

Marco Lamandini

**IL GRUPPO BANCARIO PARITETICO:
PROFILI DI DIRITTO SOCIETARIO E
*ANTITRUST***

Estratto



IL GRUPPO BANCARIO PARITETICO:
PROFILI DI DIRITTO SOCIETARIO E ANTITRUST (*)

1. Anche questo mio intervento — come quello, anche logicamente antecedente, del prof. Costi che mi ha preceduto — muove da un'affermazione e da un interrogativo. L'affermazione è la seguente: la struttura organizzativa « a rete » del credito cooperativo, pur nella maggiore articolazione delle funzioni istituzionali e imprenditoriali quale risulta a seguito delle iniziative assunte a livello nazionale e regionale dopo il Convegno di Riva del Garda del 1999 (si pensi a Iside s.p.a. per la gestione di rete dei sistemi informativi; a Soar, Cedecra, SBA per la scissione dalle Federazioni regionali dei servizi di « *back office* ») nonché delle parallele iniziative trentine (si pensi a Phoenix s.p.a.), non è idonea a costituire, di per sé, un gruppo di imprese. Essa è espressione non di « un'impresa di sistema » ma di un « sistema di imprese », che attraverso le strutture federali — associative o imprenditoriali — faticosamente aspira a cogliere (solo) talune economie di scala e di produzione congiunta con riguardo ad alcune attività di supporto dell'attività caratteristica nonché con riguardo a talune linee di prodotto bancario, senza tuttavia dare luogo ad una unitaria impresa di gruppo. Questo « sistema a rete » — per quanto verosimilmente suscettibile di arricchirsi di qualche ulteriore tassello organizzativo — ha potenzialità di sviluppo normativamente limitate. La disciplina *antitrust*, e in particolare, quella in materia di intese, come hanno dimostrato in modo esemplare i tre provvedimenti della Banca d'Italia che hanno riguardato banche di credito cooperativo (e segnatamente il provv. n. 45/2002, *Banca Valdichiana, Banca di Montepulciano e Federazione Toscana*; il provv. n. 34/2000, *Banca popolare di Bergamo e Banca della Bergamasca* e il provv. n. 25/1999, *Federazione Raiffeisen dell'Alto Adige*), si erge infatti ad insuperabile ostacolo per ogni forma di concertazione di sistema che, nell'attuale contesto organizzativo, pretenda di coordinare l'azione commerciale delle banche aderenti, specie con riguardo alle politiche di espansione territoriale e di

fissazione di prezzi o di condizioni uniformi. Con un'importante avvertenza: la Banca d'Italia nel provv. n. 45 del 2002 (in linea con quanto rilevato anche dall'Autorità garante nel parere obbligatorio reso ai sensi dell'art. 20 della legge), pur opportunamente riconoscendo l'importante ruolo svolto per il sistema delle banche di credito cooperativo dalle strutture federali, le quali « apportano conoscenze e professionalità che consentono alla bcc di mantenere competitività e adeguata diversificazione dell'offerta alla clientela nonostante le ridotte dimensioni e il carattere localistico dell'attività esercitata » ha chiaramente messo in guardia dall'effettuare nelle sedi federali — associative o imprenditoriali — scambi di informazioni sensibili sotto il profilo concorrenziale, sì da condizionare l'autonomia delle singole banche. « La concorrenza richiede infatti — prosegue la Banca d'Italia — che ogni operatore agisca sul mercato in maniera indipendente, senza avere la possibilità di conoscere il comportamento dei propri concorrenti e quindi di coordinare la propria condotta con quella dei rivali ». Ne risulta con chiarezza che, allo stato attuale dell'organizzazione di sistema, le banche di credito cooperativo sono normativamente tenute al massimo di concorrenzialità non solo esterna (e cioè nei confronti delle altre banche) ma anche interna (nei confronti cioè delle consorelle) e che gli scambi di informazioni tra loro, siano essi formali o informali, ogni qualvolta riguardino materie suscettibili di incidere sulle scelte competitive (e quindi non necessariamente solo ove riguardino lo sviluppo territoriale o la politica dei prezzi), presentano un elevato grado di « pericolosità », di cui può essere talora difficile valutare *ex ante* ogni riflesso. Inoltre, anche gli accordi di esclusiva nella distribuzione di prodotti di sistema rimangono soggetti alle regole generali in materia di intese, senza poter beneficiare di alcun regime speciale (rispetto al trattamento riservato a simili accordi conclusi da altre banche) in considerazione dell'unitarietà di sistema.

