



UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE DI MILANO

Dottorato di Ricerca in Impresa Lavoro e Istituzioni

(Diritto Commerciale)

Ciclo XXX

S.S.D.: IUS/04

AUTONOMIA PRIVATA E GOVERNANCE
NEL GRUPPO BANCARIO COOPERATIVO
TRA REGIONI DI SPECIALITÀ
E PRINCIPI DI DIRITTO COMUNE

Tesi di Dottorato di:

Gabriele SCAGLIA

Matr. N° 4411795

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Duccio REGOLI

Anno Accademico 2016/2017

AUTONOMIA PRIVATA E *GOVERNANCE* NEL GRUPPO BANCARIO COOPERATIVO TRA RAGIONI DI SPECIALITÀ E PRINCIPI DI DIRITTO COMUNE

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

DALLA RETE DEL CREDITO COOPERATIVO AL GRUPPO BANCARIO COOPERATIVO: ALLA RICERCA DELLE RAGIONI DELLA RIFORMA DELLE B.C.C.

1. La funzione economica delle b.c.c. tra esigenze della cooperazione e esigenze dell'impresa bancaria: dal localismo alla rete.....1
2. (*segue*) Cenni alle tradizionali ragioni che hanno impedito di configurare una direzione di gruppo nei confronti delle b.c.c. e al “cambio di rotta” operato dalla figura del gruppo bancario cooperativo. Necessità di rinvenire le ragioni della riforma al di fuori del tradizionale dibattito concernente i gruppi cooperativi.....13
3. La specialità del diritto bancario alla luce dei mutamenti legislativi avvenuti nel contesto internazionale ed europeo a seguito della crisi finanziaria del 2007.....17
4. (*segue*) La specialità del diritto bancario nazionale a seguito del recepimento degli interventi comunitari.....23
5. Le ragioni della riforma delle Banche Popolari: conferma della natura di cooperativa a mutualità non prevalente e progressivo slittamento verso il modello azionario.....31
6. La riforma delle b.c.c. nell'ottica dell'impresa bancaria: l'insufficienza della “rete” ai fini del rafforzamento delle condizioni di stabilità patrimoniale nel settore della cooperazione di credito.....40
7. (*segue*) Breve analisi sulla riduzione dei “costi” di applicazione della normativa prudenziale derivante dall'affiliazione a un organismo centrale e sui modelli di “integrazione” del credito cooperativo previsti in alcuni ordinamenti stranieri.....45
8. I tratti essenziali del gruppo bancario cooperativo: definizione dell'ambito d'indagine nel tentativo di individuare l'effettiva distanza tra la “specialità” del g.b.c. e la “generalità” dei gruppi (bancari e comuni).....48

CAPITOLO SECONDO

CONTROLLO E AUTONOMIA PRIVATA NEI GRUPPI (CONTRATTUALI) *COMUNI* E NEI GRUPPI *BANCARI*

1. Premessa.....52

SEZIONE I

Controllo, Direzione e Coordinamento e Autonomia Privata nei Gruppi Contrattuali di Diritto Comune

2. La relazione tra controllo e direzione e coordinamento: la natura trans-tipica della disciplina sui gruppi di diritto comune e i riflessi sull'idoneità di un contratto di gruppo a generare una situazione di controllo. Cenni al “corto circuito” tra l'art. 2497-sexies e l'art. 2497-septies c.c.....54
3. La rilevanza dei rischi insiti nel controllo inteso come influenza dominante “potenziale” ai fini dell'applicazione degli artt. 2359-bis ss. e 2497-sexies c.c.....60
4. I contratti di «direzione e coordinamento» e l'incertezza sui confini della fattispecie negoziale individuata dall'art. 2497-septies c.c.: la tesi volta ad ammettere i contratti di “dominio debole”.....63

5. (*segue*) la tesi volta a distinguere tra contratti di “dominio debole” (invalidi) e regolamenti di gruppo (validi). Repliche.....66
6. (*segue*) La tesi volta a riconoscere la legittimità dei soli contratti di gruppo paritetico e i dubbi sull'essenza della pariteticità nei gruppi cooperativi. Repliche.....68
7. Conclusioni sui confini della fattispecie dei contratti di direzione e coordinamento (anche “paritetici”) e sul rapporto tra contratto di gruppo e controllo inteso sia come presupposto per l'applicazione della disciplina delle azioni proprie possedute da società controllate sia come presunzione di esistenza di un'attività di gruppo. Una proposta interpretativa.....75

SEZIONE II

Controllo, Direzione e Coordinamento e Autonomia Privata nei Gruppi Bancari e negli Accordi di Assistenza Finanziaria di Gruppo: Norme Speciali e Principi Generali

8. Cenni alla specialità del gruppo bancario cooperativo nella prospettiva dei fenomeni associativi. Il controllo ex art. 23 t.u.b. e la rilevanza del controllo “solitario” nei gruppi bancari: specialità di ratio e di fattispecie.....79
9. (*segue*) La specialità della disciplina della direzione e coordinamento nei gruppi bancari: alcuni chiarimenti sulla portata del vincolo scaturente dall'esercizio del potere della capogruppo.....86
10. Considerazioni di rilievo sistematico in materia di autonomia privata, principio di corretto finanziamento, vantaggi compensativi e interesse alla stabilità del gruppo tratte dall'analisi della disciplina dei piani di risanamento e degli accordi di finanziamento infragruppo.....91
11. Conclusioni sul grado di autonomia privata riconosciuto alle società appartenenti a un gruppo bancario e sulla neutralità dei principi di corretta gestione del gruppo bancario (corretto finanziamento, vantaggi compensativi, stabilità) rispetto allo scopo-fine (lucrativo o mutualistico) perseguito da ciascuna entità a esso aderente.....104

CAPITOLO TERZO

LA NATURA DEL GRUPPO BANCARIO COOPERATIVO TRA RAGIONI DI SPECIALITÀ E PRINCIPI DI DIRITTO COMUNE

1. I dubbi sulla natura (gerarchica o paritetica) del “gruppo bancario cooperativo”. Sintesi dei risultati raggiunti nei capitoli precedenti ai fini della risoluzione degli interrogativi posti dall'istituto ex art. 37-bis t.u.b.....108
2. Il perimetro del gruppo bancario cooperativo: le ragioni della maggiore rigidità della fattispecie “g.b.c.” rispetto alla fattispecie “gruppo bancario”. Impossibilità di configurare una direzione “paritetica” o “gerarchica” in senso stretto.....111
3. Il controllo alla luce dei principi contabili internazionali. La rilevanza multidisciplinare del controllo nel gruppo bancario cooperativo.....116
4. I soggetti effettivamente concorrenti all'esercizio della direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo. *Ratio* della “tendenziale” concertazione e possibilità di configurare un potere concertato o congiunto tra b.c.c. e altri soggetti soci della s.p.a. capogruppo. Irrilevanza della concertazione ai fini dell'imputazione del potere di direzione e del controllo.....124
5. Il profilo funzionale del gruppo bancario cooperativo: l'oggetto della direzione e coordinamento e l'oggetto sociale della capogruppo. Cenni all'esistenza di una correlazione tra ambito (vigilanza/mutualità) della direzione e coordinamento e disciplina dell'esercizio del potere.....135
6. (*segue*) La programmazione della direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo e il principio di proporzionalità. Incidenza del potere sui profili legati alla vigilanza prudenziale e sulla mutualità delle b.c.c. affiliate.....139

7.	(segue) L'attuazione della direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo. Conferma dell'incidenza del potere sugli obiettivi della vigilanza e sulla mutualità delle b.c.c. Interferenze tra il principio di proporzionalità e il principio dei vantaggi compensativi. Prime conclusioni.....	147
8.	Fattispecie e disciplina dei poteri extra-assembleari della capogruppo d'ingerenza nella selezione dei membri degli organi sociali delle b.c.c. affiliate. Strumentalità dei poteri al rafforzamento del vincolo derivante dalla direzione e coordinamento e differenze con le azioni di finanziamento: un primo esempio di "partecipazione esterna" all'attività sociale. Riflessi sul tipo "banca di credito cooperativo".....	157
9.	Sintesi delle conclusioni raggiunte sulla natura del gruppo bancario cooperativo quale gruppo "paritetico" di diritto "singolare" e riflessi sul diritto comune dei gruppi contrattuali. Problemi aperti in materia di mutualità e di vigilanza sul gruppo bancario cooperativo.....	170
<i>Bibliografia.....</i>		180
<i>Giurisprudenza.....</i>		198
<i>Ulteriori materiali.....</i>		198

CAPITOLO I
DALLA RETE DEL CREDITO COOPERATIVO AL GRUPPO BANCARIO
COOPERATIVO: ALLA RICERCA DELLE RAGIONI DELLA RIFORMA DELLE B.C.C.

SOMMARIO: 1. La funzione economica delle b.c.c. tra esigenze della cooperazione e esigenze dell'impresa bancaria: dal localismo alla rete. – 2. (*segue*) Cenni alle tradizionali ragioni che hanno impedito di configurare una direzione di gruppo nei confronti delle b.c.c. e al “cambio di rotta” operato dalla figura del gruppo bancario cooperativo. Necessità di rinvenire le ragioni della riforma al di fuori del tradizionale dibattito concernente i gruppi cooperativi. – 3. La specialità del diritto bancario alla luce dei mutamenti legislativi avvenuti nel contesto internazionale ed europeo a seguito della crisi finanziaria del 2007. – 4. (*segue*) La specialità del diritto bancario nazionale a seguito del recepimento degli interventi comunitari. – 5. Le ragioni della riforma delle Banche Popolari: conferma della natura di cooperativa a mutualità non prevalente e progressivo slittamento verso il modello azionario. – 6. La riforma delle b.c.c. nell'ottica dell'impresa bancaria: l'insufficienza della “rete” ai fini del rafforzamento delle condizioni di stabilità patrimoniale nel settore della cooperazione di credito. – 7. (*segue*) Breve analisi sulla riduzione dei “costi” di applicazione della normativa prudenziale derivante dall'affiliazione a un organismo centrale e sui modelli di “integrazione” del credito cooperativo previsti in alcuni ordinamenti stranieri. – 8. I tratti essenziali del gruppo bancario cooperativo: definizione dell'ambito d'indagine nel tentativo di individuare l'effettiva distanza tra la “specialità” del g.b.c. e la “generalità” dei gruppi (bancari e comuni).

