizione nell'ambito dell'istruttoria legislativa sul disegno di legge C.2844, di conversione in legge del decreto-legge n. 3 del 2015, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti, nonché l'intervento di TARANTOLA, *La riforma delle banche popolari (disegni di legge n. 437, 709, 799, 940, 1084)*, Audizione presso la Commissione VI Finanze e Tesoro del Senato del 22 giugno 2011.

⁽⁸⁾ Affermazione contestata con forza dall'Associazione Nazionale fra le Banche Popolari nell'Audizione alla Camera dei Deputati - Commissioni riunite Finanze e Attività produttive - del 19 febbraio 2015 nell'ambito dell'istruttoria sul disegno di legge C.2844, di conversione del decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti. Si sostiene, infatti, che l'esigenza di maggiore apertura al mercato delle Banche popolari sia stata dalle medesime ampiamente soddisfatta in tempi recenti; precisamente negli anni 2011-2014 sono stati realizzati cospicui aumenti di capitale tutti perfezionatisi con l'immissione di risorse finanziarie di soggetti privati.

⁽⁹⁾ L'art. 30² t.u.b. fissa il limite all'entità della partecipazione sociale di ciascun socio nella misura dell'1% del capitale sociale, facendo salva la facoltà statutaria di fissare un limite addirittura più contenuto, comunque non inferiore allo 0,5%. Soltanto per gli investitori istituzionali i limiti sono fissati dalla disciplina propria di ciascuno di essi (art. 30³ t.u.b.). Inoltre, l'art. 30^{2-bis} t.u.b. riconosce la facoltà statutaria di derogare al comma 2, potendo fissare al 3% la partecipazione delle fondazioni di origine bancaria di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, che, alla data di entrata in vigore della disposizione, detengono una partecipazione al capitale sociale superiore ai limiti fissati dal citato comma 2, qualora il superamento del limite derivi da operazioni di aggregazione e fermo restando che tale partecipazione non può essere incrementata. Sono fatti salvi i limiti più stringenti previsti dalla disciplina propria dei soggetti di cui al comma 2-*bis* e le autorizzazioni richieste ai sensi di norme di legge. Detti limiti sono stati poi innalzati dall'art. 23-*quater* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, nell'ottica della incentivazione della partecipazione del socio-investitore alla vita della società e del rafforzamento della patrimonializzazione della banca. Al riguardo, Di CIOMMO, *La riforma delle banche popolari*, in *Foro it.*, 2015, IV, 194; SEMINARA, *Noterelle a margine della “miniriforma” sulle banche popolari. Quando alla legittimità del traghettamento dalla c.d. “democrazia cooperativa-partecipativa” alla c.d. “democrazia plutocratico-capitalistica”*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 451; SALERNO, *Le modifiche dell'art. 23-*quater*, d.l. 179/2012, alla disciplina delle banche popolari*, in www.ibattellidelreno.it dell'11 ottobre 2013.

scono a un soggetto di acquisire il controllo diretto della maggioranza dei voti in assemblea, rendendo imprescindibile la raccolta di un ampio consenso tra gli azionisti per la nomina dei componenti dell'organo amministrativo⁽¹⁰⁾. Il principio del voto capitolario ha perfino costretto il legislatore ad adeguare le norme poste a tutela della minoranza alle regole cooperativistiche, precisando, nell'art. 135 t.u.f., che nelle società cooperative (quotate)⁽¹¹⁾ le percentuali di capitale individuate nel codice civile e nel t.u.f. per esercitare diritti da parte dei soci debbano essere rapportate al numero complessivo dei soci; disposizione, però, che resa derogabile dall'art. 147-ter t.u.f., il quale rimette all'autonomia statutaria l'adozione di un criterio numerico oppure capitalistico per la determinazione della misura minima necessaria per la presentazione delle liste per l'elezione del consiglio di amministrazione, finisce per affievolire la possibilità che le minoranze ricevano effettivamente tutela⁽¹²⁾. Invero, in una società per azioni, l'eventuale autocrazia di chi detiene il potere gestorio, semmai anche rinforzata dal disimpegno dei soci e dalla dispersione dell'azionariato, è possibile che sia annientata da eventualità sempre realistiche di cessione della partecipazione di controllo, magari attraverso una offerta pubblica di acquisto ostile, ovvero di messa in minoranza dell'azionista che esercita il controllo da parte di una coalizione di altri soci⁽¹³⁾; viceversa, in una organizzazione retta dal principio democratico è immaginabile un periodico ricambio di *manager* solo nelle realtà medio/piccole, unicamente se rette da una partecipazione attiva dei soci⁽¹⁴⁾. È

⁽¹⁰⁾ CAPRIGLIONE, *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario. Problematiche e prospettive*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, I, 140; DI CECCO, *Variabilità e modificazioni del capitale sociale nelle cooperative*, Napoli, ESI, 2002, 10.

⁽¹¹⁾ MARASÀ, *Governo e "controllo" delle banche popolari prima e dopo le recenti modifiche del t.u.b. e del t.u.i.f. (art. 23-quater, l. 221/2012)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, 528; SEMINARA, (nt. 9), 485; BONFANTE, *Sub art. 135 TUF*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di Frantini - Gasparri, Torino, Utet Giuridica, 2012, tomo II, 1826; CAMELLINI, *Sub art. 135 TUF*, in *Commentario T.U.F.*, a cura di Vella, Torino, Giappichelli, 2012, tomo II, 1456; BLANDINI, *Localismo e ricorso al mercato dei capitali delle banche cooperative nell'ultimo atto della riforma del diritto societario*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, I, 678, nt. 3.

⁽¹²⁾ RICCIARDIELLO, *Banche popolari quotate: verso il definitivo superamento del «tipo» a favore del modello azionario?*, in questa *Rivista*, 2015, II, 1092, ritiene che la deroga prevista nel primo comma dell'art. 147-ter t.u.f. determina «evidenti ricadute in termini di conservazione del potere degli amministratori di "auto-cooptarsi" dal momento che l'opzione è solo facoltativa e, soprattutto, di fatto viene rimessa alla discrezionalità della società (*rectius*: degli amministratori che dovrebbero sottoporre tale opzione all'assemblea)».

Ancora a proposito di disposizioni a tutela dei soci di minoranza, relativamente alle cooperative con azioni ammesse alla quotazione in mercati regolamentati, l'ultimo comma dell'art. 2540 c.c. precisa che a queste ultime non debbano applicarsi le disposizioni in materia di assemblee separate: CAPO, *Fenomenologia cooperativa e processi decisionali*, in *Studi offerti ad Antonio Venditti*, Napoli, Jovene, 2009, 257; PAOLUCCI, *Le società cooperative dopo la riforma*, Padova, Cedam, 2004, 65; COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche*, in questa *Rivista*, 2003, I, 233.

⁽¹³⁾ VELLA, *La nuova disciplina dell'organo assembleare nelle società cooperative tra partecipazione e democrazia*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, Utet Giuridica, 2007, 949; PRESTI, *Il governo delle banche popolari e di credito cooperativo*, in *Banca impresa soc.*, 1998, 153; MARASÀ, *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 250.

⁽¹⁴⁾ RACUGNO, (nt. 3), 153; PRESTI, *Amministrazione e controllo nelle cooperative*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. IV, Torino, Utet Giuridica, 2007, 971, secondo cui quando la cooperativa viene intesa come struttura organizzativa neutra, *bonne à tout faire*, quindi una cooperativa che perde il collegamento tra modalità di gestione

indubbio che soprattutto il voto capitaro contribuisca a causare concentrazione e immutabilità del potere in capo agli amministratori⁽¹⁵⁾, i quali, una volta investiti della carica, sono «in grado di dispensare, attraverso la gestione dell'impresa sociale, favori ai soci che li hanno eletti»⁽¹⁶⁾.

La stabilità del dominio degli amministratori è ulteriormente consolidata dalla regola della porta aperta, mediante la quale gli amministratori si avvalgono della facoltà di controllare la composizione della compagine sociale, favorendo l'entrata in società di soggetti che garantiscano il consenso intorno alle loro persone⁽¹⁷⁾. Per di più, l'inaffidabilità degli amministratori è aggravata dall'assenza di limiti legali alla loro rieleggibilità. In realtà, come è noto, il legislatore della riforma del diritto societario ha cercato di imporre nell'art. 2542⁵ c.c. un limite massimo di tre mandati consecutivi alla rieleggibilità degli amministratori, ma il giudizio di eccessiva rigidità della norma ha comportato la sua repentina abrogazione nel contesto del decreto correttivo della riforma (d. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310); si è così persa una *occasio legis* per porre un freno al fenomeno della persistenza della carica di amministratore affidata alla medesima persona⁽¹⁸⁾.

A questo punto, il citato d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 potrebbe rappresentare quell'«evento traumatico» auspicato da autorevole dottrina⁽¹⁹⁾ attraverso cui il legislatore prova a sgretolare il granitico potere di coloro che da lungo tempo controllano e gestiscono banche popolari, dopo che neppure le recenti novità legislative in tema di rafforzamento della funzione e partecipazione assembleare

dell'impresa e gestione di servizio in favore dei soci, diviene in massimo grado pericolosa, fino ad arrivare a ipotesi di amministratori padri-padroni della cooperativa, in grado di autopertuarsi *ad libitum*; SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: «la mutualità che visse due volte»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 634; COSTI, *Proprietà e imprese cooperative nella riforma del diritto societario*, in questa *Rivista*, 2001, 128.

⁽¹⁵⁾ MARASÀ, (nt. 11), 517.

Al fine di svincolare i soci cooperatori dalla sovranità degli amministratori, in dottrina è stato prospettato il meccanismo della nomina delle cariche sociali a voto segreto, che però pare contrasti con il requisito della analiticità del verbale delle adunanze e deliberazioni dell'assemblea che dovrebbe riportare come ha votato ciascun socio. Secondo PRESTI, (nt. 14), 973, la norma in tema di verbale analitico, dalla quale si desume l'illegittimità del voto segreto, non supererebbe, per talune materie, il filtro della compatibilità con le regole cooperative in quanto comprimerebbe la libera espressione del voto da parte dei soci cooperatori: in particolare il voto segreto in occasione del rinnovo delle cariche sociali dovrebbe ritenersi lecito nelle cooperative, giacché tutelerebbe l'esigenza che i soci non siano soggetti a indebite pressioni da parte di coloro che, in quanto gestori dell'impresa, rappresentano la loro controparte nel rapporto mutualistico e dai quali, quindi, in ultima analisi, dipende il soddisfacimento dell'interesse per il cui perseguimento il socio ha aderito alla cooperativa. L'A. (983), dimostra anche la compatibilità del voto segreto in caso di voto plurimo. Di quest'avviso, VELLA, (nt. 13), 954; PETRELLI, *Il voto segreto nell'assemblea delle società di capitali e cooperative*, in *Studi e materiali* a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2005, 2, 1260; DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società cooperative*, in questa *Rivista*, Supplemento al n. 3/2004, 872.

⁽¹⁶⁾ BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile nelle società cooperative*, Milano, Giuffrè, 2012, 143.

⁽¹⁷⁾ RACUGNO, (nt. 3), 153.

⁽¹⁸⁾ SANTORO, *Amministratori di cooperative e interessi dei soci*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadesse, Torino, Utet Giuridica, 2014, 2034; PRESTI, (nt. 14), 971; POLI, *L'amministrazione e il controllo nella nuova disciplina delle società cooperative*, in *Le cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Sandulli-Valensise, Milano, Franco Angeli, 2005, 185.

