

## Parte seconda: Le banche

### Introduzione

*di Carlo di Nanni*

*Professore ordinario di Diritto commerciale*

*Dipartimento di Giurisprudenza*

*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Il convegno organizzato dalla professoressa Rispoli pone l'accento su un tema centrale della situazione economica e delle sue trasformazioni, collegando la gestione delle crisi societarie ed il ruolo del sistema bancario per il loro superamento.

Innanzitutto, mi compiaccio per il rilievo dato all'avvicinamento delle legislazioni europee, che è diventato particolarmente importante nei rapporti tra Italia e Spagna negli anni a cavallo del terzo millennio, laddove in entrambi questi paesi si è dato l'avvio ad importanti riforme - societarie, bancarie e fallimentari - al fine di creare un fronte europeo comune da contrapporre a quello anglosassone.

Ed in quest'ottica, si colloca l'odierno convegno, che mira a rinvigorire legami scientifici che da sempre ci uniscono, evidenziando altresì come, per la riedificazione di un nucleo di principi essenziali, occorra riallacciarsi alla tradizione giuridica comune ed alla sistemazione coesa e stabile delle regole e pratiche giudiziarie, anche in vista della concordia tra diritto interno ed europeo, del quale il diritto commerciale è il nucleo, tanto da concretizzarsi nell'UE quale mercato comune.

E proprio partendo da questa prospettiva, diventano rilevanti – ed anzi, centrali – le crisi d'impresa, rispetto alle quali si riscontra la possibilità di trovare sostegno nel sistema bancario, assicurando, in definitiva, la tenuta del mercato.

Ciò si è riscontrato con speciale riguardo alla normativa fallimentare, nell'ottica di ritrovare una disciplina uniforme delle insolvenze. Infatti, la globalizzazione dei mercati e le influenze che le vicende di un'impresa, anch'essa globalizzata, esercitano sul mercato, sollecitano la ricerca di soluzioni sempre più efficienti ed idonee, soprattutto nell'ottica della prevenzione. Ed in questa direzione, un ruolo

centrale va riconosciuto al Regolamento UE n.1346/2000, che ha fissato alcune regole guida per assicurare il coordinamento, in tema di insolvenza, fra gli ordinamenti dell'area comunitaria ed evitare così il c.d. "forum shopping". In particolare, gli indirizzi qualificanti del Regolamento si possono individuare: a) nella competenza a dichiarare il fallimento da parte dell'autorità giudiziaria del paese dove l'imprenditore ha il centro degli affari principali – che tendenzialmente coincide con la sede legale – o dove esiste una sua rappresentanza stabile (art. 3); b) nel riconoscimento automatico in tutti i paesi UE di una procedura di insolvenza aperta altrove, che produca effetti anche in un altro paese UE (art. 16).

Purtroppo, nonostante tali indicazioni, la riforma italiana degli anni 2005/2007 non si è fatta carico del problema dei fallimenti transfrontalieri, preferendo conservare un sistema misto, e cioè: a) territoriale, laddove si negano effetti in Italia alle procedure aperte all'estero; b) universale, per le procedure aperte in Italia, i cui effetti si estendano in altri paesi, per cui diventa possibile acquisire al fallimento "italiano" i beni che il fallito possiede all'estero.

Questo mancato coordinamento crea problemi soprattutto in caso di insolvenza dei gruppi di società operanti in più paesi dell'Unione, e ciò in quanto ciascuna società ha una propria autonomia e può essere soggetta a discipline interne diverse, con la conseguenza di incontrare forti difficoltà per il suo risanamento, mentre sarebbe stato utile comporre in modo unitario le crisi, evitando un ingiustificato diverso trattamento dei creditori delle singole società.

