

VIII CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"IL DIRITTO COMMERCIALE VERSO IL 2020: I GRANDI DIBATTITI IN CORSO, I GRANDI
CANTIERI APERTI"

Roma, 17-18 febbraio 2017

RENATO SANTAGATA

"Coesione" ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo

SOMMARIO: 1. Il contesto socio-economico del nuovo istituto. - 2. L'esperienza della cooperazione di "rete" tra banche di credito cooperativo. Il quadro normativo anteriore al d.l. 18/2016. - 3. Gruppo bancario cooperativo ed esigenze di vigilanza prudenziale. - 4. La natura ibrida del «contratto di coesione». - 5. I caratteri dell'attività di direzione e coordinamento della capogruppo. - 6. *Segue*. ...e la sua strumentalità alla vigilanza bancaria. - 7. Il rapporto di proporzionalità tra poteri della capogruppo e rischiosità della BCC associate. - 8. *Segue*. I poteri della capogruppo di nomina/revoca degli organi di amministrazione e controllo delle BCC associate. - 9. Il limite della salvaguardia delle finalità mutualistiche della singola BCC associata e gli obblighi dei suoi amministratori. - 10. *Segue*. Le sue implicazioni di questo limite nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. - 11. Il gruppo bancario cooperativo quale gruppo paritetico di diritto speciale. - 12. Lo scopo consortile della s.p.a. "capogruppo". - 13. I criteri di compensazione, l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi dell'attività comune. - 14. Ulteriori conferme della pariteticità del gruppo bancario cooperativo: l'"accordo di garanzia" infragruppo (c.d. *cross-guarantee*). - 15. ... e la previsione del diritto di recesso.

1. - È impressione diffusa che la sostanziale incapacità delle banche di credito cooperativo (d'ora innanzi: BCC) di fronteggiare le sfide imposte dalla globalizzazione dei mercati sia imputabile alla duplice serie di vincoli che astringono la loro gestione, vuoi prescritti dal diritto societario a presidio dello scopo mutualistico, vuoi disposti dall'ordinamento bancario (art. 35 Tub) in ragione della peculiarità di tali imprese creditizie: tanto il voto capitario, i limiti al possesso azionario ed alla distribuzione degli utili ai soci, quanto il localismo (ossia l'operatività ristretta ad un determinato territorio) e l'esercizio del credito prevalentemente a favore dei soci, hanno senz'altro ostacolato una ricapitalizzazione delle BCC mediante auto-

nomo accesso al mercato dei capitali di rischio, affidandone le sorti al solo autofinanziamento, assai ridotto dalla grave crisi economica e finanziaria¹.

La sostanziale preclusione di una congrua diversificazione del rischio di credito ha dunque esposto queste banche alle sorti delle economie locali: talune di esse, contaminate dalle insolvenze delle imprese finanziate e da una notevole quantità di crediti deteriorati, sono pervenute al dissesto finanziario, generando una pericolosa crisi di fiducia nell'intero sistema bancario, aggravata da taluni fattori che ne hanno indubbiamente compromesso la credibilità. Primo fra tutti: l'accentuata prossimità tra amministratori della banca e gestori delle imprese finanziate, che ha innescato esiziali conflitti di interessi², depotenziando quelle doverose cautele che ogni intermediario dovrebbe adottare nella valutazione del merito creditizio e nella successiva concessione del sostegno finanziario.

¹ Per converso, queste caratteristiche, in un mercato non globalizzato ed in fase di crescita economica, hanno tradizionalmente rappresentato valore aggiunto di tale categoria di banche, assicurando risorse qualificate nella conoscenza della clientela e favorendo un'accurata ed attendibile valutazione dei rischi assunti. In particolare, la continuità e stabilità dei rapporti tra banche ed imprese finanziate ha generato proficue sinergie nella realizzazione di progetti di sviluppo economico del territorio, talora rivelandosi determinante al conseguimento di obiettivi di rilevanza sociale: la diversificazione dei finanziamenti concessi dalle BCC in tutte le articolazioni dell'economia locale ha sovente reso possibile una riduzione del rischio delle operazioni di credito e, di riflesso, la praticabilità di tassi d'interesse più bassi, cosicché le BCC, quali prestatori locali di ultima istanza, hanno potuto svolgere un ruolo assai importante nella difesa dall'abusivismo bancario e dall'usura.

Queste finalità - sovente menzionate nella recente legislazione europea e nazionale (cfr., ad es., lo *Small Business Act*, l'*Action Plan on building a Capital Market Union* del 30 settembre 2015 e, al livello nazionale, la disciplina del contratto di rete) - concorrono a qualificare la *funzione sociale* (art. 45 Cost.) delle BCC, che merita salvaguardia anche in un mercato del credito ormai globalizzato. Cfr., da ultimo, CAPRIGLIONE, *L'autoriforma delle Banche di Credito Cooperativo*, in *Contr. e impr.*, 2016, 68 s.; v. anche la panoramica offerta da BARBAGALLO, *Le banche locali e di credito cooperativo in prospettiva: vigilanza europea e evoluzione normativa*, Intervento alla *Federazione cooperativa Raiffessen*, Bolzano, 12 febbraio 2015, 2 ss., ove una chiara sintesi dei profili di criticità che hanno interessato le banche locali nella recente recessione economica. Ritiene la conservazione del pluralismo della soggettività nell'esercizio del credito «elemento strategico», G. ROMANO, *La riforma delle Banche popolari tra "argomenti" di diritto interno e "ragioni" di diritto europeo*, Paper presentato al VI Convegno annuale dell'Associazione "Orizzonti del diritto commerciale" (26-27 febbraio 2016), 8.

² Che avrebbero richiesto ben altre misure di repressione tra le quali, probabilmente, un potenziamento dei presidi disposti dall'art. 136 Tub. Misure concernenti non soltanto la gestione delle banche e delle imprese finanziate (e v., PELLEGRINI, *La funzione delle BCC in un mercato in trasformazione. Ipotesi di riforma e specificità operativa*, in *Riv. trim. dir. econ.*,

In quest'ottica, il valore aggiunto del localismo – già ridimensionato, nell'era della globalizzazione, dall'emersione e dal crescente ricorso a nuove tecniche di distribuzione dei prodotti e dall'operatività *on line*, per definizione priva di ogni legame con il territorio – ha dovuto progressivamente cedere il passo alla primaria esigenza di garantire una gestione sana e prudente dell'impresa bancaria³.

In siffatto scenario, si sono fronteggiate due opposte concezioni.

Una prima impostazione ha invocato vincoli prudenziali particolarmente stringenti per le BCC⁴, pur nella salvaguardia delle specificità del loro modello operativo, necessariamente polarizzato sul finanziamento e sulla promozione dello sviluppo delle piccole e medie imprese locali e delle economie di zona⁵: istanze che postulano, da un lato, la presenza di un

4/2015, supplemento, 68), ma anche e soprattutto il collocamento dei titoli azionari e/o obbligazionari delle banche ai loro clienti.

³ Per una limpida ricostruzione dell'evoluzione di questo connotato, v. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, Bologna, 2012, 440 ss., ove sottolinea che già l'eliminazione del relativo vincolo legislativo nel Tub del 1993 e la conseguente rimessione della determinazione dell'ambito territoriale dell'attività allo statuto della banca, sulla base dei criteri stabiliti dalla Banca d'Italia, aveva nella sostanza subordinato il localismo alle esigenze di stabilità; e cfr. anche CAPRIGLIONE, *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario. Problematrice e prospettive*, in *Banca e borsa*, 2005, I, 162 ss. e BLANDINI, *Localismo e ricorso al mercato dei capitali delle banche cooperative nell'ultimo atto della riforma del diritto societario (con notazioni sparse sugli eccessi di delega del d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310)*, *ibidem*, 688 ss., che registrano l'erosione del localismo conseguita all'applicazione alle banche cooperative delle regole sull'accesso al mercato dei capitali introdotte dalla riforma del diritto societario del 2003 (e dalle sue successive modifiche).

⁴ Già gli studi condotti negli anni novanta del secolo scorso (e v., ad esempio, MARASÀ, *Le banche cooperative*, in *Banca e borsa*, 1998, I, 529 ss.; PRESTI, *Le banche cooperative. Funzione economica e forme giuridiche*, ed. fuori comm., Milano, 1999, 8 e 17) avevano evidenziato che il localismo e l'esercizio prevalente del credito costituiscono, al contempo, punto di forza e di debolezza delle BCC, in quanto, se da un lato favoriscono una migliore valutazione del rischio di credito, dall'altro riducono la diversificazione geografica e merceologica del c.d. rischio di portafoglio. E si veda anche l'intervento del Governatore della Banca d'Italia VISCO alla *Giornata mondiale del risparmio 2015*, 11.

Sono note, d'altronde, le peculiari esternalità negative connesse al dissesto anche di una banca e di un intermediario finanziario di minori dimensioni: se la crisi non è adeguatamente gestita, può rischiare di generare fenomeni di instabilità finanziaria in conseguenza della perdita di fiducia nel sistema da parte di depositanti ed investitori, contagiando così gli operatori sani. Proprio a questi fini è stata emanata la direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014, attuata in Italia con i dd.lgs. 16 novembre 2015, nn. 180 e 181. Non è questa, evidentemente, la sede per approfondire questi temi, sui quali può rinviarsi al recente panorama tracciato da DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione bancaria*, in *Banca, impr. e soc.*, 2015, 391 ss.

⁵ Tali caratteri sono stati ritenuti essenziali al «credito cooperativo» nei fondamentali studi di OPPO (fra i quali è doveroso ricordare almeno *Credito cooperativo e Testo Unico sulle ban-*

referente unico per la valutazione e la tempestiva assunzione delle azioni da intraprendere e delle misure da adottare in caso di difficoltà patrimoniali o di crisi di una banca; dall'altro lato, l'adozione di assetti organizzativi integrati ed idonei a generare economie di scala e, a livello patrimoniale, meccanismi unitari di controllo dei rischi, reti di protezione della liquidità e della solvibilità delle banche coinvolte.

Una seconda concezione più liberista (attualmente allo studio della Commissione europea) ha invece ravvisato l'opportunità di una disciplina europea che esenti dall'applicazione dei requisiti patrimoniali previsti per le banche le cooperative di credito senza scopo di lucro che favoriscono il reciproco finanziamento delle piccole e medie imprese, così autorizzandole ad operare con garanzie *proporzionate ai rischi* a cui sono esposte⁶.

La riforma delle banche di credito cooperativo, introdotta dal d.l. 14 gennaio 2016, n. 18, conv. con modificazioni in l. 8 aprile 2016, n. 49, tenta dunque un difficile compromesso fra queste due impostazioni.

2. - Al fine della sua comprensione, giova ricordare che le banche di credito cooperativo hanno sinora inteso preservare la loro autonomia giuridica e decisionale, assicurandosi l'erogazione di prodotti e servizi ausiliari competitivi dagli istituti centrali di categoria mediante un "network" fondato su tre pilastri: a) una "rete associativa" per la somministrazione di servizi di supporto e di monitoraggio alle banche associate, strutturata su diversi livelli territoriali dalle Federazioni locali (costituite in forma di cooperativa a mutualità prevalente con funzioni consortili) e da Federcasse (investita di molteplici funzioni, anche di rappresentanza della categoria); b) una "rete imprenditoriale", coordinata da Iccrea Holding s.p.a. e deputata all'erogazione di servizi bancari e finanziari avanzati ed innovativi a costi contenuti alle BCC socie (in guisa da soddisfare tutte le possibili

che, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 653 ss. e *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, *ivi*, 2004, II, 754 ss.).

⁶ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati di capitali*, COM (2015) 468 final, 30 settembre 2015, 24, ove si evidenzia, assai opportunamente, che «Già oggi in alcuni Stati membri il quadro normativo stabilito dalla direttiva sui requisiti patrimoniali non si applica alle cooperative di credito. Al fine di garantire condizioni di parità, tutti gli Stati membri dovrebbero poter beneficiare di cooperative di credito che siano soggette a garanzie regolamentari nazionali proporzionate ai rischi a cui sono esposte. Per questo la Commissione esaminerà la possibilità per tutti gli Stati membri di autorizzare cooperative di credito operanti al di fuori del quadro dell'UE in materia di requisiti patrimoniali per le banche».

esigenze delle rispettive clientele), le quali non sono state però né controllate (neppure indirettamente), né controllanti della *holding*, difettando qualsiasi vincolo negoziale tra quest'ultima e le stesse BCC; c) una forma di "solidarietà di sistema" articolata in tre consorzi in forma contrattuale (Fondo di Garanzia dei depositanti del credito cooperativo; Fondo di garanzia degli obbligazionisti del credito cooperativo; Fondo di garanzia istituzionale del credito cooperativo), ai quali hanno partecipato (e versato contributi) le BCC, volti a garantire l'adempimento delle obbligazioni assunte da queste nei confronti dei loro depositanti e obbligazionisti⁷.

Le criticità del modello descritto - accentuate dalla crisi economica e finanziaria dell'ultimo decennio - risiedono nella scarsa vincolatività del ruolo assunto dalle Federazioni, non abilitate all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento delle BCC associate e, di riflesso, ad assicurare una reale coesione e condivisione delle loro decisioni strategiche. Neppure la descritta rete imprenditoriale (gruppo ICCREA) è valsa a legittimare la *holding* all'esercizio di un potere di direzione e coordinamento delle BCC.

In questo quadro, l'impossibilità di configurare il modello organizzativo in questione alla stregua di un gruppo bancario (ancorché paritetico⁸) è risultata impeditiva di un efficace governo della sana e prudente gestione delle BCC, idoneo alla prevenzione di possibili dissesti di talune consociate.

Non è allora casuale che le recenti cronache abbiano donato nuova attualità al dibattito, ormai ventennale, sulla realizzazione di un effettivo legame di gruppo integrato tra BCC⁹, i cui punti di partenza erano: i) la pa-

⁷ Per informazioni più dettagliate su questo sistema, v. CUSA, (da ultimo in) *Le banche di credito cooperativo*, in BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, vol. V, t. 3, Padova, 2014, 526 ss.; nonché il contributo di VERZARO e TORRE, *Il sistema del credito cooperativo*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Carretta, Bologna, 2012, 181 ss. e 171 ss. e di DELL'ATTI-INTONTI, *Cooperazione, mutualità e localismo nelle banche di credito cooperativo in Italia*, in *Banche e banchieri*, 2006, 174 ss. Sulle specifiche caratteristiche del Fondo istituzionale di garanzia, cfr. LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo regionale*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 58 s.

⁸ Ribadita, da ultimo, da VERZARO e TORRE (nt. 7), 183 e 185.

⁹ È doveroso ricordare, fra gli altri, i pionieristici studi di G.F. CAMPOBASSO, *Organizzazione di gruppo delle banche di credito cooperativo e gruppi (bancari) paritetici*, in *Banca e borsa*, 1997, I, 553 ss. e di MIOLA, *Controllo contrattuale e capogruppo di un gruppo bancario*, in *Gruppi bancari e banche di credito cooperativo*, Atti del 22° Convegno regionale, Firenze, 25-10-1996, s.d., s.a. (ma Firenze 1996), 29 ss., i cui spunti sono stati poi approfonditi, pur con diversi esiti e nell'ambito di ricerche di taglio diverso, nelle monografie di LAMANDINI, *Le concentrazioni bancarie*, Bologna, 1998, 169 ss. e di R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Tori-

cifica constatazione dell'estrema difficoltà - se non proprio dell'impossibilità - di costituire un gruppo bancario cooperativo fondato sul controllo azionario, ostandovi il principio del voto capitario (art. 2538, 2° comma, c.c.), i limiti massimi di partecipazione al capitale (art. 2525 c.c.) e la regola della porta aperta, che avrebbero rappresentato un'incombente minaccia alla stabilità di un controllo, solitario o congiunto, ipoteticamente acquisito; ii) le difficoltà di conciliazione con le note regole democratiche poste a presidio dello scopo mutualistico di un gruppo gerarchico fondato sul controllo «da particolari vincoli contrattuali» (art. 2359, n. 3) o su un contratto di dominazione, ammessa pure (e non concessa) la sua liceità nel nostro ordinamento.

Tale dibattito era culminato nell'individuazione (sostanzialmente pacifica) del gruppo paritetico quale unico modello d'integrazione effettivamente compatibile con struttura, funzione, scopo mutualistico e connesse istanze autonomistiche delle BCC: radicandosi in un contratto che vincola le imprese ad un reciproco coordinamento gestionale *equiordinato* della loro direzione strategica, questo paradigma non genera, per definizione, situazioni di oggettiva dipendenza economica di un'associata dall'altra¹⁰.

Epperò l'esercizio di attività di direzione strategica, ancorché *concertata* dalle cooperative affiliate al gruppo, comporta l'esigenza di puntualizzare rapporti e possibili interferenze fra "mutualità cooperativa" e "mutualità consortile": proprio a tal fine, la riforma del diritto societario del 2003 ha introdotto nel codice civile l'istituto del *gruppo cooperativo paritetico*, specificando contenuto minimo del contratto istitutivo e regole volte a contemperare l'effettività di una generale politica di gruppo con gli interessi mutualistici particolari delle imprese consociate (art. 2545-*septies* c.c.).

no, 2001, 27 ss., 35 ss. e *passim*. V. anche i lavori di FAUCEGLIA, *Il gruppo creditizio cooperativo*, in *I gruppi cooperativi*, a cura di Buonocore, Milano, 1997, 116 ss. e di GENCO, *I profili patrimoniali del gruppo cooperativo*, *ivi*, 69 ss., 72 e 87 s.