1. La funzione economica delle b.c.c. tra esigenze della cooperazione e esigenze dell'impresa bancaria: dal localismo alla rete.

Sin dalle sue origini il movimento del credito cooperativo risulta caratterizzato da due fattori, che ne hanno rappresentato i punti di forza e, al tempo stesso, di debolezza, sia nell'ambito più ristretto della cooperazione bancaria sia in quello più ampio e generale dell'attività bancaria¹: (i) gli obiettivi perseguiti da questa tipologia di banche

¹ Per un'analisi storica del movimento del credito cooperativo cfr. COLOMBO, *Radici, consolidamento e crescita del credito cooperativo tra Ottocento e Novecento*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 23 ss.; LOCATELLI, *Lo scollamento tra credito e cooperazione negli anni tra primo dopoguerra e anni Cinquanta*, ivi, 39 ss.; CAFARO, *La lenta ricostruzione di un modello tra spinte in avanti e false partenze*, ivi, 63 ss. CAFARO – GATTI, *Il nuovo regime bancario e il ruolo riconosciuto del credito a prevalenza mutualistica*, ivi, 87 ss. Per l'analisi della disciplina delle banche di credito cooperativo vigente ante riforma del gruppo bancario cooperativo introdotta col D.l. n. 18/2016, conv. in l. 49/2016, sia rinvia a BOCCUZZI, *Il modello delle banche cooperative nella riforma societaria e nelle prospettive di evoluzione del settore*, in *Le nuove s.p.a. Le società bancarie*, a cura di Oreste Cagnasso, Bologna, 2015, 319 ss.; BRESCIA MORRA – MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Tratt. dir. civ. del CNN*, diretto da Pietro Perlingieri, Napoli, 2006, 139 ss.; CAPRIGLIONE, *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario. Problematiche e prospettive in Bbct*, 2005, 134 ss.; COSTA, *La riforma delle società e le banche cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, Padova, IV, 2007, 1131 ss.; CUSA, *Le banche di credito cooperativo*, in *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Gastone Cottino, Padova, V-III, 2014, 493 ss.; ID, *Il diritto delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Torino, 2013; ID, *Sezione II. Banche di credito cooperativo*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Concetto Costa, Torino, 2013, 279 ss.; ID, *Società mutualistiche, locali, democratiche e non necessariamente lucrative*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, sopra citato, 119 ss.; FAUCEGLIA – COSTA, *I soci, la partecipazione sociale e l'organizzazione societaria*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, sopra citato, 135 ss.; OPPO, *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale* in *Riv. dir. civ.*, 2004, 751 ss.; PELLEGRINI, *Art. 33 t.u.b.*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Francesco Capriglione, Padova, 2012, I, 388 ss.; PETRELLI, *Le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, I, 2005, 403 ss.; SANTORO, *Art. 33*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di Mario Porzio, Franco Belli, Giuseppe Losappio, Marilena Rispoli Farina e Vittorio Santoro, Milano, 2010, 326 ss.; ID, *Sezione II. Banche di credito cooperativo*, in *Commento al d.lgs 1 settembre 1993, n. 385*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, Bologna, 2007, 503 ss.; Per il dibattito relativo al ruolo delle banche cooperative a seguito dell'emanazione del testo unico bancario (D.lgs. n. 385/1993), che ha segnato il passaggio dalla

nel contesto economico e (ii) le istanze che possono sorgere e tra loro scontrarsi nel momento della gestione (*id est* del governo) di una b.c.c.

Il primo fattore si appunta sul ruolo di sostegno alle economie locali svolto dalle banche di credito cooperativo e sulla tendenza, a queste banche storicamente accreditata, ad erogare il credito a favore delle famiglie e delle piccole e medie imprese ².

È noto, infatti, come in Germania le casse rurali costituirono prima un ausilio alle comunità contadine ed operaie, operando in parallelo con le cooperative di consumo ³ – *genus* da cui vennero in principio mutuati molti degli elementi posti a fondamento della cooperazione di credito (tra cui il voto capitaro, l'obbligo di versamento di una quota minima di capitale e la responsabilità illimitata dei soci) ⁴ fino a rendere essa stessa una delle principali *species* della categoria – e in un secondo momento anche una fonte di avvio e di sopravvivenza per le piccole imprese manifatturiere e commerciali.

Nella testa degli ideatori della cooperazione di credito il progetto era quello di far confluire in un'unica istituzione obiettivi di natura creditizia ed assistenziale, che implicassero un «dare senza ricevere», una pratica di aiuto reciproco propria non di un sistema di interessi privati tra loro in conflitto, ma di una comunità in grado di sostituire il singolo come garante e attivo protagonista del credito, così da evitare l'intervento dello

specializzazione funzionale al modello della banca universale, e alla conseguente distinzione tipologica tra banche di credito cooperativo e banche popolari si veda la raccolta di scritti di PRESTI, *Le banche cooperative. Funzione economica e forma giuridica*, Milano, 1999; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche* in *Riv. dir. civ.*, 1994, 653 ss.

² Cfr. il *Bilancio di coerenza del credito cooperativo. L'impronta del credito cooperativo sull'Italia. Rapporto 2016*, 16 ss. Per un'analisi economica del credito cooperativo, con dati riferiti al 2010-2011, cfr. ZAMAGNI, *Cooperazione di credito e sviluppo civile: come esaltare il potenziale identitario delle BCC*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto* (nt. 1), 235 ss., secondo cui l'Italia, pur condividendo con Francia e Spagna un elevato grado di concentrazione del settore bancario (i più grandi gruppi detengono il 47 % del mercato nella prima, il 47,2 % nella seconda e il 46 % nella terza; il 30 % nel Regno Unito; il 18 % in Germania), si caratterizza da questi ultimi per la circostanza «che le realtà leader a livello locale non sono i grandi gruppi bancari ma le Banche di Credito Cooperativo (BCC), le Banche Popolari, le Casse di Risparmio»; MAZZOLI, *La rilevanza macroeconomica del credito cooperativo in Italia*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto* (nt. 1), 293 ss., partic. 301 ss., che, a tal proposito riconosce alle b.c.c. «il merito di [aver sfruttato] al meglio il momento in cui i maggiori gruppi bancari presenti nel mercato creditizio hanno affrontato un processo di ristrutturazione, facendo leva sul rapporto col territorio e con la clientela da sempre fonte di vantaggio competitivo. Se le BCC potessero essere considerate un singolo "gruppo" in senso stretto, oggi il sistema di credito cooperativo si collocherebbe in quarta posizione, sia per l'erogazione di crediti, che per la raccolta tra tutti i gruppi bancari del sistema finanziario italiano».

³ Nel 1844 a Rochdale, in Inghilterra, , gli *equitable pioneers* diedero vita a una delle prime cooperative di consumo, la *Rochdale Pioneers Equitable Society*, uno «spaccio di generi alimentari» che permise ai fondatori di divenire «imprenditori di se stessi». Così TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, oggi da Piero Schlesinger, Milano, 2011, 1 ss., ma anche 52-53, secondo cui le ragioni della nascita della cooperazione imprenditoriale vanno individuate «nel crescente disagio sociale serpeggiante, dopo la rivoluzione industriale, tra i ceti economicamente subalterni, causato, tra l'altro, dalle ferree regole economiche capitalistiche, vigenti in quel momento storico». BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1988, 3 ss., che definisce l'impresa di Rochdale come una cooperativa «polisettoriale», guidata dai seguenti principi: «libertà di ingresso e di uscita per uomini e donne di «buona volontà»; «frugale» investimento di capitale; limitazione degli interessi sul capitale; unicità del voto; distribuzione di guadagni fra i soci a titolo di «dividendo sull'acquisto»; divieto di operazioni con i non soci»; similmente BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* (nt. 1), 6; VIVANTE, *Le società commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1929, 366.

⁴ Cfr. COLOMBO, *Radici, consolidamento e crescita del credito cooperativo tra Ottocento e Novecento*, (nt. 1), 24, 27, che vede nelle prime cooperative di credito uno strumento per trasformare il «capitale-lavoro» in «capitale-d'impianto», «il centro del sistema, in cui [esse svolgevano] il ruolo di salvadanaio che garantiva libertà alla comunità locale, e [avevano] lo scopo di divenire sempre più il centro propulsore di altre attività cooperative»; cfr. altresì BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* (nt. 1), 11 ss., partic. 14 ss., e BASSI, *Delle imprese cooperative* (nt. 3), 4, nota 3, ove ulteriori riferimenti all'evoluzione del fenomeno cooperativo in Europa.

Stato in qualità di gestore di vertice dell'economia e dare concretezza all'idea secondo cui la società nasce e si sviluppa «dal basso»⁵.