Si è trattato sicuramente di un'occasione perduta, soprattutto se si considera che il nostro riformatore ha contemporaneamente abbandonato la visione soggettivistica della legge fallimentare del 1942, orientata a regolare le vicende dell'imprenditore in base al criterio della colpa (dalla quale derivavano i meccanismi sanzionatori a carico dell'imprenditore, che falliva perché responsabile del dissesto, e spesso ritenuto disonesto: *decoctus atque fraudator*), o del merito, per cui il concordato era concepito come una misura premiale. Nonostante numerosi interventi correttivi della Corte costituzionale, questa visione aveva continuato ad improntare la disciplina del fallimento fino agli

ultime interventi legislativi, mentre era stata già superata nell'amministrazione straordinaria, orientata piuttosto verso la tutela di interessi diversi da quelli dei soli creditori: mutata prospettiva in cui lo svolgimento della procedura non riguarda più l'imprenditore – o il suo patrimonio – ma l'impresa e tende ad evitare che vengano smantellati complessi aziendali ancora efficienti.

Questa nuova visione può incidere positivamente sulla soluzione delle crisi, in quanto l'attenzione si sposta dall'originario profilo della soddisfazione dei creditori a quello del risanamento, dandosi maggior rilievo agli interessi dell'impresa e del mercato. In particolare nella sistemazione dell'insolvenza si deve tenere conto dell'esigenza di prosecuzione dell'attività, o da parte dello stesso imprenditore, o da parte di chi acquisti gli assets aziendali. Ma da questo interesse non vanno tuttavia disgiunti del tutto quelli dei creditori alla liquidazione dell'azienda ed alla ripartizione del ricavato, atteso che l'eccessivo sacrificio di queste posizioni determinerebbe una spinta in senso contrario, inducendo i creditori ad iniziative disgregative del patrimonio aziendale.

La liquidazione è diventata, perciò, l'ultima prospettiva da perseguire, quando sia risultato vano il tentativo di conservare l'impresa; infatti, essa produce sicuramente la perdita di un valore patrimoniale (a danno dei creditori), in quanto nel fallimento il prezzo di vendita è fissato secondo il valore di mercato dei beni che invece, se tenuti ancora insieme, conservato il maggior valore di avviamento.

Un'ulteriore critica mossa alla riforma della legge fallimentare ha riguardato la mancata attivazione di strumenti di prevenzione e di allerta, idonei a prevenire l'insolvenza conclamata e porre tempestivo rimedio all'aggravarsi della crisi. In effetti, però, la riforma ha recepito, sul punto, le forti remore che, durante i lavori preparatori, erano state manifestate all'introduzione di meccanismi di controllo esterno, in quanto in tal modo si sarebbe lesa la privacy aziendale, rilevandosi che, per contro, non è vero che la pubblicità degli inadempimenti potrebbe essere uno strumento di spinta verso la soluzione delle crisi incipienti, mentre è forse vero il contrario, come si può ricavare dall'esperienza della Centrale Rischi.

Le forme di controllo ed allerta più incisive sono probabilmente realizzate

all'interno delle società, sia attraverso il controllo dei sindaci e revisori, sia con la vigilanza degli amministratori, a tanto sollecitati dall'interesse a sottrarsi alle responsabilità per danni. D'altra parte, proprio all'interno della società possono individuarsi i meccanismi attraverso cui è possibile prevenire l'insorgere e l'aggravarsi della crisi: basti pensare alla rivalutazione dei beni per evitare la formazione di perdite, ovvero all'aumento del capitale mediante nuovi apporti dei soci, o ancora all'attribuzione ai creditori di azioni, quote, obbligazioni o strumenti finanziari o titoli di debito, o infine, alle operazioni straordinarie in senso proprio, quali la trasformazione, fusione o scissione.

Fuori da queste ipotesi, il risanamento deve passare sempre attraverso accordi con i creditori, che possono svilupparsi in forma meramente privata (c.d. concordati stragiudiziali) o con l'intervento del giudice (accordi di ristrutturazione), o attraverso un più articolato procedimento di concordato preventivo; ma in tutte queste ipotesi non si può più parlare di occasioni premiali offerte ai debitori, ma piuttosto di strumenti volti alla ristrutturazione dell'impresa ed alla ricostituzione del valore dell'azienda e dei rapporti ad essa collegati.

Questi temi sono stati ampiamente sviluppati nella sessione di ieri, per cui non ritengo di potere aggiungere altro; stamani, invece, gli illustri relatori tratteranno il tema, altrettanto centrale ed attuale, del rapporto delle banche con i soci ed i risparmiatori, argomento che si sviluppa, a mio avviso, secondo due linee guida di uguale interesse: da un lato, i rapporti di diritto privato con imprese e società, e dall'altro, le regole di funzionamento delle banche o, per dirla con Mario Porzio, il governo del credito. Ma, per non sottrarre tempo ai relatori, mi limito ad indicare soltanto alcune vicende di particolare interesse nelle due direzioni ora cennate.