¹⁰ Si differenzia pertanto dai «particolari vincoli contrattuali» di cui all'art. 2359, n. 3, c.c. Ma v. il diverso avviso di GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 513; ravvisa genericamente «una certa gerarchia» nel modello di gruppo cooperativo paritetico delineato dall'art. 2545-*septies*, GALLETTI, *Il finanziamento delle imprese nel contesto delle reti: problemi e prospettive di regolamentazione*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, a cura di Cafaggi, Bologna, 2004, 384, nt. 14 e 409, nt. 63. In senso critico, su questa impostazione, già G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 8, nt. 12 e 107 s., nt. 183; R. SANTAGATA (nt. 9), 47.

È stato così naturale additare le BCC quali principali fruitori della nuova figura ed il legislatore ha perciò provveduto a ricomprendere¹¹, nel sistema autorizzativo e di vigilanza bancaria, questa peculiare configurazione di gruppo [comb. disp. comma 8-*bis* dell'art. 19 Tub (introdotto dall'art. 39, d.lgs. 310/2004) e 23, 1° comma, Tub (modificato dall'art. 40, d.lgs. 310/2004)]. Del resto, l'adozione *volontaria* di tale assetto organizzativo¹² avrebbe implicato soltanto un'evoluzione delle descritte forme di collaborazione "a rete", che certo presupponeva l'attuazione di modifiche statutarie nelle singole BCC aderenti tali da rendere possibile una loro *direzione strategica concertata*, elaborata in una struttura di raccordo anche in forma societaria (ai sensi dell'art. 2545-*septies*, n. 2).

Tuttavia, una spontanea evoluzione del sistema a "rete" delle BCC nella direzione del gruppo paritetico, pur suggerita e propiziata da recenti ulteriori studi¹³, non è in concreto mai avvenuta proprio a causa della debolezza del ruolo di indirizzo e coordinamento delle Federazioni. E questa

¹¹ Più esattamente, l'originaria formulazione dell'art. 223-*terdecies*, 2° comma, disp. trans. (introdotto dal d.lgs. 6/2003) aveva indotto accreditata dottrina (PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico*, in *Coop. cred.*, 2003, 45) a dubitare circa la fruibilità del gruppo cooperativo paritetico da parte delle BCC (ma v. già la diversa opinione di COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in *Banca e borsa*, 2003, I, 384 e di SCHIANO DI PEPE, *La disciplina dei gruppi ed il gruppo (paritetico) di credito cooperativo*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 102 ss.). Le integrazioni e correzioni alla disciplina del diritto societario e al testo unico in materia bancaria e creditizia apportate dal d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, valsero tuttavia a dissolvere ogni dubbio in merito (cfr., in particolare, il nuovo 2° comma dell'art. 223-*terdecies*, introdotto dall'art. 37, d.lgs. 310/2004). E cfr. anche l'accenno di LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico «semplice» e «qualificato» (bancario). Prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 4, Torino, 2007, 1112 s.

¹² E v. i suggerimenti di LAMANDINI (nt. 7), 62 ss., che registrava anche l'ampliamento dei compiti affidati alle Federazioni locali nel loro nuovo statuto tipo, funzionale ad assicurare la sana e prudente gestione delle BCC aderenti (p. 59).

¹³ Il riferimento è alla ricerca aziendalistica e giuridica condotta dall'Osservatorio Regionale Toscano sulla Cooperazione, *Il gruppo cooperativo paritetico*, Firenze, 2008, ove sono raccolti modelli contrattuali (173 ss.) ed i contributi di PERSIANI, *Aggregazione ed integrazione aziendale dell'impresa cooperativa*, 11 ss., TOMBARI, *Il gruppo cooperativo paritetico: profili giuridici*, 113 ss., STANGHELLINI, *Il contratto di gruppo cooperativo paritetico: tipologie redazionali e suggerimenti*, 147 ss.; sull'esperienza della cooperazione in Toscana cfr. pure le ricerche di BITOSSISIMION, *Gli strumenti della crescita per le cooperative dal consorzio al gruppo: la realtà cooperativa toscana* e BITOSSISIMION, *I gruppi cooperativi in Toscana: partecipazioni di minoranza, maggioranza e «compagni di viaggio»*, entrambe pubblicate in *I gruppi cooperativi. Strategie, risultati, criticità delle cooperative holding*, a cura di Bitossi, Bologna, 2008, 153 ss. e 263 ss., nonché BITOSSISIMION-STANGHELLINI, *I contratti di gruppo paritetico tra regole legali ed autonomia negoziale*, in *AGE*, 2008, 345 ss.

inerzia, oltreché preclusiva di costanti verifiche dell’Autorità di vigilanza in merito alla sana e prudente gestione delle BCC associate, esponeva l’intero sistema a rischi di violazione della disciplina antimonopolistica ed, in particolare, del divieto di intese anticoncorrenziali in relazione agli scambi di informazioni sensibili tra le BCC: rischi che sarebbero stati invece neutralizzati dalla costituzione di un gruppo cooperativo paritetico che, ai fini *antitrust*, può – a determinate condizioni – integrare gli estremi di una concentrazione¹⁴.

Impulso decisivo al cambiamento è quindi provenuto dalle più recenti direttive europee in materia di vigilanza bancaria, che hanno indotto il nostro legislatore, in un primo momento, ad una radicale modifica della disciplina delle banche popolari (d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, conv. con modificazioni in l. 24 marzo 2015, n. 33) ed a stimolare le BCC ad un processo di “autoriforma” del sistema “a rete” innanzi sintetizzato. L’urgenza di offrire all’opinione pubblica prova “tangibile” di “attivismo” al cospetto dei clamorosi dissesti di alcune BCC ha poi spinto il Governo ad una brusca accelerazione del percorso di riforma di questa categoria di banche, culminato con l’emanazione del d.l. 18/2016 (conv. in 49/2016).

3. – Fulcro della riforma del credito cooperativo¹⁵ è l’obbligo di adesione delle BCC ad un gruppo bancario cooperativo disciplinato dai nuovi artt. 37-*bis* e 37-*ter* Tub, che ora costituisce condizione per il rilascio dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo (art. 33, comma 1-*bis*, Tub)¹⁶. Alle BCC attualmente

¹⁴ Per la dimostrazione ed i necessari ragguagli, anche comparatistici, si consenta il rinvio a R. SANTAGATA, *I “gruppi paritetici” nella disciplina antimonopolistica*, in *Riv. soc.*, 2003, 264 ss. (pubblicato anche, con aggiornamenti alla riforma del diritto societario, in *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, Napoli, 2003, 243 ss.).

¹⁵ Anche in altri Paesi dell’Unione europea il credito cooperativo sta subendo radicali trasformazioni. In Olanda, ad esempio, dal 1° gennaio 2016 le 106 banche cooperative originariamente associate al sistema *Rabobank* hanno rinunciato alla propria licenza bancaria per divenire “filiali” di un’unica società cooperativa che ha assunto i poteri di una capogruppo bancaria. In Germania, è stata appena attuata la fusione tra le due cooperative bancarie di secondo livello, ossia la *DZ Bank* e la *WGZ Bank*. In Francia, sono previste modifiche strutturali del *Crédit Agricole* e del *Crédit Mutuel*, mentre in Spagna le cooperative bancarie partecipano ad una “struttura di gruppo” dotata di un sistema di garanzia istituzionale dei depositi (IPS).

¹⁶ Come ricorda SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4/2015, supplemento, 84, non è la prima volta che si impongono agli operatori di mercato determinati assetti struttura-

operanti è invece offerta l'alternativa tra adesione al gruppo bancario cooperativo o esecuzione di operazioni (fusione, trasformazione, cessione dei rapporti giuridici in blocco, scissione, conferimento d'azienda) da cui risulti una banca costituita in forma di società per azioni (artt. 150-bis, 5° comma, Tub e 2, comma 3-bis, l. 49/2016)¹⁷.

La soluzione prediletta dal legislatore consiste insomma nella necessaria confluenza delle BCC in unico sodalizio, articolato in eventuali sottogruppi territoriali al cui vertice deve porsi una banca costituita in forma di società per azioni sottoposta a direzione e coordinamento della capogruppo, dotata di un patrimonio netto minimo di un miliardo di euro (art. 37-bis, 1° comma, lett. a e c-bis, Tub). Nondimeno, le BCC aventi tutte sedi legali nelle province autonome di Trento e di Bolzano possono fondare ulteriori, *autonomi*¹⁸ gruppi bancari cooperativi, diretti e coordinati da capogruppo costituita in forma di s.p.a. o società cooperativa p.a., il cui patrimonio netto minimo è stabilito dalla Banca d'Italia (art. 37-bis, comma 1-

li/organizzativi in virtù delle esigenze della vigilanza: negli anni novanta del secolo scorso la banca pubblica è stata trasformata *ex lege* in società per azioni.

¹⁷ Le operazioni straordinarie comportano però l'obbligo di devoluzione patrimoniale ai fondi mutualistici (art. 150-bis, 5° comma, Tub), dal quale la legge consente però una deroga per le BCC che, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della l. 49/2016, presentano alla Banca d'Italia istanza, pure congiunta, di conferimento delle rispettive aziende bancarie ad una società per azioni, anche di nuova costituzione, autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria, purché la banca istante possieda un patrimonio netto superiore a duecento milioni di euro al 31 dicembre 2015, accertato da un bilancio sottoposto a revisione per il quale sia stato espresso dal revisore un giudizio senza rilievi (art. 2, commi 3-bis e 3-ter, l. 49/2016). Le BCC, conferendo le rispettive aziende ad una medesima s.p.a. autorizzata all'esercizio di attività bancaria, devono evidentemente modificare il proprio oggetto sociale (senza che tale modifica legittimi il diritto di recesso del socio), limitandosi ad espletare in favore dei soci servizi funzionali al mantenimento del rapporto con la s.p.a. conferitaria ed alla formazione ed informazione sui temi del risparmio e di promozione di programmi di assistenza (art. 2, comma 3-quater, l. 49/2016).

Questa deroga è opportuna, in quanto – come vedremo meglio *infra* (spec. al § 15) – consente in fatto la costituzione di una pluralità di gruppi bancari cooperativi, nel rispetto però dei requisiti richiesti dalla normativa di vigilanza prudenziale: il che incide, di riflesso, sulla democraticità del sodalizio, in quanto rende effettiva la tutela assicurata dal diritto di recesso.

¹⁸ La definitiva formulazione del comma 1-bis dell'art. 37-bis esclude a mio parere l'identificazione di questi ulteriori gruppi cooperativi bancari con «gli eventuali sottogruppi territoriali» del gruppo bancario cooperativo “principale” (come invece paventava CAPRIGLIONE, *La Camera approva la riforma delle BCC. Verso il tramonto della cooperazione di credito?*, in www.dirittobancario.it), come attesta la rimessione alla Banca d'Italia della determinazione del limite di patrimonio netto della capogruppo dei gruppi di BCC trentine ed altoatesine. Del resto, questa lettura consente di scongiurare contrasti della nuova disposizione con l'art. 116 Cost.

bis, Tub).

Trattasi di scelta legislativa palesemente funzionale al rispetto delle nuove regole di vigilanza prudenziale europea in tema di liquidità, dotazione del capitale e *governance* introdotte per effetto dell'Unione bancaria europea (si allude soprattutto al Reg. UE n. 575/2013 del 26 giugno 2013, integrato dal Reg. delegato UE n. 241/2014 del 7 gennaio 2014): la sostanziale unitarietà del nuovo gruppo cooperativo bancario mira infatti ad offrire all'Autorità di controllo, italiana e/o europea¹⁹, un solo referente, costituito dalla "capogruppo", che funga da ausiliario e da "cinghia di trasmissione" alle singole BCC aderenti delle istruzioni di vigilanza impartite nell'interesse alla stabilità del gruppo; per questa ragione, l'architettura istituzionale fondata su un *unico gruppo cooperativo bancario* (eventualmente articolato in più sottogruppi) è stata preferita²⁰ alla pluralità di gruppi regionali, da più parti caldeggiata nel corso dei lavori preparatori per la sua maggiore aderenza al localismo caratteristico delle BCC²¹. Ed il d.l.

¹⁹ La stretta correlazione della riforma con le regole in tema di vigilanza prudenziale europea è sottolineata da tutti i primi commentatori [e v., ad es., CAPRIGLIONE (nt. 1), 54 ss.], che talora rimarcano come l'opzione per il gruppo unico delle BCC sia funzionale al trasferimento della vigilanza sullo stesso alla Banca centrale europea [SEPE (nt. 16), 84, 88 ss., spec. 96; S. GATTI, *Intervento*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4/2015, supplemento, 120 s.]. Cfr., però, *Indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano nella prospettiva della vigilanza europea*, Audizione al Senato della Repubblica, VI Commissione (Finanze e Tesoro), 2 aprile 2015, ove, in una comparazione dei diversi approcci dell'Unione europea e degli Stati Uniti d'America nel recepimento delle normative internazionali (c.d. Basilea 3), si formulavano talune critiche all'impostazione europea che non tiene in alcun conto la dimensione, la complessità, la rischiosità e le altre caratteristiche delle banche vigilate; indicazioni critiche erano state espresse anche nel parere del COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO (CESE), *Il ruolo delle banche cooperative e casse di risparmio nella coesione territoriale* (18 febbraio 2015), ove si invocavano regole di vigilanza più stringenti per banche operanti a livello globale e disposizioni più flessibili, ancorché rispettose della stabilità del sistema finanziario, per le banche nazionali e locali.

²⁰ Va anche precisato che gli obiettivi testé esposti non risultano frustrati allorché la BCC, anziché aderire al gruppo cooperativo bancario, opti per l'alternativo conferimento d'azienda ad una s.p.a. bancaria: in tal caso, invero, sarà evidentemente quest'ultima – e non già la cooperativa conferente non più legittimata all'esercizio dell'attività bancaria – il referente dell'Autorità di vigilanza e l'imposizione di un patrimonio netto superiore a duecento milioni di euro varrà ad assicurare una dotazione patrimoniale adeguata a tale ulteriore (ed eventuale) gruppo bancario.

²¹ Tale diversa opzione era stata strenuamente difesa da CAPRIGLIONE (nt. 1), 72 ss., in varie sedi, accademiche ed istituzionali, nel corso dei lavori preparatori [v. anche ID., *Audizione* presso la VI Commissione permanente (Finanze) della Camera dei deputati del 1° marzo 2016], che ha evidenziato i riflessi negativi sui connotati dell'impresa mutualistica connessi ad una *governance* accentrata su base nazionale e, pertanto, lontana dalle economie locali tradizionalmente finanziate dalle BCC [di avviso sostanzialmente analogo LA-

18/2016 ha fornito la base normativa, da tempo invocata²², necessaria per attrarre nell'orbita della vigilanza consolidata le BCC: si è così identificata, in assenza di relazioni di controllo azionario, la "capogruppo" depositaria del potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento funzionale alla vigilanza prudenziale, privilegiando l'istanza di semplificazione del meccanismo di trasmissione delle relative istruzioni a tutte le BCC, perseguita anche a costo di "scolorire" tratti qualificanti della cooperazione di credito, la cui salvaguardia resta ora affidata al delicato lavoro esegetico degli interpreti.

Non è del resto una novità che l'organizzazione dei gruppi bancari debba essere conforme alle esigenze della vigilanza sin dal momento della loro costituzione, al fine di assicurare che gli assetti adottati siano adeguati all'attuazione delle istruzioni emanate dalla Banca d'Italia. Onde, sembrano destituiti di fondamento i paventati dubbi di incostituzionalità della nuova disciplina²³.

4. - Illustrate sinteticamente istanze di vertice e finalità della riforma, oltretutto l'evoluzione del dibattito che la ha preceduta, ritengo utile approfondire le caratteristiche del nuovo gruppo bancario cooperativo, verifi-

MANDINI (nt. 7), 66, che auspicava una riforma graduale incentrata sulla scelta del gruppo paritetico cooperativo bancario su scala regionale].

Questi rischi possono essere tuttavia ridimensionati da previsioni del «contratto di coesione» rispettose delle istanze autonomistiche delle BCC ed idonee a consentire loro l'attuazione di politiche gestionali consone al localismo.

²² Già nel vigore della c.d. legge Amato (l. 30 luglio 1990, n. 218), autorevole dottrina (DI SABATO, *Il gruppo polifunzionale nella cooperazione di credito: aspetti giuridici*, in *Banca e borsa*, 1993, I, spec. 427 s.) aveva rimarcato l'assenza di una legge apposita che consentisse di attribuire ad ICCREA un potere di direzione e coordinamento delle cooperative aderenti al "sistema" federativo ed avanzato la proposta di utilizzare all'uopo il potere di nomina extraassembleare degli amministratori, consentito dalla disciplina di diritto comune delle cooperative: tentativo, tuttavia, correttamente reputato impraticabile, essendo tale potere riservato per legge allo Stato ed agli enti pubblici e violandosi per giunta l'inderogabile competenza assembleare alla nomina degli amministratori delle BCC [così, G.F. CAMPO-BASSO (nt. 9), 558].

