



Riccardo Bencini*

L'impatto della riforma del diritto societario sulle banche.

Convegno in ricordo del prof. Riccardo Alessi – Firenze, 11 giugno 2008

1. INTRODUZIONE.

Vorrei limitare il mio intervento a talune considerazioni, di carattere principalmente introduttivo, dopo averVi ringraziato per la vostra presenza.

Prima di illustrare le caratteristiche e la finalità della ricerca, vale rammentare brevemente la ragione che ne ha determinato la nascita.

Le rilevanti innovazioni introdotte dalla riforma del diritto societario e le interferenze sistematiche con la disciplina dettata dal Testo Unico bancario rappresentano un'area tematica di grande interesse scientifico e applicativo, ulteriormente accentuata dalle molteplici e significative novità previste dalla legge sulla tutela del risparmio (l. 28 dicembre 2005 n. 262) e dalla recente attuazione della Direttiva MIFID (Direttiva n. 2004/39/CE recepita dal d.lgs. 17 settembre 2007 n.164).

In questa prospettiva, seppur consapevole della fluidità del contesto normativo di riferimento, il Dipartimento di Diritto dell'Economia dell'Università degli Studi di Firenze ha ritenuto di avviare un'attività di ricerca dal titolo "*L'impatto del diritto societario riformato sulle banche*", diretta, in sintesi, ad una messa a fuoco dei principali riflessi della disciplina novellata tanto sulla struttura organizzativa delle banche come imprese in forma azionaria, quanto

* *Assegnista di diritto commerciale nella Facoltà di Economia dell'Università di Firenze.
Avvocato in Firenze ed in Roma.*

sui rapporti tra banche e società di capitali quali clienti ed eventualmente controparti.

La ricerca ha innanzitutto potuto concretizzarsi grazie al fondamentale contributo dei professori Abriani, Ammendola e Corsi. L'indispensabile sostegno finanziario di BANCA CR FIRENZE che, soprattutto nelle persone del Dott. Moscatelli, del Dott. Guardasoni e dell'avv. Pucci, ha sin da subito creduto nell'importanza della ricerca, ha poi consentito l'avvio e lo sviluppo dell'indagine.

Infine, un grazie all'ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, il cui intervento, con il supporto delle dottoresse Palisi e Mancini, è stato decisivo per l'acquisizione dei dati oggetto di disamina, all'ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, per l'interesse manifestato e per i preziosi suggerimenti, e naturalmente alla FONDAZIONE CESIFIN ALBERTO PREDIERI, che ha consentito la realizzazione di questo evento.

~*~*~*

2. LA RICERCA: SCOPO E METODOLOGIA.

Come appena detto, l'indagine si propone di comprendere l'effettivo livello di assorbimento, da parte delle banche, delle molte novità introdotte dal legislatore con la riforma del diritto societario e con la legge sulla tutela del risparmio; allo scopo di valutare le implicazioni e la potenzialità degli interventi del riformatore, nonché gli eventuali profili di criticità della normativa in esame.

D'altronde, come efficacemente osservato dal Prof. Morbidelli, nell'ambito di un convegno organizzato dalla FONDAZIONE CESIFIN nel giugno del 2000, *“non si fa banca o comunque non la si fa bene se non si studiano i processi economici, le implicazioni e le innovazioni giuridiche, l'evoluzione del sistema finanziario”*.

Muovendo da questa visione, il progetto si è essenzialmente sviluppato attraverso l'utilizzo di un metodo empirico-induttivo, avendo alla base la raccolta di dati forniti dalle banche, da cui trarre poi indicazioni al fine di una loro analisi sistematica.

Per comprendere la reale influenza della disciplina novellata sia sulla struttura organizzativa delle banche come imprese in forma azionaria, sia sui rapporti tra banche quali *partners* e controparti delle società di capitali, sia infine sulle relazioni tra banche e tutela del risparmio, è

stato quindi predisposto un elaborato, suddiviso per aree tematiche e composto da articolati quesiti, destinato ad alcuni fra i principali istituti di credito operanti sul territorio toscano.

Alla luce dei primi incoraggianti risultati acquisiti e dell'attenzione manifestata dagli aderenti, è stato deciso, in accordo con il prof. Niccolò Abriani, quale responsabile della ricerca, di illustrare il progetto di studio all'ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, la quale ha sin da subito mostrato vivo interesse allo sviluppo dello stesso.