In Italia le casse rurali fecero la loro comparsa nel 1887, nonostante il codice di commercio entrato in vigore cinque anni prima disciplinasse non già un tipo cooperativo “puro”, configurando piuttosto una sorta di ibrido tra società di persone e società di capitali qualificato come «anonima cooperativa»⁶, e si resero espressione, in virtù degli impulsi dati dal clero cattolico, dei principi della fratellanza cristiana.

Questi ultimi, unitamente all'esigenza di generare un forte senso di appartenenza del singolo alla comunità sociale in un momento di acceso antagonismo tra forze cattoliche, liberali e socialisti, nonché alla sovrapposizione che si venne progressivamente a creare tra collettività locale e compagine sociale, permisero alle casse rurali di divenire un formidabile strumento di aggregazione e di esaltazione delle potenzialità del mutualismo.

Nel periodo a cavallo tra la fine dell'ottocento e la prima metà del ventesimo secolo, il movimento cooperativo visse un momento di forte crescita in tutta Europa, anche se nel frattempo esso dovette anche scontrarsi con forze ideologiche in aperta antitesi con qualsiasi forma di socialità democratica, circostanza che in Italia si verificò con l'avvento del fascismo⁷.

In tal senso, le crescenti difficoltà della finanza pubblica e la caduta dei prezzi, originate dalla grave recessione economica internazionale, comportarono un ridimensionamento della presenza delle casse rurali nel settore creditizio e un inquadramento delle stesse, assieme a tutte le altre imprese cooperative, nell'ordinamento corporativo fascista⁸.

⁵ Ancora COLOMBO, *Radici, consolidamento e crescita del credito cooperativo tra Ottocento e Novecento*, (nt. 1), 26 ss., ove ampi riferimenti alle diverse posizioni espresse da Schulze, Lasalle e Raiffaisen.

⁶ Tra gli ideatori della cooperazione di credito in Italia si ricorda Luigi Luzzatti per le banche popolari, che adattò – grazie all'assenza di una disciplina delle cooperative nel periodo immediatamente successivo all'unità d'Italia – il modello cooperativo allo spirito individualistico del tempo, garantendo ai singoli soci una parte di utili e, soprattutto, il regime della responsabilità limitata. Il tipo congegnato da Leone Wollemborg, invece, si ispirava alle *Raiffaisen kassen*. Egli voleva che l'impresa bancaria entrasse in simbiosi con gli altri organismi sociali preesistenti; tra questi, la comunità più solida fu quella parrocchiale, per cui Wollemborg coinvolse apertamente il clero cattolico nella gestione delle casse. Si consideri che molte casse rurali non praticarono in quel tempo il ristorno individuale di parte degli utili, ma una sorta di ristorno collettivo nei confronti della collettività dei soci. Il coinvolgimento del Clero nell'attività delle casse crebbe e si consolidò soprattutto in seguito all'enciclica di Leone XIII *Rerum Novarum*; per indicazioni relative alla presenza delle casse rurali nel periodo compreso tra il 1883 e il 1897 si veda COLOMBO, *Radici, consolidamento e crescita del credito cooperativo tra Ottocento e Novecento*, (nt. 1), 30; cfr., altresì, BASSI, *Delle imprese cooperative* (nt. 3), 6, anche alla nota 4, che conferma l'assenza di distinzioni di carattere funzionale tra il tipo azionario e il tipo cooperativo per come regolati dal codice di commercio del 1882; ciò, forse, perché già in quei tempi sorse il timore di restringere troppo i confini operativi della società cooperativa attraverso la positivizzazione di un chiaro concetto di “funzione del tipo cooperativo” e, dunque, di scopo mutualistico, che avrebbe ridotto le possibilità della cooperativa di aspirare a essere un strumento alternativo alla società anonima per l'esercizio di impresa. Nello stesso senso cfr. TATARANO, *La nuova impresa cooperativa* (nt. 3), 5; BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* (nt. 1), 41. La circostanza non ha impedito il proliferarsi delle cd. pseudo-cooperative, obiettivo verso cui si sono dirette le successive leggi speciali in materia di cooperazione; cfr. BASSI, *Le società cooperative*, Torino, 1995, 4 ss.

⁷ Ancora Cfr. TATARANO, *La nuova impresa cooperativa* (nt. 3), 7.

⁸ Cfr. BASSI, *Delle imprese cooperative* (nt. 3), 14. La pervasività dei controlli comportò nei fatti una riduzione delle numerose agevolazioni di cui avevano goduto le cooperative durante il governo di Giolitti. Queste tendenze si concretizzarono, per un verso, nella previsione di penetranti controlli statali sul movimento cooperativo con l'obiettivo di rendere lo stesso uno strumento ammortizzatore del conflitto sociale e uno dei pilastri del «regime reazionario di massa» e, per altro verso, nella riduzione dei benefici accordati alle imprese cooperative. Il culmine di questo processo di incardinamento delle cooperative nelle strutture statali si ebbe con la Carta del lavoro del 1927, che assegnava alle corporazioni (aventi funzioni di raccordo tra il sindacato dei datori di lavoro e il sindacato dei lavoratori), la funzione di coordinamento tra i diversi fattori della produzione, di modo affermare una *partnership* tra capitale e lavoro sotto l'egida

In particolare, la l. 656/1932 ridusse il ruolo di ausilio delle casse per le altre società cooperative, orientandone le funzioni verso la realizzazione di obiettivi di interesse pubblico e circoscrivendo l'attività bancaria al solo credito agrario; il R.D. 1706/1937 (cd. T.U.C.R.A.) estese l'area di attività delle casse al settore dell'artigianato, così favorendo il consolidarsi di un rapporto privilegiato con la piccola impresa⁹.

Le casse rurali ed artigiane rimasero in vita fino al 1993, essendo state nel frattempo riconosciute come uno dei massimi esempi di cooperativa pura avente funzione sociale e «senza fini di speculazione privata» (art. 45 Cost.), così contribuendo alla tutela del risparmio professata dall'art. 47 Cost. all'interno di un ordinamento privatistico improntato alla libertà dell'iniziativa economica privata e, con riguardo al mutualismo, alla distinzione tra «vere cooperative» e «cooperative spurie»¹⁰.

Malgrado, poi, i dubbi iniziali prospettati dalla dottrina con riferimento alla disciplina delle banche cooperative introdotta dal testo unico del 1993, che determinò la scomparsa delle casse (e l'abrogazione del T.U.C.R.A.) e «la consegna del testimone» alle banche di credito cooperativo, anche in queste ultime si vide l'espressione di un rinnovato mutualismo – di certo non più così «puro» o «vero»¹¹, ma quantomeno, in

statale. Coi decreti nn. 324 e 1032 del 1931 l'Ente nazionale della cooperazione fu trasformato in istituto di diritto pubblico, costituito dalle Federazioni sindacali di categoria (e non più dalle singole cooperative) e sottoposto alla vigilanza del Ministero per le cooperazioni; vedi i dati riportati in LOCATELLI, *Lo scollamento tra credito e cooperazione* (nt. 1), 44 ss., da cui sono tratte le parole nel testo riportate tra virgolette.

⁹ Si veda BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* (nt. 1), 45 ss., secondo cui «si approda a un testo unico che si segnala per l'obiettivo principale non tanto di venire incontro ai bisogni del credito dei ceti rurali quanto di procedere alla «bancarizzazione di nuove regioni, capaci di far affluire...al sistema creditizio masse di risparmio che altrimenti con tutta facilità al sistema sfuggirebbero»». Ugualmente TATARANO, *La nuova impresa cooperativa* (nt. 3), 8; LOCATELLI, *Lo scollamento tra credito e cooperazione* (nt. 1), 51 ss.; mette in evidenza il tradizionale conflitto tra i principi *autoritativi* propri della legislazione bancaria dell'epoca fascista e quelli *democratici* del movimento cooperativo BASSI, *Delle imprese cooperative* (nt. 3), *ibidem*.

¹⁰ In realtà il dibattito sulle pseudo-cooperative ha origini più risalenti nel tempo e deriva dalla possibilità per gli operatori economici di sfruttare la società cooperativa – che, appunto, era considerata dal legislatore del 1882 come una mera variante in funzione *agevolativa* della società per azioni – per il raggiungimento di finalità speculative. Bisogna altresì considerare che il codice civile del 1942 è anteriore alla Costituzione e che l'inesistenza di una definizione di uno scopo mutualistico sia nel primo sia nella seconda fu giustificata dal timore di restringere eccessivamente l'area della mutualità cooperativa e di escludere dalla relativa categoria forme d'impresa che nel frattempo erano state considerate come impresa cooperativa; classico esempio è quello della banca popolare. Per una sintesi del dibattito relativo al senso dell'art. 45 Cost. cfr. BASSI, *Delle imprese cooperative* (nt. 3), 16-17, 103 ss., partic. 114 ss.; BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* (nt. 1), 51; TATARANO, *La nuova impresa cooperativa* (nt. 3), 12-13, partic. 49 ss., 61.