⁽¹⁹⁾ MARASÀ, (nt. 11), 536.

a fronte di una riduzione della concentrazione di potere del *management* (d.lgs. n. 27 gennaio 2010, n. 27; d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91 e l. 17 dicembre 2012, n. 221), voluta per le altre cooperative, sono state estese al *genus* delle cooperative di credito⁽²⁰⁾. Pertanto, in ordine alle banche popolari di gradi dimensioni, si è preferito adottare una soluzione definitiva, conducendole nell'alveo delle banche lucrative mediante operazioni straordinarie di trasformazione, ovvero anche di fusione alla quale prendano parte una o più banche popolari e da cui risultino società per azioni; per le altre, oltre ad agevolare la trasformazione volontaria, si è inciso significativamente sul catalogo delle norme del codice civile non applicabili alle banche popolari contenuto nel secondo comma dell'art. 150-*bis* t.u.b., eliminando un numero rilevante di disposizioni e rendendo, per tal via, la disciplina di tale categoria di banche mutualistiche molto più vicina a quella delle cooperative non bancarie, soprattutto per quel che attiene l'equilibrio tra assemblea, amministratori e organo di controllo. Queste scelte normative consentono di azzardare che forse il sistema giuridico stia raggiungendo, lentamente, il traguardo dell'espunzione delle banche popolari dall'impianto disciplinare cooperativistico, non senza pericolo che la proprietà di una parte rilevante del nostro sistema bancario possa trasferirsi a grandi banche internazionali⁽²¹⁾. Onde schivare, però, almeno nell'immediatezza della novella legislativa, il pericolo di scalate ostili, il legislatore, in sede di conversione in legge del decreto, ha concesso alle società per azioni risultanti dalla trasformazione di banche popolari, o da una fusione cui partecipino una o più banche popolari, di prevedere statutariamente che fino al termine indicato nello statuto, in ogni caso non successivo a ventiquattro mesi dalla entrata in vigore della l. 24 marzo 2015, n. 33, nessun soggetto avente diritto al voto possa esercitarlo, ad alcun titolo, per un quantitativo di azioni superiore al 5% del capitale sociale avente diritto al voto, fatta salva la facoltà di prevedere limiti più elevati.

2. *La trasformazione delle banche popolari in società per azioni.* — Il prolungato dibattito incentrato sulla debolezza della proprietà rispetto allo strapotere del *management*, stigmatizzato ormai come evidente difetto della *governance* delle banche popolari⁽²²⁾, soprattutto se di grandi dimensioni, ha dunque spronato il legislatore a imporre l'abbandono del modello cooperativistico a favore di quello lucrativo, percepito come prototipo organizzativo che

⁽²⁰⁾ Al riguardo, v. anche VELLA, (nt. 13), 962.

⁽²¹⁾ MARASÀ, *Voto plurimo, voto maggiorato e cooperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, 10; CAPO, *Spunti di riflessione da una teoria economica della cooperazione*, in BUONOCORE - JOSSA (a cura di), *Organizzazioni economiche non capitalistiche*, Bologna, Il Mulino, 2003, 59 e 67, sostiene che il *trend* normativo *post-codicistico* è sempre più orientato nel segno della capitalizzazione e della patrimonializzazione dell'impresa mutualistica, avvicinandola alle dinamiche gestionali proprie dei modelli capitalistici; pertanto, per offrire *chances* di sopravvivenza nella competizione economica alle cooperative, dotandole di armi che siano "al passo" con quelle nella disponibilità delle imprese "antagoniste", ne è derivata una graduale e sempre più profonda crisi di identità dello schema societario in discorso.

⁽²²⁾ VELLA, *Amministrazione e controllo nelle cooperative «s.p.a.» e «s.r.l.»*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, Giappichelli, 2004, 20.

naturalmente ispira gli amministratori a una gestione più efficiente della banca, giacché in caso di *performance* non in linea con le aspettative del mercato, maggiore è la probabilità di un cambiamento del controllo e quindi di sostituzione dei soggetti che gestiscono l'impresa stessa. E ciò, in continuità con quanto immaginato fin dalla riforma del 2003, allorché si è incoraggiata l'evoluzione delle società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente verso il modello lucrativo⁽²³⁾, esattamente in quelle disposizioni nelle quali si afferma l'idea che esse rappresentino una categoria a esaurimento, destinate alla trasformazione⁽²⁴⁾. Al momento è, quindi, prevalso il convincimento che gli istituti bancari di grandi dimensioni debbano smettere di usufruire di un modello organizzativo cooperativistico, le cui specificità siano in grado di interferire sulla loro efficienza, posizionamento nel mercato, potenzialità e attitudine alla crescita, giacché essi sono destinati a operare in un mercato competitivo basato su regole di capitalizzazione e finalità esclusivamente di remunerazione dell'investimento⁽²⁵⁾. L'aspirazione è di raggiungere un adeguato livello di trasparenza anche in questo specifico ambito del comparto creditizio italiano⁽²⁶⁾.

La trasformazione deve essere deliberata dall'assemblea convocata dall'organo amministrativo entro un anno dal superamento del valore massimo di attivo fissato nell'art. 29^{2-bis} t.u.b., secondo le modalità precisate nel rivisitato art. 31 t.u.b., il quale oltre a richiedere *quorum* costitutivi e deliberativi *ad hoc*, onde contenere al massimo il rischio che la trasformazione possa essere ostacolata da aggregazioni di soci di minoranza, rinvia anche agli artt. 56 e 57 t.u.b. per rinnovare l'attribuzione all'Autorità di vigilanza della specifica competenza ad accertare preventivamente che le relative modificazioni statutarie o le fusioni cui prendano parte banche popolari non contrastino con la sana e prudente ge-

⁽²³⁾ CAPRIGLIONE, (nt. 10), 143.

⁽²⁴⁾ PACIELLO, Sub art. 2545-decies - 2545-undecies, in PRESTI (a cura di), *Società cooperative*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari, Milano, Egea, 2007, 489; ID., *La trasformazione delle società cooperative*, in questa *Rivista*, 2005, I, 467; BASSI, *Appunti sulla natura giuridica delle cooperative «diverse» da quelle «a mutualità prevalente»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, 251; PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, Giappichelli, 2004, I.

⁽²⁵⁾ Del resto, è possibile cogliere una anticipazione di tale orientamento ideologico nelle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia (Titolo VII, cap. I, sez. II, par. I), allorché si procede ad equiparare le banche popolari alle banche-s.p.a. relativamente al minimo di capitale: CAPRIGLIONE, (nt. 10), 142; nonché, più in generale, BUONOCORE, *Riforma della cooperazione e identità cooperativa*, in *Organizzazioni economiche non capitalistiche*, a cura di Buonocore - Jossa, Bologna, Il Mulino, 2003, 78; il quale indicava una linea strategica di diversificazione normativa basata sulle «dimensioni» dei singoli enti cooperativi.

⁽²⁶⁾ Il 22 gennaio 2015 è stata presentata un'interrogazione parlamentare da Buonanno (E-000868-15) in merito alla presunta incompatibilità della riforma delle banche popolari con la legislazione bancaria dell'UE, in particolare della parte che interessa la trasformazione in società per azioni e la conseguente soppressione del c.d. voto capitario. Pregnante la risposta di J. Hill a nome della Commissione europea (E-000868/2015 del 25 marzo 2015) il quale precisa che «La Commissione ha attirato più volte l'attenzione delle autorità italiane sul modello di governance delle grandi banche popolari, che spesso operano in diversi paesi. Attualmente queste banche hanno più affinità con le banche commerciali normali che con le banche locali tradizionali di cui rappresentano l'evoluzione».

stione (27). A ciò deve aggiungersi che il rispetto dell'obbligo di trasformazione è salvaguardato dalla severità delle sanzioni derivanti dalla sua inosservanza. Se, infatti, entro un anno dal superamento del limite, l'attivo non è stato ridotto al di sotto della soglia (28), né è stata deliberata la trasformazione in società per azioni ovvero la liquidazione, alla Banca d'Italia compete l'adozione di provvedimenti, che in ragione delle circostanze e dell'entità del superamento della soglia, possono consistere nel divieto di intraprendere nuove operazioni *ex art.* 78 t.u.b., nell'amministrazione straordinaria, oppure nella proposta alla Banca centrale europea della revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e al Ministro dell'economia e finanze della l.c.a. Restano, altresì, fermi i poteri di intervento e sanzionatori specifici previsti nel t.u.b. a favore della Banca d'Italia, come ad esempio quello previsto nell'art. 28^{2-ter} che conferisce all'Autorità di vigilanza specifiche potestà regolamentari in tema di limitazione del diritto al rimborso delle azioni in caso di recesso a seguito di trasformazione, morte, esclusione del socio (art. 29^{2-ter} t.u.b.) (29). Evidentemente, il sistema sanzionatorio non troverà attuazione se la banca seguirà uno dei rimedi proposti espressamente dalla norma: ridurre l'attivo al di sotto della soglia, ovvero deliberare la liquidazione volontaria (30).

A proposito della possibilità di rinviare o limitare il diritto al rimborso delle azioni in caso di esercizio del diritto di recesso da parte del socio che non ha concorso alle deliberazioni riguardanti la trasformazione (morte (31) o esclusione), l'art. 28^{2-ter} t.u.b. affida alla Banca d'Italia il compito di prevederne le modalità, anche in deroga alle previsioni dettate dal codice civile per le società cooperative, «*laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca*» (32). E,

(27) COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, I, 581; PETRONZIO, *La riforma delle disciplina delle banche popolari nel d.l. 24 gennaio 2015*, n. 3, in *dirittobancario.it*, 2015.

(28) TROIANO, *Le misure urgenti di intervento sulle banche popolari: limite dimensionale e governance*, in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, Padova, Cedam, 2015, 81, osserva che il limite degli 8 miliardi costituisce un vincolo per lo sviluppo operativo delle banche popolari e potrebbe comportare strategie di contenimento.

(29) Le sanzioni tengono conto dell'eventualità in cui l'assemblea regolarmente convocata non deliberi la trasformazione; nulla è invece stabilito in caso di inerzia degli amministratori. In tal caso, IRRERA-POLLASTRO, *La riforma annunciata delle banche popolari*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, § 20, 13, oltre a configurare una ipotesi di responsabilità degli amministratori, tacciabili di gravi inadempienza nella gestione e perseguibili anche con la denuncia *ex art.* 2409 c.c., riconoscono alla Banca d'Italia, nella sua qualità di autorità di vigilanza, il potere di adottare misure specifiche che giungono fino alla facoltà di convocare il consiglio di amministrazione o di indire l'assemblea dei soci.

(30) La riduzione sotto soglia può avvenire, ad esempio, attraverso la cessione di uno o più rami d'azienda, ovvero con una operazione di scissione: IRRERA-POLLASTRO, (nt. 29), 12, i quali evidenziano che, in ogni caso, gli amministratori devono convocare l'assemblea dei soci affinché siano gli stessi a decidere se dar corso alla trasformazione, alla liquidazione o se fornire altri indirizzi agli amministratori.

(31) Il comma 2-ter dell'art. 28 t.u.b. è stato sostituito dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, che nel recepire la direttiva CRD IV ha incluso nei casi in cui è ammessa la limitazione anche la "morte".

(32) L'ultima parte dell'ultimo comma dell'art. 28 t.u.b. riconosce alla Banca d'Italia il potere di limitare il diritto al rimborso anche degli altri strumenti di capitale emessi. La Banca d'Italia nelle disposizioni di attuazione premette che le previsioni concernenti le limitazioni del rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale emessi dalle banche costituite in forma cooperativa, hanno lo scopo di assicurarne la conformità ai requisiti degli strumenti di capitale primario di classe 1 previsti

infatti, l'Autorità di vigilanza, nelle disposizioni di attuazione, prescrive che a tal fine si provveda introducendo in statuto una "clausola di mero adeguamento a disposizioni normative" che attribuisca all'organo di supervisione strategica — su proposta dell'organo con funzione di gestione, sentito l'organo con funzione di controllo — la facoltà di limitare o rinviare, in tutto o in parte e senza limiti di tempo, il rimborso delle azioni del socio uscente⁽³³⁾. Inoltre, la determinazione dei tempi e della misura del rimborso è assegnata ai competenti organi aziendali, i quali devono valutare sotto la propria responsabilità la compatibilità del rimborso con le condizioni di sana e prudente gestione⁽³⁴⁾.

La disciplina transitoria prevede inoltre che, soltanto in sede di prima applicazione del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, le banche popolari autorizzate al momento dell'entrata in vigore dello stesso debbano adeguarsi a quanto previsto nei nuovi commi 2-bis e 2-ter dell'art. 29 t.u.b., entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia ai sensi del medesimo art. 29, comma 2-*quater*. Tenuto conto che l'Autorità di vigilanza ha emanato le disposizioni di attuazione mediante il IX aggiornamento alla Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, ove si precisa che l'entrata in vigore della stessa è rinviata alla data dell'entrata in vigore del decreto legislativo di recepimento della direttiva 2013/36/UE (d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72)⁽³⁵⁾, l'adeguamento dovrà avvenire entro dicembre 2016. Il termine di diciotto mesi previsto per l'adeguamento *de quo*, non costituisce termine di efficacia della disciplina, che deve entrare comunque immediatamente in vigore.