L'interrogativo, muovendo da questa premessa, è il seguente: l'eventuale creazione, avvalendosi delle prerogative rimesse all'autonomia negoziale, di un gruppo cooperativo bancario paritetico secondo quanto risulta ora espressamente consentito dall'art. 2545-*septies* incontra i medesimi ostacoli nella legislazione nazionale *antitrust*? E, ove alla domanda si desse risposta negativa, quali sono le differenze proprie del regime *antitrust* del gruppo paritetico rispetto al regime attualmente valido per l'esistente organizzazione di sistema e quali le condizioni che, sotto il profilo sociale e parasociale, deve presentare il gruppo bancario per poter aspirare a questo più favorevole regime?

2. Prima di passare a considerare la questione ora indicata, mi sem-

(*) Relazione al 23° Convegno Regionale delle Banche di Credito Cooperativo della Toscana, organizzato dalla Federazione Toscana, Firenze, 12 aprile 2003.

bra opportuno brevemente precisare cosa intendo per gruppo cooperativo bancario paritetico. La nozione cui intendo fare riferimento — e che coincide con quella ben descritta dal prof. Costi — mima naturalmente quella dettata ora dall'art. 2545-*septies* sulla scorta della non dissimile esperienza spagnola. Rilevo fin d'ora come tale nozione non condizioni l'ampiezza « territoriale » (per così dire) del gruppo, di modo che in astratto la nozione si presta a ricomprendere tanto un modello organizzativo di gruppo paritetico solo nazionale (in cui cioè tutte le bcc si raccolgano intorno ad un'unica struttura federale di gruppo nazionale, secondo il modello portoghese o, con un ruolo importante di articolazione territoriale riconosciuto anche alle strutture regionali, olandese) quanto un modello organizzativo di gruppo paritetico solo regionale (in cui cioè le bcc della regione si raccolgano intorno ad un'unica struttura federale di gruppo regionale, come indicano talune esperienze tedesche), quanto un modello organizzativo misto (in cui il gruppo paritetico regionale è parte di un sovraordinato gruppo paritetico nazionale, secondo il modello francese) quanto infine un modello organizzativo di gruppo solo locale (cui aderiscano due o più bcc insediate in aree contigue o comunque prossime).

I tratti tipologici del gruppo bancario paritetico mi pare che possano dunque essere così sinteticamente riassunti:

a) la società di vertice del gruppo è una cooperativa (o un consorzio o una società consortile a voler dare pieno significato all'espressione « anche in forma consortile » contenuto nell'incipit dell'art. 2545-*septies*);

b) le società di gruppo normalmente, anche se non necessariamente, partecipano al capitale della società capogruppo e concorrono — in ossequio al principio di « pariteticità » del gruppo — al governo della capogruppo, pur in un contesto decisionale della stessa in cui i) le deliberazioni possono essere, e normalmente sono, assunte a maggioranza; e correlativamente; ii) ciascuna cooperativa aderente può non avere, e normalmente non ha, poteri di veto; iii) le decisioni della capogruppo realizzano la direzione e il coordinamento delle società aderenti con il limite tuttavia del pregiudizio dell'interesse individuale della singola cooperativa;

c) la direzione e il coordinamento vengono esercitati dalla società di vertice secondo quanto indicato da apposito contratto, dal quale devono risultare, tra l'altro, durata, condizioni di adesione e recesso e criteri di compensazione ed equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune.

3. Un punto deve essere, a mio modo di vedere, adeguatamente sottolineato, anche ai fini del successivo discorso. Il contratto di gruppo deve

essere « debole » nel senso che, ferma la necessità di definire esattamente i meccanismi di esercizio della direzione e del coordinamento, esso non può prevedere in nessun caso che la società di vertice possa imporre comportamenti pregiudizievole per la cooperativa « dominata » e per i suoi soci. L'art. 2545-*septies*, n. 5, in ossequio ad un più generale principio, impone infatti, da un lato, di specificare in contratto « i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune »; dall'altro lato che ove « le condizioni dello scambio risultino pregiudizievole » per i soci della cooperativa dominata, alla dominata spetti il diritto di recesso dal gruppo e dunque uno strumento di efficace autolibrazione. Norma questa che credo debba intendersi come espressione di un principio generale suscettibile di applicazione anche ai gruppi bancari paritetici costituiti per via di autonomia negoziale al di fuori dell'applicazione diretta dell'art. 2545-*septies*.