D'intesa con ABI — nella prospettiva di coinvolgere tutti gli istituti di credito associati e di ottenere un rilevante campione di riferimento — sono stati redatti due questionari in tema di *corporate governance* e di struttura finanziaria dell'impresa bancaria.

Nello specifico, il primo avente ad oggetto: (i) l'adozione dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo (*i.e.* dualistico e monistico); (ii) la composizione, l'articolazione ed il funzionamento dell'organo gestorio e di quello di controllo; (iii) l'introduzione della figura del Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili; (iv) l'istituzione dell'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001.

Il secondo concernente: (a) l'emissione di nuove categorie di azioni e obbligazioni; (b) la previsione di clausole statutarie limitative del trasferimento delle partecipazioni azionarie; (c) l'emissione di strumenti finanziari partecipativi; (d) la costituzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare; (e) la stipulazione di un contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare.

A seguito della diffusione dei suddetti questionari da parte di ABI, sono pervenuti in risposta i dati di n. 137 associati (compresi i principali istituti di credito operanti su tutto il territorio nazionale): dati questi che sono stati appunto oggetto di ricognizione statistica.

In accordo con ABI, è stata successivamente compiuta una prima messa a fuoco sugli elementi forniti dalle banche di credito cooperativo aderenti all'iniziativa.

È stata contestualmente avviata una disamina degli statuti trasmessi dagli aderenti (sinora n. 115) al fine di creare un repertorio delle clausole più significative.

É attualmente sottoposto alla valutazione di ABI anche un terzo elaborato in tema di tutela del risparmio ed è in fase di definizione un'ulteriore questionario in ordine al recepimento delle numerose novità introdotte dalla disciplina MIFID: questionari questi che

dovranno essere nuovamente diffusi agli associati ABI al fine di raccogliere ed elaborare gli elementi ottenuti in ordine a dette tematiche.

-*-*-*

3. LA RICERCA: ALCUNI PRIMI RISULTATI.

Molti sono i punti di osservazione da cui avviare l'analisi degli elementi forniti dagli istituti di credito partecipanti all'indagine.

In linea generale e senza voler interferire negli spazi di intervento altrui, non posso esimermi dal rilevare, pur nella consapevolezza che trattasi di elementi suscettibili di continua variazione, che i primi risultati mostrano nell'insieme un timido assorbimento, da parte degli aderenti, delle tante novità normative.

E così si vedano in riferimento ad un campione di 137 istituti di credito (di cui soltanto il 14% quotati), senza pretesa di esaustività e senza voler qui affrontare i tanti nodi interpretativi connessi alle tematiche oggetto di indagine:

a) quanto al primo questionario in tema di *corporate governance*:

- il 3% degli associati ha previsto l'adozione dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo;
- il 69% degli associati ha nominato un comitato esecutivo;
- il 34% degli associati ha nominato altri comitati interni all'organo amministrativo;
- il 19% degli associati ha previsto che determinati atti di amministrazione debbano essere approvati dall'assemblea;
- il 9% degli associati ha previsto negli ultimi quattro anni piani di *stock option*;
- il 39% degli associati ha previsto limiti al cumulo degli incarichi da parte dei componenti dell'organo di controllo;
- il 10% degli associati ha istituito la figura del Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili;
- il 59% degli associati ha istituito l'Organismo di Vigilanza previsto dal d. lgs. n. 231/01;

b) quanto al secondo questionario in tema di *struttura finanziaria*:

- il 6% degli associati ha emesso azioni di categoria negli ultimi quattro anni, di cui: il 2% azioni a voto limitato, il 4% azioni privilegiate, lo 0% azioni postergate nella partecipazione alle perdite; lo 0% azioni correlate;
- il 23% degli associati ha previsto limitazioni al trasferimento delle azioni;
- lo 0% degli associati ha emesso strumenti finanziari partecipativi;
- l'1% degli associati ha utilizzato i patrimoni destinati ad uno specifico affare;
- il 2% degli associati ha emesso i finanziamenti destinati ad uno specifico affare.

