

ABI

La riforma del diritto societario e le banche

Nuovi modelli, nuovi strumenti: opportunità e criticità

Saggi di M. Sella, L.A. Bianchi, R. Costi, L. Enriques, M. Lamandini, S. Maccarone, U. Morera,
G. Olivieri, C. Rabitti Bedogni, F. Vella, A. Nigro



 BANCARIA
EDITRICE

1. Premessa

Il tema dei gruppi è probabilmente quello, o uno di quelli, su cui il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 recante "riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366" ha innovato maggiormente la disciplina vigente. La riforma, per quanto qui interessa (e cioè per i suoi riflessi bancari), incide in una duplice direzione: da un lato, sul soggetto bancario, arricchendo di disciplina il modello organizzativo a gruppo polifunzionale (e forse, in tal modo, per effetto della codificazione della responsabilità da direzione e coordinamento, ulteriormente assottigliando i residui vantaggi differenziali rispetto al modello di banca universale) e, dall'altro lato, sull'attività della banca nei confronti dei gruppi societari, influenzando la valutazione del rischio di credito del soggetto finanziato appartenente a un gruppo.

Nella consapevolezza della complessità e della vastità dei due temi ora evocati, conviene semplicemente toccare – in modo già programmaticamente incompleto – entrambe le questioni, al solo fine di evidenziare alcuni tra i principali nodi problematici che verosimilmente saranno al centro del futuro dibattito.

2. Attività di direzione e coordinamento ed eterodeterminazione nella relazione di gruppo

La riforma muove dal riconoscimento – non più solo settoriale, ma generale – della direzione e coordinamento come fattispecie fondante la relazione di gruppo (nozione, quest'ultima, come è noto utilizzata dal legislatore penale con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 e viceversa, con singolare determinazione, evitata dal legislatore civile).

Secondo quanto si legge nella Relazione di accompagnamento, l'art. 2497 si riferisce alla direzione e al coordinamento come a un fatto, a un evento cioè di cui il legislatore, secondo il metodo dell'economia, prende atto in quanto risultante dalla stessa natura delle cose. Il fatto consiste, ovviamente, nella definizione e trasmissione alle società di gruppo, da parte della *holding*, di direttive e indirizzi di politica strategica e gestionale i quali riguardino sia l'impresa di gruppo sia singole fasi di essa o singole imprese o singoli rami aziendali del gruppo sia infine singoli eventi della vita societaria delle componenti il gruppo. Non a caso si richiede

che lo svolgimento di questa attività sia conforme ai “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società del gruppo”. Nel dare riconoscimento al fatto, tuttavia, il legislatore definitivamente sancisce, al tempo stesso, che la eterodeterminazione della volontà sociale e dell’attività imprenditoriale non è di per sé contraria ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, legittimando così la fattispecie.

Ciò naturalmente non significa che ogni eterodeterminazione della volontà sociale o dell’attività imprenditoriale sia legittima. Implicitamente riprendendo infatti indicazioni che si leggono, ad esempio, al § 309 (1) AktG. tedesca (“bei der Erteilung von Weisungen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter anzuwenden ist”) e ancor più chiaramente al § 317 (2) (che rende chiaro che il menzionato criterio va applicato nel senso che non ricorre responsabilità da direzione e coordinamento quando anche il buon amministratore di una società indipendente avrebbe assunto la medesima decisione), il legislatore richiede un esercizio diligente del potere.

Inoltre, poiché (probabilmente a ragione) non si è accolta una visione corrispondente al gruppo di diritto tedesco – in cui l’unificazione patrimoniale di gruppo è accentuata e conseguentemente è consentita l’imposizione di comportamenti pregiudizievoli all’interesse della singola cellula del gruppo – si è ribadito, in linea con i più moderni indirizzi interpretativi della nostra giurisprudenza, con la disciplina dei gruppi di fatto tedeschi (v. § 317 AktG.), con la dottrina *Rozenblum* e in genere la teoria dei vantaggi compensativi già accolta (in una delle sue possibili declinazioni) da parte del d.lgs. n. 61 del 2002, che l’eterodeterminazione non può imporre comportamenti pregiudizievoli dell’interesse sociale individuale adottati (come si esprime l’art. 2497, con formula che si direbbe volutamente ambigua) “nell’interesse imprenditoriale della controllante o altrui”.