La scelta di imporre *ex lege* la trasformazione alle banche popolari che superino una determinata soglia di attivo è il punto di arrivo di un dibattito che negli anni si è sviluppato in merito alla "sospetta" persistenza di «un ragionevole tasso di mutualità» in capo ad organizzazioni che per dimensioni e modalità di gestione appaiono sempre meno rispondenti alla massimizzazione degli interessi dei soci al conseguimento del beneficio mutualistico⁽³⁶⁾. La dottrina maggiori-

dal CRR (*Capital Requirements Regulation*) e dalle relative norme tecniche di attuazione. Al riguardo, ASSONIME, (nt. 1), 27, precisa che l'introduzione di questo potere si spiega nel contesto della nuova disciplina comunitaria sui requisiti di capitale delle banche e risulta funzionale a consentire che le azioni e gli altri strumenti di capitale possano acquisire, in virtù del limite al rimborso, quelle caratteristiche di stabilità idonee a consentirne la computabilità nel patrimonio di qualità primaria.

⁽³³⁾ La clausola deve, inoltre, specificare che le determinazioni sull'estensione del rinvio e sulla misura della limitazione del rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale siano assunte dall'organo con funzione di supervisione strategica tenendo conto della situazione prudenziale della banca, in conformità delle disposizioni della Banca d'Italia (cfr. art. 28^{2-ter} t.u.b. e Circolare n. 285, Parte Terza, Capitolo 4, Sezione III).

⁽³⁴⁾ ASSONIME, (nt. 1), 30, osserva che le misure di limitazione o di rinvio del diritto di rimborso devono essere assunte al fine di garantire, in un'ottica di corretta amministrazione, una sana e prudente gestione della banca, alla luce dei requisiti patrimoniali richiesti dalle disposizioni in materia prudenziale previste per le banche dalla disciplina comunitaria e nazionale.

⁽³⁵⁾ La direttiva 2013/36/UE sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento è stata recepita nel d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, entrato in vigore il 27 giugno 2015.

⁽³⁶⁾ BASSI, (nt. 24), 247, evidenzia che la riforma ha accentuato la lucratività nelle cooperative «diverse» e «il tasso di mutualità, in queste ultime, è variabile, ma *tendente a zero*»; FERRI, *Banca popolare*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 13, già sosteneva che le banche popolari avessero soltanto la «forma» ma non la «sostanza» della società cooperativa.

taria converge sul fatto che in molte banche popolari lo scopo mutualistico, presente forse nella fase genetica della società bancaria, si attenui gradualmente *durante societate*, fino a essere completamente rimpiazzato da uno scopo lucrativo, il che rende i profili strutturali e organizzativi delle società cooperative privi di alcuna legittima giustificazione⁽³⁷⁾; ciò sembra trovare riscontro principalmente (ma non solo!), nelle banche popolari di grandi dimensioni, anche quotate, talvolta appartenenti a gruppi di società che vedono aggregate società sia mutualistiche sia lucrative⁽³⁸⁾. Basti immaginare una banca popolare al vertice di un gruppo bancario per rendersi conto della difficoltà di cogliere connotazioni mutualistiche in punto di operatività concreta da parte della stessa. Eppure, non può trascurarsi che una volta imboccata questa strada, il percorso è breve per giungere a estendere le stesse conclusioni prima alle banche di credito cooperativo⁽³⁹⁾ e poi alle cooperative di consumo della grande distribuzione.

Vale, però, osservare che il recente intervento normativo è circoscritto all'individuazione di un mero parametro quantitativo, quello dell'«attivo della banca» popolare, al crescere del quale oltre una certa soglia, l'ordinamento impone la trasformazione in società per azioni, postulando che in tali circostanze l'esercizio di attività bancaria secondo il modello organizzativo cooperativistico non è più compatibile con le esigenze del settore creditizio⁽⁴⁰⁾. L'obbligo di trasformazione non è affatto subordinato al venir meno dei canoni tradizionali della mutualità che giustificano di norma l'appartenenza delle banche popolari alla categoria delle banche cooperative; mutualità che, seppur non prevalente, è comunque necessaria al fine della conservazione della qualifica di banca cooperativa⁽⁴¹⁾.

Al riguardo appare innegabile che più cresce il livello dimensionale di una banca popolare, più è agevole cogliere nell'attività della stessa l'avvicendamento

⁽³⁷⁾ SANTONI, (nt. 6), 510; MARASÀ, *Cooperative e mutualità: dalla riforma del codice alla legge n. 99/2009*, in *Studium iuris*, 2011, 145.

⁽³⁸⁾ RICCIARDIELLO, (nt. 12), 1081; CAPRIGLIONE, *La riforma delle "banche popolari"*, in *Riv. trim. di diritto dell'economia*, 2015, 10; RACUGNO, (nt. 3), 153; CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Milano, Giuffrè, 2005, 106.

⁽³⁹⁾ COSTI, (nt. 27), 580 sostiene che «la fissazione della soglia, al di là della opinabilità dei criteri adottati per la sua determinazione, non trovi una specifica giustificazione né nello scopo mutualistico né nello scopo lucrativo in quanto tali, ma si ricolleggi alla esigenza di assicurare una sufficiente patrimonializzazione delle imprese bancarie e un più efficiente governo delle stesse»; CAPRIGLIONE (nt. 38), 24, lamenta che la riforma del 2015 non abbia esteso il suo ambito di operatività anche alle banche di credito cooperativo, sostenendo che la mutualità prevalente non possa rappresentare un'esimente che giustifichi la sottrazione al processo di trasformazione al superamento di determinati livelli quantitativi di attivo.

⁽⁴⁰⁾ Il valore di otto miliardi di euro indicato nell'art. 29^{2-bis} t.u.b. è risultato ragionevole in considerazione dei dati statistici forniti dalla Banca d'Italia dai quali emerge che soltanto i primi dieci istituti, su un totale di 37, presentano attivi di gran lunga superiori alla soglia, distaccando di molto tutti gli altri. DI CIOMMO, (nt. 9), 196, osserva che il riferimento all'attivo della banca costituisce un criterio già usato, in Europa, per identificare le banche "significative" ai fini del *Single Supervisory Mechanism* (SSM). Anche in ambito nazionale il criterio non è nuovo in quanto già adoperato, insieme ad altri, per distinguere le banche di maggiori dimensioni.

⁽⁴¹⁾ BASSI, *Profili generali della riforma delle cooperative*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, vol. 4, Torino, Utet Giuridica, 2007, 575; *Id.*, (nt. 24), 248; SALAMONE, (nt. 14), 607, il quale discerne tra *identità funzionale* ed *identità organizzativa* per individuare il duplice livello di tipizzazione della società cooperativa; MARANO, (nt. 6), 576.

tra i segnali della mutualità con quelli della lucratività; ciononostante, è alquanto semplicistico ridurre tutto il dibattito sviluppatosi intorno alla ricerca dei fattori in cui è lecito rintracciare la mutualità delle banche popolari al mero superamento di un parametro dimensionale⁽⁴²⁾. Inoltre, per quelle al di sotto della soglia degli 8 miliardi di euro di attivo resta ancora immutato, e quindi irrisolto, il problema di dover scorgere gli indizi idonei a riscontrare comunque quel “ragionevole tasso di mutualità” — funzionale e/o strutturale — che ne giustifichi tutt’oggi la specialità di disciplina⁽⁴³⁾.

Infatti, premesso che il requisito della mutualità non prevalente consente alle banche popolari di esercitare il credito prescindendo sia dall’operatività a favore dei soci⁽⁴⁴⁾, sia dalla limitazione statutaria dei diritti capitalistici dei soci — salvo la destinazione del 10% degli utili netti annuali a riserva legale ai sensi dell’art. 32¹ t.u.b.⁽⁴⁵⁾ —, con la conseguente perdita del diritto di beneficiare delle disposizioni *fiscali* di carattere agevolativo (art. 28^{2-bis} t.u.b.; art. 223-*duodecies*⁶ disp. att. c.c.), resta comunque irrefutabile il conferimento della qualifica di banca “cooperativa”, che può essere contestata soltanto per carenza di qualsivoglia finalità mutualistica⁽⁴⁶⁾. È dunque certo che alle banche popolari non competono le agevolazioni di carattere tributario e sul punto il legislatore a più riprese è riuscito a fare chiarezza; diversamente ancora aperto appare il problema delle agevolazioni di “altra natura”, ad esempio quelle previdenziali, che sembrano comunque sopravvivere, nonostante lo *status* di cooperative a

⁽⁴²⁾ Diversamente, la scelta della soglia degli otto miliardi di euro è giudicata congrua e coerente da IRRERA-POLLASTRO, (nt. 29), 11, ritenendo che l’indicazione di un valore numerico e non di una variabile renda il *discrimen* assolutamente oggettivo e immune da eventuali errori, che finirebbero per condurre a potenziali disuguaglianze nell’assoggettamento alla norma.

⁽⁴³⁾ Incisivo BUTTARO, *Sulla «non diversa» natura delle casse rurali e delle banche popolari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, I, 178, allorché precisa che le banche popolari “devono” necessariamente perseguire uno scopo mutualistico e la situazione anomala in cui una o alcune banche dovessero non perseguirlo (o non perseguirlo più) varrà a provocare l’adozione delle relative sanzioni, ma «non potrà essere invocata per identificare la “categoria”, dato a che a questi effetti si deve avere riguardo unicamente alla fattispecie tipica considerata dal legislatore per ricollegarvi la relativa disciplina».

⁽⁴⁴⁾ Così, già, NICOLÒ, *Le casse rurali e le banche popolari hanno natura e funzioni diverse?*, in *Cooperaz. di credito*, 1969, 72.

⁽⁴⁵⁾ BASSI, *Sub art. 32*, in BELLI, CONTENTO, PATRONI GRIFFI, PORZIO, SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, Zanichelli, 2003, 502.

⁽⁴⁶⁾ COSTI, (nt. 27), 576; MARASÀ, (nt. 11), 527; SALERNO, *Il governo delle banche cooperative*, Milano, Giuffrè, 2012, 272, osserva che la iscrizione all’albo delle società cooperative introdotto con la l. 23 luglio 2009, n. 99 rileva quale presupposto per il riconoscimento delle agevolazioni di altra natura, rinvenibili, comunque, in ipotesi del tutto marginali; TOMBARI - MUGNAI, *Sub artt. 29-30*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di Porzio - Belli - Losappio - Rispoli - Santoro, Milano, Giuffrè, 2010, 278; BASSI, (nt. 24), 248, evidenzia che la riforma ha mantenuto alle cooperative diverse tutte le agevolazioni preesistenti (i.e.: agevolazioni previdenziali), tranne quelle di natura fiscale; OPPER, *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 757; ID., *Credito cooperativo e testo unico delle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 653. Sulla crisi della vocazione cooperativa delle banche popolari già ante riforma vedi: SANTORO, *Profili funzionali e operativi delle casse rurali e artigiane*, Milano, Giuffrè, 1984, 6 ss., ove anche riferimenti bibliografici.

In giurisprudenza, da ultima, Cass., 8 maggio 2015, n. 9404, in www.iusexplorer.it, ove espressamente si conferma la natura cooperativa delle banche popolari che ne giustifica la disciplina peculiare.

mutualità non prevalente⁽⁴⁷⁾, salvo che non si rintraccino norme speciali che riconoscano singole agevolazioni alle società cooperative *tout court*, oppure soltanto a talune categorie di imprese mutualistiche e, al contempo, escludano la possibilità che le banche popolari ne possano usufruire. Sarebbe comunque auspicabile un riordino delle agevolazioni di natura non fiscale, attraverso una seria indagine sulle numerose disposizioni che ne prevedono, affinché anche su queste il legislatore possa esprimersi, eliminando ogni ambiguità⁽⁴⁸⁾.