4. Come trattare dunque, da un punto di vista *antitrust*, il gruppo paritetico? Si tratta della forma « più democratica » di concentrazione o della forma più strutturata di collusione cooperativa? Nel primo caso, l'unificazione dell'azione concorrenziale delle banche aderenti sarebbe verosimilmente consentita giacché, con la sola eccezione del Trentino-Alto Adige, le quote di mercato detenute dalle banche di credito cooperativo in ambito provinciale e regionale non sono idonee da far temere la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, restando anzi assai spesso di gran lunga sotto la soglia di attenzione del 25%. Nel secondo caso, viceversa, l'unificazione dell'azione concorrenziale andrebbe vietata (senza poter neppure aspirare, salvo qualche sporadica eccezione inerente a specifici segmenti di attività, all'autorizzazione in deroga) in quanto espressione di un vero e proprio « cartello » nel senso più puro del termine. Molto dipende, in verità, dal contenuto che in concreto assumerà il contratto costitutivo del gruppo paritetico. E molto dipenderà altresì dall'indirizzo interpretativo che su questa questione — così « nuova » che ancora qualche anno fa un illustre studioso tedesco icasticamente la definiva « terra incognita », pur in un ordinamento in cui il *Gleichordnungskonzern* è da tempo ben noto a livello societario — decideranno di seguire la Banca d'Italia e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

5. Pur in assenza di consolidati orientamenti nell'esperienza applicativa, non solo italiana e pur dovendosi riconoscere come il dibattito (specie tedesco) sul punto presenti posizioni alquanto variegata (almeno tanto variegata quanto possono essere le diverse forme di manifestazione del grup-

po paritetico), a me pare che vi siano seri argomenti per ritenere che, in presenza delle condizioni che legittimano la qualificazione del gruppo quale vero e proprio gruppo bancario (secondo quanto discusso in precedenza dal prof. Costi), esso debba essere considerato una concentrazione. Infatti, la cooperativa di vertice (sia essa la federazione locale, quella nazionale, una finanziaria o una banca), nella misura in cui sia titolare delle, ed eserciti le, attività di direzione e coordinamento *ad instar* di quanto previsto dall'art. 2545-*septies*, esercita anche (alle condizioni di cui si dirà in seguito) il controllo sulle banche aderenti ai sensi dell'art. 7 della l. n. 287 del 1990 (controllo che, come è noto, l'art. 7 — seguendo il modello dell'art. 3 del regolamento n. 4064 del 1989 — ricollega, oltre che alle fattispecie dell'art. 2359, alla « presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa, anche attraverso diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa »). Diversi argomenti suffragano questa tesi.

a) Vi sono innanzitutto ragioni che si traggono dalla esperienza comunitaria che, come si sa, ai sensi dell'art. 1, comma 4° della l. n. 287 del 1990 offre principii alla cui luce va effettuata l'interpretazione della normativa *antitrust* nazionale. Si deve ricordare infatti che, sulla scorta delle conclusioni cui era giunto già nel 1973 il *Bundeskartellamt* nel suo « *Bericht über seine Tätigkeit in Jahren 1971 und 1972* » (e ivi in specie a p. 98), la Commissione UE non ha mancato di riconoscere la natura concentrativa di gruppi paritetici nei quali la funzione di direzione delle imprese aderenti sia svolta su base durevole, quanto alle funzioni aziendali essenziali, dalla struttura di raccordo. Il principio è affermato una prima volta dalla Commissione nella « VII Relazione sulla politica della concorrenza », del 1977 (e ivi a p. 34) e successivamente dalla « Comunicazione concernente le operazioni di concentrazione e di cooperazione » del 1990 (in *G.U.C.E.* L 203 14 agosto 1990, 10 ss.), per essere poi ripreso e prospettato in termini più ampi di quelli originari — e dunque con estensione delle ipotesi nelle quali è dato riconoscere in un gruppo paritetico una concentrazione — dalla « Comunicazione sul concetto di concentrazione » del 1994. La vigente « Comunicazione sulla nozione di concentrazione » del 2 marzo 1998 al punto 7 conferma il medesimo indirizzo ed è esplicita nel prevedere che « si può avere concentrazione ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. a) anche quando, senza che avvenga una fusione sotto il profilo giuridico, le attività di due imprese precedentemente indipendenti vengono combinate in modo