Ciò, beninteso, salvo che questo comunque non determini alcun danno “alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento” – criterio questo che sembra declinare la teoria dei vantaggi compensativi in senso più rigoroso, agli effetti civilistici, di quanto non faccia il d.lgs. n. 61 del 2002 agli effetti penalistici, dato che il d.lgs. n. 6 del 2003 non sembra dare rilevanza, ai fini della *compensatio lucri cum damno* a vantaggi futuri ammessi invece dal d.lgs. n. 61, sia pure purché “fondatamente prevedibili” (senza che si precisi tuttavia, a differenza che nella disciplina tedesca, entro quale termine essi devono realizzarsi) – ovvero “il pregiudizio sia stato integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”.

Quest’ultima precisazione sembra evocare il concetto di *Ausgleich* anch’esso ben noto all’esperienza tedesca, di cui tuttavia non è da noi ripetuto il termine entro il quale il danno deve essere eliminato. Ne segue che, dato che la circostanza dell’eliminazione del danno assume il tipico carattere della “condizione dell’azione”, si deve ritenere che anche un’azione riparatrice successiva all’introduzione del giudizio che intenda far valere la responsabilità da direzione e coordinamento valga a paralizzare l’azione. E ciò benché, sul piano della *policy*, questo possa apparire un risultato certo discutibile.

3. Direzione e coordinamento nel gruppo bancario e nel gruppo societario generale

L’art. 2497 *sexies* offre indicazioni importanti sulla nozione di direzione e coordinamento, che vanno certamente misurate rispetto alla parallela nozione utilizzata dalla legislazione bancaria ai fini dell’individuazione della capogruppo bancaria.

Va peraltro subito segnalato un dato di partenza: poiché la legislazione bancaria definisce il gruppo bancario facendo riferimento, oltre che alla direzione e coordinamento, anche ad altri criteri (quali la sede e la forma giuridica della capogruppo e le attività svolte dalle controllate rilevanti ai fini dell’inserimento del gruppo), anche assumendo che la nozione di direzione e coordinamento sia la stessa, il perimetro del gruppo bancario necessariamente non coincide con il perimetro del gruppo societario generale, giacché da un lato capogruppo bancaria ben può essere una società che, agli effetti civilistici, non è al vertice della catena partecipativa ogniqualvolta la società di vertice non abbia la forma giuridica o la sede richiesta dalla legislazione speciale per essere capogruppo bancaria, e dall’altro lato il carattere bancario del gruppo dipende, oltre che dalla sottoposizione delle società controllate alla direzione e coordinamento della capogruppo, da condizioni inerenti alla quota di mercato nazionale detenute dalle banche controllate e dalla somma degli attivi di bilancio delle banche e delle società di gruppo esercitanti attività bancaria, finanziaria e strumentale del tutto estranei alla disciplina generale.

Ciò detto, non è comunque inutile interrogarsi, ai fini di una corretta perimetrazione del gruppo e dunque ai fini della esatta definizione dei presupposti di applicazione della disciplina civilistica e bancaria sui gruppi, sul come la nozione

di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 e ss. interferisca con quella di cui all'art. 61 TUB.

La questione si pone perché, ai fini civilistici, ai sensi dell'art. 2497 *sexies* si presume "fino a prova contraria" la direzione e il coordinamento in capo a chi controlla la società ai sensi dell'art. 2359 c.c. Circostanza, questa, che conferma che non vi è, ai fini civilistici, un dovere di esercizio della direzione e coordinamento per chi controlla, e cioè che non necessariamente ogni controllante esercita direzione e coordinamento.