Comunque persiste “inalterata” la necessità di cogliere tracce di mutualità negli statuti delle banche popolari (che restano tali) tant’è che l’art. 150-*bis*² nella sua formulazione riformata, conferma l’applicabilità alle banche popolari di quegli articoli del codice civile che valgono a fugare qualsiasi dubbio in merito alla loro natura mutualistica. In particolare, ci si riferisce all’art. 2511, che detta la nozione di cooperativa come società a capitale variabile con *scopo mutualistico*, iscritte all’albo delle società cooperative; all’art. 2515, relativo all’obbligo che la denominazione della società contenga l’indicazione di *cooperativa*, la quale può essere usata solo da società che hanno *scopo mutualistico*⁽⁴⁹⁾; all’art. 2516, che attiene al rispetto del principio della *parità di trattamento nei rapporti mutualistici* con i soci; all’art. 2521, a proposito dell’obbligo di predisposizione delle regole statutarie per lo svolgimento dell’attività *mutualistica*; all’art. 2527¹, che affida all’atto costitutivo il compito di individuare i requisiti per l’ammissione di nuovi soci, secondo criteri coerenti con lo *scopo mutualistico*; all’art. 2545 che addebita agli amministratori e sindaci il compito di relazionare annualmente in ordine al conseguimento dello *scopo mutualistico*; all’art. 2545-*sexies* dedicato alla disciplina dei ristorni; all’art. 2545-*septies*, in tema di gruppo cooperativo paritetico⁽⁵⁰⁾.

La natura mutualistica *non prevalente* è, invece, attestata dalla esenzione dagli artt. 2512, 2513, 2514 c.c., norme tutte che hanno ragione di esistere per la categoria delle cooperative a *mutualità prevalente*, cui le banche popolari, in piena evidenza, non appartengono; coerentemente, l’art. 29⁴ t.u.b. le sottrae anche alla legge Basevi (d.lgs. 14 dicembre 1947, n. 1577)⁽⁵¹⁾.

A questo punto, una prima evidenza è che il dato positivo, nonostante l’aggiornamento effettuato dal d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, non contribuisca a dissipare i dubbi interpretativi in merito all’individuazione degli elementi in cui

⁽⁴⁷⁾ CAPO, (nt. 21), 70, ritiene che le “esternalità” positive che il fenomeno cooperativo complessivamente inteso si presta a produrre nell’ambito del tessuto socio-economico giustificano la fruizione da parte delle cooperative a mutualità non prevalente dei benefici “di altra natura”.

⁽⁴⁸⁾ È quanto già auspicava OPO al Convegno di studio su “Le banche cooperative e il nuovo diritto societario” tenutosi a Firenze il 16 ottobre 2004, i cui Atti sono stati pubblicati da Olschki, Firenze, 2004, 93, evidenziando la necessità di valorizzare le agevolazioni non fiscali, come quelle contributive e della opportunità di superare le incertezze esistenti su questo aspetto.

⁽⁴⁹⁾ Controverso è invece, se la società per azioni che risulti da una trasformazione di una banca popolare possa conservare nella denominazione l’aggettivo popolare. Per la tesi secondo cui una società per azioni bancaria non può, in sede di costituzione, includere nella propria denominazione la dizione di banca popolare, mentre questa può essere conservata in sede di assunzione successiva della forma di spa a seguito di trasformazione o fusione: ASSONIME, (nt. 1), 24.

⁽⁵⁰⁾ COSTI, (nt. 27), 577; TOMBARI - MUGNAI, (nt. 46), 282; BASSI, (nt. 24), 249.

⁽⁵¹⁾ BASSI, *Sub art. 29*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio, Santoro, Bologna, Zanichelli, 2003, 458.

si annida la pur necessaria mutualità delle banche popolari. A tal fine si fa generalmente ricorso alla nozione tradizionale di società mutualistica come organizzazione di attività d'impresa da parte di soggetti portatori di bisogni omogenei, volta alla produzione e allo scambio di beni e servizi destinati ai soci a condizioni di favore rispetto a quelle offerte sul mercato, individuando in ciò la gestione di servizio ⁽⁵²⁾, che nel caso delle banche cooperative andrebbe collegata principalmente alla erogazione del credito, ma anche ai rapporti di deposito e agli altri servizi bancari ⁽⁵³⁾. Nessuno nega che in una banca popolare possano convivere mutualità (essenziale) e lucratività (accidentale), senza alcun rapporto di prevalenza dell'una rispetto all'altra; scopi che la cooperativa persegue con una gestione indifferenziata con soci e non soci ⁽⁵⁴⁾. In dottrina si è consolidata l'idea, però, che, per coerenza alla vocazione mutualistica, le banche popolari, nelle operazioni attive e passive — al ricorrere di specifici presupposti per l'instaurazione e l'esecuzione del rapporto creditizio, riconducibili a esigenze tecniche dello svolgimento dell'attività bancaria ⁽⁵⁵⁾ —, avrebbero l'obbligo di agire per realizzare l'interesse dei soci che richiedono di fruire delle prestazioni mutualistiche e di attenersi al principio di parità di trattamento tra i soci ⁽⁵⁶⁾, stante comunque il rispetto della disciplina a tutela dei consumatori, che impone una certa standardizzazione dei servizi offerti dall'istituto di credito ai suoi

⁽⁵²⁾ OPPO, (nt. 46), 757, secondo il quale «la mutualità cooperativa non è fatta solo di una generica “funzione sociale” e di limitazione dell'utile; non è fatta di variabilità del capitale e di voto capitaro; non è fatta di attenzione a uno o altro territorio, momenti che hanno carattere strumentale rispetto al fine. È fatta di scambio mutualistico e di gestione di servizio, auspicabilmente di porta aperta e di ristorni»; SCHIRÒ, *Mutualità e scopo di lucro nelle cooperative settoriali*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, Padova, Cedam, 2004, 97; BONFANTE, *Delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Bonfante, Cottino, Cagnasso e Montalenti, Bologna, Zanichelli, 2004, 2430; ALBERICI, *Le cooperative di credito*, Milano, Franco Angeli, 1977, 15; BASSI, *Cooperazione e mutualità*, Napoli, Jovene, 1976, 42, nt. 10.

⁽⁵³⁾ Sulle origini della mutualità nel credito, CAMPOBELLO, *La funzione delle casse di risparmio nell'Italia liberale: l'evoluzione del loro status in un “percorso a ostacoli” tra beneficenza e credito*, in *NDS*, 2015, § 3, 9; SALAMONE, (nt. 14), 597; BASSI, *Le società cooperative*, Torino, Utet, 1995, 67; Id., *Tipicità e atipicità degli enti creditizi a forma cooperativa*, in *Riv. coop.*, 1993, 40.

⁽⁵⁴⁾ BOSI, *La riforma delle banche popolari quotate*, in *Banca impr. soc.*, 2012, 253; SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, in questa *Rivista*, 1997, I, 455 ss.; MAIMERI, *Le banche popolari, punti di contatto e di differenziazione con le casse di credito cooperativo*, in *Casse di credito cooperativo e riforma della legislazione bancaria*, a cura di Belli - Cateni - Santoro, Siena, Al.Sa.Ba., 1993, 91; COSTI, *Funzione mutualistica e imprenditorialità bancaria nell'ordinamento delle casse rurali e artigiane*, in *Mutualità e formazione del patrimonio nelle casse rurali e artigiane*, Milano, Giuffrè, 1986, 88.

⁽⁵⁵⁾ La cooperativa di credito deve accogliere la domanda del socio solo a condizione che questi dia sufficienti garanzie di essere in grado di effettuare la controprestazione. L'interesse della banca alla controprestazione del socio è certamente un interesse primario, una esigenza fondamentale che non può essere scavalcata dall'obbligo di agire. Il rischio dell'inadempimento della controparte, che il privato apprezza liberamente, deve anzi essere valutato con maggior rigore da parte degli organi sociali, perché se è vero che esiste l'interesse del socio richiedente alla prestazione, esiste pure l'interesse di tutti gli altri soci a che l'eventuale inadempimento del singolo non pregiudichi le ragioni degli altri. Così, BASSI, (nt. 52), 112.

⁽⁵⁶⁾ BUONOCORE, *Rapporto mutualistico e parità di trattamento*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 4, Torino, Utet Giuridica, 2007, 581; FAUCEGLIA, *Considerazioni sul principio della parità di trattamento dei soci di cooperativa*, in *Riv. della coop.*, 2004, § 4, 9.

utenti⁽⁵⁷⁾. Inoltre, nelle operazioni di impiego, in presenza di identiche condizioni e solvibilità, le banche popolari dovrebbero almeno preferire i soci ai terzi nell'ipotesi in cui non sia possibile accogliere la domanda simultanea di entrambi⁽⁵⁸⁾. Tuttavia, nella prassi, anche recentemente⁽⁵⁹⁾, i termini della questione vengono invertiti: alcune banche popolari, piuttosto di preoccuparsi di fornire erogazione di credito ai propri soci, a chiunque richieda finanziamenti, propone di sottoscrivere un finanziamento più elevato di quello necessario, in modo da impiegare il maggior importo ottenuto per acquistare azioni della banca stessa, con grave risvolto dell'aumento artificioso degli impieghi e del capitale.

Allo stato, a riprova della conformità alle regole cooperativistiche, è consuetudine statutaria delle banche popolari, la generica previsione della destinazione delle prestazioni della banca ai soci; piuttosto rara, in alternativa, la predisposizione di clausole che stabiliscono, a parità di condizioni o di garanzie offerte, l'accesso preferenziale ai servizi della banca per i soci, oppure il riconoscimento di condizioni più vantaggiose per i soci di quelle praticate ai terzi⁽⁶⁰⁾. Talvolta, avvalendosi della *facoltà* espressamente prevista nel sesto comma dell'art. 150-*bis* t.u.b., si provvede alla determinazione di criteri per la ripartizione dei ristorni ai soci⁽⁶¹⁾. Inoltre, è stata riscontrata la c.d. *mutualità esterna*, in casi del tutto marginali, attraverso il legame con il territorio, che si concretizza, certe volte, destinando una quota di utili al miglioramento del patrimonio collettivo della comunità in cui la banca popolare esercita la propria attività, palesando in tal caso una angolazione "altruistica" della mutualità, altre volte accordando finanziamenti alle piccole e medie imprese che operano nel territorio

⁽⁵⁷⁾ MARASÀ, *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 247; SANTORO, (nt. 46), 44, con riferimento alle Casse rurali e artigiane; BASSI, (nt. 52), 109, il quale precisa che l'obbligo di agire della società si risolve nell'obbligo di prendere in considerazione la domanda del socio, di determinare in relazione ad essa gli elementi dello scambio e di motivare l'eventuale rifiuto; BUTTARO, (nt. 43), 188, nt. 66, e 206, secondo il quale il vantaggio mutualistico è stato percepito nella circostanza che le banche popolari stipulano contratti di finanziamento di modesto importo con persone/soci che difficilmente otterrebbero credito da qualsiasi altra impresa bancaria ordinaria. Inoltre, mentre la banca popolare, una volta accertate le modalità e le condizioni cui è subordinata la concessione del "fido", non può opporre al socio un ingiustificato rifiuto di compiere l'operazione, la banca ordinaria non ha alcun obbligo di concludere il contratto con chi ne abbia fatta richiesta, essendo titolare di un potere assolutamente discrezionale.

⁽⁵⁸⁾ SALERNO, (nt. 46), 71, ove anche riferimenti bibliografici; BASSI, (nt. 52), 102; SANTORO, *La mutualità delle casse nel diritto transitorio*, in *Casse di credito cooperativo e riforma della legislazione bancaria*, a cura di Belli - Cateni - Santoro, Siena, Al.Sa.Ba., 1993, 33.

⁽⁵⁹⁾ LONGO, *Vuoi credito? Compra azioni. Ecco il «j'accuse» dei clienti*, in *Ilsole24ore* del 23 settembre 2015, 34.

⁽⁶⁰⁾ PIPITONE (a cura di), *Gli statuti delle banche popolari*, Roma, Ediced, 2008; SALAMONE, (nt. 14), 627.