tale da dar luogo ad un'unica entità economica. Ciò può verificarsi in particolare quando due o più imprese, pur mantenendo la loro autonomia in quanto persone giuridiche, instaurano contrattualmente una gestione economica comune. Se si ha un'unione di fatto delle imprese in una vera e propria unità economica comune, l'operazione è considerata una concentrazione. Una condizione imprescindibile per il riconoscimento della sussistenza di un'unità economica comune è rappresentata dall'esistenza di una gestione economica unitaria permanente. Altri fattori rilevanti — prosegue la Comunicazione — possono comprendere la compensazione interna di profitti e perdite tra le diverse imprese del gruppo e l'assunzione di obbligazioni solidali nei confronti di terzi ». Nella nota 5 la medesima Comunicazione chiarisce che questo è tipicamente il caso proprio dei gruppi paritetici di diritto tedesco. Merita segnalare, anche ai fini del nostro successivo discorso, che ciò che rileva necessariamente è la « gestione economica unitaria permanente » evocata dalla Comunicazione. Non occorre invece che essa determini direttamente trasferimento di profitti e perdite. Da un lato, infatti, questo aspetto è qualificato espressamente come facoltativo. Dall'altro lato la « compensazione dei profitti e delle perdite » è ritenuta irrilevante ai fini del riconoscimento di un gruppo paritetico, nel settore bancario, già dalla (ora abrogata) direttiva n. 77/780. Infine, la Comunicazione della Commissione, nella sua ultima versione, non richiede più una compensazione in senso tecnico, ma si limita a richiamare il criterio della comunione del rischio come semplice tecnica di rilevazione indiziaria di una concentrazione. Sicché, a ben vedere, la ricorrenza di detto indice potrebbe riscontrarsi, oltre che in un gruppo paritetico che sia istituzionalmente ed *espressamente* caratterizzato internamente dalla compensazione dei profitti e delle perdite tra le varie imprese ed esternamente da una responsabilità comune, anche in quello che si ponga come mezzo allo scopo di una gestione unitaria di gruppo, cui si colleghino da un lato quella particolare solidarietà di categoria che è configurata dalla disciplina del Fondo di garanzia dei depositi e dall'altro lato dalla responsabilità per direzione unitaria oggi espressamente configurata dall'art. 2497.

b) Indirizzano nella stessa direzione anche taluni principii enunciati qualche anno fa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel caso *Cariplo/Fondazioni Casse di risparmio Italia centrale* (prov. n. 2242 del 22 agosto 1994 (in *Bollettino*, 1994, n. 34, 5). In quel caso l'operazione era in realtà congegnata in modo che essa costituiva un'intesa, dato che la struttura di raccordo non controllava le banche partecipate e costituiva invece una struttura prodromica al progressivo accentramento delle funzioni direttive in capo alla sola Cariplo; ciò non di meno l'Autorità garante, nel

valutare la fattispecie, ebbe ad esprimere — in narrativa — un principio di valenza generale che ben si presta a focalizzare il problema dei gruppi orizzontali tra banche (principio che peraltro ha trovato, seppur sintetico, riferimento anche nel dispositivo di quel provvedimento là dove l'Autorità segnalava l'opportunità di valutare « le conseguenze derivanti dall'accordo in termini di diritto e di fatto relative all'autonomia dell'attività delle casse di risparmio »). Si tratta del principio in forza del quale, se le decisioni assunte dalla finanziaria di vertice fossero state attuate dalle banche aderenti al progetto, si sarebbe dovuto ritenere l'operazione « in concreto idonea a spostare in capo alla finanziaria stessa il centro di formazione delle politiche aziendali di ciascuna cassa di risparmio partecipata, (sicché) l'accordo in questione (avrebbe dovuto) essere qualificato come un contratto che conferisce un'influenza determinante sull'attività delle imprese bancarie. In tal caso — proseguiva significativamente l'Autorità — l'accordo andrebbe valutato secondo le regole previste dall'art. 6 per le operazioni di concentrazione ».

c) La qualificazione in termini di concentrazione appare inoltre riconosciuta da un'importante precedente tedesco della Suprema Corte Federale dell'8 dicembre 1998 (nel caso *Pirmasenser Zeitung*).

6. Un dubbio sulla correttezza di una simile prospettazione potrebbe porsi in base ad una lettura dell'originario considerando (23) del regolamento n. 4064 del 1989 nella parte in cui precisa che « è opportuno definire la nozione di concentrazione in modo da coprire unicamente le operazioni che si concludono con una modifica duratura della struttura delle imprese interessate » e « che occorre quindi escludere dal campo di applicazione dal regolamento sulle concentrazioni le operazioni il cui oggetto o effetto consiste nel coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese indipendenti, operazioni che devono essere esaminate alla luce delle disposizioni in materia di intese ». Proprio l'esperienza tedesca aiuta tuttavia a fugare il dubbio che la fattispecie del gruppo paritetico realizzi un'ipotesi in cui permane l'indipendenza delle imprese aderenti, quando la struttura di raccordo eserciti influenza determinante sulle imprese associate. Infatti, se è vero che, in tali ipotesi, permane in genere l'indipendenza delle imprese aderenti l'una dall'altra, non permane tuttavia l'indipendenza delle stesse dalla struttura di raccordo.