Diversamente, ai fini bancari, l'art. 61 TUB prevede, al comma 1, che "capogruppo è la banca o la società finanziaria con sede legale in Italia cui fa capo il controllo delle società componenti il gruppo bancario e che non sia, a sua volta, controllata da un'altra banca italiana o da un'altra società finanziaria con sede legale in Italia che possa essere considerata capogruppo" e al comma 4 che "la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo". Ciò – come è ben noto – sembra ai più voler ricollegare, ai fini bancari, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento al controllo come fatto coesistente a esso.

Una prima lettura possibile del coordinato disposto degli artt. 2497 *sexies* c.c. e 61 TUB potrebbe dunque essere nel senso che alla controllante di vertice che presenti le caratteristiche di cui all'art. 61, comma 1, la presunzione solo relativa di esercizio della direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 *sexies* non si applica, essendo derogata dal comma 4 dell'art. 61 che andrebbe così letto come fondante una presunzione assoluta di esercizio della direzione e coordinamento. Ne seguirebbe che, nel contesto del gruppo bancario, la capogruppo individuata in base alla nozione di controllo sarebbe tenuta all'esercizio della direzione e del coordinamento sull'intera attività imprenditoriale e societaria di gruppo, di modo che essa risponderebbe – ai sensi dell'art. 2497, ss., c.c. – non solo per comportamenti commissivi sostanziatisi in influenze pregiudizievoli, ma anche per comportamenti omissivi sostanziatisi in omesse influenze, ogni qual volta cioè che il danno non si sarebbe prodotto se la capogruppo avesse vigilato nell'esercizio della attività di direzione e coordinamento imponendo direttive o ordini recanti le necessarie azioni correttive.

Una seconda lettura – che, per quanto forse meno diretta dal punto di vista letterale, mi parrebbe ancor oggi preferibile sotto il profilo sistematico e funzionale

– è tuttavia quella che attribuisce una valenza più limitata alla "presunzione assoluta" di cui al comma 4 dell'art. 61 e che dunque riconosce la possibilità di applicare anche alla capogruppo bancaria l'art. 2497 *sexies* – e la presunzione solo relativa ivi prevista – con la sola esclusione dell'attività, questa sì doverosa, di direzione e coordinamento strettamente necessaria e funzionale all'attuazione delle istruzioni della Banca d'Italia da parte delle componenti il gruppo.

Questa seconda lettura (che, come è ovvio, ripropone in questo rinnovato contesto il dibattito dottrinale apertosi all'indomani dell'approvazione del Testo unico) da un lato ha il pregio di riconoscere al concetto di direzione e coordinamento un carattere sufficientemente elastico da poter ricomprendere, accanto alle normali forme di governo integrato di gruppo cui verosimilmente il legislatore pensava dettando la norma dell'art. 2497 *sexies*, anche altre forme organizzative in cui si accentrano in capo alla capogruppo (bancaria) solo ed esclusivamente i profili di stabilità di gruppo (rilevanti ai fini della vigilanza) e non invece generalizzate funzioni di eterodeterminazione dell'intera attività sociale delle controllate.

Dall'altro lato vale a chiarire come la responsabilità da direzione e coordinamento – sicuramente esistente in capo alla capogruppo bancaria sia per fatti commissivi sia per fatti omissivi inerenti ai profili di stabilità del gruppo – non sussiste viceversa necessariamente per tutti gli altri fatti o atti della controllata qualora la struttura di gruppo prescelta enfatizzi l'autonomia gestionale delle singole componenti il gruppo. Ciò che del resto obbedisce anche al principio di autonomia organizzativa fortemente enfatizzato dalla riforma e vale ulteriormente a precisare, quanto alla presunzione relativa di cui all'art. 2497 *sexies*, che la "prova contraria" dell'esercizio della direzione e coordinamento può darsi non solo in assoluto, ma anche con riguardo a taluni settori di attività o funzioni aziendali rimessi all'autonomia gestionale delle controllate.