Sotto il primo profilo, la costante vicinanza delle banche alle società è individuabile in tutte le ipotesi di sostegno alle loro imprese, attraverso la sottoscrizione di nuove azioni (art. 2441, co. 7 c.c.) o con la stipula di accordi per il collocamento dei titoli, sia azionari che obbligazionari, o ancora come prestazione di nuova finanza per la presentazione di proposte di concordato preventivo in continuità o accordi di ristrutturazione, ai sensi dell'art. 182-

*quinquies* legge fallim.

Sull'altro versante, e così veniamo al tema odierno, credo che una delle esperienze che più hanno fatto discutere negli ultimi anni – soprattutto per le conseguenze relative sia all'assetto di quelle banche che alla tutela dei risparmiatori e dei possessori di obbligazioni postergate - riguarda la riforma delle banche popolari di cui al DL 24 gennaio 2015 n.3, convertito in legge 24 marzo 2015, ed al DL 14 febbraio 2016 n.18. La riforma in tal modo realizzata si fonda su tre pilastri: 1) il DL n.3/2015 è intervenuto sul sistema delle banche popolari, modificando gli art. 28, 29, 31 del TUB - e l'art. 150-*bis* per le banche di credito cooperativo - ma soprattutto ha portato un profondo mutamento nelle caratteristiche di queste banche, completando quel percorso che fin dal 2000 aveva prospettato la fuoriuscita delle banche popolari dal mondo cooperativo, indirizzandole verso un tipo speciale di S.p.A.; 2) nel giugno 2015 la Banca d'Italia ha emesso il regolamento con cui ha predisposto le norme di attuazione; 3) successivamente, il DL n.18/2016 ha apportato ulteriori modifiche al sistema, intervenendo in modo specifico sulle banche di credito cooperativo e modificando gli art. 33, 34, 36 del TUB ed introducendo l'art. 37-*bis* per l'istituzione di un gruppo bancario cooperativo.

Queste riforme – solo apparentemente semplici e di scarso impatto – hanno, di fatto, modificato il sistema non soltanto nel dettaglio, ma soprattutto nelle caratteristiche costituenti la base tipizzante del credito cooperativo, e cioè: a) *territorialità*, nel senso che si deve trattare di banche a vocazione locale, legate al territorio da un rapporto di reciprocità, sia per la raccolta del risparmio che per l'erogazione del credito, da effettuarsi nella misura del 95% nel bacino di riferimento; b) *mutualità*, attraverso un trattamento preferenziale con i soci, anche se poi la Banca d'Italia poteva prevedere ed autorizzare la non prevalenza; c) *mancaza di lucratività*, per cui il 70% degli utili netti deve andare a riserva legale, il 3% ai fondi mutualistici ed il residuo a fini di beneficenza e mutualità; d) *sistemi di democrazia azionaria*, individuati essenzialmente nella limitazione delle quote di partecipazione dei soci, nel principio "*una testa un voto*" – cui accede il limite

delle deleghe – e nella previsione di clausole di gradimento, per l'ingresso di nuovi soci, rimesso al C.d.A.; senonché, a ben guardare, questi meccanismi sono l'esatto contrario della democrazia societaria, che nelle società per azioni indica la possibilità di sovvertire le maggioranze esistenti e consolidate, mentre nelle cooperative tendono soprattutto ad evitare le scalate, contro le quali neppure il voto capitario costituisce un valido baluardo, in quanto nulla esclude che anche nelle cooperative si possano stipulare dei patti di sindacato.