⁽⁶¹⁾ PETRELLI, *Le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, Studio n. 5617/I approvato dalla Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 25 febbraio 2005, afferma che la possibilità di prevedere la ripartizione di ristorni implica l'esistenza di una gestione di servizio e quindi di rapporti mutualistici della banca popolare con i soci; pertanto il sesto comma dell'art. 150-*bis* t.u.b. rappresenta l'unica disposizione che si occupa esplicitamente della mutualità delle banche popolari; ROCCHI, *La nuova disciplina dei ristorni*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, Giappichelli, 2004, 66; BASSI, *Le cooperative tra dimensioni dell'impresa e guadagni dei soci: il problema dei ristorni nel pensiero degli economisti moderni*, in *Organizzazioni economiche non capitalistiche*, a cura di Buonocore e Jossa, Bologna, Il Mulino, 2003, 149.

di riferimento della banca stessa in misura di gran lunga superiore rispetto alla media degli impieghi del sistema bancario ⁽⁶²⁾.

3. *Il restyling della disciplina delle banche popolari “sotto soglia”: l’abilitazione all’emissione di strumenti finanziari.* — Se il risultato della trasformazione delle “grandi” banche popolari in società per azioni è stato raggiunto con modalità che non hanno pienamente convinto, margini di apprezzamento possono essere complessivamente espressi, invece, per gli interventi che incidono sulle regole di *corporate governance* delle banche popolari “sotto soglia” e che appaiono idonee a scuotere una situazione di *impasse* normativa che si è protratta per anni.

L’art. 1¹, lett. d) d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, ha disposto la modifica dell’art. 150-*bis* t.u.b. in modo da sdoppiare l’originario primo comma, contenente l’elenco delle norme del codice civile non applicabili a entrambe le banche cooperative, in due commi distinti: il primo dedicato esclusivamente alle banche di credito cooperativo e il secondo rivolto alle banche popolari.

La mini-riforma del 2015 non impatta, dunque, sulla disciplina delle banche di credito cooperativo, giacché soltanto nel successivo d.l. 14 febbraio 2016, n. 18 il legislatore, oltre a subordinare il rilascio dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria all’adesione ad un gruppo bancario cooperativo, opera una alterazione della lista delle disposizioni del codice civile che non si applicano a questa categoria di banche cooperative (art. 150-*bis*¹ t.u.b.), per le quali il requisito della mutualità prevalente costituisce un aspetto inderogabile, che si manifesta nell’esercizio del credito prevalentemente a favore dei soci, secondo quanto esplicitamente disposto nell’art. 35 t.u.b.; l’ordinamento tollera una temporanea sospensione dell’operatività prevalente a favore dei soci «unicamente qualora sussistano ragioni di stabilità» della banca, accertate dalla Banca d’Italia, la quale può autorizzare una operatività prevalente a favore di soggetti diversi dai soci. Pertanto, soltanto alle banche di credito cooperativo che abbinino all’esercizio del credito a favore prevalentemente dei soci, l’ottemperanza dei requisiti di cui all’art. 2514 c.c. — la cui applicabilità è fissata nell’art. 150-*bis*¹ t.u.b. —,

⁽⁶²⁾ Mentre la destinazione dell’attività allo sviluppo delle economie locali per le banche popolari è affidata unicamente alle previsioni statutarie, per quanto riguarda le banche di credito cooperativo il localismo è una connotazione recepita a livello normativo, quale requisito di cui all’art. 342 t.u.b. nonché nelle Istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia, Titolo VII, cap. I. Cfr.: MANCA, *Banche popolari: gli intrecci pericolosi (da tagliare)*, in www.ilcorriere.it del 15 gennaio 2015, secondo il quale il legame con il territorio che talvolta ha prodotto effetti virtuosi, grazie alla possibilità per la banca di conoscere le realtà imprenditoriali più serie ed affidabili, talaltri è divenuto fonte di inefficienza, se non addirittura di imbarazzanti scandali; LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in questa *Rivista*, 2015, I, 56; MARASÀ, (nt. 11), 527; QUADRIO CURZIO, *Introduzione. Le Banche Popolari cooperative quale paradigma di perdurante vitalità*, in QUADRIO CURZIO (a cura di), *Le Banche Popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, Milano, Franco Angeli, 2009, 9 ss.; CAPRIGLIONE, (nt. 10), 161, ritiene che il localismo vada oggi adeguatamente osservato alla luce dei mutamenti delle tecniche di distribuzione dei prodotti finanziari e all’affermazione di nuove tipologie operative: si pensi all’attività svolta *on line* (p. 163); BLANDINI, (nt. 11), 676, nt. 1, evidenzia che di fatto negli statuti delle banche popolari non risulta più presente alcun riferimento al localismo; FAUCEGLIA, *Esiste ancora il localismo delle banche popolari?*, in *Bancaria*, 1995, 66; BUTTARO, (nt. 43), 176.

competete la qualifica di cooperative a mutualità prevalente, da cui scaturisce, tra l'altro, il diritto di invocare le disposizioni fiscali di carattere agevolativo alla stregua dell'art. 28^{2-bis} t.u.b. (63).

Con la nuova versione del secondo comma dell'art. 150-bis t.u.b. il legislatore ha, invece, significativamente ampliato il numero delle norme del codice civile applicabili alle banche popolari.

Invero, già all'epoca della riforma della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative, si annunciava come imminente una riforma organica delle banche cooperative volta a estromettere definitivamente le banche popolari dall'alveo dei modelli cooperativi e a mantenere le sole banche di credito cooperativo nel movimento cooperativo (64) e ciò indusse il legislatore inizialmente a escludere del tutto le banche cooperative dalla riforma del 2003; infatti, la previsione di cui al secondo comma dell'art. 223-terdecies disp. att. c.c., rafforzando il principio della prevalenza della legislazione speciale, comportava una frattura tra la disciplina delle cooperative ordinarie e quella delle cooperative bancarie (65). Tuttavia, il venir meno dell'auspicato intervento riformatore *ad hoc* e il moltiplicarsi delle censure sollevate dagli studiosi sulla inadeguatezza e asimmetria del complessivo sistema normativo determinatesi a seguito della riforma del diritto societario, hanno spinto il legislatore a porvi rimedio con il successivo d. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310 che ha sostituito l'art. 223-terdecies disp.att. c.c. ed ha introdotto nel t.u.b. l'art. 150-bis, il quale, nella sua formulazione originaria, indicava, in dettaglio, le norme del codice civile non applicabili a entrambe le banche cooperative. Si è così consentito almeno un successivo parziale *enforcement* del sistema disciplinare riformato (66).

Neppure il recente d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 riesce ad attuare una svolta radicale nella disciplina delle banche popolari, benché almeno avvii, da una parte, il processo di trasformazione in società per azioni per quelle di grandi dimensioni, da un'altra, ritorni ad intervenire sull'art. 150-bis t.u.b., riducendo, nel secondo comma, considerevolmente il numero delle disposizioni del codice civile che non si applicano alle banche popolari; *a contrario*, tutte le norme del c.c. non espressamente ivi elencate, si presumono applicabili, purché non in contrasto con le norme di settore (artt. 28-37 t.u.b.) (67). Innegabilmente, ciò

(63) CUSA, *Il diritto delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Torino, Giappichelli, 2013, 83 ss.

(64) CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, Bari, Cacucci, 2001, 40; SALERNO, *La trasformazione delle banche popolari in società per azioni e lo «spirito della forma cooperativa»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, 337.

(65) BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, Giuffrè, 2004, 20, il quale giustifica la scelta di escludere le cooperative bancarie dalla riforma della disciplina delle società cooperative ordinarie sostenendo che, diversamente, perfino le banche di credito cooperativo avrebbero corso altrimenti il rischio di vedersi negare la qualifica stessa di cooperativa; CONDEMI, *L'esclusione dalla riforma societaria delle banche costituite in forma cooperativa: questioni interpretative e prospettive di intervento*, in *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione, Padova, Cedam, 2003, 218.

(66) SANTONI, (nt. 6), 506; TROISI, *Sub art. 150-bis t.u.b.*, in *Commentario Capriglione*, III ed., Padova, Cedam, 2012, vol. IV, 2467; SALERNO, (nt. 46), 7 ss. e spec. 17 s.

(67) ASSONIME, (nt. 1), 9; TOMBARI-MUGNAI, (nt. 46), 287; BLANDINI, (nt. 11), 679; CAPRIGLIONE, (nt. 10), 134; SALAMONE, (nt. 14), 615.

sollecita l'indagine sulla *ratio* che rende applicabile alle banche popolari talune disposizioni che fino ad oggi non lo erano per entrambe le banche cooperative, allo scopo di decifrare in che misura si sia concretizzata il preannunciato riassetto della disciplina di tale categoria di banche cooperative.

Ante omnia, si intende qui apprezzare la rilevanza che assume la facoltà riconosciuta alle banche popolari di emettere strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche amministrativi. Infatti, l'attuale art. 150-*bis*² t.u.b., ammette ormai l'applicabilità tanto dell'art. 2346⁶ c.c. (norma che abilita le società per azioni all'emissione di strumenti finanziari) quanto dell'art. 2526 c.c., (norma speciale che consente alle società cooperative l'emissione di strumenti finanziari), mentre conferma l'inapplicabilità dell'art. 2349² c.c., che seguita a escludere l'emissione di strumenti finanziari destinati ai prestatori di lavoro dipendenti della società o di società controllate.

La menzione concomitante delle due disposizioni che abilitano le società per azioni e le società mutualistiche all'emissione di strumenti finanziari è dovuta al fatto che la disciplina della prima rinvia esplicitamente all'altra: l'art. 2526¹ c.c. riconosce alle cooperative, infatti, la facoltà di prevedere statutariamente l'emissione di strumenti finanziari secondo la disciplina prevista per le società per azioni. La Banca d'Italia, nel dettare le disposizioni di attuazione del decreto, qualifica come "modifiche statutarie facoltative" quelle consistenti nell'introduzione di clausole nell'atto costitutivo che prevedono «l'emissione degli strumenti finanziari previsti dagli artt. 2346, sesto comma, e 2526 del cod. civ.» e ne ravvisa la competenza all'assemblea straordinaria⁽⁶⁸⁾.

La norma abilitante, *ictu oculi*, mira a favorire gli investimenti nel capitale delle banche popolari soprattutto da parte degli investitori istituzionali in occasione di operazioni di ricapitalizzazione, nel rispetto della struttura del modello organizzativo e della salvaguardia della trasparenza del mercato. In realtà, considerando che le banche (cooperative e non) hanno da sempre avuto la possibilità di reperire capitale di credito secondo diverse modalità (obbligazioni, certificati di deposito, buoni fruttiferi e altro)⁽⁶⁹⁾, ciò che rileva circa l'emissione di strumenti finanziari *ex art.* 2526 c.c. è la circostanza che, con previsione statutaria, è possibile concedere ai loro titolari diritti patrimoniali⁽⁷⁰⁾ o *anche* amministrativi e quindi convertire l'operazione di emissione in una manovra attraverso cui poter incidere sui tanto discussi squilibri di *governance* delle banche popolari. Si può così determinare la coesistenza tra soci cooperatori, attirati essenzialmente dalla *chance* di usufruire dei servizi della cooperativa di

⁽⁶⁸⁾ Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza per le banche, Aggiornamento al 9 giugno 2015 della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2015.

⁽⁶⁹⁾ DESIDERIO, *La riforma del diritto societario e la raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione, Padova, Cedam, 2003, 189 ss.; PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, Quaderni ANBP, Roma, 1997, 103 ss.; FAUCEGLIA, *Le obbligazioni emesse dalle banche*, Milano, Giuffrè, 2000, 147; CAMPOBASSO, *L'emissione di obbligazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 472.

⁽⁷⁰⁾ Ai possessori di strumenti finanziari non potranno essere riservati privilegi nella ripartizione degli utili e nel rimborso del capitale che si estendano fino ad intaccare le riserve indivisibili (*ex art.* 2545-*ter* c.c.). Così, IRRERA-POLLASTRO, (nt. 29), 23.

credito, soci finanziatori, interessati esclusivamente alla remunerazione dell'investimento, soci che sono contemporaneamente l'uno e l'altro, nonché possessori di strumenti finanziari non soci ⁽⁷¹⁾. A questo punto si potrebbe congetturare che siano venute meno anche le ragioni che giustificavano l'inapplicabilità degli artt. 4-6 della legge 31 gennaio 1992, n. 59 a proposito dell'emissione di azioni di sovvenzione e di partecipazione cooperativa ⁽⁷²⁾.