7. A conclusioni non diverse si perviene, mi pare, ove si volesse applicare alla specie la disciplina delle imprese comuni, quale risulta dall'art. 5 della legge nazionale interpretato alla luce delle modifiche introdotte al

regolamento comunitario dal regolamento n. 1310 del 1997, pur dovendosi precisare che qui l'applicazione della disciplina sulle imprese comuni avverrebbe solo per via analogica e non diretta, almeno ogni qual volta (come è probabile che sia in ogni ipotesi di riassetto complessivo del credito cooperativo regionale o nazionale) la struttura di vertice non possa dirsi oggetto di controllo congiunto in senso proprio da parte delle banche aderenti.

L'art. 5, comma 1°, lett. a), riconduce alla nozione di concentrazione anche la fattispecie in cui « due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune », precisando tuttavia, al comma 3°, che ciò non vale per le operazioni « aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento di imprese indipendenti ». Questa previsione è stata chiarita a livello comunitario, con il menzionato regolamento del 1997, nel senso che tutte le operazioni che, seppur coordinando l'azione delle imprese interessate, ne comportano una modifica strutturale (e tale deve ritenersi anche il trasferimento in una diversa e unitaria sede della direzione centralizzata di un sistema di imprese seppur autodiretto), vanno in linea di principio valutate in base alla disciplina delle concentrazioni in quanto idonee a costituire un'impresa comune a pieno titolo (un'impresa comune che cioè esercita stabilmente, come recita l'art. 3, comma 2°, del regolamento, tutte le funzioni di un'entità economica autonoma). La disciplina delle intese, a stregua del considerando (5) non si applica se gli effetti dell'impresa comune sul mercato hanno principalmente carattere strutturale, mentre può applicarsi (come precisa l'art. 2, comma 4°), ma nel quadro dell'unitario procedimento di valutazione della concentrazione, « ove le imprese fondatrici continuino ad operare sul mercato dell'impresa comune o, all'occorrenza, se la costituzione dell'impresa comune ha il fine o l'effetto di impedire, limitare o falsare il gioco della concorrenza tra le imprese fondatrici su mercati a monte, a valle o contigui ». Questa disciplina è già stata oggetto di applicazione, seppur prima della novella del 1997, ad una struttura di gruppo paritetico mediante « *Doppelgesellschaft* » che la Banca d'Italia ha valutato con il provv. n. 18 del 17 febbraio 1997, nella peculiare situazione di fatto riscontrata nella vicenda « *Cariplo-Carinord* » in cui, verificandosi l'accentramento in capo ad una nuova finanziaria controllata congiuntamente del ruolo di direzione e coordinamento delle banche originariamente controllate in via solitaria dalle fondazioni bancarie aderenti al gruppo paritetico, si è ritenuto che si fosse dinnanzi ad un'impresa comune concentrativa, in cui la finanziaria di vertice assumeva tutte le funzioni di un'entità economica autonoma quando nessuna o solo una delle società fondatrici rimaneva attiva sul mercato dell'impresa comune (e cioè quello dello svolgimento di attività di direzione e

coordinamento e assunzione di partecipazioni). A conclusioni non dissimili la Banca d'Italia potrebbe pertanto pervenire rispetto alla costituzione di una cooperativa di vertice che eserciti la funzione di direzione e coordinamento del gruppo paritetico.

8. Una siffatta assimilazione, a rigore impropria, della fattispecie del gruppo paritetico all'impresa comune potrebbe dunque richiedere che la valutazione del gruppo avvenisse non solo in base al criterio della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante ma anche in base al criterio, proprio delle intese, della eliminazione della concorrenza, laddove la Banca d'Italia ritenesse di enfatizzare il principio espresso dall'art. 2, comma 4°, del regolamento CE e la circostanza che le imprese fondatrici rimangono presenti sui mercati a valle rispetto a quello della capogruppo (e cioè sui mercati bancari) e attraverso il loro coordinamento « strutturale » in sede di gruppo paritetico si vedono offerta la possibilità di uniformare i comportamenti anche concorrenziali. *Senonché non mi pare che neppure per questa via sarebbe possibile all'Autorità pervenire ad un divieto dell'operazione.* Da un lato infatti la restrizione concorrenziale derivante dall'operazione di costituzione del gruppo paritetico andrebbe considerata una restrizione necessaria al fine della realizzazione della concentrazione, allo stesso modo di quanto accade nel contesto dei gruppi verticali integrati; dall'altro lato l'art. 2, comma 4°, del regolamento CE (a differenza del considerando) limita la valutazione dell'Autorità alla verifica del solo effetto, non già del limitare e del falsare bensì, dell'eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e dei servizi: ciò che, anche in considerazione delle quote di mercato detenute dalle bcc nei singoli mercati di riferimento non è certamente il caso.