²³ Sollevati da SEPE (nt. 16), 84 e 96, che discorre di «neodirigismo».

Ed invero, l'obbligatoria adesione delle BCC ad un gruppo, in quanto specifica misura di protezione della stabilità della singola banca e del sodalizio nel suo complesso, trova solida copertura costituzionale già nella finalità di utilità sociale - evocata dal 2° comma dell'art. 41 - di salvaguardia dei consumatori e degli utenti dei servizi bancari e finanziari, di recente troppo spesso costretti a subire le conseguenze negative dei dissesti delle banche e quindi, soprattutto, nella tutela del risparmio, che giustifica in quanto tale la disciplina, il coordinamento ed il controllo dell'esercizio del credito (art. 47 Cost.).

cando in particolare se la sua struttura sia effettivamente riconducibile al gruppo paritetico evocato dagli studi sopra ricordati o sia, invece, inedita e funzionale ad assolvere alle divise esigenze di vigilanza prudenziale.

Tale indagine non assume rilievo squisitamente teorico. Essa è piuttosto necessaria ad identificare, da un lato, fonte e connotati dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo, dall'altro lato, gli strumenti di tutela dello scopo mutualistico perseguito dalle BCC e, di riflesso, degli interessi patrimoniali dei loro soci.

Tracciate le coordinate della ricerca, occorre muovere dalla premessa che la vigilanza prudenziale impone una limitazione autoritativa della libertà di organizzazione dell'impresa delle BCC, segnatamente consistente in un *obbligo* di quest'ultime di adesione ad un «contratto di coesione», fonte dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo: vincolo che, perciò, è un *contratto imposto* in cui l'interesse pubblico esige una determinata configurazione del contenuto della volontà negoziale ed un certo procedimento per il perfezionamento dell'accordo. In particolare, la *regolazione amministrativa del contratto* consiste qui nell'attribuzione alla Banca d'Italia della duplice funzione di: *a)* predeterminare *ex ante* il «contenuto minimo» del regolamento contrattuale e le caratteristiche della peculiare garanzia reciproca tra le BCC aderenti al gruppo (art. 37-bis, comma 7-bis, lett. *b*, Tub ed Istruzioni di vigilanza²⁴); *b)* verificare *ex post* l'idoneità dello schema di «contratto di coesione» – unilateralmente predisposto dalla banca candidatasi ad assumere il ruolo di “capogruppo” sulla scorta del «contenuto minimo» delineato dalle Istruzioni di vigilanza – a consentire un efficace perseguimento della «sana e prudente gestione del gruppo» (art. 37-ter, 1° comma, lett. *a* e 2° comma, Tub). Qualora questa seconda verifica dia esito negativo, sussiste un *obbligo conformativo* del regolamento contrattuale predisposto dalla capogrup-

²⁴ A dire il vero, la BANCA D'ITALIA, nelle Disposizioni di vigilanza per le banche, parte III, cap. 5, *Gruppo Bancario Cooperativo*, 19° aggiorn. (2 novembre 2016) della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (*Sezione III. Contratto di coesione e garanzia in solido*) non si è limitata affatto ad individuare il «contenuto minimo» del «contratto di coesione», come richiesto dalla normativa primaria, ma ha delineato «principi e criteri che devono ispirare la disciplina contrattuale» indubbiamente invasivi dell'autonomia delle banche associate nella definizione dei contenuti del «contratto di coesione», che oltretutto vincolano la capogruppo ad un forte accentramento di funzioni che limita la libertà organizzativa nell'esercizio dell'attività d'impresa (come ha lamentato la Federazione Italiana delle Banche di Credito Cooperativo nelle *Considerazioni generali* del 13 settembre 2016, sulla bozza delle Istruzioni di vigilanza, spec. 4 e 5).

po ai dettami della Banca d'Italia.

La natura ibrida di tale figura contrattuale non è priva di conseguenze applicative: comporta, anzitutto, che il canone ermeneutico da utilizzare per l'esegesi delle relative clausole non può basarsi esclusivamente sulle disposizioni dell'interpretazione dei contratti (artt. 1362-1371 c.c.), ma deve attingere anche alla disciplina dell'interpretazione della legge e degli atti amministrativi²⁵; giustifica poi, ad esempio, l'applicazione della sanzione amministrativa della revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria alla BCC già operante che non aderisca al «contratto di coesione» (o sia esclusa dal gruppo bancario cooperativo e non aderisca ad altro sodalizio) e non esegua operazioni (fusione, trasformazione, cessione dei rapporti giuridici in blocco, scissione, conferimento d'azienda) da cui risulti una banca costituita in forma di società per azioni (artt. 150-*bis*, 5° comma, Tub e 2, comma 3-*bis*, l. 49/2016).

5. - Risponde alle peculiari esigenze di vigilanza prudenziale pure la configurazione della struttura di vertice titolare del potere di direzione del nuovo gruppo cooperativo bancario. Ed invero, l'investitura dei relativi poteri alla società "capogruppo", già esistente e non all'uopo costituita, non è data dalla sussistenza di un rapporto di controllo societario: la "capogruppo" non possiede partecipazioni di controllo in alcuna BCC, né può essere soggetta all'influenza dominante (determinante o notevole) esercitata dalle BCC che ne detengono per legge la maggioranza del capitale (art. 37-*bis*, 1° comma, lett. *a*, Tub). Piuttosto, le coordinate dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sono definite dal «contratto di coesione», stipulato dalle BCC affiliate in conformità all'art. 37-*bis*, 3° comma, Tub²⁶ ed alle prescrizioni dell'Autorità di vigilanza (Istruzioni della Banca d'Italia).

Il «contratto di coesione» si limita ad assicurare l'esistenza di una «*situazione di controllo*» come definito dai principi contabili internazionali (IFRS 10), richiamati dall'art. 37-*bis*, 1° comma, lett. *a*, 2° pr., Tub. Tale riferimento del «*controllo*» non deve però trarre in inganno, giacché la definizione evocata dalla normativa contabile internazionale è ben diversa e più ampia di quella recata dal codice civile (art. 2359 c.c.) e dallo stesso art. 23

²⁵ Cfr. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016, 173 ss., spec. 188, 192 s., 235 s. e *passim*.

Tub, per almeno due ordini di ragioni: *i)* ricomprende anche fattispecie – quale è appunto il gruppo bancario cooperativo – in cui l'esercizio dei diritti richiede l'accordo di molteplici soggetti e sono previsti meccanismi che ne consentono l'esercizio collettivo; *ii)* il potere può derivare pure dall'esercizio di diritti *potenziali* di nominare o sostituire i membri dell'organo di governo della partecipata che hanno la possibilità di indirizzare le attività rilevanti: *potenziali*, in quanto al possessore deve essere assicurata la mera facoltà di attivarli, non essendo però necessario a configurare il requisito del potere che i citati diritti siano poi effettivamente esercitati²⁷. E ciò è quanto prevede, appunto, la nuova disciplina del gruppo bancario cooperativo, in cui l'esercizio di tali diritti resta *potenziale* fintantoché la BCC presenti una situazione patrimoniale e finanziaria solida, divenendo invece effettivo sulla BCC la cui rischiosità risulti incrementata.

Dal canto suo, la società di vertice, la cui maggioranza del capitale è detenuta dalle BCC associate, è qui deputata ad espletare una funzione strumentale al perseguimento delle istanze di vigilanza prudenziale e dello scopo mutualistico delle banche associate: su questa base andranno elaborati gli indirizzi strategici del gruppo, mediante determinazioni assunte dai suoi organi, costituiti da esponenti designati dalle BCC associate²⁸.

²⁶ Cfr. ancora COSTI (nt. 11), 387.

²⁷ Rileva, infatti, BIANCHI, *Note sulla nozione di "controllo" nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, in *Riv. soc.*, 2011, 277, che, ai fini dei principi contabili internazionali, rilevante è già «la circostanza che un soggetto disponga del potere di "presa" della gestione strategica di un'altra società, indipendentemente e di là dalla quota di capitale da esso posseduta in quest'ultima società»; analogamente orientato, da ultimo, OLIVIERI(-STRAMPELLI), *Il bilancio consolidato*, in *La società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da Abbadessa e Portale, vol. I, Milano, 2016, 2456 s., che include nell'area di consolidamento anche i legami generati dai c.d. *management contracts*.

²⁸ E proprio quest'ultima particolarità dovrebbe assicurare un'adeguata concertazione nella definizione delle politiche strategiche del sodalizio, sempreché le modalità di nomina dell'organo di gestione della "capogruppo" siano tali da conferire adeguata rappresentatività alle BCC aderenti al «contratto di coesione». Al proposito, le disposizioni di vigilanza si orientano però all'introduzione di una significativa peculiarità nella *governance* di questo sodalizio, consistente in ciò, che gli amministratori della "capogruppo" siano prescelti tra gli esponenti delle BCC associate con migliori condizioni patrimoniali e minori coefficienti di rischio (rimarca le peculiarità della s.p.a. capogruppo delle BCC anche SANTORO, *I gruppi bancari e la s.p.a. capogruppo delle BCC*, Relazione al Convegno "Dallo scopo mutualistico delle banche allo scopo lucrativo – Salerno, 10 giugno 2016). Questa pratica di governo societario vale in fatto a preservare l'*autonomia gestionale* delle BCC solide ed è perciò giustificata dall'istanza di sana e prudente gestione del gruppo bancario cooperativo, che prescrive l'affidamento della responsabilità dell'attività di direzione e

6. - La veste della “capogruppo” di ausiliario di vigilanza ovvero di “cinghia di trasmissione” tra l’Autorità di controllo e le BCC associate è attestata anche dalla sua necessaria costituzione in forma di società per azioni²⁹, imposta da esigenze razionalizzatrici e semplificatrici della vigilanza³⁰ e di omogeneizzazione delle imprese bancarie ai fini della nuova disciplina della risoluzione delle crisi e dell’attuazione del *Single Supervisory Mechanism* (SSM). Tale scelta legislativa s’inscrive nella tendenza, inaugurata dalla riforma delle banche popolari (d.l. 3/2015), di obbligare per legge le banche di dimensione medio-grande - quale è, nei voti del riformatore, la “capogruppo” del gruppo bancario cooperativo - all’abbandono della forma cooperativa sulla premessa della maggiore efficienza del modello azionario nel reperimento dei capitali, della maggiore trasparenza delle regole di governo societario anche ai fini del rispetto dei

coordinamento a soggetti i quali abbiano effettivamente dimostrato capacità manageriali e prodotto utili risultati nella gestione delle banche associate. Cfr. BANCA D’ITALIA, Disposizioni di vigilanza per le banche (nt. 24), § 1.1.

²⁹ La “direzione” del gruppo cooperativo paritetico è invece, ai sensi dell’art. 2545-septies, 1° comma, n. 2, c.c., tendenzialmente ma non inderogabilmente, affidata ad una cooperativa. Ed invero, benché l’art. 2545-septies menzioni, fra le indicazioni necessarie del contratto, «la cooperativa o le cooperative cui è attribuita la direzione del gruppo», non ritengo che il legislatore abbia inteso *imporre* tale articolazione del gruppo.

Non sussiste, invero, alcuna ragione valida per precludere la sua direzione da parte di una s.p.a. o di una s.r.l. con scopo consortile, stante l’accentuata prossimità tra scopo mutualistico e consortile, ed anzi questo potrebbe essere il senso dell’*incipit* «anche in forma consortile» contenuto nella norma [ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. soc.*, 2005, 776; LAMANDINI (nt. 11), 1106 e ID. (nt. 7), 64 s.].

³⁰ In dottrina si reputa discutibile tale scelta di politica legislativa (per COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?*, in *Banca e borsa*, 2015, I, 586, il giudizio sulla maggiore efficienza di un tipo sociale rispetto ad un altro dovrebbe essere rimessa al mercato, non al legislatore) che attesterebbe un disfavore verso l’adozione dei tipi cooperativi per l’esercizio dell’attività bancaria in nome dell’uniformità delle esigenze della vigilanza (RICCIARDIELLO, *La riforma delle Banche popolari nella legge di conversione del d.l. 24 gennaio 2015 n. 3 tra capitalismo ed esigenze di vigilanza uniforme*, in *Banca impresa e società*, 2016, 148). Lo conferma il Parere della Banca Centrale Europea sulla riforma delle banche di credito cooperativo del 24 marzo 2016 (CON/2016/17), ove si ritiene che la capogruppo società per azioni agevolerebbe la capacità del gruppo di reperire capitali e rafforzerebbe il controllo degli azionisti sulla gestione; renderebbe altresì possibile che gli strumenti di capitale emessi dalle BCC soddisfino i requisiti imposti dal Reg. UE n. 575/2013 (integrato dal Reg. UE 241/2014) e che gli stessi rientrino negli strumenti di capitale primario di classe 1 (§ 3.1.2).

Va però ricordata in proposito anche la posizione assunta dalla COMMISSIONE EUROPEA, *Piano di azione per la creazione dell’Unione dei mercati di capitali*, COM (nt. 6).

requisiti di patrimonio di vigilanza imposti dalla Direttiva 2013/36/UE (*Capital Requirements Directive* o CRD IV) e dal Regolamento n. 575/2013 (*Capital Requirements Regulation*: c.d. CRR).

In particolare, la “capogruppo” assolve alla funzione di garante della stabilità del gruppo (*ex art. 61, 4° comma, Tub*), rispondendo nei confronti della Banca d'Italia dell'andamento gestionale dell'intero sodalizio³¹ ed essendo assoggettata ad amministrazione straordinaria o a liquidazione coatta amministrativa in caso di inosservanza di tale comportamento doveroso (*artt. 98 e 99 Tub*).

Ne consegue che il potere della “capogruppo” di emanare *direttive unilaterali* alle BCC associate va necessariamente inquadrato nell'esercizio della funzione di vigilanza, essendo la prima deputata allo svolgimento di un'attività ausiliaria e strumentale alla gestione di servizio che resta esclusivamente affidata alle banche cooperative. Lo si evince sia dall'*art. 37-bis, 3° comma, n. 1, Tub*, ove è chiarito che i «poteri di influenza sulle banche aderenti» sono unicamente finalizzati «ad assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e delle altre disposizioni in materia bancaria e finanziaria applicabili al gruppo e ai suoi componenti», sia dalla previsione regolamentare per cui «*per gli aspetti non disciplinati per finalità prudenziali, è salva l'autonomia contrattuale delle banche aderenti*» al «contratto di coesione» (*cfr. sez. III, § 1, Disp. vig.*).

Tali direttive presuppongono pertanto l'esistenza di specifiche istruzioni della Banca d'Italia, che la “capogruppo” ha la veste “istituzionale” per attuare al fine di assicurare la stabilità del sodalizio. L'esecuzione di questo potere/dovere necessita della predisposizione di un assetto organizzativo e di controllo idoneo a favorire la circolazione endogruppo delle informazioni ed un periodico monitoraggio sull'adempimento delle istruzioni impartite dalla “capogruppo” da parte delle BCC associate, però vincolate alle sole prescrizioni strettamente essenziali all'adempimento degli obblighi prudenziali³². Si pensi a disposizioni a presidio della coerenza e

³¹ Con riguardo ai gruppi bancari gerarchici, si era del resto puntualmente osservato (PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, 83) che la controllante poteva non essere la capogruppo interlocutrice della Vigilanza: quest'ultima avrebbe dovuto allora opporsi all'esecuzione di disposizioni della sua controllante che incidessero negativamente sulla stabilità del gruppo.

³² Riaffiorano dunque i limiti ai poteri della capogruppo di un gruppo bancario tracciati prima della riforma del diritto societario del 2003 [*v., ad es., G.F. CAMPOBASSO, Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparata*, in *Banca e borsa*, 1995, I, 747; MIOLA (nt. 9), 40 s.; BLAN-

dell'attendibilità del processo di determinazione del capitale complessivo adeguato (ICAAP) del gruppo, a misure preordinate ad impermeabilizzare il gruppo dai rischi di instabilità derivanti dall'inadeguatezza patrimoniale di una BCC o, in via di prevenzione, ad imporre a ciascuna banca aderente una dotazione patrimoniale e di liquidità disponibile adeguata all'esercizio della propria attività³³ o regole di governo societario su profili

DINI, *Direzione unitaria e responsabilità nei gruppi. Riflessioni a proposito del gruppo bancario*, Napoli, 2000, 71 ss. e, nella sostanza (pur con talune precisazioni), G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi bancari e non: legge e autonomia privata nella configurazione del modello organizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, spec. 709 s.; *contra* però, tra gli altri, l'autorevole opinione di FERRO-LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, spec. 449 s.], condivisi da qualificata dottrina anche in seguito ad essa [GALGANO(-SBISA), *Direzione e coordinamento di società*², in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna, 2014, 270 ss.; e v. pure BLANDINI, *L'ambito dell'attività di direzione e coordinamento ed i (presunti ed effettivi) doveri della capogruppo*, in *Impresa e società. Studi dedicati a Federico Martorano*, Napoli, 2006, 148 ss.], sia pure con la doverosa precisazione che la disciplina generale del codice civile e le regole speciali del Testo unico bancario e della normativa regolamentare di attuazione sono in rapporto di reciproca integrazione. Se ne ricava che: per un verso, l'attività di direzione e coordinamento della capogruppo esercitata in ossequio ai criteri di equità e ragionevolezza dettati dalla disciplina speciale deve ritenersi rispettosa del principio generale di «corretta gestione societaria e imprenditoriale» menzionato dall'art. 2497 c.c.; per altro verso, il dovere di perseguimento della stabilità del gruppo costituisce finalità specifica ed ulteriore da imprimere all'attività di direzione e coordinamento dei gruppi bancari [e cfr., fra gli altri, COSTI (nt. 3), 665 s.; PENNISI, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, t. I, Torino, 2013, 696 ss. e spec. 701; RISPOLI FARINA, *Commento all'art. 61*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina e Santoro, Milano, 2010, 558 s.; *adde*, per una recente ricognizione della normativa di vigilanza italiana ed europea sui gruppi bancari, CHEVALLARD, *Direzione e coordinamento della capogruppo bancaria tra crisi finanziaria e Unione Bancaria*, in *RDS*, 1/2016, 97 ss.].