L'esatta portata dell'apertura da parte del legislatore a favore dell'emissione di strumenti finanziari va ancor più apprezzata se sistematicamente contrapposta alla assai circoscritta ammissibilità di tale facoltà per le banche di credito cooperativo. Relativamente a queste ultime, però, l'art. 150-ter t.u.b. (introdotto dal d.l. 24 giugno 2014, n. 91 conv. in l. 11 agosto 2014, n. 116 e modificato dal d.l. 14 febbraio 2016, n. 18) consente, attraverso una modifica statutaria l'emissione di *azioni di finanziamento* di cui all'art. 2526 c.c., soltanto ove queste «versino in una situazione di inadeguatezza patrimoniale, ovvero siano sottoposte ad amministrazione straordinaria»; l'emissione di tali azioni di finanziamento deve essere autorizzata dalla Banca d'Italia e sono sottoscrivibili unicamente da parte dei sistemi di garanzia istituiti tra banche di credito cooperativo e dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione di cui alla l. 31 gennaio 1992, n. 59, in deroga ai limiti di cui all'art. 34, commi secondo e quarto, nonché dalla capogruppo del gruppo bancario cooperativo a cui appartiene l'emittente (comma 4-bis del nuovo art. 150-ter t.u.f.); la sottoscrizione da parte della capogruppo può avvenire anche fuori dei casi di sottoposizione ad amministrazione straordinaria o di insufficienza patrimoniale. Ed ancora con riferimento alle banche di credito cooperativo, già la legge 23 dicembre 2009, n. 191, art. 2¹⁷², ha introdotto una ulteriore possibilità di emissione di azioni di finanziamento, per un periodo massimo di cinque anni dalla data dell'autorizzazione all'attività bancaria e sottoscrivibili soltanto da parte di fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione di cui alla legge 31 gennaio 1992, n. 59. Alle banche popolari, quindi, è ormai consentito incondizionatamente ciò che alle banche di credito cooperativo è permesso solo al verificarsi di particolari circostanze.

⁽⁷¹⁾ RACUGNO, (nt. 3), 153.

⁽⁷²⁾ Sulla funzione di raccolta di capitali attraverso azioni di sovvenzione e di partecipazione cooperativa, *ex multis*, BELVISO, (nt. 16), 91; RACUGNO, *I nuovi strumenti finanziari delle società cooperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 579; RAGAZZINI, *Nuove norme in tema di società cooperative. Commento alla legge 31 gennaio 1992, n. 59*, Bologna, Zanichelli, 2001, 146.

In merito all'inapplicabilità della legge 31 gennaio 1992, n. 59 alle banche popolari: CAPRIGLIONE, (nt. 10), 138, il quale ricorda che la legge 17 febbraio 1992, n. 207 ha regolato i titoli azionari delle società cooperative autorizzate all'esercizio dell'attività creditizia secondo una peculiare disciplina riservata alle banche popolari; MARANO, (nt. 6), 592; SALANITRO, *Profili normativi delle banche cooperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, 277; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, 185; TANTINI, *Le azioni delle banche popolari portatrici dei soli diritti patrimoniali come categoria nella legge 17 febbraio 1992, n. 207*, in questa *Rivista*, 1993, 641; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, in *Contr. e impresa*, 1993, 89; BASSI, *La riforma della legislazione sulle cooperative e la specificità delle casse rurali*, in *Casse di credito cooperativo e riforma della legislazione bancaria*, a cura di Belli - Cateni - Santoro, Siena, Al.Sa.Ba., 1993, 21; *Id.*, *La riforma delle cooperative. Commento alla legge 31 gennaio 1992, n. 59*, Milano, Giuffrè, 1992, 91; RACUGNO, *Novità in tema di banche popolari. La legge 17 febbraio 1992, n. 207*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 370.

Quanto, poi, al divieto di emissione di strumenti finanziari da assegnare ai prestatori di lavoro dipendenti della società o di società controllate *ex art. 2349² c.c.*, ne va rintracciata una probabile ragione nella diffusa presenza nella compagine sociale delle banche popolari della componente *ingombrante* dei “dipendenti-soci”. Infatti, il dipendente, se chiamato a esprimere il voto nell’assemblea convocata per la nomina di cariche sociali, tanto in qualità di azionista, quanto in quella di possessore di strumenti finanziari dotati di diritti amministrativi, potrebbe anteporre il proprio interesse personale a quello della società, privilegiando la nomina di quanti garantiscano la sua posizione lavorativa (mansioni, avanzamenti di carriera, retribuzione e quant’altro) anche a scapito dell’efficienza e della redditività dell’impresa bancaria ⁽⁷³⁾. Considerando che nelle società cooperative al socio è attribuito un diritto di voto che prescinde dalla consistenza dell’investimento effettuato, è ancor più plausibile che gli azionisti-dipendenti, magari titolari di poche azioni, prediligano amministratori che mostrino particolare benevolenza nei confronti del personale, benché meno dotati di specifiche competenze manageriali ⁽⁷⁴⁾. E proprio in considerazione del potenziale conflitto di interessi che viene a determinarsi con la società, non mancano clausole statutarie di banche popolari che privano del voto i dipendenti-soci, anche limitatamente al rinnovo delle cariche sociali e delle quali la giurisprudenza ne ha riscontrato la validità ⁽⁷⁵⁾.

In verità, in molte banche popolari i dipendenti-soci costituiscono una frazione rilevante del corpo elettorale degli amministratori e ciò fa sì, tra l’altro, che l’incidenza del costo del lavoro sia molto più alta che nelle altre banche. E non solo. È additato come vero e proprio *handicap* delle banche popolari il sovradimensionamento degli organi di governo, cui viene corrisposta, per di più, una retribuzione smisurata e ciò appare dovuto proprio al fatto che una porzione maggioritaria dei membri “inamovibili” di tali organi risulti composta anche da dipendenti-soci ⁽⁷⁶⁾. Non stupisce, perciò, che il legislatore, nonostante si astenga

⁽⁷³⁾ V. l’Audizione dei rappresentanti dell’Associazione nazionale di azionisti di banche popolari alla Commissione VI Finanze della Camera del 20 febbraio 2003, convocata per una indagine conoscitiva sulle banche popolari, ove il riferimento ad una figura molto particolare di banca, «*la banca popolare di Milano, nella quale la massa di manovra assembleare è rappresentata dai dipendenti*». Essa ha un problema diametralmente opposto rispetto alla gran parte delle banche popolari (il cui vertice risulta invariato per un lunghissimo periodo di tempo, senza ricambio, determinandosi un sistema oligarchico di conservazione delle posizioni): «un ricambio abbastanza rapido del management a fronte del quale, però, si pone, per il gruppo di piccoli e medi azionisti un fenomeno un po’ perverso; il *management*, che dovrebbe controllare e gestire il rapporto con i dipendenti, è, invece, fortissimamente espressione dei dipendenti stessi. Scherzosamente, si è parlato di un sindacato azionario piuttosto atipico, un sindacato fortemente sindacale».

⁽⁷⁴⁾ BERNARDINI, *Sul diritto di voto dei soci dipendenti nelle banche popolari*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 108, secondo il quale il conflitto tra interessi del dipendente-socio e società «potrebbe essere tanto più grave e pregiudizievole nell’ambito di una società cooperativa, in cui la limitata partecipazione capitalistica e il voto ugualitario per testa accentuano al massimo le posizioni personali, avulse dall’apporto di capitale di rischio».

⁽⁷⁵⁾ Pret. Udine, 13 aprile 1989, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 107.

⁽⁷⁶⁾ NIGRO, *La remunerazione degli amministratori e degli alti dirigenti delle banche*, in DI CATALDO (a cura di), *La governance delle società bancarie. Convegno in memoria di Niccolò Salanitro*, Milano, Giuffrè, 2014, 37; MARASÀ, (nt. 11), 525, il quale ricorda la ferma opposizione delle rappresentanze sindacali dei dipendenti soci alla trasformazione in società per azioni della Banca Popolare di Milano, banca quotata.

dall'azzardare un approccio risolutivo del problema, abbia scelto di ribadire l'inoperatività dell'art. 2349² c.c., scongiurando almeno l'introduzione di una nuova modalità attraverso cui ai prestatori di lavoro dipendenti della banca popolare (o di società controllate) possano essere accordati diritti amministrativi consistenti anche nella nomina di componenti degli organi sociali attraverso l'aggiudicazione di strumenti finanziari. In ciò potrebbe intravedersi quel che sopravvive dell'antico divieto previsto nell'articolo unico del r.d.l. 17 settembre 1925, n. 1735 a carico dei dipendenti-soci di cooperative di consumo di esercitare il voto nelle assemblee convocate per l'approvazione del bilancio e per la elezione degli amministratori e dei sindaci della cooperativa, a pena della nullità delle votazioni cui essi abbiano partecipato; precetto che in passato è stato ritenuto suscettibile di applicazione analogica anche alle banche popolari (77).

Ebbene, circa la rimozione dell'art. 2526 c.c. dall'elenco di cui all'art. 150-bis² t.u.b., come si è anticipato, si è qui inteso focalizzare l'attenzione sui particolari diritti amministrativi che la norma lascia delineare all'autonomia statutaria a favore dei possessori di strumenti finanziari, piuttosto che sulla *voluntas legis* di munire le banche popolari di ulteriori modalità di reperimento di capitale di credito (78). D'altronde, ai titolari di strumenti finanziari non si estende neppure il freno del voto unico a prescindere dal numero della azioni possedute previsto per il socio cooperatore dall'art. 2538² c.c., potendo essere accordato, complessivamente all'intera categoria dei possessori di strumenti finanziari, il diritto di esercitare un certo numero di voti, fino a un massimo di 1/3 dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti, ovvero rappresentati in ciascuna assemblea generale. La specialità della disciplina delineata nell'art. 2526 c.c., in deroga all'art. 2346⁶ c.c., prevede che il voto possa essere espresso anche nell'assemblea generale, ma ciò evidentemente soltanto se gli "strumentisti" dotati di diritto di voto rientrano nella categoria dei finanziatori "soci", sottoscrittori di azioni di finanziamento, cui è associato il rimborso previsto soltanto nelle ipotesi in cui è riconosciuto il diritto di recesso e secondo le modalità prescritte per l'esercizio di tale diritto (art. 2526⁵ c.c.) (79). Diversamente, i

(77) Il divieto è ritenuto suscettibile di applicazione analogica a tutte le cooperative, tranne quelle di produzione e lavoro e quelle in cui la prestazione d'opera del socio realizza direttamente lo scopo della sua partecipazione sociale: VERRUCOLI, (voce) *Cooperative*, in *Enc. del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 585. *Contra*, MONTEVERDE, *La votazione dei soci-dipendenti ed altre questioni (note a Pret. Novara, ord. 15 marzo 1988)*, in questa *Rivista*, 1988, II, 1021. La disposizione è stata considerata implicitamente abrogata da BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici (artt. 2511-2548)*, Milano, Giuffrè, 1988, 706; diversamente, TRIMARCHI, *Le nuove società cooperative*, Milano, Ipsoa, 2004, 137, nt. 11; BONFANTE, *Delle imprese cooperative. Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 1999, 578.

(78) Secondo ASSONIME, (nt. 1), 27, la novità recata dal d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 va colta in relazione alla possibilità di emettere strumenti finanziari diversi dai titoli di debito, tanto se questi abbiano natura di azioni lucrative quanto di strumenti finanziari partecipativi; in dottrina, MARASÀ, (nt. 21), 9, prospetta che per le azioni di finanziamento, sempre che sia stata statutariamente prevista la regola del voto proporzionale alla quota capitale, si possano profilare, almeno astrattamente, le stesse opportunità che la legge offre alle società per azioni, cioè sia il voto plurimo, sia il voto maggiorato.

(79) A favore della interpretazione secondo cui per strumenti finanziari debbano intendersi esclusivamente "azioni" destinate a "soci finanziatori", TONELLI, *Scambio mutualistico e rapporto sociale: interferenze e connessioni*, in *Le cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di

possessori di strumenti finanziari “non soci” dovranno necessariamente provvedere in una o più assemblee speciali *ex art.* 2541 c.c., norma divenuta applicabile alle banche popolari ⁽⁸⁰⁾. Ne dovrebbe conseguire un’auspicata involuzione del potere di direzione dei soci cooperatori, che dovrebbe riverberarsi fatalmente sulla *governance* democratica della banca cooperativa.