Focalizzando poi l'attenzione sulle Banche di Credito Cooperativo aderenti all'iniziativa (n. 44), si rilevano percentuali pressoché analoghe in ordine alle tematiche sopra indicate, salvo alcune significative variazioni che qui sembra opportuno segnalare:

a) quanto al primo questionario in tema di *corporate governance*:

- il 59% delle B.C.C. ha previsto limiti al cumulo degli incarichi da parte dei componenti dell'organo di controllo;
- il 4% delle B.C.C. ha istituito l'Organismo di Vigilanza previsto dal d. lgs. n. 231/01;

b) quanto al secondo questionario in tema di *struttura finanziaria*:

- il 9% delle B.C.C. ha emesso azioni di categoria negli ultimi quattro anni ma nessuna a voto limitato o privilegiate.
- il 36% delle B.C.C. ha previsto limitazioni al trasferimento delle azioni.

Seppure consapevole che i dati appena esposti non rappresentano la nitida ed attuale fotografia dell'universo bancario italiano, poiché in continua evoluzione e mutamento, questi costituiscono comunque un interessante punto di partenza per indagare sui molteplici problemi applicativi connessi alla nuova normativa.

La complessità dell'indagine indubbiamente si accresce e si acuisce in presenza di un tessuto normativo (di fonte primaria e secondaria) oltremodo cangiante.

Al riguardo e relativamente alla *corporate governance* delle banche, si ricorda che in data 4 marzo 2008 la BANCA D'ITALIA ha diffuso alcune Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario alle quali gli istituti bancari dovranno adeguarsi entro il 30 giugno 2009.

In estrema sintesi, in ordine alle banche che adotteranno oppure che hanno già adottato il sistema dualistico, le stesse dovranno adeguare i loro statuti: *a)* individuando in modo chiaro l'ambito delle materie attribuite alla competenza del Consiglio di Sorveglianza; *b)* limitando tali competenze alle sole operazioni effettivamente strategiche, escludendo in ogni caso ampliamenti delle materie rimesse alla valutazione del Consiglio di Sorveglianza stesso; *c)* qualificando natura e contenuti del potere decisionale riconosciuto al Consiglio medesimo rispetto alle competenze del Consiglio di Gestione, fermo restando il potere di proposta di quest'ultimo; *d)* individuando le operazioni strategiche fondamentali per le quali il Consiglio di Sorveglianza può rappresentare il proprio indirizzo al Consiglio di Gestione ai fini della predisposizione della relativa proposta; *e)* attribuendo al Consiglio di Gestione della capogruppo il compito di designare i consiglieri esecutivi delle società del gruppo al fine di assicurare l'unitarietà della conduzione operativa del gruppo stesso.

Le banche che adottano il modello dualistico dovranno inoltre prevedere che: *(i)* il Consiglio di Sorveglianza, in conformità a quanto stabilito dall'art. 52 TUB, possa procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione e controllo; *(ii)* i consiglieri di sorveglianza possano richiedere ai consiglieri di gestione notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari (definendo modalità di esercizio di tale prerogativa idonee a non intralciare l'operatività aziendale); *(iii)* almeno un componente del Consiglio di Sorveglianza partecipi alle riunioni del Consiglio di Gestione.

Relativamente invece alle banche che decidano di adottare il sistema monistico, queste dovranno: *(a)* espressamente attribuire al Comitato per il controllo sulla gestione il compito di vigilare sull'osservanza delle norme di legge, regolamentari e statutarie; *(b)* prevedere che il

Comitato per il controllo sulla gestione possa procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione e controllo; (c) attribuire all'assemblea il compito di nominare e revocare, a seguito di debita motivazione, i componenti per il Comitato per il controllo sulla gestione, ai sensi di quanto consentito dall'art. 2409 *octiesdecies* c.c..

Linee applicative queste che costituiranno parametro di valutazione da parte della BANCA D'ITALIA in sede di accertamento della conformità della sana e prudente gestione delle modificazioni statutarie e degli statuti delle banche di nuova costituzione (cfr., all'uopo, Circolare ASSONIME n. 31 del 24 aprile 2008).

-*-*-*

4. UNA PRECISAZIONE CONCLUSIVA.

Il discorso fin qui svolto – che non ha ovviamente alcuna pretesa di essere esaustivo, mirando a segnalare soltanto alcuni lineamenti generali del percorso di ricerca – può a questo punto essere avviato a conclusione.

I limiti di spazio intrinsecamente legati alla particolare destinazione del presente intervento non consentono poi di sviluppare *funditus* un così articolato e complesso tema.