9. Le considerazioni finora svolte consentono dunque di dare una prima risposta al nostro iniziale interrogativo: è certamente possibile che un gruppo bancario paritetico incentrato sul potere di direzione e coordinamento di una struttura di vertice che realizzi ciò che il prof. Costi ha ben definito il « centralismo democratico », possa sussumersi nella nozione di concentrazione di cui agli artt. 5 e 7 delle l. n. 287 del 1990 e accentrare così, legittimamente, mediante la creazione di un'impresa di sistema, funzioni che, nell'attuale contesto del sistema di imprese, non possono invece essere oggetto di concertazione tra gli aderenti al sistema. Ciò è tuttavia possibile solo ove il contratto istitutivo del gruppo realizzi ciò che il progetto di nuovo regolamento in materia di concentrazioni presentato dalla Commissione l'11 dicembre 2002 espressamente definisce « una modifica

duratura del controllo » e attribuisca così alla società di vertice un potere di effettiva direzione e coordinamento dell'attività delle banche facenti parte del gruppo. Resta dunque da chiedersi, in concreto, quali funzioni aziendali debbano necessariamente esternalizzarsi rispetto alle singole banche aderenti per confluire in capo alla capogruppo.

10. Il tema è troppo multiforme e complesso per poter essere qui esaurito. Esso tuttavia deve essere sia pur brevemente accennato. Poiché, come si è già anticipato, in tanto si può parlare di concentrazione in quanto si sia in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa, anche attraverso diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa, è necessario che il potere di direzione e coordinamento abbia ad oggetto la complessiva attività d'impresa svolta dalle società di gruppo, riguardata tuttavia non già sotto il profilo del « *day to day management* » (che può ben rimanere di competenza esclusiva degli organi delle singole banche di gruppo) bensì sotto il profilo della gestione strategica. Riterrei così che il contratto e lo statuto della controllante dovrebbero prevedere stringenti poteri di coordinamento strategico-operativo diretti ad assicurare e aumentare l'efficienza operativa e la stabilità delle singole bcc aderenti al gruppo e l'ottimizzazione dell'organizzazione di gruppo. In sede di cooperativa di vertice si dovrebbero accentrare in altri termini, in linea con quanto indicato dalla stessa Autorità garante nel già ricordato precedente « *Cariplo-Fondazioni Casse Italia Centrale* » e parallelamente a quanto richiesto dalle « *Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi* » (il titolo I, capitolo 2 che ha sostituito il vecchio capitolo LII, sezione 9, là dove tali politiche già venivano espressamente qualificate come espressione di controllo gestionale nell'ambito della disciplina del gruppo bancario verticale) le politiche di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale delle bcc aderenti (naturalmente con indicazioni assai più stringenti dei modesti indicatori oggi dati dal Fondo di garanzia e anche al di là di quanto, pur meritoriamente, fatto in Toscana durante la vigenza « sperimentale » del protocollo di coesione incentrato sui soli profili prudenziali). Ciò naturalmente con le graduazioni e le specificazioni che l'autonomia negoziale consente (naturalmente fino al limite di rottura della nozione di « direzione e coordinamento ») e con il rispetto pur sempre dell'autonomo interesse sociale di ciascuna cooperativa aderente e il parallelo permanere di un certo grado di autonomia gestionale « decentrata ». Si