4. Le caratteristiche del gruppo contrattuale

La rilevanza sistematica del principio testé enunciato, secondo il quale la direzione e il coordinamento possono avere contenuto elastico, risulta vieppiù evidente con riguardo ai cosiddetti gruppi contrattuali.

Da un lato, infatti, questo principio rende prevedibile che gli operatori più avvertiti saranno portati a regolamentare per contratto, anche nelle situazioni di

controllo interno, il tipo di direzione e coordinamento che intendono effettivamente esercitare ogni qual volta almeno tale direzione intenda mantenere l'autonomia gestionale della controllata su una o più funzioni dell'impresa: tale regolamentazione contrattuale (che per certi aspetti ricorda l'esperienza dell'*Entherr-schungsvertrag* tedesco) potrà infatti consentire di dare la prova contraria, ai fini della responsabilità, dell'esercizio presunto di direzione unitaria con riguardo alle materie sottratte alla gestione integrata di gruppo.

Dall'altro lato il riconoscimento espresso della legittimità, a certe condizioni, dell'eterodeterminazione della volontà sociale, accompagnandosi all'espresso riconoscimento della ammissibilità di contratti che abbiano per oggetto la regolamentazione della direzione e coordinamento, quale risulta ora dal comma 2 dell'art. 2497 *sexies* (che ha codificato ciò che in passato avevo definito contratti di dominio debole predicandone la legittimità anche in base al diritto previgente), favorisce l'affermarsi (o l'emergere alla luce del sole) di strutture organizzative di gruppo fondate non necessariamente sulla partecipazione organica ma su vincoli contrattuali che definiscano, in forme opportunamente graduate a seconda delle singole circostanze concrete, la traslazione all'esterno del Consiglio d'amministrazione della società controllata delle politiche strategiche e gestionali di quest'ultima.

Occorrerà, naturalmente, perché si possa parlare di gruppo contrattuale, che sia traslata all'esterno la funzione di direzione e coordinamento circa le scelte organizzative e d'azione fondamentali della società. Ciò tuttavia non è affatto infrequente – nell'esperienza bancaria – sia nelle ipotesi dei gemellaggi tra banche diretti a favorire il superamento della crisi da parte di una banca, cui se ne affianca una sana e più attrezzata sotto il profilo organizzativo e gestionale, sia nelle ipotesi di salvataggi bancari di imprese industriali in cui si dia mandato alle banche, o al capofila di uno o più sindacati di banche, di gestire l'impresa nella sua transizione dallo stato di virtuale insolvenza al ritorno *in bonis*. La fattispecie di gruppo contrattuale più interessante si candida tuttavia a essere, si direbbe, quella dei gruppi cooperativi bancari (di cui si dirà subito *infra*).

Ciò che qui preme rilevare è tuttavia che in tutte queste ipotesi il gruppo contrattuale può aspirare a essere anche un gruppo bancario, a condizione che il contratto istitutivo realizzi il gruppo integrato o strategico richiesto dalle Istruzioni di vigilanza (titolo I, capitolo 2, p. 1) che si caratterizza “per il comune disegno imprenditoriale, per la forte coesione al proprio interno e per la sottoposizione a direzione unitaria”. Tutte e tre questi requisiti non mi pare infatti (e analoga opi-

nione ha di recente espresso anche Renzo Costi con riguardo al gruppo cooperativo bancario) che possano dirsi di per sé incompatibili con una relazione di gruppo non partecipativa ma contrattuale.

Ciò che del resto testimonia eloquentemente la stessa nozione di controllo di cui all'art. 23 TUB, che, come è noto, al comma 2, n. 3 evoca, come sintomatica di controllo, la sussistenza di rapporti di carattere finanziario e organizzativo idonei a conseguire il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune, o l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base all'assetto proprietario di poteri nella scelta di amministratori e di dirigenti delle imprese.