¹¹ La mutualità «pura» o «vera» dovrebbe essere propria di quella società cooperativa che svolge attività d'impresa *esclusivamente con i soci*, appartenenti a una categoria socio-economica determinata (es. produttori, fornitori, lavoratori, consumatori), ai quali viene riconosciuto in via diretta o indiretta uno «sconto» sul valore della prestazione oggetto dello scambio mutualistico stipulato tra gli stessi e la società. Sarebbero escluse dalla categoria le cooperative che svolgono attività *anche con terzi* producendo utili. Ma questi ragionamenti risultano evanescenti se si guarda al dato empirico e storico, oltretutto di quello normativo. La legislazione, passata e attuale, dimostra come l'ordinamento non riconosca società cooperative perseguenti uno scopo mutualistico puro, limitandosi, piuttosto, a distinguere – ai fini delle agevolazioni fiscali – tra cooperative a mutualità prevalente e cooperative a mutualità non prevalente. Può concludersi che la mutualità pura è, in realtà, un concetto sociologico che né trova riscontri nella realtà, in cui bisogna tener conto dell'esigenze del mercato e degli strumenti offerti dal diritto positivo per l'esercizio dell'attività di impresa, né aiuta l'interprete a comprendere l'essenza dello scopo mutualistico. Una cosa è, infatti, individuare il livello di mutualità presente in una società cooperativa, operazione di tipo *quantitativo*, altra è, invece, individuare il contenuto della mutualità cooperativa. L'obiettivo presuppone una valutazione *qualitativa* delle norme poste a tutela dello scopo mutualistico nelle cooperative, che rispetto a quella quantitativa è un *prins*. Solo comprendendo il significato normativo dello scopo mutualistico sarebbe conseguentemente possibile individuare il valore dei vincoli quantitativi al perseguimento dello scopo medesimo (e dei corrispettivi limiti al perseguimento dello scopo lucrativo). Sostenitore della mutualità pura fu VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, 118; ma vedi la critica in OPPO, *L'essenza della cooperativa e gli studi recenti*, in *Scritti Giuridici, Diritto delle società*,

anticipo rispetto alla riforma del diritto societario del 2003, “prevalente”¹² – laddove il doppio vincolo all’attività di cui agli artt. 34 e, co. 2, e 35 t.u.b. (ossia l’obbligo di operare in una *zona territorialmente definita* nei singoli statuti delle banche e l’obbligo di erogare il credito *prevalentemente* a favore dei soci, i quali a loro volta devono avere sede od operare con carattere di continuità nel suddetto territorio di competenza) permise di preservare lo spirito della sostanza cooperativa e di renderlo coerente con una visione incentrata sul modello della banca universale e non più sulla specializzazione e frammentazione del settore creditizio¹³.

Padova, 1992, 494 ss., partic. 527 ss.; già VIVANTE, *Le società commerciali* (nt.3), 372-372, 399 ss.; FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, 1971, 725; BASSI, *Delle imprese cooperative* (nt. 3), 35 ss.; BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* (nt. 1), 129 ss., partic. 136 ss. e 154 ss.; TATARANO, *La nuova impresa cooperativa* (nt. 3), 70 ss., partic. 74.

¹² Già la relazione del codice civile, superando in radice la questione sulla mutualità pura indicata nella nota precedente, si premurava di sottolineare come le cooperative fossero delle società «nettamente distinte dalle altre imprese sociali [...]». Questa distinzione si fonda sullo scopo prevalentemente mutualistico delle società cooperative, consistente nel fornire beni o servizi o occasioni di lavoro direttamente ai membri dell’organizzazione, a condizioni di quelle più vantaggiose di quelle che otterrebbero sul mercato, mentre lo scopo delle imprese sociali in senso proprio è il conseguimento e il riparto di utili patrimoniali». Si riconosce, così, l’incapacità del legislatore del 1942 di regolare tutte le forme di cooperazione esistenti nella realtà. D’altra parte, la disciplina delle b.c.c. ha, come evidenziato nel testo, anticipato la riforma del 2003, che ha inquadrato all’interno dello stesso *genus* “società cooperativa”, con scopo mutualistico e a capitale variabile, sia le cooperative perseguiti prevalentemente uno scopo mutualistico sia le cooperative “diverse”, in cui il grado di mutualità è attenuato sul piano *funzionale* anche se confermato sul piano *strutturale*. Per una sintesi del dibattito sorto a cavallo della riforma del 2003, impostato sulla riconducibilità delle varie realtà cooperative all’interno di un fenomeno unitario, si veda COSTI, *Proprietà e impresa cooperativa nella riforma del diritto societario* in *Giur. comm.*, I, 2001, 128 ss.; BASSI, *Profili generali della riforma delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario* (nt. 1), 563 ss.; ID., *Art. 2511 c.c. Società cooperative*, in *Società cooperative*, a cura di Gaetano Presti, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi e Mario Notari, Milano, 2006, 3 ss.; ALLEVA, *La riforma del diritto cooperativo italiano in contr. e impr.*, I, 2003, 244 ss.; BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* (nt. 1), 132 ss.; PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico* in *Coop. cred.*, 2003, 39 ss.; TATARANO, *La nuova impresa cooperativa* (nt. 3), 78.

¹³ Si precisa che, diversamente da quanto previsto nel codice civile (artt. 2512-2513 c.c.) per le banche di credito cooperativo, il criterio di prevalenza nella gestione, per esigenze di stabilità dell’impresa, tipiche del settore bancario (cfr. art. 5 t.u.b.), include *anche* ipotesi di operatività a favore di soggetti diversi dai soci. Sembra, tuttavia, che le istruzioni di Banca d’Italia del 1999 (Circolare n. 229), ancora vigenti con riguardo al profilo in esame, più che derogare al vincolo di prevalenza dello scopo mutualistico «per periodi determinati» (cfr. art. 35 t.u.b.), vadano a conformare in via *permanente* il contenuto stesso del concetto. Tale principio, infatti, è rispettato quando più del 50% delle attività di rischio è destinato a soci, a soggetti assistiti da garanzie personali e incondizionati prestate dai soci o ad attività a *ponderazione zero*, tra cui vanno incluse le esposizioni verso la capogruppo o altre società appartenenti al gruppo bancario. L’ampia portata del concetto di prevalenza nel settore delle banche di credito cooperativo e lo stesso meccanismo di regolazione della materia, che rimette alla Banca d’Italia il compito di precisare i confini del primo, si spiega in ragione del passaggio da un sistema di vigilanza macroprudenziale o strutturale, volto a incidere sulla struttura del mercato del credito, a un sistema di vigilanza microprudenziale, volto a salvaguardare la stabilità patrimoniale e operativa del singolo ente creditizio in un contesto governato dalle logiche del mercato (quali la concorrenza, l’efficienza, la competitività, la libertà delle forme organizzative per l’esercizio dell’impresa bancaria nel rispetto del principio di sana e prudente gestione), e dal conseguente abbandono del *modello della specializzazione funzionale*, che ha ceduto il posto a quello della *banca universale*. Le banche di credito cooperativo, già casse rurali, pur adeguandosi al nuovo contesto di mercato, hanno saputo ben rappresentare la mutualità *tradizionale*, intesa quale localismo e gestione di servizio a favore del socio, non più identificato nell’artigiano o nell’agricoltore, ma nella più generale figura del *consumatore*, sia pur qualificato, essendo, in primo luogo, consumatore *di credito* e *risiedendo*, in secondo luogo, *nel territorio* in cui opera principalmente la banca stessa, che sul piano *operativo* (distinto da quello *proprietario*), può qualificarsi di piccole dimensioni. Con riguardo alle banche popolari, invece, l’avvento del t.u.b. non ha inciso sui termini del dibattito sorto intorno alla loro natura, diversa, secondo la dottrina prevalente, da quella delle b.c.c., alcuni accentuando l’esistenza nelle prime di un’anima sostanzialmente lucrativa, altri accomunando le due *species* di banca cooperativa dal punto di vista del dato meramente strutturale. La riforma del 2003 ha confermato la natura cooperativa a mutualità non prevalente delle banche popolari, seppure in dottrina e da parte del legislatore, comunitario soprattutto, si dubiti ancora di

In quest'ottica, è così possibile individuare una linea di continuità nella storia delle banche di credito cooperativo, afferente alla loro *mission* (*id est* il loro oggetto sociale), che le rende più capaci ¹⁴ degli altri tipi societari nell'alimentare l'economia delle piccole realtà, familiari e aziendali, locali, specialmente in situazioni di accentuata e diffusa crisi economica (e, oggi, anche finanziaria).

Una conferma di ciò la si può trovare già agli inizi della vita del movimento del credito cooperativo in Italia giacché «laddove le altre banche si ritiravano perché non avevano convenienza ad operare, la Cassa Rurale fioriva perché non aveva molti costi da affrontare: si basava in molti casi sul volontariato [...], aveva al proprio servizio, come custode della sua integrità statutaria, un personale d'eccezione: la collettività dei soci che poteva esercitare un formidabile controllo. Le informazioni passavano velocemente in un tessuto connettivo di questo genere e quindi era molto semplice individuare rapidamente i meritevoli di credito» ¹⁵.

L'insieme di tali peculiarità è sintetizzato da alcuni autori d'oltreoceano nel concetto di *peer monitoring*: la pressoché totale coincidenza tra i proprietari della banca e i destinatari dei finanziamenti erogati dalla medesima riduce sensibilmente le asimmetrie informative tra fornitori e prenditori di capitale di modo da allocare in maniera efficiente il credito e ridurre i rischi di razionamento ¹⁶.

tale qualifica. Con riguardo allo storico dibattito concernente la natura delle banche popolari e delle banche di credito cooperativo cfr. OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche* (nt. 1), 654 ss., che considera la banca popolare una cooperativa sulla base del *nomen* utilizzato dal testo unico e della presenza di un "modo democratico di produzione"; *contra* PRESTI, *Le banche cooperative nell'attuale contesto giuridico ed economico*, in *Le banche cooperative. Funzione economica e forma giuridica* (nt. 1), 3 ss. partic. 8 ss., 15 in nota 31, 16 in nota 32; ID, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, ivi, 57 ss., partic. 63; ID, *Il governo delle banche popolari e di credito cooperativo*, ivi, 129 ss.; ID, *Gli assetti di governo delle banche di credito cooperativo: l'inquadramento giuridico-contrattuale*, ivi, 177 ss., partic. 192; MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 274, che evidenziano la mancanza nella disciplina delle popolari di una causa mutualistica, soppiantata dall'esigenza di attrarre investimenti in capitale di rischio, propria dell'anima bancaria di tali banche; con riguardo al localismo delle b.c.c. si veda anche PELLEGRINI, *Art. 33 t.u.b.* (nt. 1), 392; SANTORO, *Art. 34*, in *Testo Unico Bancario. Commentario* (nt. 1), 333 ss.; ID, *Sezione II. Banche di credito cooperativo* (nt. 1), 525. Per l'analisi storica si veda CAFARO – GATTI, *Il nuovo regime bancario e il ruolo riconosciuto del credito a prevalenza mutualistica* (nt. 1), 89.