All'evidenza, nel caso del gruppo cooperativo bancario, il rapporto di reciproca integrazione deve porsi tra gli artt. 37-bis s. Tub da un lato, ed il comb. disp. degli artt. 2545-septies e 2497 ss. c.c. dall'altro lato (e v. *ultra*, la dimostrazione e gli sviluppi di seguito nel testo); onde, non sussistendo per definizione rapporti di controllo partecipativo, le limitazioni dell'autonomia delle BCC associate imposte sul piano normativo e contrattuale dalla nuova disciplina (primaria e secondaria) può giustificarsi soltanto in virtù delle esigenze di vigilanza prudenziale, come attestato dal tenore letterale dell'art. 37-bis, 3° comma, n. 1, Tub e delle Disposizioni di vigilanza (sez. III, § 1).

³³ Occorre invero scongiurare il rischio di contagio della crisi di una BCC all'intero gruppo ed al sistema bancario e finanziario nel suo complesso e questo obiettivo può talora imporre l'adozione di specifiche misure di salvataggio della BCC in difficoltà idonea a prevenire il propagarsi della sua crisi [v., ad es., PENNISI (nt. 31), 122 ss. e spec. 131 s., sottolineando che la salvaguardia della stabilità del gruppo presuppone la tutela della stabilità delle sue singole componenti, pervenendo ad esiti coincidenti con quelli proposti nel testo sulla scia di una corretta valorizzazione dei criteri di equità e ragionevolezza previsti dalle Istruzioni di vigilanza (spec. 148 s.); adesivamente, MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società. La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto set-*

interferenti con la normativa di vigilanza (remunerazioni dei componenti degli organi, partecipazioni detenibili, ecc.).

Le finalità prudenziali sottese alla disciplina speciale sono di rango superiore all'interesse sociale delle BCC associate e devono costituire, ad un tempo, criterio ispiratore dell'attività della "capogruppo" e limite del suo agire imprenditoriale. Onde la società di vertice è investita di uno specifico dovere di definire strategie, politiche e principi di valutazione e misurazione dei rischi per l'intero sodalizio: l'attività di direzione e coordinamento necessariamente investe, perciò, l'intero processo di concessione del credito e la gestione del rischio, l'organizzazione della politica finanziaria del gruppo, la politica degli investimenti mobiliari ed immobiliari, le soluzioni organizzative e di governo societario.

È, tuttavia, nella definizione di queste strategie che risiede la peculiarità del gruppo bancario cooperativo e, sul punto specifico, sono destinate ad assumere un ruolo evidentemente cruciale le previsioni del «contratto di coesione». Infatti, l'assetto organizzativo della capogruppo deve rappresentare adeguatamente - anche in relazione alle peculiarità del territorio in cui operano - le istanze delle BCC associate, al fine di favorire un'effettiva *concertazione* delle operazioni di rilevanza strategica e della pianificazione industriale, finanziaria e degli investimenti del sodalizio. Del resto, decisioni strategiche che trascurassero esigenze operative di singole banche associate, ne minerebbero la competitività e l'efficienza nei rispettivi territori di riferimento, così ledendone la stabilità, col rischio di propagazione degli effetti pregiudizievoli all'intero gruppo.

Peraltro, le peculiari esigenze della vigilanza bancaria impongono alla "capogruppo" l'esercizio di un pervasivo controllo *ex ante*, di legalità e di merito sulla programmazione strategica del sodalizio e sull'equilibrio gestionale delle BCC associate; resta tuttavia impregiudicata l'autonomia degli organi amministrativi di quest'ultime su tutti i profili rientranti nella loro responsabilità nei confronti dei depositanti e degli investitori, almeno fintantoché la loro situazione patrimoniale e finanziaria risulti solida.

Se ne deduce che, fuori dai casi patologici previsti dalla legge, la "capogruppo" è investita di una funzione d'indirizzo strategico a carattere

toriale delle imprese, Napoli, 2009, 270 ss.]. E, proprio per queste finalità, il «contratto di coesione» deve prevedere «la garanzia in solido delle obbligazioni assunte dalla capogruppo e dalle altre banche aderenti, nel rispetto della disciplina prudenziale dei gruppi bancari e delle singole banche aderenti» (art. 37-bis, 4° comma, Tub). V. sul punto, *infra*, § 14.

prevalentemente programmatico, esplicazione della sua funzione di vigilanza, e partecipa alla gestione strategica delle BCC associate definendo obiettivi generali in un'ottica di pianificazione; la società di vertice non detiene però un potere decisionale pieno ed assoluto, né è legittimata ad impartire agli organi amministrativi di quest'ultime direttive vincolanti invasive della loro funzione gestoria.

7. - La vera peculiarità del gruppo *bancario* cooperativo consiste dunque nel principio di *proporzionalità* alla rischiosità delle BCC associate dei «poteri necessari per l'attività di direzione e coordinamento» (art. 37-bis, 3° comma, lett. *b*, n. 1, Tub): la fattispecie in esame viene così attratta nell'ambito di applicazione della normativa di vigilanza europea³⁴, che gradua l'intensità dell'azione di supervisione, le scelte effettuate e le risorse impiegate, al livello di rischio assunto dalle singole banche affiliate ad un organismo centrale [cfr. art. 10, Regolamento n. 575/2013: c.d. CRR; e v. anche § 30a *Bankwesengesetz (BWG)* austriaco in vigore dal 2015].

La *proporzionalità alla rischiosità delle banche associate* costituisce ulteriore e specifica *clausola generale* alla cui stregua definire le prerogative necessarie all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nel gruppo *bancario* cooperativo, in aggiunta ai tradizionali principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale contemplati dall'art. 2497 c.c. In particolare, l'incremento della rischiosità di una BCC associata giustifica l'adozione da parte della "capogruppo", quale ausiliario di vigilanza della Banca d'Italia, di "strumenti precoci" ovvero di "misure anticipatorie" della gestione della crisi dell'ente creditizio: più esplicitamente, la "capogruppo" è chiamata a coadiuvare la Banca d'Italia - nella sua veste di autorità di risoluzione della crisi, conferitale dalla Direttiva BRRD - nel costante monito-

³⁴ Cfr. il Principio n. 7 delle Linee guida della vigilanza bancaria della Banca centrale europea del settembre 2014, secondo cui le prassi di vigilanza adottate dal Meccanismo di vigilanza unico (MVU) «sono commisurate all'importanza sistemica e al profilo di rischio degli enti creditizi sottoposti a vigilanza. L'attuazione di questo principio permette di ripartire in modo efficiente risorse di vigilanza limitate. Di conseguenza, l'intensità della vigilanza dell'MVU sugli enti creditizi varia, con una maggiore attenzione nei confronti dei gruppi sistemici più grandi e più complessi e delle filiazioni più rilevanti all'interno di un gruppo bancario significativo. Ciò è coerente con l'approccio di vigilanza consolidato e basato sul rischio dell'MVU». Sul rilievo centrale della proporzionalità nella riforma del credito cooperativo insiste anche CAPRIGLIONE (nt. 1), 67 s.

raggio e nella prevenzione dei sintomi di una crisi di una BCC associata³⁵.

La “capogruppo” bancaria è infatti garante del rispetto dei requisiti prudenziali a livello consolidato da parte del sodalizio: ciò che presuppone l’esercizio di un’attività di direzione e coordinamento volta a prevenire, gestire ed eliminare rischi di credito, finanziari e di mercato, al fine di assicurarne «il rispetto dei requisiti prudenziali e delle altre disposizioni applicabili al gruppo e ai suoi componenti» (art. 37-bis, 3° comma, lett. b, n. 1, Tub).

Si spiegano così previsioni del «contratto di coesione» volte ad attribuire alla “capogruppo” poteri di: a) preventiva approvazione di operazioni di rilievo strategico *sul piano patrimoniale o finanziario* assunte dalle BCC associate, quali fusioni, scissioni, cessione o acquisto di beni e rapporti giuridici, acquisto di partecipazioni e di immobili, apertura di succursali in Italia o all’estero; b) coordinamento e razionalizzazione delle succursali delle BCC aderenti presenti sul territorio e degli altri canali distributivi in un’ottica di contenimento dei costi della rete distributiva derivante dall’eliminazione delle duplicazioni e, quindi, di complessiva efficienza del gruppo bancario³⁶.

E nella medesima logica deve inquadrarsi l’eccezionale deroga alla necessaria “concertazione” della direzione strategica del sodalizio³⁷: il legislatore ha inteso salvaguardare l’autonomia gestionale delle BCC fintantoché queste non denotino elementi di rischiosità suscettibili di minare la

³⁵ Non si dimentichi che la riforma delle BCC è stata approvata, nel nostro Paese, qualche mese dopo la gestione di una crisi di quattro enti creditizi, culminata nell’adozione della procedura di risoluzione in data 22 novembre 2015. In argomento, TOMASI, *I poteri di vigilanza della Banca d’Italia alla luce delle nuove norme sulla crisi bancaria. Riflessioni sulla disciplina con particolare riferimento al caso della Cassa di Risparmio di Ferrara s.p.a.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 873, spec. 901 ss.

³⁶ Cfr. ancora BANCA D’ITALIA, Disposizioni di vigilanza (nt. 24), § 1 (sezione I), spec. § 1.6, ove, tuttavia, si opera un’applicazione indubbiamente limitata e restrittiva del principio di proporzionalità, come giustamente rilevato dalla Federazione Italiana delle Banche di Credito Cooperativo nelle *Considerazioni generali* del 13 settembre 2016 (nt. 24).

³⁷ Proprio questa deroga vale a mio avviso a suffragare il convincimento – già espresso in altra sede (R. SANTAGATA, *Commento all’art. 2545-septies*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Gabrielli, *Delle società, dell’azienda, della concorrenza. Artt. 2511-2574*, a cura di Santosuoso, Torino, 2014, 499, nt. 21) – che l’art. 2545-septies c.c. assolve la specifica funzione di escludere la liceità, nel diritto cooperativo, di strumenti di integrazione tra imprese di stampo gerarchico, imperniati su relazioni contrattuali di dominio-dipendenza, “forti” o “deboli” che siano, come attestato dall’aggettivo «paritetico» nella rubrica della disposizione.

sana e prudente gestione del gruppo³⁸; ove questo accada, l'essere il gruppo in questione *bancario*, prima che cooperativo, sollecita l'esercizio di un potere di controllo/vigilanza, intervento e sanzione della "capogruppo", la cui incisività e pervasività devono essere necessariamente *proporzionate al grado di rischiosità della banca aderente* al sodalizio (cfr. art. 37-bis, 3° comma, n. 1, Tub). Naturalmente, il doveroso rispetto di tale proporzionalità implica la specificazione, nel «contratto di coesione», di puntuali indicatori di *early warning* che rendano possibile alla "capogruppo" misurare, classificare e comparare la rischiosità delle BCC associate in base a livello di fondi propri, redditività, attività di raccolta, tenendo anche conto dei diversi contesti di operatività territoriale. Resta fermo che la "capogruppo" dovrà poi comunicare alle BCC i risultati delle analisi e valutazioni effettuate sulla base degli indicatori previsti (cfr. sez. III, § 2, Disp. vig., ove si richiama l'art. 113, par. 7, CRR), agevolando la verifica dell'effettiva sussistenza dei presupposti per l'esercizio di poteri limitativi della loro autonomia gestionale.

8. - Fra queste prerogative della "capogruppo" rientra evidentemente la nomina, l'opposizione alla nomina e la revoca di uno o più componenti, fino a concorrenza della maggioranza, degli organi di amministrazione e di controllo delle BCC aderenti al gruppo, che il nostro legislatore - ritenendo di accogliere parzialmente suggerimenti della BCE³⁹ - ha correttamente assegnato alla capogruppo *soltanto in casi motivati* (cfr. art. 37-bis, 3°

³⁸ Di ciò è ben consapevole la BANCA D'ITALIA, Disposizioni di vigilanza (nt. 24), § 3, ove si stabilisce che «Per gli aspetti non disciplinati per finalità prudenziali, è salva l'autonomia contrattuale delle banche aderenti» al contratto di coesione. Dello stesso avviso è FIORDIPONTI, *Banche di Credito Cooperativo: una riforma a due velocità*, in *Riv. dir. banc.*, estr. dal n. 6/2016, 15 s.

Di opposto avviso è però SACCO GINEVRI, *Il conflitto di interessi nella gestione delle banche*, Bari, 2016, 165 ss., il quale, trascurando il rilievo centrale del principio di proporzionalità nel presente contesto, ravvisa un sostanziale depotenziamento dei poteri gestori delle BCC, indirettamente gestite dalla *holding* e perciò degradate a mere articolazioni periferiche di un organismo centralizzato: impostazione questa che - come lo stesso A. riconosce - alimenta situazioni conflittuali non certo auspicabili nella gestione del gruppo bancario cooperativo.

³⁹ Il riferimento è al Parere della Banca Centrale Europea (nt. 30), ove si legge (al § 3.1.5) che «*al fine di garantire l'esercizio di un controllo efficace sul Gruppo da parte della capogruppo il potere di revocare i componenti degli organi di amministrazione non dovrebbe essere limitato a casi eccezionali*».

comma, lett. *b*, n. 2, Tub)⁴⁰ ed evidentemente rientranti nel generale potere di controllo/vigilanza della capogruppo sugli assetti organizzativi delle banche associate.

L'esercizio di questo potere di nomina/revoca degli amministratori e sindaci consente alla "capogruppo", ad esempio, di preconstituire le misure idonee a fronteggiare il deterioramento della condizione economica e finanziaria della BCC quali, ad esempio, la definizione e la successiva approvazione di un piano di risanamento (e cfr. art. 5, par. 9, Direttiva BRRD e art. 69-*quater*, 2° e 5° comma, Tub), ma anche di eliminare rischi tipici del localismo delle BCC, quali i diffusi conflitti di interesse tra banche ed imprese finanziate ricordati nel paragrafo introduttivo.

Non può però sottacersi che le Istruzioni della Banca d'Italia appaiono alquanto ambigue sull'esercizio di tali prerogative.

Per un verso, la normativa regolamentare esordisce con la puntualizzazione che «i casi e le modalità di esercizio dei poteri della capogruppo di nomina e revoca degli organi delle banche affiliate sono individuati nel contratto di coesione (e negli statuti delle banche) *ispirandosi al principio per cui la nomina degli organi di amministrazione e controllo spetta, di norma, all'assemblea dei soci*, salvo che i soggetti preposti per tali cariche siano ritenuti dalla capogruppo inadeguati rispetto alle esigenze di unitarietà della *governance* del gruppo o di efficacia dell'attività di direzione e coordinamento della capogruppo oppure inadeguati ad assicurare la sana e prudente gestione della banca»: salvezza consequenziale al generale potere di controllo/vigilanza della "capogruppo" sugli assetti organizzativi delle banche associate, che implica altresì un obbligo di prevenzione di possibili situazioni di *stallo decisionale*.

Per altro versante, le Istruzioni assegnano tuttavia al «contratto di coesione» la facoltà – non prevista peraltro dalla normativa primaria e, perciò, meritevole di serio ripensamento – di consentire che la capogruppo «*a propria discrezione e ferma restando la propria responsabilità per il corretto esercizio dei propri poteri*», disponga «semplificazioni del procedi-

⁴⁰ Benché la definitiva formulazione della norma, in seguito alle modifiche apportate dalla l. 49/2016, abbia eliminato l'esplicito riferimento all'eccezionalità dei casi di nomina/opposizione alla nomina/revoca degli organi di amministrazione e di controllo delle BCC da parte della capogruppo, riterrei che l'interpretazione del combinato disposto dei nn. 1 e 2 della lett. *b* del 3° comma dell'art. 37-*bis* Tub in fatto conduce al medesimo risultato di riservare l'esercizio di tali poteri ad ipotesi eccezionali in cui occorre preservare la sana e prudente gestione della BCC e del sodalizio.

mento di nomina degli esponenti *in singole banche affiliate*». Ed ancor più singolare è la previsione che, «anche quando il contratto di coesione contempli la semplificazione del procedimento di nomina sopra indicata, resta fermo che i poteri di opposizione, nomina e revoca sono esercitabili dalla capogruppo *incondizionatamente nei confronti di ogni singola banca affiliata, indipendentemente dalla sua rischiosità, fermo restando l'obbligo di motivazione previsto dalla legge*»⁴¹.