5. Il gruppo cooperativo bancario

Il gruppo bancario cooperativo merita un cenno a parte. Per tale intendo la fattispecie che, nel contesto bancario (e dunque delle banche cooperative, ma specialmente delle banche di credito cooperativo), mima (per via di autonomia negoziale e fuori da un'applicazione diretta, impedita dall'art. 223 *terdecies*) quella dettata ora dall'art. 2545 *septies* c.c., norma che è stata introdotta sulla scorta della non dissimile esperienza spagnola.

La fattispecie legale ha il pregio di non condizionare l'ampiezza “territoriale” (per così dire) del gruppo, di modo che in astratto essa si presta a ricomprendere tanto un modello organizzativo di gruppo paritetico solo nazionale (in cui ad esempio tutte le banche si raccolgano intorno a un'unica struttura federale di gruppo nazionale, secondo il modello delle banche cooperative portoghesi o, con un ruolo importante di articolazione territoriale riconosciuto anche alle strutture regionali, olandesi), quanto un modello organizzativo di gruppo paritetico solo regionale (in cui cioè le banche della regione si raccolgano intorno a 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 banche insediate in aree contigue o comunque prossime).

Ne segue che l'istituto potrebbe risultare utile non solo nel quadro di un rivoluzionario riassetto organizzativo dell'intero sistema del credito cooperativo, su

base regionale o nazionale, ma anche nel quadro dell'integrazione più limitata tra alcune soltanto delle banche aderenti al sistema, offrendo uno strumento di integrazione meno invasivo della fusione che in molte situazioni potrebbe risultare assai opportuno anche al fine di assicurare una più graduale attuazione del percorso concentrativo. 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, criteri di compensazione ed equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune. Un punto deve essere adeguatamente sottolineato, anche ai fini del successivo discorso. Il contratto di gruppo deve essere, anche qui, 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 pregiudizievoli per la cooperativa dominata e per i suoi soci.

L'art. 2545 septies, n. 5, in ossequio a un più generale principio, impone infatti, da un lato, di specificare nel 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 pregiudizievoli" per i soci della cooperativa dominata, alla stessa spetti il diritto di recesso dal gruppo e dunque uno

strumento di efficace autoliberazione. 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.

6. I poteri della struttura di vertice e l'autonomia delle singole cooperative

Resta tuttavia da chiedersi, in concreto, quali funzioni aziendali debbano necessariamente esternalizzarsi rispetto alle singole banche aderenti per confluire in capo alla capogruppo al fine di poter dare luogo a un gruppo cooperativo bancario. Il tema è naturalmente troppo multiforme e complesso per poter essere qui esaurito. Esso tuttavia può essere sia pur brevemente accennato anche perché offre indicazioni che, *mutatis mutandis*, valgono anche per i contratti, sopra accennati, diretti a disciplinare l'esercizio della direzione e coordinamento nei gruppi verticali. Poiché, come si è già anticipato, in tanto si può parlare di gruppo bancario in quanto ricorra – secondo le Istruzioni della Banca d'Italia – un "gruppo integrato o strategico, che si caratterizza per il comune disegno imprenditoriale, per la forte coesione al proprio interno e per la sottoposizione a direzione unitaria", occorre che il potere di direzione e coordinamento abbia a oggetto (non già ogni attività ma) 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 banche aderenti al gruppo e l'ottimizzazione dell'organizzazione di gruppo. In sede di cooperativa di vertice si dovrebbero accentrare, in altri termini, le politiche di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale delle banche aderenti. 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 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 banche aderenti al gruppo 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 singole banche; 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.

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 e i dati richiesti dalla società di vertice. Ciò anche al fine di consentire alla capogruppo lo svolgimento delle funzioni inerenti alla vigilanza consolidata. Inoltre, l'accentramento della direzione unitaria deve necessariamente presentare il carattere della stabilità e della effettività. Ciò ha diversi riflessi applicativi.

Mi sembra, innanzitutto, che perché la struttura di vertice di un gruppo orizzontale 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.

Sul come far funzionare il principio di maggioranza in sede di capogruppo, largo spazio è dato al contratto costitutivo. Si potrebbe infatti sia immaginare che il Consiglio della capogruppo sia costituito dai presidenti delle singole banche 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.