¹⁴ Si veda la nota 16.

¹⁵ Sono parole di COLOMBO, *Radici, consolidamento e crescita del credito cooperativo tra Ottocento e Novecento* (nt. 1), 30.

¹⁶ Il *peer monitoring* o controllo reciproco rappresenta una delle caratteristiche delle b.c.c., oltreché più in generale delle piccole banche operanti in contesti territoriali ristretti in cui si ravvisa una (almeno parziale) sovrapponibilità tra la proprietà della banca e la comunità di riferimento dei prenditori di capitale. Il controllo del socio sulla società in quanto aspirante prenditore di credito, genera gli incentivi, da un lato, a stimolare una relazione duratura tra banca e cliente (*relationship banking*) e, dall'altro lato, a basare il merito di credito proprio sulle *soft informations* che la stessa relazione ha generato. Il meccanismo dovrebbe ridurre i rischi di selezione avversa, sia dal lato dei fornitori di capitale, in ordine alla capacità di allocare il credito in maniera efficiente, sia da quello dei prenditori, in ordine alla capacità di restituzione del credito. L'elemento è caratteristico di tutta la cooperazione e, in quanto tale, dovrebbe servire a rendere le cooperative delle società in grado di rimediare ai fallimenti del mercato. In particolare, nel settore bancario, le banche cooperative dovrebbero riuscire a fornire credito a quelle categorie di soggetti (le famiglie e le PMI) che, essendo valutati sulla base di informazioni di carattere standardizzato, non riuscirebbero ad ottenerlo dalle banche ordinarie in contesti di crisi finanziaria quale quello attuale. In letteratura è, al riguardo, evidenziata la funzione cd. *anticiclica* delle banche di credito cooperativo, ossia la capacità di queste banche di prestare il proprio sostegno all'economia reale in fasi di recessione. Cfr. STIGLITZ, *Peer monitoring in credit markets* in *World bank economic review*, 1990, 351 ss., anche citato da PRESTI, *Le banche cooperative nell'attuale contesto giuridico ed economico*, in *Le banche cooperative. Funzione economica e forma giuridica* (nt. 1), 12, nota 24; BUTZBACH – DESIATO – ROTONDO, *La mutualità delle banche di credito cooperativo: performance e istanze di riforma del modello economico*, distribuito al convegno *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, tenutosi a Lecce il 16 e il 17 dicembre 2016; BUTZBACH, *Il vantaggio comparativo delle banche cooperative nella letteratura economica*, reperibile su www.academia.edu; ZAMAGNI, *Cooperazione di credito e sviluppo civile: come esaltare il potenziale identitario delle BCC* (nt. 2), 240; BECCHETTI, *La creazione di valore sociale ed ambientale nelle BCC*, (nt. 1), 266; MAZZOLI, *La rilevanza macroeconomica del credito cooperativo in*

Il rilievo, per un verso, accomuna il credito cooperativo alle realtà della banca etica e del microcredito¹⁷; per altro verso, rappresenta uno degli aspetti tipici del governo delle cooperative di consumo, il cui efficace funzionamento presuppone l'omogeneità (di interessi) dei destinatari del prodotto dell'impresa ai quali la legge riconosce tradizionalmente la proprietà della stessa¹⁸; per altro verso ancora, è intimamente connesso all'«essenza della scopo mutualistico»¹⁹.

Italia, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto* (nt. 1), 298, e 318 ss., ove l'illustrazione del modello di Stiglitz. Per una conferma dei risultati anticiclici ottenuti dal 2007 a oggi dal sistema del credito cooperativo cfr. il *Bilancio di coerenza del credito cooperativo* (nt. 2), 26 ss., e si veda la nota 190.

¹⁷ Il microcredito in letteratura economica è quella forma di esercizio del credito che sorge in contesti locali, principalmente fondati su un'economia di sussistenza, e che si fonda sull'erogazione di piccole somme ai vari individui facenti parte di una comunità, una tribù o un clan, di modo da attivare un controllo reciproco tra i vari prenditori di credito, i quali sono già legati da rapporti fiduciari (appunto l'appartenenza a una comunità). A titolo di esempio, si pensi ad un villaggio in cui A presta: 100 a B nel mese di gennaio; 100 a C nel mese di marzo, la cui somma sarà garantita con la restituzione di 100 da parte di B; 200 a D nel mese di maggio, la cui somma sarà garantita con la restituzione di 200 da parte di B e C, e così via. Il raggiungimento di accordi è favorito dall'appartenenza di tutti questi soggetti a un gruppo ed è la stessa cultura di aggregazione che stimola il *peer monitoring* e, in definitiva, il buon andamento del rapporto creditizio (vedi l'art. 111 t.u.b. e in particolare i commi terzo e quarto). Si veda il noto studio su una banca di microcredito, la *Grameen Bank of Bangladesh*, in VARIAN, *Monitoring agents with other agents*, CREST Working paper, n. 89-18, June 1989. La banca etica è, invece, quella banca «sensibile alle conseguenze non economiche delle azioni economiche», orientata ad erogare il credito a soggetti perseguiti scopi *lato sensu* sociali. In Italia nel 1998 è stata costituita la Banca Popolare etica il cui statuto è analizzato da PORZIO, *La banca etica*, in *Società, banche e crisi di impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadesse, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, III, Torino, 2014, 2193 ss. Con riguardo alle b.c.c. è condivisa l'opinione che la stesse abbiano natura di cooperative spurie, non tanto per il fatto di essere banche, quanto piuttosto per la loro natura in senso lato di organizzazioni *non profit*, assolvendo funzione sociale anche a favore di soggetti estranei alla compagine dei soci, ciò risultando dallo stesso collegamento sussistente tra l'art. 45 Cost. e l'oggetto sociale delineato dall'art. 2 dello Statuto-tipo di Federcasse. Al riguardo cfr. OPPO, *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"* in *Riv. dir. civ.*, 1994, 463 ss.; CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e finanza etica* in *Bbci*, I, 1997, 21 ss.; CUSA, *Lo scopo mutualistico delle banche di credito cooperativo* in *Bbci*, 2008, 455 ss.; ID, *La funzione sociale delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto* in *Coop. e cons.*, III, 2006, 153 ss. Per una sintesi dei dati empirici cfr. cfr. il *Bilancio di coerenza del credito cooperativo* (nt. 2), 45 ss.

¹⁸ Il riferimento è agli studi di HANSMANN, *All firms are cooperatives— and so are governments* in *JEOD*, II-2, 2013, 1 ss., reperibile su www.ssrn.com; ma soprattutto ID, *Ownership of the firm* in *Journal of Law, Economics, and Organization*, IV-2, 1988, 267 ss., reperibile su www.ssrn.com; per la versione italiana vedi HANSMANN, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, 2005, *passim*. Con riguardo allo specifico problema delle asimmetrie di mercato egli evidenzia come [p. 165 ss.] la legislazione possa «incentivare in maniera consistente l'attuabilità di imprese in mano agli investitori [...]». In effetti, la regolamentazione può rappresentare un'alternativa rispetto alla proprietà dei consumatori al fine di proteggerli dai fallimenti del mercato. Ovvero, analizzando la cosa dal punto di vista opposto, questa forma proprietaria rappresenta un'alternativa alla regolamentazione per risolvere problemi connessi ai fallimenti del mercato, e dunque essa potrebbe perdere il suo vantaggio competitivo qualora venisse emanata un'efficace regolamentazione». Seguendo il ragionamento si potrebbe arrivare a sostenere l'inutilità delle imprese cooperative nel settore bancario, data la presenza di una legislazione attuale volte a ridurre, sul piano del rapporto contrattuale, le asimmetrie informative tra banca e cliente. Il problema, sta nel tipo di informazioni di cui le imprese si avvalgono (o che sono tenute a fornire) ai fini del *rating* della clientela, giacché l'efficiente allocazione del credito assicurata dalla particolare struttura delle banche cooperative non potrebbe essere minata dall'utilizzo di dati quantitativi (esposizione debitoria, patrimonio e garanzie a disposizione del cliente, ecc.) in alternativa agli strumenti fiduciari propri del *relationship banking*. Una lettura della disciplina delle società cooperative sulla base dell'analisi economica del diritto può riscontrarsi in ZOPPINI, *Il nuovo diritto delle società cooperative. un'analisi economica* in *Riv. dir. civ.*, 2004, 439 ss.; ma vedi anche l'importante opera di PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, 254 ss., partic. 274.