Ebbene, al netto dell'intrinseca contraddittorietà di tale disciplina regolamentare, è incontestabile che siffatta dilatazione dei poteri di nomina della capogruppo collide sia con il tenore dell'art. 33, 3° comma, Tub, sia con l'impianto sistematico della disciplina europea ed italiana di vigilanza bancaria. Del resto, la disciplina delle *azioni di finanziamento* risultante dalla normativa primaria (cfr. art. 150-ter, 3° comma, ult. inciso, Tub) e dalle stesse Istruzioni di vigilanza sembrano deporre nel senso dell'assenza di un generale potere della "capogruppo" di nominare/revocare gli amministratori delle BCC a meno che la prima non abbia erogato un finanziamento necessario al risanamento di una banca cooperativa: in tal caso, la normativa secondaria consente l'attribuzione alla capogruppo di diritti di voto nella BCC «proporzionati al capitale sottoscritto o al numero delle azioni emesse, *in deroga al principio del voto capitario e ai limiti civilistici*, con l'effetto ... di acquisire la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci o, comunque, esercitare il controllo ai sensi dell'art. 2359, 1° comma, nn. 1 e 2 c.c.» (Disp. vig., § 2, in fine).

Ed invero, proprio quest'ultima eccezione dimostra: *a*) l'irrazionalità e la contrarietà al sistema di un potere di nomina degli amministratori (che del controllo societario costituisce l'espressione principale), ipoteticamente riconosciuto *in via contrattuale e statutaria*, alla capogruppo «*incondizionatamente nei confronti di ogni singola banca affiliata, indipendentemente dalla sua rischiosità*»; *b*) che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile del

⁴¹ Disposizioni di vigilanza per le banche (nt. 24), § 1.2.

È opportuno che le previsioni del contratto di coesione individuino parametri adeguati a circoscrivere adeguatamente il potere della capogruppo di sindacare l'adeguatezza dei soggetti designati dalle assemblee delle BCC a ricoprire la carica di amministratori, altrimenti risultando decisamente mutilata l'autonomia gestionale delle BCC associate al gruppo. Allo stato, le Disposizioni di vigilanza prevedono una fase di consultazione della capogruppo sui candidati per gli organi di amministrazione e di controllo delle banche affiliate, da svolgersi con congruo anticipo rispetto alla data prevista per la riunione dell'organo competente per la nomina.

gruppo bancario cooperativo non rispecchia affatto le tradizionali logiche proprietarie caratterizzanti i gruppi a struttura gerarchica fondati su relazioni di controllo societario, in cui la nomina/revoca degli organi amministrativi delle dominate costituisce naturale espressione del potere di controllo da partecipazione.

Mi sembra allora più corretto ritenere che, nel gruppo bancario cooperativo, la nomina e la revoca degli amministratori delle BCC sono e restano prerogative delle rispettive assemblee dei soci (art. 33, 3° comma, Tub), come le stesse Istruzioni opportunamente sottolineano in apertura (§ 1.2); la “capogruppo” bancaria, che non è socio di maggioranza delle BCC affiliate, può sindacarne le scelte soltanto in base *a motivate considerazioni* ispirate dall’esigenza di salvaguardia della sana e prudente gestione del gruppo, esprimendo meri *pareri* sull’idoneità dei candidati prescelti autonomamente dalle BCC.

Per converso, la nomina diretta, la revoca o la sostituzione dei membri presuppongono l’adempimento di un rigoroso *obbligo di motivazione*, che dimostri ad es. la *grave* inadeguatezza della reputazione, la palese incompetenza e/o il difetto di indipendenza dell’esponente designato alla funzione gestoria nella singola banca associata. Se così non fosse, si aprirebbe il varco ad una discrezionalità della “capogruppo” non prevista dalle norme primarie e, per giunta, suscettibile di generare contenziosi esiziali per il corretto funzionamento del sodalizio.

9. - L’attività di direzione e coordinamento della “capogruppo” è strumentale, oltreché alle esigenze della vigilanza bancaria, alla stessa realizzazione dello scopo mutualistico delle BCC associate. La loro autonomia gestionale può essere infatti sacrificata soltanto nelle ipotesi patologiche sopra ricordate, in cui lo stesso perseguimento dello scopo mutualistico della singola aderente rischierebbe di essere frustrato dall’instabilità patrimoniale-finanziaria del sodalizio o di una singola banca cooperativa. Lo conferma il principale limite legale ai poteri della “capogruppo”, consistente nel rigoroso «rispetto delle finalità mutualistiche» delle singole BCC aggregate (art. 37-bis, 3° comma, lett. b, Tub): formula alquanto generica che il «contratto di coesione» è deputato a puntualizzare.

Pertanto, l’attività di direzione e coordinamento incontra limiti ulteriori e più stringenti in ragione della *mutualità* di tale peculiare gruppo bancario.

L'equità e la ragionevolezza delle istruzioni impartite si specificano, ad esempio, nel vincolo ad una costante salvaguardia del valore dello scambio mutualistico nelle singole BCC affiliate; il che impone alla "capogruppo" un preventivo controllo dei possibili pregiudizi che una certa direttiva può arrecare allo scopo mutualistico perseguito dalle banche cooperative aderenti: così, potrà determinarsi, ad esempio, a non revocare l'intero affidamento ad un'impresa il cui risanamento sia necessario allo sviluppo di un certo contesto territoriale e suscettibile, in un'ottica di medio-lungo termine, di produrre effetti favorevoli anche per la banca finanziatrice.

In questa prospettiva, gli assetti organizzativi e contabili del conglomerato ed i sistemi informativi predisposti dalla "capogruppo" devono risultare funzionali, oltretutto al controllo strategico su ciascuna BCC in riferimento all'evoluzione delle diverse aree di attività e relativi rischi, al contenimento delle esigenze della vigilanza con il necessario sostegno della capacità delle BCC di sviluppare lo scambio mutualistico con i loro soci e l'operatività nei rispettivi territori di competenza⁴².

Gli amministratori delle BCC devono fornire alla "capogruppo" ogni dato ed informazione utile all'identificazione delle caratteristiche dei vantaggi mutualistici perseguiti dai soci e della gestione di servizio praticata dalla banca, affinché l'attività di direzione e coordinamento sia rispettosa di tali istanze. Ed a quest'ultimo proposito assume rilievo determinante l'informativa contenuta, oltretutto nei bilanci, nella relazione annuale sul carattere mutualistico della BCC (art. 2545 c.c.)⁴³, in cui sono illustrati i criteri seguiti nella gestione sociale per il conseguimento dello scopo mutualistico.

Ora, se è innegabile che l'effettiva attuazione di un potere-dovere della "capogruppo" di emanare disposizioni esecutive delle prescrizioni dell'Autorità di vigilanza postula, fisiologicamente, un dovere di collabo-

⁴² La BANCA D'ITALIA, Disposizioni di vigilanza (nt. 24), § 1.8, sollecita previsioni del contratto di coesione idonee a «mantenere lo spirito cooperativo del gruppo, prescrivendo un esercizio del ruolo e delle funzioni di capogruppo che sia coerente con i principi di mutualità prevalente, solidarietà, parità di trattamento e non discriminazione caratteristici della categoria del credito cooperativo». Sull'importanza di questo principio tornerò *infra*, nel prossimo paragrafo.

⁴³ Sui caratteri e sulle funzioni di questa relazione, v. AGSTNER, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli (nt. 35), 406 ss.; DE STASIO, in *Società cooperative*, a cura di Presti, in *Comm. Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2006, 360 ss. e, circa la sua applicazione alle BCC, ID., *La disciplina delle banche di credito cooperativo dopo la riforma del diritto societario e il decreto legislativo 28 dicembre 2004, n. 310*, in *Coop. cred.*, 2004, 481.

razione degli amministratori delle BCC associate; è altresì incontestabile che quest'ultimi, nell'esercizio della loro funzione gestoria, non sono affatto vincolati ad un passivo e supino recepimento delle disposizioni impartite dalla "capogruppo", essendo piuttosto tenuti a controllarne scrupolosamente l'effettiva compatibilità con lo scopo mutualistico perseguito dalla banca. All'esito di tale verifica, gli amministratori della BCC potranno anzi decidere di non ottemperare affatto alle istruzioni, ove reputate pregiudizievoli per la stabilità della banca o comunque lesive della sua autonomia e dello scopo mutualistico perseguito, salvo l'obbligo di comunicare tempestivamente e documentare alla capogruppo le ragioni dettagliate dell'inottemperanza; potranno inoltre discostarsi dalle istruzioni, qualora circostanze sopravvenute lascino presumere che la "capogruppo" le avrebbe modificate all'esito di una più approfondita valutazione dello scopo mutualistico perseguito dalla BCC associata (arg. ex art. 1711 c.c.)⁴⁴.

Il corretto adempimento di tale obbligo di comunicazione e documentazione è essenziale, giacché l'inottemperanza o la deviazione ingiustificata dalle istruzioni della capogruppo e, comunque, la violazione dei doveri di collaborazione per il rispetto delle norme sui controlli prudenziali costituiscono giusta causa di revoca da parte della "capogruppo" ai sensi dell'art. 37-bis, 3° comma, n. 2, Tub, oltreché fonte di responsabilità contrattuale degli amministratori delle BCC⁴⁵, stante l'interesse generale al corretto esercizio della vigilanza sul gruppo. All'uopo è quindi auspicabile che le previsioni del «contratto di coesione» favoriscano l'individuazione degli specifici obblighi e responsabilità incombenti sugli amministratori delle BCC.

10. - Del resto, il limite del rispetto delle finalità mutualistiche perseguite dalle banche soggette ad attività di direzione e coordinamento è previsione ricorrente nei gruppi cooperativi, come confermato anche dagli studi condotti dalla più recente dottrina germanica: la quale, quando è disposta ad ammettere la liceità di contratti di dominazione stipulati da una

⁴⁴ V., sia pure in via generale, lo spunto di LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi di Venezia, 16-18 novembre 1995, a cura di Balzarini, Carcano e Mucciarelli, vol. II, Milano, 1996, 1509.

⁴⁵ Cfr. PENNISI (nt. 31), 175 ss., e spec. 180.

cooperativa dipendente⁴⁶ – al cospetto di un ordinamento che, si badi, espressamente li legittima in via generale nell’*Aktiengesetz* (§§ 291 ss.) –, finisce poi per snaturare i tradizionali caratteri del *Beherrschungsvertrag* là dove richiede, quale necessario contrappeso al dominio, il duplice obbligo della controllante di rispettare lo scopo mutualistico della cooperativa dominata e di porre in essere tutte le misure idonee a dare esecuzione alla gestione di servizio⁴⁷.

Non è d’altronde casuale che la questione dell’ammissibilità dei contratti di dominazione tra cooperative s’intrecci, pure presso la nostra dottrina, con la configurazione teorica di una “mutualità di gruppo”, volta a

⁴⁶ In verità, la tradizionale dottrina germanica sottolinea come un dominio derivante da un accordo contrattuale mal si concilierebbe con l’autonomia della singola cooperativa nel perseguimento dello scopo mutualistico (§ 1 *GenG*) e con il necessario collegamento tra responsabilità e potere di direzione della società cooperativa (§ 27, *Abs. 1, GenG*). In questo senso, soprattutto, GROBFELD, *Genossenschaft und Eigentum*, Tübingen, 1975, 35 (condiviso, nella letteratura spagnola, da EMBID IRUJO, *Concentración de empresas y derecho de cooperativas*, Murcia, 1991, 50 s.); GROBFELD-BERNDT, *Die eingetragene Genossenschaft im Konzern*, in *AG*, 1998, 122. Adde, nella dottrina austriaca, KEINERT, *Primärgenossenschaften als beherrschtes (abhängiges) Konzernunternehmen?*, in *Ecolex*, 1992, 331 ss.

Qualche apertura si riscontra però in scritti più recenti: e v., BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, München, 2004, § 1, *Rdn.* 83 ss., 62 ss. e *Rdn.* 91 ss., 77 ss., nonché VON DETTEN, *Die eingetragene Genossenschaft im Recht der verbundenen Unternehmen*, Göttingen, 1995, 174; REUL, *Das Konzernrecht der Genossenschaft*, Baden-Baden, 1997, 171, per i quali un contratto di dominio tra società cooperative, nel quale quest’ultime assumano la veste di società dipendenti, sarebbe ammissibile soltanto ove si accerti la piena compatibilità fra l’oggetto dell’accordo e lo scopo mutualistico perseguito dalle singole imprese dominate (in questo senso sembra altresì orientato, con riferimento all’ordinamento spagnolo, EMBID IRUJO, *Der Konzern im Genossenschaftsrecht*, in *Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag*, Köln, 2000, 1089): compatibilità però – sia osservato per inciso – difficilmente attestabile a priori e che in fatto implica la negazione del concetto stesso di «dominazione».

Nel senso del testo v. anche, per la dottrina spagnola, ALFONSO SÁNCHEZ, *La integración cooperativa y sus técnicas de realización*, Valencia, 2000, 147 ss., spec. 151; EAD.-SÁNCHEZ RUIZ, *Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y de los grupos cooperativos*, in *RDM*, 4/2007, 1051 ss.

Il tema della ammissibilità di legami di tipo gerarchico nei gruppi bancari cooperativi è stato da ultimo discusso anche in Austria, traendo spunto dal nuovo § 30a *Bankwesengesetz* (*BWG*), in vigore dal 2015, rubricato «*Kreditinstitute-Verbund*»: e v., rimarcando le istanze autonomistiche delle *Kreditgenossenschaften*, STEMPKOWSKY, *Die neue § 30a BWG – Ein Weg zur Beherrschung von Kreditgenossenschaften?*, in *Perspektiven für die Genossenschaftsidee. Festschrift zum 65. Geburtstag von Hofinger*, hrsg. v. Brazda-van Husen-Roßl, Bremen, 2015, 89 ss. e spec. 97 s., anche sulla scia di HOFINGER, *Der Kreditinstitute-Verbund. Ein neues genossenschaftliches Modell für die österreichischen Volksbanken*, in *ZfgG*, n. 1/2013, 66.

⁴⁷ In questo senso è orientato, in particolare, REUL (nt. 46), spec. 228 ss., il quale osserva che la cooperativa dominante è tenuta non soltanto al rispetto dello scopo mutualistico della cooperativa controllata, ma finanche ad adoperarsi per dare esecuzione alla gestione di servizio.

considerare «attività mutualistica» non soltanto gli scambi dei soci con la cooperativa, ma anche *attraverso* la cooperativa con i soci delle altre affiliate intesi quale «presupposto mediato» per il conseguimento del loro vantaggio mutualistico. Tale sostanziale equiparazione sarebbe attuata mediante «una sorta di compensazione contabile e di pagamento dei conguagli tra le società cooperative aderenti al gruppo»⁴⁸.

Ma siffatte speculazioni – propiziate dalla perdurante assenza di una definizione di gruppo nell’ordinamento italiano – non paiono, almeno *de iure condito*, sorrette dai dati normativi del nostro sistema, risultando anzi decisamente incompatibili con il nuovo modello di gruppo cooperativo bancario consegnatoci dal legislatore. In tale paradigma, la “capogruppo” è una società per azioni, istituzionalmente inidonea a surrogarsi alle BCC associate nei processi economici e sociali in cui sono coinvolte nei rispettivi ambiti territoriali ed, in specie, nel soddisfacimento della loro tipica funzione mutualistica a sostegno del finanziamento delle imprese operanti in determinati contesti economici locali: lo scopo mutualistico della BCC è,

⁴⁸ Cfr., infatti, ZOPPINI (nt. 29), 777 ss. e del medesimo autore, più ampiamente, *Profili della mutualità di gruppo*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso (nt. 11), 1089 ss., propenso ad ammettere che lo scambio mutualistico possa avvenire anche con imprese a valle controllate dalla società cooperativa, alla duplice condizione che le diverse condizioni dello scambio mutualistico di gruppo siano analiticamente disciplinate nell’atto costitutivo e nei regolamenti mutualistici e di esse sia data trasparenza a livello contabile. Questa tesi è stata ripresa e sviluppata, con ampia documentazione, nel lavoro (ancora *in itinere*) di AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico*, Tesi di dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (XII ciclo), 45 ss., secondo il quale l’esperienza comparatistica attesterebbe che il riconoscimento della legittimità di una mutualità *mediata*, frutto di un semplice adattamento al terreno del gruppo cooperativo della mutualità tradizionale, non necessiterebbe di apposita disposizione normativa, bensì di adeguate previsioni convenzionali. Con specifico riferimento al gruppo bancario cooperativo, SEPE, *La “specialità” della capogruppo e del gruppo bancario cooperativo* (relazione al Convegno “Le disposizioni di vigilanza della Banca d’Italia in materia di gruppo bancario cooperativo”, Napoli – 13 dicembre 2016) ipotizza ora una mutualità caratterizzata da una gestione di servizio a vantaggio non già dei soci delle banche cooperative, bensì degli aderenti alla categoria del credito cooperativo e, quindi, del «sistema» delle BCC nel loro complesso.