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 al 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 a un parere obbligatorio e vincolante della capogruppo circa la nomina del direttore, con potere di revoca riconosciuto tanto al Consiglio della singola banca quanto alla capogruppo.

Mi parrebbe infine necessario intensificare i meccanismi di trasmissione diretta delle indicazioni e direttive di vertice alle strutture periferiche. A tal fine potrebbe essere non inutile prevedere che i consiglieri nominati nel Consiglio

della capogruppo siano necessariamente consiglieri della banca controllata e inversamente (previa modifica tuttavia dell'attuale testo dell'art. 33 TUB in modo da porlo in linea con quanto previsto dall'art. 2351, ultimo comma e soprattutto dall'art. 2542, commi 4 e 5, sì da consentire la nomina anche extra assembleare di uno o più amministratori) che la struttura di vertice designi almeno un amministratore di ogni singola banca aderente, in modo da consentire alla struttura tecnica di vertice di avere accesso informativo diretto a ogni struttura periferica dell'impresa di sistema.

Un tema centrale 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 un gruppo integrato caratterizzato da forte coesione al proprio interno. Naturalmente le sanzioni per l'inadempimento degli obblighi di gruppo dovranno 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, dunque, 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 alla eventuale previsione della clausola *simul stabunt simul cadent* negli statuti di ciascuna banca aderente al gruppo, per l'ipotesi in cui – a seguito dell'eventuale modifica dell'art. 33 in sede di norme di coordinamento tra TUB e d.lgs. n. 6 del 2003 – fosse consentito alla capogruppo di nominare un amministratore della banca controllata per via extra assembleare. 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 a eleggere il nuovo Consiglio tenendo in debito conto la condotta degli amministratori e i rischi da risarcimento per inadempimento contrattuale cui essi hanno esposto la cooperativa aderente al gruppo.

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 a 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 banca aderente di riservare la decisione in ordine al recesso non già al Consiglio di amministrazione bensì all'assemblea dei soci.

7. Conclusioni

Muovendo ora dalla fattispecie alla nuova disciplina del gruppo verticale e orizzontale non è certo possibile, in questa sede, procedere all'analisi puntuale delle norme di cui agli artt. 2497, ss. È tuttavia sufficiente rilevare come questa disciplina (ad esempio in tema di trasparenza del rapporto di gruppo, di responsabilità degli enti e degli organi, di doveri di motivazione) da un lato si applichi sia ai gruppi bancari verticali sia a quelli orizzontali e dall'altro lato completi, e talora generalizzi, soluzioni già sperimentate nel contesto bancario (così confermando il tradizionale ruolo di laboratorio di nuove soluzioni regolatorie per il diritto dell'impresa svolto negli anni recenti dalla disciplina bancaria).

Basti pensare per un verso al regime di trasparenza, che integra e completa quello già previsto per le banche dalle Istruzioni di vigilanza e per altro verso al regime di collegialità imposto per gli atti in conflitto di interessi (collegialità che le Istruzioni di vigilanza già imponevano per l'esercizio della direzione e coordinamento con riguardo alla fissazione dei criteri per l'esercizio del potere), nonché ai doveri del collegio sindacale di cui agli artt. 52 e 61, comma 5, ora riflessi, in via generale, nell'art. 2403 bis, comma 2. Non sembra di conseguenza che, in sede di coordinamento della nuova disciplina societaria con il TUB sarà necessario apportare grandi modifiche rispetto alla materia dei gruppi.

Venendo in conclusione agli effetti che la riforma della disciplina dei gruppi si appresta a produrre con riguardo all'attività bancaria svolta nei confronti dei

gruppi societari – e dunque spostando l'attenzione del nostro discorso dalla *disciplina dei soggetti* bancari alla *disciplina dell'attività* bancaria – la prima impressione (che tuttavia dovrà essere misurata in base alla concreta esperienza applicativa) è che la nuova disciplina finisca con il diminuire, anziché accrescere, il rischio di credito di questi soggetti (beninteso limitatamente a quella frazione del rischio che dipende da scelte regolatorie). Benché infatti la riforma, con un'importante innovazione, consenta l'uso della società unipersonale a responsabilità limitata anche nel contesto dei gruppi, l'esperienza insegna che il beneficio della responsabilità limitata è in genere convenzionalmente rinunciato, dal gruppo, nei confronti dei creditori bancari mediante il rilascio di garanzie.