pensi così, solo a fare qualche esempio tra i molti possibili, all'accentramento presso la struttura di vertice — ferme restando le competenze già ora centralizzate inerenti ai servizi di *back office*, di revisione e di *outsourcing* dell'*internal audit* — del potere inerente alla predisposizione dei piani strategici, annuali e pluriennali di gruppo e per singola banca nonché dei piani e delle azioni inerenti alla *patrimonializzazione* della banca e del gruppo (« *capital planning* » la cui rilevanza è destinata a crescere a seguito della revisione dell'accordo di Basilea); del potere di fissazione di parametri minimi e massimi per le più rilevanti attività (politica dei tassi attivi e passivi; politica di gestione delle liquidità e del portafoglio titoli; politica di diversificazione dei rischi; organizzazione secondo parametri convenuti di rapporto costi-mezzi intermediati, politica dell'espansione territoriale) al fine di assicurare l'allineamento delle singole bcc ai paradigmi della sana e prudente gestione, dell'efficienza e della stabilità; di un intervento, semmai con parere obbligatorio, nella definizione dei percorsi di carriera a livello direttivo delle bcc; dell'uniformazione delle condizioni generali di contratto di natura tecnica. Non sembra invece necessario — anche a giudicare dai modelli stranieri che offrono esempi di coesione di gruppo sia monopolare sia bipolare — che l'accentramento delle funzioni di governo si accompagni allo sviluppo di attività bancarie anche a livello della struttura di governo. Non occorre, in altri termini, che — laddove si scegliesse un modello di gruppo bancario su base regionale (federato poi a livello nazionale) — la struttura di governo regionale assuma la forma di banca regionale offrendo essa stessa prodotti bancari oltre una certa soglia dimensionale. È tuttavia probabile che, anche dove ciò non avvenisse, la struttura di vertice dovrebbe vedersi riconosciuta, a fronte dell'espletamento di efficaci politiche di controllo del rischio complessivo di gruppo, un'importante funzione di coordinamento delle banche aderenti per l'offerta congiunta di prodotti e servizi che, individualmente, le singole banche non possono prestare.

11. A fronte dei poteri da attribuire alla struttura di vertice, il contratto e gli statuti delle cooperative dominate dovranno a loro volta prevedere almeno: *a*) l'obbligo per la cooperativa di uniformarsi alle deliberazioni assunte dagli organi della società di vertice e di favorirne l'attuazione; *b*) l'obbligo di fornire tutte le notizie ed i dati richiesti dalla società di vertice. Ciò anche al fine di consentire alla capogruppo lo svolgimento delle funzioni inerenti alla vigilanza consolidata.

12. Come si è detto, l'accentramento della direzione unitaria deve

necessariamente presentare il carattere della stabilità e dell'effettività. Ciò ha diversi riflessi applicativi.

a) Mi sembra innanzitutto che perché la struttura di vertice possa funzionare effettivamente da unità economica autonoma con funzioni di governo di gruppo le decisioni, pur espressione di *autodeterminazione* dei controllati piuttosto che di *eterodeterminazione*, vadano nella generalità dei casi assunte a maggioranza e non all'unanimità (beninteso salva la possibilità di prevedere l'unanimità su specifiche e limitate questioni di particolare delicatezza). Se così non fosse, la struttura di vertice costituirebbe ben più un luogo di consultazione (e potenziale collusione) che non un luogo di decisione (e di governo accentrato). Il consiglio di amministrazione della capogruppo, dunque, dovrebbe in linea di principio decidere a maggioranza sia sulle questioni inerenti alle complessive politiche di gruppo sia sulle questioni inerenti alle politiche aziendali di ogni singola banca, beninteso nei limiti di quelle rimesse al potere di direzione e coordinamento di gruppo. Su queste ultime decisioni, naturalmente, il ruolo di proposta spetterebbe comunque alla singola banca interessata, ma la ponderazione finale dovrebbe avvenire a livello di gruppo.

b) Sul come far funzionare il principio di maggioranza in sede di capogruppo, largo spazio è dato, mi pare, al contratto costitutivo. Si potrebbe infatti sia immaginare che il consiglio della capogruppo sia costituito dai presidenti delle singole bcc aderenti sia ipotizzare che in sede di capogruppo si proceda alla nomina del consiglio in base a meccanismi di voto che assicurino alle banche un numero di rappresentanti in consiglio diseguale in relazione alle dimensioni di ciascuna banca aderente, valorizzando quanto dispone ora l'art. 2535, comma 2°, e l'art. 2542, comma 4°, introdotto con la riforma.

c) Mi sembra inoltre che l'effettività del governo postuli che, attesa la particolare configurazione della *governance* cooperativa, sia attribuito un potere significativo alla capogruppo quanto alla nomina del direttore di ogni banca aderente. Si potrebbe così pensare ad un potere di proposta del consiglio della singola banca nel rispetto di requisiti generali di professionalità dettati dalla struttura di vertice, con un potere di designazione finale da parte della capogruppo, ovvero ad un parere obbligatorio e vincolante della capogruppo circa la nomina del direttore, con potere di revoca riconosciuto tanto al consiglio della singola bcc quanto alla capogruppo.