Tuttavia, in senso critico sulla configurazione di una «mutualità di gruppo» *de iure condito*, v. già R. SANTAGATA, in *Società cooperative* (nt. 43), 471, nt. 26, condiviso da BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, 365 ss., testo e nt. 48; e cfr. anche GENCO, *Mutualità di gruppo e corporate governance di gruppo*, in *I gruppi cooperativi. Strategie* (nt. 13), 114, che, pur reputando suggestiva la figura della mutualità di gruppo, la ritiene sostanzialmente inattuabile in assenza di un’esplicita previsione normativa che contempli la possibilità d’instaurare o proseguire il rapporto sociale tra la cooperativa e i soggetti

infatti, strettamente correlato alla zona di competenza territoriale, in quanto vale a contenere il rischio imprenditoriale dell'impresa specializzata in base al luogo di suo esercizio ed al contempo a promuovere le economie locali⁴⁹.

E proprio queste caratteristiche – segnatamente la *funzione sociale* assolta dal credito cooperativo testé rammentata – attestano la sostanziale impraticabilità, nell'ambito del gruppo bancario cooperativo, di quel sistema che una dottrina tedesca⁵⁰ ha descritto come «*unico circolo di gestione di servizio mutualistica*», teso a consentire l'erogazione, da parte della “capogruppo”, di una *prestazione mutualistica mediata* ai soci delle BCC⁵¹. Non è un caso che tanto la disciplina del «contratto di coesione» contenuta dall'art. 37-bis, 3° comma, Tub, quanto le Istruzioni di vigilanza, ignorino l'eventualità che la prestazione mutualistica sia erogata da società diversa dall'ente parte del rapporto associativo, né prevedano obblighi della “capogruppo” di predisporre regole statutarie idonee ad assicurare *in ogni momento* l'effettiva attuazione di una gestione di servizio mediata⁵², che

che intrattengono lo scambio mutualistico con imprese del medesimo gruppo cooperativo.

⁴⁹ Così, ad esempio, CUSA, *Il diritto delle Banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Torino, 2013, 84 s.; per la giustificazione in chiave economica del legame tra localismo e rischio dell'attività creditizia, cfr., da ultimo, BECCHETTI, *La creazione di valore sociale ed ambientale nelle BCC*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Carretta (nt. 7), 285, che ricorda come il legame tra BCC e territorio riduce i pericoli di selezione avversa (ossia di una corretta calibrazione del tasso d'interesse sull'effettivo coefficiente di rischio del progetto finanziato) e di *moral hazard* (ossia di aumento del rischio d'insolvenza al fine di incrementare i rendimenti possibili del progetto d'investimento).

La peculiarità dello scopo mutualistico delle BCC illustrata nel testo si aggiunge peraltro alla generale impossibilità di attribuire ai soci operatori il vantaggio mutualistico in modo diretto mediante i rapporti di scambio con le altre imprese del sodalizio.

⁵⁰ BEUTHIEN, *Die eingetragene Genossenschaft als Holdinggesellschaft. Zulässigkeit der Betriebsausgliederung nach dem Genossenschaftsgesetz*, in AG, 8/1996, 353 s., donde è tratta l'espressione virgolettata di seguito nel testo.

⁵¹ In questa chiave la dottrina tedesca ha potuto infatti giustificare la liceità di contratti di dominazione tra cooperative nei casi in cui risulti concretamente neutrale lo spostamento in altra società del gruppo (controllante o controllata) della funzione di attuazione della gestione di servizio e di erogazione della prestazione mutualistica ai soci. Cfr., in particolare, i fondamentali studi di BEUTHIEN (nt. 46), 349 ss.; nonché, fra gli altri, HOLTkamp, *Die Genossenschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern*, Frankfurt a.M., 1994, 46 ss.; REUL (nt. 46), 43 ss. e 84 ss., in particolare; ultt. ampi riff. in AGSTNER (nt. 48), 53, nt. 130.

⁵² Ad avviso di AGSTNER (nt. 48), 70 s., tali caratteristiche sono necessarie per la realizzazione di una “mutualità di gruppo” in un gruppo cooperativo gerarchico, in cui la cooperativa controllata sia obbligata, per statuto o in virtù di un contratto di dominio c.d. debole o in base a determinate situazioni di fatto, allo svolgimento di una gestione di servizio

implicherebbero la correlativa attribuzione di specifici diritti di informazione ai soci delle BCC in relazione ai rapporti ipoteticamente intercorrenti con la “capogruppo” e con le società collegate⁵³.

In questo quadro, una menomazione dell'autonomia gestionale delle BCC associate a pregiudizio della finalità mutualistica dalle stesse perseguite, si tradurrebbe inevitabilmente in uno scolorimento dei tratti peculiari del credito cooperativo, ed in specie del c.d. localismo, che tuttora giustificano la disciplina speciale ad esso riservata.

Lo attesta la duplice circostanza che: a) la “capogruppo” non dispone di un generale potere di nomina degli organi amministrativi delle singole BCC aderenti, concessole soltanto in casi patologici, comunque motivati, previsti dal «contratto di coesione» (art. 37-bis, 3° comma, n. 2, Tub); b) il rispetto delle finalità mutualistiche viene elevato a limite invalicabile finanche della normativa regolamentare di attuazione della Banca d'Italia, che sollecita a tal fine previsioni del «contratto di coesione» idonee a «mantenere lo spirito cooperativo del gruppo, prescrivendo un esercizio del ruolo e delle funzioni di capogruppo coerente con i principi di mutualità prevalente, solidarietà, parità di trattamento e non discriminazione caratteristici della categoria del credito cooperativo»: peculiarità, queste, decisamente inconciliabili con le clausole tipiche di un contratto di dominazione.

In definitiva, i caratteri divisati paiono preclusivi di una configurazione di uno scopo mutualistico autonomo del gruppo bancario cooperativo, avvalorandone la sua strumentalità al perseguimento della finalità mutualistica dei soci delle singole BCC affiliate, la cui direzione e coordinamento s'impone all'esclusivo fine di salvaguardarne la stabilità e la sana e prudente gestione nell'interesse dei depositanti e degli investitori.

11. - La fonte, il contenuto ed i limiti del potere di direzione della “capogruppo” dianzi illustrati rendono a mio giudizio fuorviante

mediata; lo stesso A. (a p. 95) evidenzia opportunamente gli ostacoli all'attribuzione di vantaggi mutualistici da parte di una società lucrativa a terzi estranei alla compagine sociale.

⁵³ La dottrina tedesca occupatasi specificamente dei gruppi gerarchici cooperativi propone, non a caso, l'estensione analogica della regola di cui al § 131, Abs. 1, Satz 2, AktG [HOLTkamp (nt. 51), 18 ss.; REUL (nt. 46), 111].

l'inquadramento del «contratto di coesione» in termini di legame di tipo gerarchico.

La peculiare regolamentazione organizzativa del gruppo bancario cooperativo rende, piuttosto, la sua struttura formale *complessa*: sì da configurare un *gruppo paritetico di diritto speciale* in costanza di *gestione fisiologica* delle BCC associate, nel quale si innestano, tuttavia, rapporti gerarchici tra la “capogruppo” e le sole banche cooperative la cui situazione economica e finanziaria richieda, nell'interesse dei loro stessi depositanti ed investitori, l'esercizio di poteri autoritativi a salvaguardia della sana e prudente gestione del gruppo. Può inferirsi, insomma, che la pariteticità – *rectius*: la democraticità – del gruppo bancario cooperativo è risolutivamente condizionata all'efficienza della gestione ed all'integrità patrimoniale e finanziaria delle BCC associate.

Ed invero, la previsione di un'inedita *garanzia in solido delle obbligazioni assunte dalle banche associate* (art. 37-bis, 4° comma, Tub) vincola la “capogruppo” a finanziarne il risanamento al fine di preservare la stabilità del sodalizio, sottoscrivendo *azioni di finanziamento* che le assicurano (ai sensi del comb. disp. dell'art. 150-ter, comma 3° e 4°-bis, Tub e delle Disposizioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia) diritti di voto nella banca sovvenuta «proporzionati al capitale sottoscritto o al numero delle azioni emesse, *in deroga al principio del voto capitario e ai limiti civilistici*, con l'effetto, di norma, di acquisire la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci o, comunque, esercitare il controllo ai sensi dell'art. 2359, 1° comma, nn. 1 e 2 c.c.» (Disp. vig., § 2, in fine).

Senonché, proprio la previsione di tale *controllo partecipativo da credito* attesta che il «contratto di coesione» non è di per sé idoneo ad instaurare legami di tipo gerarchico tra le banche partecipanti al gruppo: ove così non fosse, infatti, non sarebbe stato evidentemente necessario introdurre un'esplicita deroga ai principi cooperativi al fine di riconoscere alla “capogruppo” finanziatrice i poteri tipici del socio di controllo; poteri, si badi, eccezionalmente assegnati alla “capogruppo” non già in virtù di un contratto o di clausole statutarie di dominazione, *bensì in base a diritti particolari incorporati nelle azioni di finanziamento* emesse dalla BCC sovvenuta.

Non si trascuri poi che l'esigenza di vincolare la BCC finanziata alle determinazioni della “capogruppo” è strumentale al perseguimento delle stesse finalità del «contratto di coesione» ed, in specie, alla salvaguardia sia dello scopo mutualistico perseguito dai suoi soci, sia delle istanze sot-

tese alla vigilanza prudenziale sopra evidenziate. Ed analoga strumentalità può predicarsi rispetto alla contemplata riduzione dell'autonomia delle BCC associate in misura direttamente proporzionale all'incremento del loro coefficiente di rischiosità: la previsione di prerogative *extrasemblemari* della "capogruppo" di nomina/revoca degli amministratori e sindaci della BCC, lungi dal ricondurre la fattispecie in questione al contratto di dominazione, costituisce mero rimedio a situazioni patologiche che trova esclusiva ragione nelle finalità prudenziali sottese alla disciplina speciale.

Al di là di tali casi - che imprimono alla fattispecie il carattere di "gruppo paritetico parziale" (secondo un'espressione utilizzata dalla dottrina tedesca, forse impropriamente, ad altri fini⁵⁴) -, il «contratto di coesione» funge allora da "regolamento di gruppo" volto a favorire una *concertazione* delle direttive strategiche, nel rispetto sì delle istanze della vigilanza prudenziale, ma al contempo dell'autonomia gestionale e dello scopo mutualistico perseguito dalle BCC associate, la cui sovranità è preservata da un'ingiustificata e/o eccessiva ingerenza della "capogruppo"⁵⁵.

È noto che il "gruppo paritetico" è caratterizzato dalla legge azionaria tedesca (§§ 18, Abs. 2, e 291, Abs. 2, AktG), dal diritto societario portoghese (art. 492 *Código das Sociedades comerciais*) e dal diritto cooperativo spagnolo (art. 78, *ley 16 julio 1999*, n. 27), in virtù dell'assenza di relazioni di subordinazione o di gerarchia tra le società avvinte dal legame contrat-

⁵⁴ Si consenta il rinvio, per riferimenti, a R. SANTAGATA (nt. 9), 118 s., nt. 182.

⁵⁵ Cfr., sul punto, GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. 2, Torino, 2014, spec. 1559 s. e 1581, il quale, rilevata l'importanza dei "regolamenti di gruppo" nella strutturazione dell'impresa di gruppo funzionale alla salvaguardia degli obiettivi di stabilità patrimoniale, contenimento del rischio e sana e prudente gestione degli intermediari bancari e finanziari, sottolinea opportunamente che il «regolamento di gruppo, lungi dal sancire il puro e semplice «asservimento» delle società eterodirette e dei loro organi alla volontà dell'ente capogruppo ... consente, anzi favorisce una migliore interazione dialettica, per il fatto stesso di richiamare tutte le componenti dell'impresa di gruppo a concorrere secondo un disegno verticistico, ma razionalmente articolato ... alla definizione e realizzazione degli obiettivi dell'azione imprenditoriale» (corsivo dell'A.).

Per le ragioni illustrate nel testo non mi sembra allora condivisibile l'impostazione - forse prevalente nelle prime riflessioni sul gruppo bancario cooperativo (cfr., ad es., SACCO GINEVRI, *I rapporti tra holding e controllate nel gruppo cooperativo bancario*, relazione al Convegno "Le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia in materia di gruppo bancario cooperativo", Napoli - 13 dicembre 2016) - volta a configurare l'accordo di coesione come contratto di dominio debole.

tuale⁵⁶; nel nostro ordinamento invece, in assenza di una definizione equivalente, il significato della locuzione è alquanto controverso.

Parte della dottrina⁵⁷, disattendendo le indicazioni provenienti dall'esperienza comparatistica, aveva costruito, infatti, una possibile configurazione dello stesso gruppo cooperativo paritetico contemplato dall'art. 2545-*septies* c.c. anche in termini di c.d. contratto di dominio debole; ciò, sulla base del distinguo tra pariteticità attinente all'esercizio del potere (*Entscheidungsmacht*) e pariteticità concernente la sfera dei criteri nel rispetto dei quali tale potere deve essere esercitato (*Entscheidungsmaßstab*): da questa distinzione si era dedotto che la rubrica della norma testé citata intende la pariteticità come attributo del solo «criterio di decisione», non anche della titolarità del potere. Ciò che renderebbe la figura del gruppo paritetico compatibile con un esercizio solitario (e non già concertato) del potere di direzione, caratterizzandosi esclusivamente in virtù dell'adozione di criteri di esecuzione dell'attività di direzione e coordinamento che garantiscano *ex ante* l'equilibrio nella distribuzione dei suoi vantaggi.

Corollario di questa impostazione è che l'art. 2545-*septies* c.c. varrebbe non già ad identificare un modello giuridico predefinito, bensì a stabilire presidi minimi di salvaguardia della specificità dello scopo mutualistico della cooperativa *dipendente*: configurerebbe, in altri termini, lo statuto di tutela dello scopo mutualistico da quest'ultima perseguito.

È innegabile che, almeno a prima vista, la tesi ora illustrata sembrerebbe attagliarsi proprio alla nuova figura del gruppo bancario cooperativo, non qualificato dal legislatore «*paritetico*»⁵⁸ e per giunta caratterizzato dal potere solitario di direzione formalmente assegnato alla sola “capo-

⁵⁶ Né convincente pare il debole argomento storico invocato in senso contrario dal BONFANTE (nt. 48), 370, testo e nt. 61.

⁵⁷ LAMANDINI (nt. 11), 1107 s.; ZOPPINI (nt. 29), 773 ss. e, ancor più nettamente, TOMBARI, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 744 ss. (ed in *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 143 ss.), al quale si deve il maggiore sviluppo dell'argomento illustrato e criticato nel testo. E su posizioni non troppo dissimili dagli Aa. citati in questa nt., sembrerebbe, PUPO, *Commento all'art. 2545-*septies**, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, vol. IV, Padova, 2005, 2871, nt. 14 e *passim*, per il quale l'art. 2545-*septies* avrebbe proprio la funzione di legittimare anche assetti organizzativi nei quali talune cooperative siano escluse dall'esercizio dell'attività di direzione unitaria.

⁵⁸ Ma per un'impostazione tendente a svalutare la portata di questo aggettivo anche nell'esegesi dell'art. 2545-*septies* c.c., cfr. ZOPPINI (nt. 29), 771, che argomenta essenzialmente dai lavori preparatori.

gruppo” s.p.a. e dal riconoscimento a quest’ultima, sia pure in casi particolari, di prerogative di controllo sulle BCC sovvenute.

Un esame meno superficiale della nuova disciplina dimostra tuttavia che la nostra fattispecie è un gruppo cooperativo paritetico, almeno tendenzialmente, *di stampo democratico*: nel senso che l’individuazione di un “vertice” è funzionale non già all’asservimento delle BCC e dei loro organi ad un supposto dominio della “capogruppo”, bensì alla mera attuazione di istanze della vigilanza prudenziale volte alla tutela della sana e prudente gestione del gruppo e delle banche associate.

Depongono in tal senso sia l’assenza dell’art. 2545-*septies* c.c fra le disposizioni inapplicabili alle BCC elencate dal novellato art. 150-*bis*, 1° comma, Tub, sia la trasposizione nella normativa bancaria delle due caratteristiche qualificanti del gruppo cooperativo paritetico, ossia: a) la necessaria specificazione nel «contratto di coesione» de«i criteri di compensazione e l’equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall’attività comune» (art. 37-*bis*, 3° comma, lett. c, Tub, che riproduce l’art. 2545-*septies*, 1° comma, n. 5: v. *ultra* § 13); b) l’obbligatoria previsione delle condizioni e dei criteri di adesione e di recesso della BCC dal gruppo, le cui modalità di esercizio il «contratto di coesione» deve stabilire «secondo criteri non discriminatori in linea con il principio di solidarietà tra le banche cooperative a mutualità prevalente» (art. 37-*bis*, 3° comma, lett. d, Tub: v. *ultra* § 15)⁵⁹.