L'apparente aumento del rischio di credito che questo istituto è dunque in grado di produrre è ampiamente compensato, si direbbe, dalle innovazioni introdotte al fine di diminuire il rischio della banca nei confronti del gruppo societario prenditore di fondi, vuoi codificando la responsabilità, anche nei confronti dei creditori, per esercizio della direzione e il coordinamento, vuoi eliminando l'art. 2384 bis (che, come è noto, si era dimostrata una temibile arma idonea a neutralizzare, in certe situazioni, le garanzie intragruppo), vuoi introducendo il principio (che mi pare debba considerarsi di diritto dell'impresa e dunque di applicazione generale benché esso sia precipitato solo negli artt. 2467 e 2497 quinquies) in tema di revocatoria e postergazione del finanziamento soci che vale a ridurre, se non a eliminare, il rischio di concorso tra pretese restitutorie della banca e pretese restitutorie dei soci.

Ciò naturalmente non significa che nelle pieghe del nuovo diritto non si nascondano anche insidie che impongono alle banche di adeguare consapevolmente la propria azione: basti pensare a come la regola sulla postergazione dei finanziamenti intragruppo imponga da un lato rinnovata attenzione alla più esatta valutazione del merito di credito del gruppo, specie con riguardo alla società che svolge attività di tesoreria accentrata di gruppo, e dall'altro lato consigli un ripensamento piuttosto drastico delle modalità di finanziamento che si accompagnano all'assunzione di una partecipazione sociale nell'impresa finanziata. Ma si tratta, come si è detto, solo di prime impressioni che dovranno necessariamente essere sottoposte al vaglio dell'esperienza pratica.

I rapporti tra banche e società, o meglio quelli tra le società e le banche, o meglio ancora quello tra le banche e le società, rappresenta un tema tradizionale per oggi si ripropone con particolare interesse di fronte all'imminente riforma che tra pochi mesi farà il suo ingresso nel nostro ordinamento.

I profili sotto i quali questo tema può essere considerato – ma mi limito soltanto a segnalare il dato, peraltro non nuovo – sono quelli che la riforma produrrà sulle società clienti delle banche. Per un lato, il titolo di mero esempio, al nuovo regime della responsabilità limitata, dall'altro lato, per gli effetti che produrrà direttamente sulle società, sono esse stesse destinatarie dirette di norme che disciplinano l'applicazione; dall'altro ancora, in relazione alle disposizioni che disciplinano la responsabilità limitata, invece volontaria e dipende dal loro recepimento negli statuti.

È quest'ultimo profilo quello che mi pare di maggiore interesse, in quanto il primo si pongono problemi interpretativi anche al secondo si pongono problemi interpretativi.

Sullo sfondo di tutto il quadro, con livelli diversi di coinvolgimento, evidentemente, il tema della Vigilanza e della coerenza dei rapporti tra banche e società, coerenza che si esprimerà nella modifica dei statuti per giovare delle possibilità di modifica in occasione dell'accertamento di conformità alla sana e prudente gestione, dall'art. 56 del TUB alla Banca d'Italia.

2. La riforma societaria e le banche

In linea generale, peraltro, a me pare che le banche, in relazione alla loro disciplina specifica, siano nel complesso destinatarie dirette delle nuove norme, non solo e non tanto per quanto rappresentato da disposizioni prevalenti della normativa di riferimento, ma perché le banche, per natura e disciplina, non sono portatrici della riforma mira a soddisfare.

Il grande spazio riservato all'autonomia privata nella disciplina dei rapporti di governo della società e nella scelta dei mezzi