¹⁹ Lo scopo mutualistico, nell'*accezione tradizionale*, può definirsi quale vincolo (causale) della società nei confronti dei soci alla gestione di servizio; cfr. OPPO, *L'essenza della cooperativa e gli studi recenti*, in *Scritti* (nt. 11), 501; ID, *L'essenza della società cooperativa e i progetti di riforma*, ivi, 557 ss.; ID, *Futuro della cooperativa e futuro della cooperazione*, ivi, 569 ss. Varie sono state, tuttavia, le versioni della gestione di servizio proposte all'interno del panorama dottrinale. Alcuni hanno sostenuto che sussiste gestione di servizio nella finalizzazione dell'attività d'impresa a scambi con i soci in misura prevalente; cfr. MARASÀ, *Le*

Ma, come già preannunciato, il caratteristico vincolo all'attività delle b.c.c. rappresenta per le stesse anche un fattore di debolezza.

Infatti, istituti che, nella prospettiva del mutualismo, costituiscono uno strumento per realizzare i valori sociali posti dalla carta costituzionale, nella prospettiva dell'impresa bancaria si rivelano un forte ostacolo alla diversificazione del rischio e in definitiva alla permanenza dell'intermediario nel mercato ²⁰.

Tale profilo di carattere funzionale si aggiunge poi a quello di carattere strutturale e comune a tutto il mondo delle società cooperative, concernente il governo dell'attività di impresa: i meccanismi decisionali e gli assetti proprietari delineati dalla legge per le società cooperative e in particolare per le b.c.c., come il voto capitaro, il tetto massimo all'investimento azionario, gli stringenti limiti alla distribuzione degli utili, possono disincentivare la raccolta di capitale di rischio (anche ai fini della sua computabilità al patrimonio di vigilanza), e possono, quando la base sociale è espressione di interessi fortemente disomogenei tra loro, provocare problemi di azione collettiva e spostare il baricentro del potere in capo a un organo amministrativo affrancato da ogni forma (diretta o indiretta) di controllo ²¹.

"società" (nt. 13), 284 ss., 292. Altri, invece, hanno affermato che la gestione di una cooperativa è volta, da un lato, a *incrementare le occasioni di scambio* tra soci e società e, dall'altro lato, ad *assicurare* ai soci all'atto dello scambio *un vantaggio economico diretto* consistente in un risparmio di spesa o un aumento di prezzo o di stipendio. In quest'ultimo senso, a favore dell'esistenza di un *obbligo* a carico della società di *creare* occasioni di scambio, a condizioni di favore, col socio, legittimato eventualmente a impugnare le delibere sociali o a chiedere il risarcimento nei confronti degli amministratori che violino quest'obbligo, cfr. BUONOCORE, *Cooperazione e imprese cooperative*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1981, 806-807; ID, *Rapporto mutualistico e parità di trattamento in Il nuovo diritto societario*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, Padova, IV, 2007, 581 ss., partic. 603; a favore, invece, di un diritto del socio a essere *preferito* al terzo *in ogni caso* cfr. BASSI, *Delle imprese cooperative* (nt. 3), 86-87; *subordinatamente* all'offerta di condizioni *pari* rispetto a quelle proposte dal terzo o in presenza di *produttività marginale non decrescente* – atteso che oltre un certo limite «le occasioni di scambio non potranno crescere indefinitamente senza che peggiorino le condizioni di favore» – PREITE, *La destinazione* (nt. 18), 52 e 295. A favore della coincidenza tra scopo mutualistico e il perseguimento di attività lucrative con limitazione della distribuzione degli utili o l'assenza di vincoli di destinazione cfr. rispettivamente MARASÀ, *Le "società"* (nt. 13), 278-279, e LEO, *La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza delle cooperative* in *Riv. soc.*, 1966, 552 ss.; ravvisa nella cooperativa un modo *democratico* di produzione dell'azione e di imputazione del risultato d'impresa SIMONETTO, *La cooperativa e lo scopo mutualistico* in *Riv. soc.*, 1971, 245. Infine si potrebbe sostenere che lo scopo mutualistico consiste nella finalizzazione dell'attività agli scambi sia con i soci che con i terzi, purché la quantità e la qualità degli scambi coi primi possa valutarsi come qualificante lo scopo perseguito dai contraenti. A mio avviso quest'ultima tesi rappresenta l'unica in grado identificare il minimo comun denominatore di tutte le *species* di società cooperativa, rispetto al quale, poi, il criterio eventuale della prevalenza dovrebbe rappresentare un *quid pluris* esprimente il più intenso tasso di mutualità (ma, si precisa, nella sola accezione che fa leva sul dato *quantitativo* e, prima ancora, *normativo*) che caratterizza i sotto-tipi (codicistici o di settore) cooperativi. Lo mette in evidenza PREITE, *La destinazione* (nt. 18), 255, 296-298. La tesi, del resto, si concilia con l'idea che esistono *varie forme di mutualità* e che, in definitiva, la mutualità è un concetto a *geometria variabile*, i cui poli di riferimento sono il vantaggio economico-individuale dei soci, la struttura democratica dell'impresa, e la solidarietà sociale. Proprio le banche di credito cooperativo presentano gran parte degli elementi riconducibili a uno di questi tre poli (cfr. artt. 33, 34, 35, 37, 37-bis t.u.b.).

²⁰ Infatti, una banca di credito cooperativo è vincolata, seppur entro i confini circoscritti dall'autonomia statutaria e dalla vigilanza, a operare in una zona territorialmente limitata e a erogare finanza prevalentemente ai soci, i quali a loro volta devono risiedere in detta zona. È evidente che il rischio d'impresa cui i soci vanno incontro è influenzato dall'andamento dell'economia nella zona di competenza territoriale della banca. Inoltre, se i soci della b.c.c. consumano finanza anche in quanto titolari di distinte imprese operanti nel territorio (cfr. art. 150-bis, co. 1, t.u.b. che disapplica l'art. 2527, co. 2, c.c.), le stesse a risentire della crisi locale, sarà difficile trovare nuova liquidità per ricapitalizzare l'ente creditizio. La probabilità che si verifichi quanto descritto, che può derivare dal mero rispetto dei caratteri *funzionali* di una b.c.c., aumenta nel momento in cui si consideri anche la disciplina di carattere strutturale, indicata nella nota successiva.

²¹ Il dato è condiviso dalla dottrina interna e internazionale, in particolar modo per le grandi cooperative di consumo. Nella disciplina delle b.c.c. (che possono definirsi grandi società quanto a compagine sociale) si individuano innanzitutto limiti attinenti alla struttura proprietaria e all'investimento azionario (cfr. artt. 34, co. 4, e 37 t.u.b., ma vedi anche l'art. 2525, co. 2, c.c.). La propensione

Si arriva così al secondo fattore caratterizzante il credito cooperativo, che col primo si connette sia perché tira nuovamente in ballo la problematica della mutualità²²,

all'investimento è scoraggiata anche dalla struttura di *governance*, caratterizzata dalle ridotte possibilità di rappresentanza in assemblea, dall'assenza di limiti alla rieleggibilità e al cumulo degli incarichi degli amministratori e, soprattutto, dal voto capitarario. Quest'ultimo, in analisi economica, è un meccanismo che permette di selezionare le preferenze del socio *mediano* (ossia le preferenze individuali; dato un numero di valori, quello mediano è il valore che si colloca esattamente nel mezzo), a differenza del voto correlato alla quota di capitale sottoscritto, che individua le preferenze del socio *medio* (ossia le preferenze marginali; la media è il rapporto tra la somma dei valori connessi a singole osservazioni e il numero di tali osservazioni): la differenza è evidente se si pensa, da un lato, a una delibera votata col sistema capitalistico da un socio (titolare del 51 % del capitale) su 100 (assieme titolari complessivamente del restante 49 %) e, dall'altro lato, a una delibera votata col sistema capitarario da 51 persone su 100 (ferma restando la stessa ripartizione delle partecipazioni sociali). Va da sé che il voto capitarario, seguendo l'esempio fatto, assicura il controllo sull'operato dei gestori, solo se, nel caso concreto, almeno 51 soci su 100 sono portatori dello stesso interesse o, più realisticamente, solo se tutti i soci (o quasi) sono portatori di interessi tra loro omogenei. Se così fosse, tra l'altro, essendo esclusa la contendibilità del controllo, ciascun socio sarebbe incentivato a monitorare l'operato degli altri soci, a coalizzarsi e, così, a stimolare la cooperativa a favorire le occasioni di scambio di cui si è discusso in nota 19. Ciò è coerente col fatto che l'interesse del socio cooperatore non è quello di massimizzare il proprio capitale di rischio. Se le norme strutturali sulle cooperative si spiegano in ragione degli interessi di cui sono tipicamente portatori i soci cooperatori, *a contrario* non incentivano l'interesse all'investimento (quantomeno quello speculativo). Nel momento in cui il gruppo dei soci cresce smisuratamente e nasconde al suo interno anche interessi diversi da quelli dei cooperatori (si pensi ai soci lavoratori o ai soci capitalisti), il voto capitarario da strumento di democrazia imprenditoriale degrada a meccanismo per consolidare il potere degli amministratori. Inoltre, se il vantaggio mutualistico di cui i soci cooperatori devono godere è intimamente connesso (e non astrattamente neutrale, come potrebbe essere l'interesse dei soci di una società lucrativa) all'attività definita dall'oggetto sociale e gestita dall'organo amministrativo, può comprendersi come a quest'ultimo il legislatore non riservi solo la conduzione della "bottega", ma anche il controllo "della porta sul retro". Pertanto, se agli amministratori è rimesso il potere di incidere sulle dimensioni e caratteristiche della collettività sociale, formalmente per controllare l'aderenza dei requisiti dei soci (o degli aspiranti soci) agli scopi mutualistici, di fatto per assoldare persone pronte a rinforzare la loro egemonia in cambio di condizioni di favore (o di un aumento di stipendio nel caso di socio lavoratore), è chiaro come i classici meccanismi di governo di una cooperativa possano prestarsi agevolmente a un utilizzo distorto, animato da esigenze tecnocratiche. La materia è stata incisa dalla riforma del 2003; tuttavia, l'applicazione dell'art. 2528 c.c. alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo è esclusa dall'art. 150-bis (cfr. gli artt. 30, co. 5, e 34, co. 6, t.u.b.). Sui costi connessi alla proprietà azionaria o cooperativa, cfr. HANSMANN, *La proprietà dell'impresa* (nt. 18), 52 ss., partic. 56-60; similmente HART – MOORE, *Cooperatives VS Outside Ownership*, discussion paper No. Te/98/346, January 1998, reperibile su www.ssrn.com, anche se analizzano un modello di cooperativa assimilabile all'organizzazione *non profit*; ZOPPINI, *Il nuovo diritto delle società cooperative* (nt. 18), 442 ss.; CAPO, *Fenomenologia cooperative e processi decisionali* in *Giur. comm.*, 2004, 819 ss.; COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche* in *Giur. comm.*, III, 2003, 233 ss.; CUSA, *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico* in *Giur. Comm.*, 2004, 843 ss.; DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle cooperative* in *Giur. comm.*, 2004, 859 ss.; RACUGNO, *Il governo delle società cooperative. Il voto, i patti parasociali, i covenants* in *Riv. soc.*, 2014, 153 ss.; PRESTI, *Amministrazione e controllo nelle cooperative*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, IV, Torino, 2007, 969 ss., anche negli scritti indicati nelle note 12 e 13.