d) Mi parrebbe infine necessario intensificare i meccanismi, in qualche misura già oggi esistenti con riguardo alle (oggi ben più limitate) materie oggetto di intervento federale, di trasmissione « diretta » delle indicazioni e direttive di vertice alle strutture periferiche. A tal fine potrebbe es-

sere non inutile affiancare al consiglio della capogruppo il (già esistente) comitato dei direttori (con poteri naturalmente ben più ampi di quelli attualmente previsti) e prevedere che i consiglieri nominati nel consiglio della capogruppo siano necessariamente consiglieri della bcc. Inversamente potrebbe risultare ugualmente utile prevedere, nel quadro del contratto di gruppo e con apposita clausola statutaria che il nuovo diritto societario mi pare acconsenta in generale (seppur non espressamente, ma in base a considerazioni di natura sistematica che si ricollegano a quanto previsto dall'art. 2351, ult. comma, e soprattutto dall'art. 2542, commi 4° e 5°) e che sarebbe bene fosse consentito anche alle bcc con la riforma dell'attuale formulazione dell'art. 33, comma 3°, t.u.b., che la struttura di vertice designi almeno un amministratore di ogni singola bcc aderente, in modo da consentire alla struttura tecnica di vertice di avere accesso informativo diretto ad ogni struttura periferica dell'impresa di sistema.

13. Un tema infine centrale — cui accenno conclusivamente — è naturalmente quello delle sanzioni per il caso di inadempimento delle direttive di vertice, dato che dall'effettività delle stesse dipende il rispetto della condizione dell'instaurazione contrattuale di una « gestione economica unitaria permanente » richiesta dal par. 7 della ricordata Comunicazione sulla nozione di concentrazione. Tali sanzioni per l'inadempimento degli obblighi di gruppo dovranno naturalmente operare solo se non si dimostri che le istruzioni vincolanti erano pregiudizievoli dell'interesse sociale e prive di adeguata compensazione in altri vantaggi effettivamente compensativi derivanti dall'appartenenza al gruppo. In questo contesto credo che si possano immaginare sia rimedi « obbligatori », quali la previsione di significative penali monetarie (semmai ragguagliate in percentuale ad esempio al fatturato) sia rimedi di carattere « reale »: e mi verrebbe qui da pensare al potere di revoca del direttore riservato in ogni caso alla struttura di vertice nonché all'eventuale previsione in statuto della clausola *simul stabunt simul cadent* negli statuti di ciascuna bcc aderente al gruppo. Ciò varrebbe ad assicurare che, in caso di condotte del consiglio non conformi al contratto, le dimissioni del consigliere designato dalla capogruppo farebbero decadere l'intero consiglio « ribelle » e i soci della cooperativa dovrebbero essere chiamati ad eleggere il nuovo consiglio tenendo in debito conto la condotta degli amministratori e i rischi da risarcimento per inadempimento contrattuali cui essi hanno esposto la cooperativa aderente al gruppo. A ciò naturalmente potrebbe forse aggiungersi, se la Banca d'Italia consentisse domani una migliore articolazione degli interventi del Fondo di garanzia in funzione anche dell'adesione o meno al gruppo paritetico, di escludere, se non

dagli interventi di assicurazione dei depositi, almeno dagli interventi di sostegno nelle situazioni di crisi, le banche che si fossero rese inadempienti agli impegni di gruppo.

14. Un ultimo delicato profilo dell'intero edificio del gruppo paritetico è rappresentato dal diritto di recesso previsto dall'art. 2545-septies, comma 2°, a stregua del quale « la cooperativa può recedere dal contratto senza che ad essa possano essere imposti oneri di alcun tipo qualora, per effetto dell'adesione al gruppo, le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i propri soci ». Questo principio — che difficilmente potrà ritenersi non applicabile anche ai gruppi bancari — introduce infatti un evidente elemento di instabilità alla relazione di gruppo che può risultare in molti casi pericoloso, dato che potrebbe costituire una sorta di « porta aperta » per l'uscita dal gruppo di cui una o più banche potrebbero avere interesse a servirsi ogni qual volta non intendessero, anche strumentalmente, non sottostare alle decisioni adottate dalla maggioranza. Sarà dunque necessario che il contratto costitutivo riservi anche a questo tema adeguata attenzione, da un lato in modo da condizionare, se possibile, il recesso al previo accertamento — semmai rimesso alla più celere giustizia arbitrale — del pregiudizio effettivo e dall'altro lato richiedendo a ciascuna bcc aderente di riservare la decisione in ordine al recesso non già al consiglio di amministrazione bensì all'assemblea dei soci.

MARCO LAMANDINI