Quella riforma non è stata però accolta in modo pacifico, come è dimostrato prima dallo scontro che si è determinato fra Governo e Banca d'Italia subito dopo l'emanazione del DL n.3/2015 in ordine alla c.d. "way out" (cioè la possibilità che gli istituti con patrimonio netto superiore ai 200 milioni di euro restino fuori della holding prevista dalla legge, con il rischio di tenere in vita piccoli potentati locali in capo alle banche più deboli, soggette al controllo politico). Questa contestazione si è poi concretizzata nell'impugnativa dei provvedimenti della Banca d'Italia innanzi alla Corte costituzionale, fra cui si è segnalata, in particolare, quella ad istanza della Regione Lombardia, che era basata su un conflitto di attribuzione desumibile dal rilievo che quella riforma avrebbe violato l'art. 117 Cost., in quanto le banche popolari, proprio per il loro stretto collegamento con il territorio, hanno un ruolo prettamente regionale.

Altra situazione critica ha riguardato l'intervento della UE, che ha fortemente criticato il salvataggio delle banche con fondi pubblici, originariamente voluto dal Governo, che intendeva usare il fondo interbancario per il salvataggio di Banca Etruria, Banca Marche e CaRi Ferrara; e solo a seguito di questa opposizione è stato inserito il divieto di fare ricorso agli aiuti di Stato (peraltro già vietato dal Trattato UE), al fine di evitare alterazioni sul mercato a discapito di chi non ne beneficia.

Venendo alle principali modifiche apportate, mi permetto innanzi tutto di evidenziare come, in effetti, la motivazione di quegli interventi normativi deve essere vista nella scelta di riservare la possibilità di adottare il modello di banca popolare ai soli intermediari bancari il cui attivo non superi il valore di otto miliardi

di euro, con obbligo per le banche che superano tale soglia di adottare, entro 12 mesi, le misure necessarie ad assicurare il rispetto della norma, procedendo alla riduzione dell'attivo, alla trasformazione in S.p.A. o alla liquidazione. In definitiva, la riforma in questione spingeva verso la selezione delle banche popolari o verso una soluzione globale, che preveda per le banche di credito popolare la costituzione di una holding centrale con proprio C.d.A., che esercita un controllo sulle banche aderenti, le quali operano con proprio managers e redigono un separato bilancio, ma che non si trovano tutte sullo stesso piano; ed infatti, a seconda della solidità patrimoniale e della correttezza della gestione, esse avranno maggiore o minore autonomia, ovvero saranno addirittura commissariate. Ma in questo modo la prospettiva futura sembra diventare quella di trasferire alle banche più grandi quelle in difficoltà. Infatti, per superare l'obbligo di trasformazione in S.p.A. o di liquidazione, si dovrà andare necessariamente verso la concentrazione; ma anche questa scelta presenta due grandi rischi: a) quello che si scarichino sulle banche più forti i bilanci mal gestiti; b) la creazione di oligopoli, anche da parte di soggetti non partecipi del mondo cooperativo e svincolati dal territorio su cui operano le banche popolari (ed in questa direzione va la disciplina del gruppo bancario cooperativo, che fa riferimento alla direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.).

Riepilogando, dunque, le modifiche introdotte sono tutte nel senso di rafforzare chi è già forte, in una prospettiva analoga a quella che, nel 2003, aveva ispirato la riforma delle società di capitali; ed in questo senso vanno inquadrare le principali novità: 1) la trasformazione in S.p.A., con il conseguente superamento di tutti i caratteri della mutualità, territorialità e non scalabilità, che prima distinguevano le banche popolari; 2) il rafforzamento della presenza di soggetti estranei alla compagine sociale, quali meri finanziatori o possessori di strumenti finanziari; 3) l'abolizione del voto capitario e la possibilità di attribuzione di maggiori diritti di voto, in misura non superiore al 5%: cosa che comunque non escluderà il controllo di fatto in assemblea, anche grazie all'aumento delle deleghe fino a 20; 4) il diritto riconosciuto ai possessori di strumenti finanziari di nominare 1/3 dei componenti

del C.d.A. e dell'organo di controllo: potere foriero di possibili rischi sulla tutela degli interessi del settore creditizio; 5) l'eliminazione del gradimento per l'ammissione dei nuovi soci, con conseguente superamento del carattere personale e fiduciario proprio della mutualità; 6) la previsione del diritto dei soci di recedere in occasione della trasformazione.

In questo modo, credo di avere dato ai relatori alcune sollecitazioni, sulle quali avrò piacere di conoscere il loro pensiero; e pertanto, mi taccio ed apro i lavori della sessione.