²² Conformemente a quanto sostenuto nella nota 19, esistono vari livelli di mutualità. In primo luogo, la mutualità *tradizionale* è propria non solo delle società cooperative, ma anche degli schemi consortili volti a organizzare e coordinare una o più fasi delle attività dei singoli imprenditori aderenti (artt. 2602 c.c. ss.). La causa consortile può essere perseguita attraverso lo schema societario (art. 2615-ter c.c.), eventualmente tramite una società cooperativa (cfr. art. 2538, co. 4, c.c. e art. 27 l. Basevi). Si possono, poi, riscontrare forme di mutualità *esterna*, ossia di gestione di servizio a favore, oltre che dei soci, di terzi non soci; si può parlare anche di mutualità *mediata* o di *gruppo*, quando la gestione di servizio ai soci è garantita indirettamente tramite lo svolgimento di attività da parte non della cooperativa ma di altre società del gruppo cui la prima appartiene. Evocano la concezione sociologica di Verrucoli le forme di mutualità *intergenerazionale* e di *sistema* (cfr. art. 2545-*quater* c.c.). La prima implica l'imputazione degli utili a riserva, contribuendo al rafforzamento del patrimonio della cooperativa, che può così stabilmente operare con un orizzonte a medio-lungo termine, anche "nell'interesse delle future generazioni". La seconda si basa sulla contribuzione di ciascuna cooperativa alla formazione del patrimonio dei fondi mutualistici per la cooperazione e lo sviluppo (o altri fondi di natura consortile), che operano per il sostegno e la promozione delle stesse cooperative aderenti. Cfr. BONFANTE, *L' "altra mutualità"* in *Giur. comm.*, IV, 2013,

sia – ed è su quest’ultimo piano che si manifesta tutta la sua peculiarità – perché si sviluppa prendendo le mosse dalle criticità accertate in ordine alla vocazione localistica della gestione di servizio: il riferimento è alla congenita tensione tra istanze partecipative e istanze efficientistiche nell’esercizio dell’impresa cooperativa bancaria, che in fondo riflette un costante conflitto tra le *due* anime che connotano il tipo b.c.c., l’anima della cooperazione e l’anima della banca ²³.

Invero già le casse rurali ed artigiane, proprio per ovviare all’elevato tasso di rischiosità insito nel legame tra attività bancaria e territorio e al disincentivo all’investimento derivante dalla presenza di una struttura di governo maggiormente democratica di quella riconosciuta dalla legge per le società di capitali, furono concepite come parte di *un sistema a rete*, espressione del movimento del credito cooperativo nel suo complesso ²⁴.

In generale il concetto di rete, sorto molto oltre i confini nazionali e solo di recente – quantomeno in veste formale di fattispecie normativa – sbarcato nel nostro ordinamento, viene definito come un sistema autopoietico, ibrido tra organizzazione e contratto, tra eteronomia e autonomia, tra gerarchia e coordinamento ²⁵.

714 ss.; ID, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* (nt. 1), 149; MARASÀ, *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese. (Riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo)* in *Giur. comm.*, I, 2012, 197 ss.; ZOPPINI, *Profili della mutualità di gruppo*, in *Il nuovo diritto societario*, in *Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, Padova, IV, 2007, 1099 ss.; ID, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)* in *Riv. soc.*, 2005, 439 ss.

²³ Ancora più in generale la tematica della società pone il problema del conflitto tra le esigenze del gruppo dei soci di partecipare alle attività sociali, più sentite nelle società cooperative, e le esigenze di efficienza, stabilità e unità dell’azione imprenditoriale, in definitiva tra società come gruppo e impresa come attività. Per un’analisi di tale dialettica in relazione all’organizzazione statutaria delle funzioni amministrative nella società per azioni cfr. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000, *passim*; ID, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società: per un’applicazione alla funzione amministrativa di s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, I, Torino, 2014, 561 ss. Per un’analisi della dialettica tra le istanze di autonomia privata interne all’impresa bancaria e gli obiettivi della vigilanza si rinvia a CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, 2001. Per la tensione tra le due indicate istanze nelle banche cooperative si rinvia, *ex multis*, a BASSI, *Delle imprese cooperative* (nt. 3), 40 ss.; OPPO, *Le banche di credito cooperativo tra mutualità* (nt. 17), 464; PRESTI, *Le banche cooperative nell’attuale contesto giuridico ed economico* (nt. 13), 9 in nota 18; ID, *Dalle casse rurali ed artigiane* (nt. 13), 65-67. La “doppia anima” si riscontra soprattutto nelle previsioni che legittimano l’intervento della Banca d’Italia ai fini di sana e prudente gestione (artt. 35 e 36 t.u.b.) e, per altro verso, nella stessa norma sulla riserva legale delle b.c.c., che impone l’autofinanziamento proprio in ragione delle difficoltà incontrate da una cooperativa nella raccolta di capitale di rischio.

²⁴ La rete delle banche di credito cooperativo ha, come indicato nel testo, caratteri sia associativi e che imprenditoriali. In ordine al primo profilo, centrale è il ruolo di Federcasse, costituita nel 1950 inizialmente con funzioni sindacali. Quanto al secondo profilo, per lungo tempo gli organismi finanziari di secondo e terzo grado delle casse prestarono sostegni anche negli altri settori della cooperazione, appartenendo alla Confederazione Cooperativa, composta da una serie di Federazioni settoriali, poi sostituite dai cd. enti di zona, dall’Ente Nazionale e dalla Federazione nazionale delle cooperative. L’ICCREA (Istituto di credito delle Casse Rurali e Artigiane), fu costituito nel 1963 e, concepito come il referente finanziario del sistema delle casse, fu veicolo di aggregazione tra le banche cooperative, a differenza di quanto accadde per l’Ente Nazionale e la Federazione, esercenti rispettivamente funzioni tecnico-burocratiche e sindacali. Cfr. LOCATELLI, *Lo scollamento tra credito e cooperazione negli anni tra primo dopoguerra e anni Cinquanta* (nt. 1), 59 ss.; CAFARO, *La lenta ricostruzione di un modello tra spinte in avanti e false partenze* (nt. 1), 68 ss.

²⁵ Cfr. BUXBAUM, *Is “Network” a Legal Concept?* in *Journal of Institutional and Theoretical Economic*, 1993, 4, 698 ss., che afferma l’impossibilità di attribuire rilevanza giuridica al termine “rete”. Cfr. JOHANNISON, *Beyond process and structure: Social Exchange Networks* in *International Studies of Management and Organization*, 1987, 17, 3 – 23, e JOHANNISON–MATTSON, *Interorganizational Relations in Industrial Systems: A Network Approach Compared with the Transaction-Cost Approach* in *International Studies of Management and Organization*, 1987, 17, 34-48; TEUBNER, *Coincidentia oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization*, 2006, reperibile su www.ssrn.com. Le reti sorgono di regola in settori caratterizzati da investimenti idiosincratici, cioè formati da un risorsa (di solito il capitale umano, il know-how, ecc.) non facilmente scambiabile nel mercato, dotata quasi esclusivamente di valore d’uso; cfr. in particolare WILLIAMSON, *L’organizzazione economica*, Bologna, 1991, 143 ss. Il termine “rete”, usato in origine solo con

Si tratta, in estrema sintesi, di una formula organizzativa flessibile idonea all'integrazione e al coordinamento dell'attività di molteplici attori economici, i quali, mantenendo elevati margini di autonomia decisionale, riescono ad acquisire economie di scala e di scopo ai fini del raggiungimento dei propri *target* individuali e della solidità del sistema stesso.

In particolare, poi, per le banche di credito cooperativo è più opportuno parlare non già di "rete", ma di "reti", ciascuna delle quali si articola in diversi livelli e strutture e realizza, alternativamente, finalità conformi allo spirito della cooperativa ovvero obiettivi di stabilità bancaria, di sana e prudente gestione e, in ultima analisi, di tutela del risparmio²⁶.

Vi è infatti una rete *associativa* e una rete *imprenditoriale*, entrambe regolate, per la gran parte dei profili, da fonti negoziali e statutarie.

La rete *associativa* si compone di tre livelli: (i) il livello locale, (ii) il livello regionale o interregionale e (iii) il livello nazionale.