4. *Il coinvolgimento dei possessori di strumenti finanziari nell’esercizio del diritto di voto in occasione del rinnovo delle cariche sociali.* — Fin qui emerge che il legislatore non sembra preoccuparsi per nulla della circostanza che l’abilitazione all’emissione di strumenti finanziari possa far dubitare della natura cooperativa delle banche popolari, la cui mutualità “non prevalente” rassicura ormai sui tradizionali rilievi critici dovuti alla specialità di disciplina ⁽⁸¹⁾, mentre pare prioritariamente orientato ad appianare le difficoltà di gestione di tali imprese bancarie cooperative.

Orbene, coerentemente con questa logica, è stato abrogato l’art. 29³ t.u.b. che riservava la nomina dei membri degli organi di amministrazione e controllo esclusivamente ai competenti organi sociali, giacché è stata introdotta la possibilità di riservare statutariamente ai possessori di strumenti finanziari il diritto di eleggerne una quota, comunque non superiore a 1/3 del loro numero complessivo. Infatti, non sono più nominati nell’art. 150-*bis*² t.u.b. i commi primo e terzo ⁽⁸²⁾ dell’art. 2542 c.c., nonché il comma terzo dell’art. 2543 c.c., divenendo così disposizioni applicabili alle banche popolari. Ciò significa che la nomina degli amministratori e dei sindaci spetta all’assemblea (tranne i primi, nominati nell’atto costitutivo) e che lo statuto può attribuire ai possessori di strumenti finanziari il diritto di eleggerne una quota non superiore ad 1/3 del numero complessivo dei membri che compongono l’organo di gestione e di controllo. Viene fissato un tetto massimo al numero di amministratori e sindaci eleggibili da soggetti che possono anche essere privi dello *status* di socio e il rispetto del *plafond* legale deve essere calcolato facendo rientrare in siffatto numero anche

Sandulli - Valensise, Milano, Franco Angeli, 2005, 42, nt. 30. Di diverso avviso, nel senso che per strumenti finanziari *ex art.* 2526 c.c., nonostante l’infelice rubrica della norma che menziona i “soci finanziatori” e i sottoscrittori di “titoli di debito”, possa intendersi: azioni, obbligazioni e “strumenti finanziari” diversi da azioni ed obbligazioni: BARTALENA, *Sub art. 2519 - Norme applicabili*, in *Società cooperative*, a cura di Presti in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari, Milano, Egea, 2007, 103 ss.; LAMANDINI, *La capitalizzazione delle cooperative*, in *Le cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Sandulli - Valensise, Milano, Franco Angeli, 2005, 109 s.; CUSA, *Strumenti finanziari e soci finanziatori nelle cooperative*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, Giappichelli, 2004, 120; BONFANTE, *La compatibilità e/o l’applicabilità delle norme in materia di s.p.a. e s.r.l.*, *ivi*, 128; PRESTI, *Gli strumenti finanziari delle società cooperative*, *ivi*, 132 ss.; GIANNELLI, *Il ruolo degli investitori istituzionali*, *ivi*, 156.

⁽⁸⁰⁾ ASSONIME, (nt. 1), 5; FIENGO, *Nuovi e vecchi problemi in tema di nomina dell’organo di controllo nelle società cooperative*, in *Riv. dir. impr.*, 2014, 3, 465 ss., spec. 485; PRESTI, (nt. 79), 140.

⁽⁸¹⁾ BLANDINI, (nt. 11), 694.

⁽⁸²⁾ Il legislatore e la Banca d’Italia si riferiscono, evidentemente, all’attuale terzo comma dell’art. 2542 c.c., essendo stato soppresso l’originario terzo comma che prevedeva limiti al cumulo delle cariche degli amministratori. Di quest’avviso anche la Banca d’Italia nelle disposizioni di attuazione. Diversamente, MARASÀ, (nt. 21), 9, nt. 24; IRRERA-POLLASTRO, (nt. 29), 24 s.

l'eventuale componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o del collegio sindacale nominato *ex art.* 2351⁵ c.c. (83).

La restrizione ad 1/3 dei componenti degli organi sociali che possono essere nominati dai possessori di strumenti finanziari è riproposta nell'art. 2544² c.c. relativamente al sistema di amministrazione dualistico e nell'art. 2544³ c.c. quanto al sistema monistico, entrambe disposizioni oggi applicabili alle banche popolari perché eliminate dall'art. 150-*bis*² t.u.b.

Secondo le disposizioni di attuazione della Banca d'Italia «l'attribuzione, ai possessori degli strumenti finanziari del diritto di eleggere fino a un terzo degli amministratori e dei componenti dell'organo di controllo (cfr. artt. 2542, terzo comma, e 2543, terzo comma, cod. civ.)», configura una modifica statutaria facoltativa, connessa a nuove facoltà consentite dalla riforma alle banche popolari, la cui attivazione richieda apposite previsioni statutarie. Le relative deliberazioni sono, quindi, di competenza dell'assemblea straordinaria.

Viceversa, i commi secondo e quarto dell'art. 2542 c.c. sono menzionati nell'art. 150-*bis*² t.u.b. tra le disposizioni non applicabili alle banche popolari; pertanto non sussiste più l'obbligo di scegliere la maggioranza degli amministratori tra i soci cooperatori ovvero tra le persone indicate dai soci cooperatori-persone giuridiche ed è negata la possibilità di assegnare statutariamente la nomina di una minoranza di amministratori allo Stato o a enti pubblici (84). In questo caso, le disposizioni di attuazione della Banca d'Italia richiedono l'eliminazione, laddove presente, della clausola statutaria che imponga la scelta della maggioranza degli amministratori tra i soci cooperatori o tra le persone indicate dai soci cooperatori-persone giuridiche, qualificandola "modifica statutaria di mero adeguamento a disposizioni normative"; «le modifiche statutarie rientranti in questa categoria sono deliberate dall'organo amministrativo (oppure, nelle banche che adottano il modello dualistico, dal consiglio di sorveglianza o dal consiglio di gestione) se tale competenza è ad esso attribuita dallo statuto in conformità dell'art. 2365, secondo comma, del cod. civ.».

Analogamente continuano a essere citati nell'art. 150-*bis*² t.u.b. i commi primo e secondo dell'art. 2543 c.c., il che lascia sopravvivere l'obbligo di nomina del collegio sindacale per tutte le banche popolari, giacché l'art. 29¹ t.u.b. impone l'adozione del modello della cooperativa azionaria, comportando l'applicabilità della disciplina delle società per azioni (85). Anzi, proprio la non compatibilità con l'art. 29¹ t.u.b. del modello della s.r.l. spiega, poi, l'inclusione dell'art. 2519² c.c. nello spettro delle disposizioni non applicabili alle banche popolari *ex art.* 150-*bis*² t.u.b.

Non sembra, dunque, possibile ricusare l'idea che il coinvolgimento dei possessori di strumenti finanziari nell'esercizio del diritto di voto in occasione del

(83) TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Trattato di dir. civ. comm.*, coordinato da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2011, 471; CECCHERINI - SCHIRÒ, *Società cooperative e mutue assicuratrici (artt. 2511 - 2548 c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, Giuffrè, 2008, 176; LAMANDINI, *Gli strumenti finanziari emessi dalle società cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 226; PRESTI, (nt. 14), 992.

(84) *Contra*, IRRERA-POLLASTRO, (nt. 29), 24.

(85) SALERNO, (nt. 46), 225.

rinnovo delle cariche sociali rappresenti una delle novità significative del d.lgs. 24 gennaio 2015, n. 3, principalmente per le implicazioni in punto di *governance* della società. Precisamente, è stato esteso alle banche popolari uno degli aspetti salienti della riforma del diritto societario, inerente la conformazione finanziaria delle società cooperative azionarie, con connesso accrescimento del potere decisionale di soggetti allettati da esigenze puramente speculative⁽⁸⁶⁾.

5. *Le altre disposizioni del codice civile applicabili alle banche popolari.* — Di là dalla possibilità di accordare statutariamente ai portatori di strumenti finanziari anche diritti amministrativi, con il proposito di beneficiare degli effetti che ciò provoca sull'impianto organizzativo della banca, il legislatore ha usufruito dell'opportunità di applicare a siffatte imprese bancarie altre disposizioni del codice civile che la riforma del diritto societario ha ritoccato per rettificare norme ritenute fonte di specifici problemi di *governance* delle società cooperative ordinarie⁽⁸⁷⁾.

Dapprima giova segnalare l'art. 2538 c.c., il cui terzo comma finora non è stato applicabile a entrambe le cooperative di credito⁽⁸⁸⁾, mentre attualmente, ai soci cooperatori persone giuridiche delle banche popolari l'atto costitutivo può attribuire un voto plurimo, allo scopo di ottenere l'effetto di una ragionevole attenuazione di uno degli ostacoli alla loro contendibilità⁽⁸⁹⁾. Ebbene, non può sfuggire che questa prima deroga al principio del voto capitario sembra mettere in moto un processo, probabilmente non ancora definitivo, volto ad assegnare un potere decisionale di maggior peso agli investitori istituzionali.

Peraltro, la scelta della liceità del voto plurimo viene a immettersi in un sistema disciplinare che già contempla l'art. 30^{5-bis} t.u.b. (introdotto dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221), il quale lascia configurare un'altra deroga al voto capitario attraverso la previsione statutaria che subordina l'ammissione di un nuovo socio, oltre che a requisiti soggettivi, al possesso di un numero minimo di azioni (possibilità che il d.l. n. 18/2016 oggi estende anche alle banche di credito cooperativo mediante l'introduzione del comma 4-*bis* nell'art. 34 t.u.b.)⁽⁹⁰⁾. Inoltre, la legittimazione del voto plurimo va ad affiancare anche quegli strumenti di *shareholder engagement* già noti al nostro

⁽⁸⁶⁾ LAMANDINI, *La riforma della struttura finanziaria delle cooperative: azioni e ibridi verso la quotazione?*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, Giappichelli, 2004, 109.

⁽⁸⁷⁾ È proseguito quel processo che CAPO, (nt. 21), 69, definiva «di marcata “contaminazione” della fattispecie “originaria” con elementi tipici dell’impresa “capitalistica”».

⁽⁸⁸⁾ MARASÀ, (nt. 11), 524, spec. 528 a proposito del voto lista delle banche popolari quotate.

⁽⁸⁹⁾ La Banca d'Italia include tra le “modifiche statutarie facoltative” anche quella concernente l'attribuzione ai soci cooperatori persone giuridiche di più voti, ma non oltre cinque, in relazione all'ammontare della quota oppure al numero dei loro membri ai sensi dell'art. 2538³ c.c. e puntualizza che queste sono di competenza dell'assemblea straordinaria.

⁽⁹⁰⁾ Sulla ulteriore misura volta al potenziamento patrimoniale delle banche popolari, attraverso l'innalzamento dei limiti al possesso azionario di cui all'art. 30 t.u.b. introdotta dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221: DI CIOMMO, (nt. 9), 194; SEMINARA, (nt. 9), 467; MARASÀ, (nt. 11), 534, il quale sostiene che tali disposizioni non risultano idonee a ripristinare un minimo di proporzione tra entità dell'investimento e potere decisionale delle banche; SANTONI, (nt. 6), 507.

sistema ordinamentale e applicabili alle banche popolari, rappresentati dal voto per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione (art. 2538⁶ c.c.) (91). Alcuni studiosi lamentano, al riguardo, che tale incentivazione della partecipazione dei soci all'assemblea non sia supportata dal potere informativo di cui all'art. 2545-bis c.c. (92). Tuttavia il legislatore ha lasciato che nell'art. 150-bis² t.u.b. sia ancora nominato l'art. 2545-bis c.c. come disposizione non applicabile alle banche popolari; probabilmente ha reputato confacente ad appagare le esigenze informative dei soci la sequenza delle informazioni contenute nella relazione annuale sul carattere mutualistico delle cooperative ex art. 2545 c.c., la cui redazione da sempre è richiesta anche agli amministratori delle banche cooperative (93).