A questi argomenti può aggiungersi, sul piano sistematico, la circostanza che relazioni di dominio/dipendenza possono innestarsi nel gruppo bancario cooperativo soltanto in casi eccezionali: il che dimostra, *a contrario*, una *governance fisiologica* del sodalizio caratterizzata in virtù della *contitolarità del potere di direzione*; onde le BCC devono concorrere, *secondo criteri democratici nella designazione dei componenti degli organi di amministra-*

⁵⁹ Tale omissione avvalora, infatti, il convincimento che il contenuto precettivo di quest’ultima norma debba integrare la disciplina speciale bancaria nei limiti di compatibilità con la stessa. Il dato testuale, in sé non decisivo, diviene però significativo ove si consideri che l’adesione ad un gruppo bancario cooperativo, *imperativamente configurato* secondo gli artt. 37-*bis* e 37-*ter* Tub, è ora condizione per il rilascio dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria da parte di una BCC. Ed invero, in presenza di un *contratto imposto*, quale è il «contratto di coesione», il cui contenuto è predefinito dalla “capogruppo” sulla scorta della normativa primaria e secondaria, i residui margini di applicabilità dell’art. 2545-*septies* c.c. alle BCC si arrestano necessariamente, all’evidenza, alle clausole generali ivi contemplate, alla cui stregua dover interpretare e (se del caso) integrare la disciplina speciale.

zione e controllo della “capogruppo”, a determinarne le scelte gestorie strategiche, pur nei limiti della loro compatibilità con le disposizioni di vigilanza⁶⁰.

Del resto, si è già visto che il vincolo delle BCC associate ad adempiere alle istruzioni della “capogruppo” costituisce mera espressione dei principi di vigilanza prudenziale e non deve comunque collidere con le finalità mutualistiche atomisticamente perseguite: lo attesta il vincolo di partecipazione maggioritaria delle BCC alla capogruppo, volto ad impedire contaminazioni della “mutualità di gruppo” con gli interessi capitalistici di eventuali soci “esterni” della società “di vertice”⁶¹.

Infine e soprattutto, la qualificazione delle BCC aderenti al «contratto di coesione» come *cooperative dipendenti* risulta inappropriata anche in considerazione dell'impossibilità di applicare, in questo contesto, le tutele contemplate dall'art. 2497 c.c., che presuppongono un interesse patrimoniale alla massimizzazione del valore dell'investimento effettuato; là dove, per converso, l'interesse tipico del socio cooperatore, realizzandosi direttamente mediante lo svolgimento dell'attività e non appuntandosi sulla conservazione e sull'incremento del patrimonio sociale, può essere soddisfatto soltanto tramite una gestione di servizio che effettivamente consenta lo scambio mutualistico di un bene o di un servizio in natura⁶². Del resto,

⁶⁰ Cfr. COSTI (nt. 11), 385; ma v. anche, già prima dell'introduzione del gruppo cooperativo paritetico nel nostro ordinamento (art. 2545-*septies* c.c., introdotto dal d.lgs. 6/2003), G.F. CAMPOBASSO (nt. 9), 564 ss., che reputava possibile pervenire ad un'attrazione del gruppo paritetico nel perimetro della vigilanza prudenziale su base consolidata anche mediante un intervento regolamentare dell'autorità di vigilanza, di cui peraltro sottolineava l'opportunità in virtù dell'esigenza di parità di trattamento tra gruppi bancari lucrativi e cooperativi.

⁶¹ Peraltro, l'impostazione criticata, anche a tacere delle sue difficoltà pratiche di attuazione (se tutto il potere è nelle mani di uno solo, è assai arduo ipotizzare che questi accetti di esercitarlo democraticamente!), contraddice le ragioni della scelta del paradigma del gruppo paritetico nel diritto comune delle società cooperative, i cui principi generali (a cominciare dal voto capitaro), riprodotti e non derogati dalla disciplina delle BCC (se non nei casi eccezionali sopra citati), impongono la *democraticità* del sodalizio. E v. le penetranti critiche al Documento di consultazione della Banca d'Italia diffuso nel luglio 2016 (bozza delle Disposizioni di vigilanza cit. a nt. 36) dell'EURICSE, *Risposta alla consultazione della Banca d'Italia. Disposizioni di vigilanza per il Gruppo Bancario Cooperativo*, 12 settembre 2016, 4 s., ove si ricorda che uno svuotamento dei poteri delle assemblee delle singole BCC contrasterebbe con i principi cooperativi sanciti dall'*International Cooperative Alliance*, ossia l'adesione libera e volontaria, il controllo democratico da parte dei soci e l'autonomia ed indipendenza delle imprese cooperative.

⁶² Valorizza opportunamente questo argomento per escludere che una cooperativa possa stipulare, in posizione di società dipendente, un contratto di dominazione AGSTNER (nt.

in un gruppo gerarchico con cooperativa in posizione di dipendenza, non potrebbe offrirsi alcuna garanzia di effettività di una gestione di servizio mediata da parte della “capogruppo” s.p.a., proprio perché i rimedi contemplati dall’art. 2497 c.c. non risultano consoni alla tutela del peculiare interesse patrimoniale dei soci cooperatori⁶³.

12. – Acquisita la *strumentalità* della funzione assegnata dal legislatore alla “capogruppo”, non è senza fondamento coltivare l’idea che il suo scopo-fine sia *consortile*⁶⁴ e non già lucrativo. In tal senso sembrano militare anche le Istruzioni di vigilanza, là dove impongono alla “capogruppo” un esercizio del ruolo e delle funzioni «*coerente con i principi di mutualità prevalente, solidarietà, parità di trattamento e non discriminazione caratteristici della categoria del credito cooperativo*», impegnandola per giunta ad «orientare il gruppo verso modelli di *business* coerenti con i principi cooperativi e ad adottare misure organizzative e assetti di gruppo idonei a limitare i rischi derivanti da attività non riconducibili a *finalità mutualistiche svolte dalla stessa capogruppo* e da altre società del gruppo» (sez. III, § 1.8., Disp. vig.).

Ed invero, il perseguimento di questi obiettivi presuppone, all’evidenza, una convergenza della mutualità cooperativa, tipica delle BCC, e della mutualità consortile, insita nella loro stessa adesione al sodalizio e riconducibile all’azione della “capogruppo”, deputata all’esercizio della funzione di raccordo tipica degli organi direttivi dei gruppi paritetici, determinante ad assicurare la *coesione* tra le BCC associate.

Va però puntualizzato che l’effettivo esercizio di una funzione consortile presuppone l’osservanza di un rigoroso procedimento di *concertazione* nell’elaborazione delle *direttive a carattere gestionale* impartite alle BCC as-

48), 15, testo e nt. 27, sulla scia delle considerazioni di PINTO, *Le competenze legali dell’assemblea nella gestione delle cooperative azionarie*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 55 s.

⁶³ A diversa conclusione deve invece giungersi per gruppi gerarchici con cooperative in posizione di società controllanti, poiché in tal caso l’esercizio dell’azione di responsabilità nei confronti della controllante *ex art.* 2497 c.c. costituisce adeguato rimedio a tutela della redditività e del valore della partecipazione sociale e dell’integrità del patrimonio della società lucrativa dominata [AGSTNER (nt. 48), 93] e non è casuale, perciò, che questa configurazione di gruppi cooperativi eterogenei sia esplicitamente contemplata dal nostro legislatore.

⁶⁴ *Contra*, però, SEPE (nt. 48), che ravvisa nell’assenza dello scopo consortile una delle differenze del gruppo bancario cooperativo rispetto al gruppo paritetico contemplato dall’art. 2545-*septies*.

sociate al gruppo, la cui situazione patrimoniale e finanziaria non denoti particolari elementi di rischiosità; procedimento all'esito del quale l'eventuale sacrificio di una BCC, derivante dall'esecuzione di tali direttive, dovrà risultare adeguatamente compensato alla stregua dei criteri stabiliti dal «contratto di coesione» (cfr., di nuovo, art. 37-bis, 3° comma, lett. c, Tub). A tale accordo è rimessa anche la definizione di requisiti procedurali condivisi tra le BCC aderenti ed idonei a realizzare un'adeguata ponderazione e composizione di interessi confliggenti nelle deliberazioni adottate dall'organo di gestione della capogruppo.

I caratteri divisati non vengono meno allorché, in seno al gruppo bancario cooperativo, siano costituiti eventuali sottogruppi territoriali facenti capo a una banca costituita in forma di s.p.a. (c.d. *subholding*) sottoposta a direzione e coordinamento della "capogruppo" e composti dalle BCC (art. 37-bis, 1° comma, lett. c-bis, Tub). Ciò in quanto le eventuali *subholdings* operano in via esclusiva per la realizzazione degli scopi statuari delle BCC associate e fungono da mero *strumento di coordinamento* per la formazione della volontà comune delle stesse.

In definitiva, le banche consociate non abdicano affatto alla reciproca indipendenza ed autonomia: i loro amministratori devono rifiutarsi di eseguire direttive della capogruppo non risultanti dall'osservanza del procedimento di concertazione previsto dal «contratto di coesione» e che, soprattutto, arrechino alla propria società pregiudizi non adeguatamente compensati in base ai criteri sanciti dall'accordo. Se ne deduce che l'attività di direzione e coordinamento nel gruppo cooperativo bancario è lecita alle medesime condizioni previste dal diritto comune e deve essere esercitata secondo criteri non diversi da quelli sanciti dal combinato disposto degli artt. 2545-*septies* e 2497 ss. c.c., alla cui stregua vanno dunque interpretate le nuove regole del testo unico bancario e della relativa normativa secondaria di attuazione⁶⁵.

⁶⁵ Anche nel gruppo bancario cooperativo, insomma, le decisioni assunte dalle BCC associate, allorché influenzate dall'attività di direzione, devono essere analiticamente motivate, recando «puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione» (art. 2497-*ter*). E nella relazione sulla gestione allegata al bilancio d'esercizio occorre dar analiticamente conto, oltreché dell'effetto generale di tale attività sull'esercizio dell'impresa della singola BCC, dei rapporti particolari con le imprese collegate, anche tramite il «contratto di coesione», nonché delle decisioni gestionali influenzate dalla politica di gruppo (comb. disp. artt. 2497-*bis*, 2497-*ter* e 2428, 1° comma e 2° comma, n. 2). Risulta così opportunamente esaltata la funzione di monitoraggio sui rap-

13. – Fra queste condizioni spicca la necessaria specificazione, nel «contratto di coesione», de«i criteri di compensazione e [del]l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune» (art. 37-bis, 3° comma, lett. c, Tub), già richiesta dall'art. 2545-septies, 1° comma, n. 5, c.c., per l'accordo istitutivo del gruppo cooperativo paritetico ed anzi ritenuta il suo vero tratto qualificante⁶⁶.

Trattasi di formula generica che consacra, a mio giudizio, un *obbligo di protezione* tipico dei gruppi paritetici, qui derivante dall'adesione di ciascuna BCC al «contratto di coesione». Portato di tale obbligo è il necessario svolgimento dell'*attività di gruppo* nel giusto temperamento degli interessi delle BCC associate⁶⁷, che si traduce nel divieto di pregiudicare sistematicamente gli interessi di una banca associata senza la *ragionevole prospettiva* di vantaggi compensativi certi. Alla "capogruppo" è quindi affidato il delicato compito di ricercare costantemente la sintesi più equilibrata ed efficiente tra le istanze, talora confliggenti, delle BCC associate, anche prevedendo soluzioni organizzative idonee a prevenire conflitti di interessi.

A tal fine, occorre anzitutto la *preventiva* determinazione nel contratto di criteri di *equità e ragionevolezza*, non discriminatori e proporzionati all'effetto dell'attività, nella ripartizione sia dei benefici delle sinergie derivanti dalla condivisione di risorse tra le BCC associate, sia dei costi rela-

porti infragruppo che gli amministratori delle BCC sono chiamati a compiere. Ed è intuitivo il ruolo centrale che tale relazione viene ad assumere sul piano dell'individuazione dei vantaggi compensativi.

⁶⁶ Cfr. GENCO (nt. 10), 517; ZOPPINI (nt. 29), 775; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese* (nt. 57), 145 s.; (ONZA-) SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese. Dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*, in *Impresa e lavoro nei servizi portuali*, a cura di Xerri, Milano, 2012, 278, che sottolinea la finalità di prevenzione della diminuzione patrimoniale conseguente all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, insita nella previsione ora in esame. E v. anche BONFANTE (nt. 48), 373 s., il quale annota che la prescrizione di un «equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune vale a rimarcare le caratteristiche di pariteticità ... e l'assoluta peculiarità di questo gruppo».

⁶⁷ L'art. 37-bis, 3° comma, lett. c, Tub (=art. 2545-septies, 1° comma, n. 5, c.c.) traduce dunque l'obbligo di ciascuna impresa parte del *Gleichordnungsvertrag* – che qui è il «contratto di coesione» – di tenere in considerazione gli interessi delle altre, predicato da autorevoli giuristi tedeschi (e v., in particolare, LUTTER-DRYGALA, *Grenzen der Personalverflechtung und Haftung im Gleichordnungskonzern*, in *ZGR*, 1995, 566 s.; e già GROMANN, *Die Gleichordnungskonzerne im Konzern- und Wettbewerbsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, 57, incline ad individuare il contenuto della *Treuepflicht* fra aderenti al gruppo paritetico nella reciproca considerazione degli interessi patrimoniali e nell'astensione dal recarvi danno).

tivi alle prestazioni di servizi bancari più sofisticati o comunque di carattere generale (quali il *marketing*, l'attività di ricerca, la selezione e/o la messa a disposizione del personale, la pubblicità, l'assistenza tecnica, spese per il consolidamento dei bilanci, altri costi dell'attività di direzione e coordinamento, ecc.) generalmente sostenuti dalla "capogruppo", prima fra tutti l'eventuale garanzia delle obbligazioni assunte da BCC associate prevista dall'art. 37-bis, 4° comma, Tub.

Nel modello prefigurato dal legislatore - evidentemente tributario della "storia" dell'"organizzazione di gruppo" delle BCC - la società di vertice è infatti deputata ad erogare alle BCC associate taluni servizi strategici e finanziari, la cui remunerazione va determinata secondo criteri idonei a prevenire conflitti di interessi tra le BCC associate, che tengano perciò conto della loro dimensione (in particolare, del rapporto fra volume di affari o *fatturato* realizzato da ciascuna BCC e quello globale del gruppo) e dei benefici potenziali che la singola BCC può *ragionevolmente* trarre dal servizio comune⁶⁸.

La lett. c dell'art. 37-bis, 3° comma, Tub traspone dunque nella norma primaria i criteri di equità e ragionevolezza nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento già previsti dalla regolamentazione secondaria in tema di gruppi bancari (ed, in specie, dalle Istruzioni di vigilanza), correttamente interpretati nel senso dell'obbligatorietà di un rapporto di equivalenza, a valori di mercato, tra sacrifici richiesti e vantaggi corrisposti per il perseguimento della strategia di gruppo⁶⁹.

Ora, l'attuazione di questi criteri qui presuppone all'evidenza: a) una *pianificazione strategica economico-finanziaria*, che formerà oggetto di un apposito allegato del «contratto di coesione», da sottoporre a costante aggiornamento periodico, preferibilmente con cadenza annuale sulla base dei bilanci d'esercizio e consolidati: pianificazione tesa ad individuare, *in via preventiva*, i pregiudizi presumibilmente attesi nella prossima esecu-

⁶⁸ La BANCA D'ITALIA, Disposizioni di vigilanza (nt. 24), § 1.8, ha previsto al riguardo che il contratto di coesione stabilisca che «i corrispettivi (es. commissioni) dovuti dalle banche affiliate alla capogruppo per i servizi resi da quest'ultima incorporano una componente variabile legata alla *performance* della banca affiliata».

⁶⁹ E v., in particolare, PENNISI (nt. 31), 148 s.; cfr., pure, TROIANO, *Commento all'art. 61*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, diretto da Capriglione, t. II, Padova, 2012, 768, che pone l'accento sul carattere non discriminatorio e sulla proporzionalità rispetto all'effetto dell'attività di direzione e coordinamento; RISPOLI FARINA (nt. 30), 558.

zione dell'attività di direzione e coordinamento per le BCC associate, le misure compensative previste, con conseguente identificazione della (o delle) società su cui incombono i correlativi obblighi di compensazione, e soprattutto le garanzie prestate ai sensi dell'art. 37-bis, 4° comma, Tub; b) un *controllo periodico dei risultati dell'attività di gruppo*, finalizzato ad una verifica a consuntivo degli effetti delle operazioni intragruppo ed all'attuazione delle connesse operazioni compensative; c) una puntuale documentazione, nei bilanci delle BCC associate, dei rapporti con la "capogruppo" e con le altre banche del sodalizio, con particolare riguardo all'eventuale garanzia prestata a favore di altra banca per le obbligazioni da questa assunte⁷⁰.

Resta fermo, tuttavia, che gli effetti delle politiche strategiche di gruppo sovente si manifestano soltanto nel medio e lungo termine, sicché i presidi sopra specificati, se favoriscono l'individuazione di una responsabilità contrattuale della "capogruppo" e delle BCC associate avvantaggiate in misura ingiustificata dalla politica di gruppo, non sempre possono assicurare una completa neutralizzazione dei pregiudizi derivanti dall'attività di direzione e coordinamento⁷¹.