Non può tuttavia sottacersi la sensazione che la riforma del diritto societario e quella della tutela del risparmio siano ormai contraddistinte non tanto per le molteplici innovazioni quanto per la stratificazione di interventi del legislatore tesi a modellare periodicamente le disposizioni appena formulate.

Come ben segnalato, “*se l'ansia di cambiamento è una delle caratteristiche del moderno, non può negarsi che il diritto commerciale si mostri modernissimo: lo agita già da diversi anni un flusso inarrestabile di novità. Sembra quasi che una cronica insoddisfazione per gli assetti normativi esistenti, specialmente in un settore come quello finanziario, ciclicamente punteggiato da scandali, condanni il legislatore a rimodellare continuamente anche disposizioni appena ieri formulate*”(R. RORDORF, *Gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 143).

Se è indubbia la continua evoluzione del diritto poiché questo nasce ed esiste *hominum causa* [Il fondamentale insegnamento del giurista

Ermogeniano viene richiamato da P. GROSSI, *Prima lezione di diritto, Roma-Bari*, 2006, 113, il quale ricorda che il diritto non è imposizione dello Stato (che si limita a creare leggi, non diritto), ma è innanzitutto espressione dei bisogni avvertiti dalla società] è parimenti innegabile come il nostro riformatore si esprima, ormai da alcuni anni, con pronunciato affanno.

Ed innanzi ad una produzione normativa così mossa e frastagliata, il giurista non può non rimanere attonito e disorientato.

Conseguentemente, come rilevato in dottrina, «*l'unico risultato prodotto è stato quello di aggrovigliare una matassa già abbastanza intricata, lasciando quindi all'interprete il compito di dipanarne i fili e quello di cercare di coordinare il complesso quadro disciplinare che in materia si è andato affastellando nel tempo*» (A. ANTONUCCI - M. T. PARACAMPO, *Conflitti d'interesse e disciplina delle attività finanziarie: il titolo II della legge risparmio e le sue successive modifiche*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2007, I, 304).

In presenza di uno scenario dagli incerti contorni, non deve allora destare stupore alcuno il limitato assorbimento, da parte degli istituti di credito, delle tante novità normative in punto di *corporate governance* e struttura finanziaria dell'impresa.

Ciò sembra peraltro in perfetto allineamento a quanto verificatosi nel nostro sistema imprenditoriale.

Recenti studi dimostrano infatti come, nonostante l'evoluzione del diritto societario, non ci siano stati radicali mutamenti nella struttura del nostro sistema industriale negli ultimi quindici anni (cfr. M. BIANCHI, M. BIANCO, *Italian corporate governance in the last 15 years: from pyramids to coalitions?*, in *EGCI WP paper*, n. 146, 2007; *I sistemi alternativi di amministrazione e controllo. Un primo bilancio*, a cura di: P. Cadili, A. Chiloiro, M. Maniscalco, F. Perrone e G. Piccinini, in www.associazionepreite.it). Come puntualmente osservato, «*si registrano cambiamenti limitati nella proprietà e nel controllo delle società non quotate; c'è stata una diminuzione delle piramidi societarie, ma un aumento dell'utilizzo dei patti parasociali; non si è avuto un incremento sostanziale nell'accesso al mercato dei capitali*» (C. BRESCIA MORRA, *Regole societarie, quali e quanti cambiamenti?*, in www.nelmerito.com, 2008).

Mi sia consentito, a chiusura, ricordare ciò che gli esperti consigliano a chi cammina in montagna: procedere sempre allo stesso ritmo, senza perdere il passo e senza fermarsi mai.

Confido che questa saggia indicazione possa essere fatta propria anche dal nostro legislatore e che i dati che mi accingo a raccogliere nell'ambito del rapporto banca-cliente confermino, contrariamente a quelli sopra illustrati, un completo recepimento degli interventi normativi, a dimostrazione che la tutela del risparmio non è (e non deve divenire) espressione di crusca.

E ciò nella convinzione che il risparmio sia, come ben rimarcato dal Governatore della Banca d'Italia (nel suo intervento dal titolo *Integrazione dei mercati finanziari, intermediazione del risparmio*, Cagliari, 4 marzo 2006, 17), “*il punto di forza della nostra economia, della nostra società, essenziale per lo sviluppo*”. *Al sistema finanziario, ai mercati, agli intermediari spetta il compito di portarlo agli usi più produttivi, agendo in piena concorrenza, nel rispetto delle regole*”.