Senza rinunciare ad appropriarsi di altre modalità attraverso cui incoraggiare i soci a partecipare all'assemblea, in vista di una graduale attenuazione dello strapotere dagli organi di governo delle banche popolari, il decreto 24 gennaio 2015, n. 3 interviene anche in materia di deleghe di voto, introducendo nel comma 2-bis dell'art. 150-bis t.u.b. una espressa deroga all'art. 2539¹ c.c., che consente, nelle società cooperative non bancarie disciplinate dalle norme sulla società per azioni, a ciascun socio di rappresentare fino ad un massimo di dieci soci (94). Il nuovo comma 2-bis dell'art. 150-bis t.u.b. affida agli statuti delle banche popolari il compito di fissare il numero massimo di deleghe che possono essere conferite al singolo socio, sempre che detto numero non sia inferiore a dieci e superiore a venti (95). In luogo, cioè, del vecchio limite massimo, fissato dall'ordinamento, di dieci deleghe conferibili a ciascun socio, si è dunque passati ad un numero di deleghe che oscilla tra dieci e venti, da prevedere in apposita clausola statutaria; è stato, invece, scartato il criterio percentuale, già esistente in altre disposizioni, che secondo la dottrina sarebbe stato più rispondente a realtà di diverse dimensioni (96).

Quanto alle deleghe di voto, la Banca d'Italia, nelle disposizioni di attuazione, colloca tra le «modifiche statutarie obbligatorie ma non aventi carattere di mero adeguamento a disposizioni normative» quella in cui si fissa il numero massimo di deleghe che possono essere conferite a ciascun socio; l'assemblea specifica tale numero in una misura in ogni caso non inferiore a dieci e non superiore a venti (97). La deliberazione delle modifiche della specie è riservata

(91) COSTI, (nt. 12), 236; TRIMARCHI, (nt. 77), 139.

(92) VELLA, (nt. 13), 952; CASALE, (nt. 38), 107 s.

(93) APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1996, I, 215, evidenzia che l'assenza dei diritti di informazione dei soci è contemperata dal controllo eseguito dalla Banca d'Italia.

(94) MARASÀ, (nt. 11), 534.

(95) Con l'art. 150-bis^{2-bis} t.u.b. si è almeno accorciata la distanza con la disciplina delle società per azioni (art. 2372⁶ c.c.), mentre rimane inalterata l'esclusione dall'applicazione della disciplina delle deleghe di voto contenuta nel t.u.f. relativamente alle cooperative quotate (art. 137⁴).

(96) Di quest'avviso, VELLA, (nt. 22), 21. Cfr. COSTI, (nt. 12), 236.

(97) COSTI, (nt. 27), 583, si chiede: «Quale sarà il numero delle deleghe che potranno essere attribuite ad un socio per l'assemblea che, modificando lo statuto, introdurrà il nuovo limite al numero delle stesse?». Egli ritiene che anche in quell'assemblea le deleghe conferibili possano essere venti, essendo questo l'unico limite posto all'autonomia privata del socio dalla norma in esame, pur convinto sul punto la stessa è del tutto carente.

alla competenza dell'assemblea straordinaria; può essere adottata con la procedura semplificata (deliberate dall'organo amministrativo) qualora essa consista nel mero adeguamento al numero minimo di deleghe previsto dalla legge.

Pur persuasi che la partecipazione dei soci all'assemblea, indifferentemente se diretta ovvero indiretta, debba essere comunque caldeggiata e che in questa prospettiva non vada disdegnata l'apertura del sistema all'incremento del numero delle deleghe attribuibili a ciascun socio, non di meno perdura la consapevolezza del rischio che l'utilizzazione travisata della concentrazione di voti in capo ad un gruppo di soci, compiacenti con gli amministratori in carica, possa tralignare nel rafforzamento del potere di questi ultimi.

Ed ancora nel solco del riequilibrio del sistema organizzativo delle banche popolari, suffragando l'avversione alla cristallizzazione del potere in capo agli amministratori, il nuovo secondo comma dell'art. 150-*bis* t.u.b. aggiunge tra le disposizioni del codice civile inapplicabili alle banche popolari l'art. 2530¹ c.c., eliminando così la necessità di un preventivo «nulla osta» degli amministratori affinché l'eventuale cessione di azioni già esistenti abbia effetto nei confronti della società⁽⁹⁸⁾. Allo stesso tempo è confermata l'applicabilità del quinto comma dell'art. 2528 c.c., il quale impone agli amministratori di illustrare nella relazione al bilancio le ragioni delle determinazioni assunte in materia di ammissione di nuovi soci. Il proponimento è quello di evitare che gli amministratori ammettano nuovi soci, formalmente in possesso dei requisiti statutari, ma sostanzialmente non interessati ad usufruire del rapporto mutualistico, soltanto per assicurarsi un elettorato attivo più numeroso; obiettivo, però, che nella prassi può essere inficiato dall'infondatezza delle informazioni rese e dall'incertezza di quel che consegue alla violazione dell'obbligo⁽⁹⁹⁾.

Invece sia i commi terzo e quarto dell'art. 2528 c.c., relativamente all'ingresso di nuovi soci, sia i commi secondo, terzo, quarto e quinto dell'art. 2530 c.c., con riferimento al trasferimento di azioni già esistenti, seguitano a non essere applicabili alle banche popolari, perché incompatibili con l'art. 30⁵ t.u.b.⁽¹⁰⁰⁾. A ciò viene ad aggiungersi l'incompatibilità che gli artt. 29² e 30² t.u.b. presentano rispetto all'art. 2525¹⁻⁴ c.c., la cui inapplicabilità alle banche popolari è, infatti, confermata nell'attuale art. 150-*bis*² t.u.b. La disciplina delle banche popolari mostra, in ciò, tratti di indipendenza rispetto alla disciplina codicistica delle cooperative, che si è ampliata nel tempo a causa dello stratificarsi di una pluralità di interventi normativi⁽¹⁰¹⁾. Se, difatti, in passato è stato possibile osservare maggior vigore nella salvaguardia degli interessi dell'aspirante socio contenuta nel t.u.b. rispetto a quella del codice civile, in seguito alla

⁽⁹⁸⁾ Non è confluito nell'elenco di cui all'art. 150-*bis*² il co. 6 della medesima disposizione, il che conferisce legittimità a eventuali clausole statutarie che proibiscano la cessione delle azioni, anche se in tal caso la norma riconosce al socio il diritto di recedere dalla società, con preavviso di novanta giorni, non prima che siano decorsi due anni dall'ingresso del socio in società.

⁽⁹⁹⁾ SALERNO, (nt. 46), 147.

⁽¹⁰⁰⁾ COSTA, *La riforma delle società e le banche cooperative*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 4, Torino, Utet Giuridica, 2007, 1131.

⁽¹⁰¹⁾ SANTONI, (nt. 6), 506.

riforma del 2003 si è verificata una inversione di rotta. In dettaglio, mentre l'obbligo per il consiglio di amministrazione di motivare l'eventuale rigetto della domanda è comune sia alla disciplina del codice civile (art. 2528³ e 2530⁵) sia a quella del t.u.b. (art. 30⁵) (102), soltanto il primo prevede ulteriori misure a tutela del socio. Infatti, il codice civile, nell'art. 2528⁴ c.c., con la verifica assembleare delle ragioni del socio respinto, erge una barriera alla discrezionalità dell'organo amministrativo, dal momento che l'assemblea ha il potere di decidere direttamente l'accoglimento della domanda di ammissione (103); pertanto, la riforma del diritto societario ha potenziato le competenze assembleari delle cooperative ordinarie in materia di gestione della porta aperta, determinando un riequilibrio dell'organizzazione su base corporativa. Inoltre, nell'art. 2530⁵ c.c. tutela il socio cui è stata negata l'autorizzazione alla cessione delle azioni con la possibilità di ricorrere perfino all'autorità giudiziaria, la quale non può però disporre l'iscrizione coattiva dell'aspirante socio nel libro dei soci, ma può riconoscere il diritto al risarcimento (104) e, infine, nell'art. 2545-*sexiesdecies*⁵ c.c. giustifica poteri sanzionatori assegnati all'Autorità di vigilanza in ipotesi di accertamento di irregolarità nelle procedure di ammissione di nuovi soci.

Diversamente, il t.u.b., nell'art. 30⁵, concede all'aspirante socio il riesame della domanda di ammissione, ma demanda questo compito comunque agli amministratori (105); inoltre, il riesame è subordinato alla richiesta del collegio dei probiviri, che per effetto di questa disposizione, come evidenziato in dottrina, è divenuto un organo necessario e non solo eventuale (106). Neppure d'ausilio a far recuperare incisività alla disciplina del t.u.b. risulta l'art. 30⁶, il quale consente agli acquirenti di una partecipazione in una banca popolare, in caso di rifiuto del gradimento da parte del consiglio di amministrazione, di esercitare comunque i diritti aventi contenuto patrimoniale relativi alle azioni possedute (107). Invero, la scissione dei diritti patrimoniali e dei diritti amministrativi prevista dalla l. 17 febbraio 1992, n. 207 (art. 1⁵), risponde adeguatamente alla necessità di garantire la libera circolazione delle azioni delle banche popolari quotate, mentre non trova convincente giustificazione per le realtà di medio/piccole dimensioni, non quotate. Infatti, è stato autorevolmente evidenziato che, la disposizione, piuttosto che perseguire l'obiettivo di tutelare il principio della porta aperta, appare volta a valorizzare la libera circolazione delle azioni delle banche popolari, facendo assumere alla partecipazione a banche popolari la

(102) L'art. 30⁵ t.u.b. adotta l'unico accorgimento di richiedere agli amministratori di motivare il rigetto delle domande di ammissione a socio «avendo riguardo all'interesse della società, alle prescrizioni statutarie ed allo spirito della forma cooperativa».

(103) LUBRANO DI SCORPANELLO, *Irregolarità nel procedimento di ammissione di nuovi soci*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 4, Torino, Utet Giuridica, 2007, 842; MAZZONI, *La porta aperta delle cooperative*, ivi, 789; VELLA, (nt. 13), 955.

(104) MARASÀ, (nt. 11), 523.

(105) PENNISI, *Il rifiuto del gradimento fondato sull'«interesse della società» e sullo «spirito della forma cooperativa» nelle banche popolari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, 693.

(106) TOMBARI-MUGNAI, (nt. 46), 14; CECCHERINI, *Le società cooperative*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da Bessone, Torino, 1999, 258.

(107) DI CECCO, (nt. 10), 57.

funzione di “forma di investimento” ⁽¹⁰⁸⁾. Tra l’altro, anche nelle normali cooperative, il rifiuto di gradimento non incide sull’efficacia del trasferimento tra le parti, ben potendo il cedente riservare al cessionario ogni beneficio e decisione meramente patrimoniale ⁽¹⁰⁹⁾.

Pertanto sorprende che il legislatore abbia rinunciato, in occasione della recente novella, all’opportunità di trarre vantaggio dall’ampliamento dei poteri dell’assemblea nell’ipotesi di rigetto della domanda di ammissione a socio, per la conseguente possibilità di condizionare la gestione della porta aperta, e ciò dopo aver, invece, fatto ampio ricorso ad una serie di altri strumenti pensati in seno alla riforma del diritto societario per le cooperative ordinarie, estendendoli alle banche popolari in vista dei potenziali effetti migliorativi che tali misure producono sul piano della *corporate governance*.

CRISTIANA FIENGO

Abstract

The paper deals with the “banche popolari” italian law reform (decree-law n. 3/2015 converted into law n. 33/2015). The new legislation, so called “Investment compact”, requires the transformation of the biggest “banche popolari” into “società per azioni”. At the same time, the new law amends the rules regarding the banks that remain cooperative: for them it allows the issue of financial tools. The paper highlights the effects of the law reform on the cooperative banks’ corporate governance.

⁽¹⁰⁸⁾ MARASÀ, (nt. 11), 540; PIPITONE, Sub art. 30, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni*, a cura di Costa, Torino, Giappichelli, 2013, 256.

⁽¹⁰⁹⁾ Diversamente, sulla piena applicabilità dell’art. 30⁶ t.u.b. alla sola fattispecie del trasferimento di azioni e alla non applicabilità per intero alla fattispecie dell’ammissione di nuovi soci: DE LILLO, *Banche cooperative*, in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Capriglione, Padova, Cedam, 2000, 132.