⁷⁰ E sul ruolo essenziale dei bilanci delle società aderenti al gruppo paritetico per identificare eventuali responsabilità per abusi nell'esercizio concertato dell'attività di direzione e coordinamento, cfr. R. SANTAGATA (nt. 9), 201 ss.

⁷¹ Ed è proprio questo argomento che ha indotto chi scrive a reputare illegittimi i contratti di dominio c.d. debole [R. SANTAGATA (nt. 9), 14 e 66 ss.], anche in seguito alla riforma del 2003 [ID., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (nt. 11), vol. 3, 802], non essendo affatto previste, nel nostro sistema, adeguate misure compensative degli effetti negativi di medio-lungo termine di un'eterodirezione imposta. Argomento che non reputo scalfito dall'osservazione di MARCHISIO (nt. 33), 70, nt. 109, per cui esso «provverebbe troppo» perché comporterebbe l'illegittimità anche di contratti di affiliazione commerciale; può infatti obiettarsi altro è il caso in cui la soggezione economica costituisce mera conseguenza *fattuale* dello stato di dipendenza creato dal contratto (effetto che si verifica, appunto, nell'affiliazione commerciale ed è legittimo alla stregua dell'art. 2359, 1° comma, n. 3, c.c.); altro è invece un contratto di dominio che ha quale oggetto *diretto* il dominio di una società su altra (e v., in tal senso, *ex multis* i classici studi di PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957, 27 ss., spec. 47 e 50, e di ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 111, nonché, più di recente, SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997, 50, 109 e 115; cfr., però, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 49 e, da ultimo, CUOMO, *Il controllo societario da credito*, Milano, 2013, 111 ss., invece orientati a respingere l'impostazione restrittiva tesa ad ancorare la fattispecie del controllo contrattuale all'elemento della dipendenza economica)].

14. – La validità della ricostruzione fin qui proposta trae ulteriore linfa, a mio giudizio, nella disciplina della ineludibile garanzia incrociata tra la “capogruppo” e le BCC associate, contemplata dall’art. 37-bis, 4° comma, Tub, e dalle Istruzioni di vigilanza. Trattasi di obbligo di garanzia con efficacia esterna in favore dei creditori delle banche aderenti con «l’effetto di qualificare le passività della capogruppo e delle banche affiliate come obbligazioni in solido di tutte le banche aderenti all’accordo»⁷²: previsione, questa, necessaria per qualificare la “capogruppo” come organismo centrale di enti creditizi permanentemente affiliati ai sensi dell’art. 10 del Regolamento n. 575/2013 (CRR) e, di riflesso, per attrarre il gruppo bancario cooperativo nell’ambito di operatività della disciplina della vigilanza prudenziale⁷³.

⁷² Si è dunque prevista qui una tipica fattispecie di “accordo di sostegno finanziario di gruppo” di cui all’art. 19 della direttiva 2014/59/UE, recepito dagli artt. 69-duodecies ss. Tub, che è un importante strumento di prevenzione dell’insolvenza (cfr. art. 4, n. 127, CRR) e di risoluzione della crisi del gruppo bancario cooperativo e delle banche associate: quest’ultime e la “capogruppo” s’impegnano, reciprocamente o anche unidirezionalmente, a prestarsi sostegno finanziario in caso di crisi che dia luogo al verificarsi dei presupposti dell’intervento precoce. L’autorità di vigilanza autorizza tale sostegno, qualora sia ragionevole che, grazie ad esso, possa essere preservata o ripristinata la stabilità finanziaria dell’intero gruppo.

La disciplina europea è stata poi completata dal Regolamento delegato (UE) 2016/1075 della Commissione, del 23 marzo 2016, che integra la direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione che precisano, tra l’altro, le condizioni per il sostegno finanziario di gruppo (art. 33 ss.). Sugli accordi di sostegno finanziario intragruppo, v. i primi commenti di LAMANDINI [La proposta di direttiva sulla gestione delle crisi bancarie e i contratti di assistenza finanziaria intragruppo: qualche considerazione di diritto societario, in *Società, banche e crisi d’impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa (nt. 55), vol. 3, 2643 ss.; e, in seguito all’attuazione della direttiva 2014/59/UE, *Il gruppo bancario alla luce delle recenti riforme*, in *Banca e borsa*, 2016, I, 672 ss.] e di RICCIARDIELLO [Gli accordi di sostegno finanziario intragruppo nella direttiva BRRD, in *L’Unione bancaria europea*, a cura di Chiti e Santoro, Pisa, 2016, 445 ss. (ed anche, col titolo *Gli accordi di sostegno finanziario intragruppo nella crisi dei gruppi bancari*, in corso di pubbl. in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2016, I]

⁷³ In particolare, l’obbligatoria previsione di tale accordo di garanzia nel «contratto di coesione» consente di cumulare i benefici del sistema di tutela istituzionale (cosiddetto IPS – *Institutional Protection Scheme*), imperniato sul reciproco sostegno patrimoniale volto a garantire liquidità e solvibilità delle banche associate ed a prevenirne l’insolvenza, con i vantaggi connessi all’integrazione di gruppo, specie in termini di disponibilità di adeguati strumenti per il monitoraggio e la classificazione dei rischi con corrispondenti possibilità di intervento e di risorse idonee a sostenere le esigenze di ricapitalizzazione delle banche aderenti. E v., in merito, BOCCUZZI, *Il modello delle banche cooperative nella riforma societaria e nelle prospettive di evoluzione del settore*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, vol. 8, *Le società bancarie*, Bologna, 2015, 435 s., ove sottolinea le differenze tra il Fondo di garanzia istituzionale del progetto avviato alcuni anni fa dalla categoria delle BCC e

Non è evidentemente possibile, in questa sede, approfondire i caratteri di tale garanzia con la quale s'intende sostanzialmente soddisfare le esigenze sottese al Fondo di garanzia istituzionale delle BCC restato allo stadio progettuale.

Ai fini della ricostruzione qui proposta interessa piuttosto rilevare che tale garanzia incrociata, evidentemente volta al sostegno finanziario di tutte le imprese aderenti al gruppo onde preservarne la solvibilità e la liquidità (cfr. art. 4, n. 127, CRR, che contiene la definizione del *cross guarantee scheme* ai fini della regolamentazione prudenziale), costituisce il più evidente indizio del carattere *mutualistico-consortile* del gruppo bancario cooperativo ed, al contempo, il tassello determinante per la sua configurazione in termini di gruppo paritetico. Basti rammentare che, nelle fonti comunitarie, sia pure ai soli fini della disciplina antimonopolistica⁷⁴, il gruppo paritetico era originariamente considerato come una sorta di "fusione di fatto" tra le imprese partecipanti, non soltanto soggette ad una direzione economica unica e permanente, ma anche - ed in ciò sta l'affinità con il gruppo bancario cooperativo - «amalgamate in una vera e propria entità economica caratterizzata internamente dalla compensazione dei profitti e delle perdite ed esternamente da una responsabilità comune»⁷⁵.

E, muovendo da questa definizione, autorevole dottrina germanica, nel ricostruire la disciplina societaria applicabile al *Gleichordnungskonzern*, aveva caratterizzato la figura proprio in virtù della necessaria ripartizione orizzontale del rischio tra società sorelle originata per effetto della loro di-

la fattispecie prevista dall'art. 10 CRR degli enti creditizi affiliati ad un organismo centrale, in cui l'affidamento ad un soggetto della direzione e coordinamento del gruppo consente un maggiore grado d'integrazione e l'applicazione della disciplina della vigilanza su base consolidata; nonché LAMANDINI (nt. 7), 69 s., anche per una puntuale comparazione con il modello olandese offerto dallo statuto *Rabobank Nederland*.

⁷⁴ E cfr., sulla scia della dottrina germanica citata in R. SANTAGATA (nt. 9), 12, nt. 26, Comunicazione della Commissione CEE concernente le operazioni di concentrazione e cooperazione a norma del reg. n. 4064/89, n. 90/C 203/06, in *GUCE*, C 203 del 14 agosto 1990, § 7, che però nella successiva versione del 1994 considera i caratteri indicati nel testo solo eventuali (conf. Comunicazione n. 98/2, § 7).

⁷⁵ E tali connotati sarebbero stati poi sostanzialmente recepiti in tutta la normativa settoriale - anche bancaria (art. 23, 2° comma, n. 3, comb. disp. lett. *a* e *b*, Tub) - che contemplava la figura, sebbene con il più oscuro riferimento ai «collegamenti di carattere finanziario ed organizzativo tali da consentire la comunicazione (o la "trasmissione") degli utili e delle perdite o l'esercizio dei poteri imprenditoriali di ciascun soggetto in funzione di uno scopo comune» (già art. 3, 13° comma, l. 12 agosto 1977, n. 675; art. 1, 8° comma, l. 5 agosto 1981, n. 416, come modificata dalla l. 25 febbraio 1987, n. 67; art. 37, l. 6 agosto 1990, n. 223).

rezione strategica comune⁷⁶: ciò che avrebbe assicurato alle imprese partecipanti al gruppo paritetico una protezione maggiore rispetto alla stipulazione di un contratto di dominazione, in quanto, oltretutto partecipare agli utili ed ottenere un indennizzo per le eventuali perdite subite dal sodalizio, le stesse concorrono alla formazione della volontà comune del gruppo.

Ebbene, mi sembra decisivo nella prospettiva qui suggerita che, nel nostro ambiente normativo, esiti abbastanza prossimi siano assicurati dalla stipulazione del contratto di consorzio con attività esterna, in quanto l'art. 2615, 2° comma, c.c., oltre a costituire il consorzio come garante *ex lege* per le obbligazioni assunte dai suoi organi *per conto* di singoli consorziati, prevede, per il caso di *insolvenza*, la ripartizione del debito dell'insolvente fra tutte le imprese associate in proporzione delle rispettive quote⁷⁷.

15. – La sostanziale democraticità del modello di gruppo bancario cooperativo introdotto dal legislatore pare, infine, attestata dalla previsione del recesso della banca cooperativa dal «contratto di coesione». Trattasi di tutela imprescindibile nel (e qualificante del) gruppo paritetico⁷⁸: consente, invero, alle imprese di sottrarsi agli effetti pregiudizievoli di un regolamento non più conforme ai propri interessi, allorché sistematicamente costrette alla soccombenza nel procedimento di formazione della direzione strategica del sodalizio e non adeguatamente ristorate dalle misure com-

⁷⁶ Cfr. il classico saggio di K. SCHMIDT, *Gleichordnung im Konzern: terra incognita?*, in ZHR, 1991, 428 s., a quanto pare approvato da JUNKER, *Der Gleichordnungskonzern*, in *Rechtswissenschaft im Aufbruch. Greifswalder Antrittsvorlesungen*, hrsg. von Manssen, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, 183 s.; ma v., anche, MILDE, *Der Gleichordnungskonzern im Gesellschaftsrecht*, Berlin, 1996, 152 ss., incline a ritenere necessario, ai fini di tale compensazione orizzontale delle perdite, un autonomo accordo fra le parti (in tal senso si era già espresso il primo studio *ex professo* del *Gleichordnungskonzern* condotto da LUTTER, *Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts? Gutachten*, in 48. *Deutschen Juristentag*, München, 1970, Bd. 1, Teil H, spec. 100), che nella disciplina italiana del gruppo bancario cooperativo troverebbe fondamento proprio nella clausola del «contratto di coesione» che prevede la garanzia incrociata accennata nel testo.

⁷⁷ Sia consentito richiamare, per ulteriori indicazioni in proposito, R. SANTAGATA (nt. 9), spec. 209-216.

⁷⁸ Punto pacifico: e v. già, nella dottrina tedesca, GROMANN (nt. 67), spec. 47 e 29; ed in Italia, R. SANTAGATA (nt. 9), 194; BONFANTE (nt. 7), 420.

pensative e da un'equilibrata distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune (art. 37-bis, 3° comma, lett. c, Tub).

Certo, l'interesse pubblico sotteso alla doverosità dell'attività di direzione e coordinamento e, quindi, alla *stabilità* ed all'*efficacia* del gruppo bancario cooperativo impone: *da un lato*, una puntuale identificazione nel «contratto di coesione» (oltretutto negli statuti delle BCC) dei «*giustificati motivi*» di recesso⁷⁹ (cfr. Disp. vig., Cap. 5, sez. III, § 3.1) presumibilmente correlati al rispetto dello scopo mutualistico delle banche associate⁸⁰, nonché la permanenza degli obblighi di garanzia per dieci anni ed un preavviso non inferiore a 24 mesi⁸¹; *dall'altro lato*, un esercizio di questa prerogativa subordinato all'autorizzazione della Banca d'Italia, deputata a valutarne le relative implicazioni sulla sana e prudente gestione del gruppo e della singola banca (art. 37-bis, 5° comma, Tub)⁸².

D'altro canto, non può però sottacersi che siffatta tutela resterà teorica ed effimera fintantoché permarrà l'unicità del gruppo bancario cooperativo, stante l'oggettiva *infungibilità* dell'interesse associativo perseguito dalla BCC con l'obbligatoria adesione al «contratto di coesione». In tale contesto, il recesso non può evidentemente esplicitare la sua tradizionale funzione equilibratrice: il suo esercizio, anziché tutelare la BCC *costantemente* pregiudicata dall'attività di direzione strategica, non soltanto frustrerebbe il duplice interesse della banca ad offrire alla propria clientela un'articolata gamma di servizi bancari e finanziari più sofisticati a condizioni di efficienza e convenienza ed a giovare dei servizi e delle risorse

⁷⁹ Sicché, a maggior ragione in questo contesto, non sarà possibile prevedere negli statuti delle BCC un diritto di recesso all'adozione di qualsiasi direttiva pregiudizievole impartita dalla "capogruppo". E cfr., con riguardo al gruppo paritetico di diritto comune, BITOSI-STANGHELLINI (nt. 13), 359.

⁸⁰ Così, FIORDIPONTI (nt. 38), 18.

⁸¹ Reputa tali sensibili limitazioni al diritto di recesso incompatibili con le caratteristiche di un gruppo di imprese, SACCO GINEVRI (nt. 38), 167 s., addirittura incline a negare che il *nomen iuris* utilizzato dal legislatore trovi riscontro nei contenuti della regolamentazione secondaria, che presupporrebbero una procedura di fusione tra BCC.

⁸² Riterrei, però, che la Banca d'Italia non possa comprimere eccessivamente l'esercizio del diritto di recesso specie allorquando sussista una giusta causa. E soprattutto, non è a mio avviso possibile escludere la liquidazione della quota alla BCC recedente dal gruppo bancario cooperativo (dello stesso parere, CAPRIGLIONE, *Un deplorabile ritardo nell'attuazione della riforma delle BCC*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 3/2016, 243), a meno di non voler esporre la nuova normativa alle medesime censure di incostituzionalità sollevate dalla riforma delle banche popolari.

comuni, ma addirittura le precluderebbe – nell’assetto normativo delineato dalla riforma – l’esercizio dell’attività bancaria.

Sembra dunque necessario che la Banca d’Italia tenga adeguatamente conto di tali ostacoli all’esercizio del recesso nella valutazione della congruità delle misure compensative e di equa distribuzione dei vantaggi dell’attività comune previste nel «contratto di coesione» ai sensi dell’art. 37-bis, 3° comma, lett. c, Tub.

In definitiva, il carattere “paritetico” del sodalizio, per quanto indubbiamente avvalorato (almeno sulla carta) dalla significativa previsione del diritto di recesso da un *contratto imposto* (quale è il «contratto di coesione»), diverrà effettivo soltanto allorché il mercato stimolerà società per azioni bancarie a farsi promotrici della costituzione di una pluralità di gruppi bancari cooperativi.

Se questo avverrà, la concreta facoltà delle BCC di uscire da un gruppo ed aderire ad un sodalizio più adeguato alle proprie esigenze per funzionamento, dimensioni ed operatività territoriale, renderà realmente conveniente l’esercizio del diritto di recesso.

Un modello siffatto – che auspico non ideale e teorico⁸³ – assicurerà quel giusto contemperamento nella dialettica tra “coesione” ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo, strenuamente ricercato nel ventennio di studi teorici ed empirici antecedente l’odierna riforma e che deve oggi, a mio avviso, guidare l’interprete nella sua lettura. Ed invero, un eccessivo sacrificio dell’autonomia delle BCC in nome della “coesione” del gruppo non rappresenta soluzione desiderabile, perché se pubblicistica è la finalità della “coesione” di prevenzione dei dissesti bancari e di protezione dei depositanti e risparmiatori, altrettanto lo è l’istanza di agevolare l’accesso al credito alle piccole e medie imprese e di scongiurarne i rischi del loro ricorso all’usura, finora salvaguardato dall’autonomia gestionale delle BCC.

⁸³ Ottimista è anche CAPRIGLIONE, *Per un’ipotesi di gruppi alternativi. La problematica del recesso nella legge di riforma delle BCC*, in www.dirittobancario.it, (giugno 2016), 5.