Ai primi due livelli operano le Federlocali, società cooperative a mutualità prevalente con funzioni consortili (cd. consorzi di società cooperative ex artt. 2615-ter c.c. e 27 d.lgs. n. 1577/1947, cd. legge *Basevi*) ciascuna delle quali è partecipata dalle b.c.c. facenti parte del competente territorio (locale, regionale o interregionale) di riferimento²⁷.

Al livello nazionale si colloca Federcasse²⁸, associazione non riconosciuta e principalmente partecipata dalle b.c.c. aderenti, dalle Federlocali e dai componenti della rete imprenditoriale, ossia ICCREA *holding* e le altre società del gruppo ICCREA.

riferimento al *franchising* e alle società di revisione, ha fatto espressamente ingresso nel nostro ordinamento con l'art. 3, co. 4-ter, del D.l. n. 5/2009, disciplinante la figura del contratto di rete. Numerosi sono gli scritti sul tema. Senza pretesa di esaustività si rinvia a BELLANTUONO, *Contratti incompleti e norme sociali* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 261 ss.; AAVV, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, a cura di Fabrizio Cafaggi, Bologna, 2004; AAVV, *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, a cura di Fabrizio Cafaggi e Paola Iamici, Bologna, 2007; AAVV, *Il contratto di rete. Commentario*, a cura di Fabrizio Cafaggi, Bologna, 2009; CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete* in *Rivista del diritto commerciale*, 3, 2010, 795 ss.; GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete* in *Contr. e impr.*, 2, 2012, 348 ss.; SANTAGATA, *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)* in *Riv. dir. civ.*, 3, 2011, 323 ss.; SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato, reperibile su www.associazionepreite.it*; PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete* in *Riv. dir. priv.*, 2012, 353 ss.

²⁶ Per l'analisi del ruolo delle istituzioni di categoria del credito cooperativo e del gruppo ICCREA si rinvia a VERZARO - TORRE, *Il sistema del credito cooperativo*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto* (nt. 1), 171 ss.; RINELLA - SALVINI - BRESCIA MORRA - LAMANDINI, *Promozione e controlli*, ivi, 191 ss., partic. 218-223; FAUCEGLIA, *L'organizzazione di «gruppo» nell'esperienza delle casse rurali e delle banche di credito cooperativo* in *Riv. dir. comm.*, I, 1997, 895 ss.; ID, *Il gruppo creditizio cooperativo*, in *I gruppi cooperativi*, a cura di Vincenzo Buonocore, Milano, 1997, 91 ss.; GIARDINO, *Un caso: il gruppo creditizio ICCREA*, ivi, 121 ss.; LAMANDINI, *I profili giuridici del sistema a rete e dell'outsourcing dei servizi nel credito cooperativo* in *Bbt*, V, 2000, 697 ss.; CUSA, *Le banche di credito cooperativo*, in *La società cooperativa* (nt. 1), 524 ss.; ID, *Il diritto delle banche di credito* (nt. 1), 96 ss.; ID, *Sezione II. Banche di credito cooperativo*, in *Commento al testo unico* (nt. 1), 325 ss.

²⁷ Le Federlocali svolgono attività di rappresentanza, promozione, coordinamento, formazione del personale, ma soprattutto assicurano la gestione di alcuni servizi comuni. Tra questi in particolar modo si ricordano i servizi di verifica e di revisione dell'attività delle b.c.c. associate (cd. *internal audit*), nonché le funzioni di *compliance* a garanzia del rispetto della normativa bancaria e del principio di sana e prudente gestione, di modo che, da un lato, l'adeguamento alla disciplina di settore da parte delle singole banche cooperative venga uniformato agli indirizzi adottati in seno alle sedi di raccordo "federale" e, dall'altro lato, si prevengano i rischi reputazionali collegati a un'eventuale crisi di un singolo aderente alla rete. I risultati della revisione e gli indirizzi di adeguamento sono comunicati agli organi amministrativi e di controllo delle b.c.c., che, nel caso di perdurante inerzia, possono essere destinatarie di provvedimenti di varia intensità, dal semplice richiamo diretto alla comunicazione alla Banca d'Italia o all'esclusione di uno dei soci dalla federazione. Cfr. l'art. 9 dello Statuto delle Federlocali nonché le Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia (Circolare n. 285 del 2013, Parte I, Titolo IV, Capitolo III, Sezione IV, punto 2).

²⁸ L'associazione nazionale è tenuta a tutelare, a rappresentare e a promuovere gli interessi della categoria, a garantire «il mantenimento e la qualificazione della natura cooperativistica» delle banche di

Il fulcro dell'attività di Federcasse è costituito dalla funzione d'intermediazione tra le singole banche di credito cooperativo e Banca d'Italia in sede di rilascio della licenza bancaria e, soprattutto, in sede di modifica statutaria²⁹.

Diversamente la rete *imprenditoriale*, costituita da una struttura operativa centralizzata per la prestazione di servizi bancari e finanziari alle singole banche e alla loro clientela, opera ai fini del rafforzamento dell'azione e della presenza delle b.c.c. sul territorio³⁰.

Va sottolineato, sia pure con le precisazioni che varranno qui di seguito esposte, che col tempo la rete si è trasformata in una vera e propria articolazione di gruppo³¹.

Infatti, al vertice della struttura si pone l'ICCREA *holding* s.p.a., vera e propria banca in cui partecipano per più della metà del capitale le b.c.c., anche se le stesse «non sono legate da alcun vincolo negoziale che consenta loro di controllare la *Holding* o le società da quest'ultima controllate»³²; sul fronte opposto, le varie società del gruppo ICCREA³³, interagiscono con le b.c.c. per vincolo di statuto, che impone di orientare l'attività imprenditoriale alla collaborazione con le altre imprese del gruppo e in generale con tutti gli enti del sistema cooperativo.

Veste formale di società consortile assumono, infine, i sistemi di garanzia, ossia il Fondo di Garanzia dei Depositanti del credito cooperativo (FGD) e il Fondo di garanzia degli obbligazionisti del credito cooperativo (FGO), regolati da una disciplina recentemente riformata³⁴.

credito cooperativo, nonché «la tutela dei soci e dei depositanti con l'attivazione di un fondo di solidarietà», profilo quest'ultimo che si è poi tradotto nell'esercizio di funzioni di raccordo tra il Fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo e il fondo di garanzia degli obbligazionisti del credito cooperativo, il cui ruolo concorre con quello della rete imprenditoriale al sostegno finanziario del «sistema b.c.c.». Cfr. artt. 3 e 4 dello Statuto di Federcasse.

²⁹ Cfr. le Disposizioni di vigilanza del 2013 (Parte I, Capitolo I, Sezione V). Ai sensi dell'art. 56 t.u.b. e ai fini dell'iscrizione della delibera assembleare nel registro delle imprese, infatti, la Banca d'Italia autorizza le modifiche statutarie che non contrastino con la sana e prudente gestione. Il procedimento autorizzativo ordinario è scandito in due fasi, la prima avente ad oggetto la bozza di modifica statutaria sottoposta all'approvazione assembleare e la seconda concernente la modifica definitivamente deliberata dai soci. Grazie all'elaborazione da parte di Federcasse di un cd. statuto-tipo, esaminato in via preventiva e generale dalla Banca d'Italia, le banche che in sede di costituzione o di svolgimento dell'attività volessero adottare clausole conformi al detto statuto «sono soggette soltanto all'attestazione di conformità successiva alla deliberazione assembleare»; Il testo dello Statuto-tipo, versione dell'8 marzo 2011 può consultarsi in CUSA, *Il diritto delle banche di credito* (nt. 1), 121 ss.; inoltre, le b.c.c., adottando lo statuto-tipo, non sono tenute alla stesura del progetto di governo societario. Cfr. le Disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia del 21 marzo del 2007, quelle del 2008 in materia di governo societario e l'ultima versione del 2013.

³⁰ Inizialmente il raccordo sul piano operativo avvenne con l'istituzione dell'Istituto di Credito delle Casse Rurali ed Artigiane (ICCREA s.p.a.) per consentire la realizzazione di servizi oltre i limitati confini di competenza territoriale delle singole banche ed evitare la dispersione del capitale accumulato e gestito dalle b.c.c., prestando attività di *clearing house* e di provvista dei mezzi finanziari; cfr. GIARDINO, *Un caso* (n. 26), 127, secondo cui l'ICCREA «in origine, si limitava ad offrire sul mercato interbancario i fondi che le Casse gli affidavano in deposito in quanto eccedenti le proprie capacità di impiego nei mercati locali e le modeste esigenze di liquidità, forniva inoltre assistenza nei servizi di regolamento e compensazione, particolarmente importanti per aziende capillarmente diffuse in contesti con elevata propensione all'uso del contante».

³¹ Il gruppo ICCEAA si è iscritto all'albo dei gruppi di cui alla disciplina del t.u.b. nel 1994; cfr. GIARDINO, *Un caso* (n. 26), 121.

³² Sono parole di VERZARO - TORRE, *Il sistema* (nt. 26), 183.

³³ ICCREA banca, BCC Gestione Crediti s.p.a., Banca Agrileasing s.p.a., BCC factoring s.p.a., BCC lease s.p.a., BCC Private Equity, Aureo Gestioni, Vita s.p.a., BCC Assicurazioni s.p.a.

³⁴ VERZARO - TORRE, *Il sistema* (nt. 26), 187-190. I sistemi di garanzia dei depositanti sono regolati dagli art. 96 ss. t.u.b., il cui contenuto è stato riformato dal D.lgs. n. 30 del 2016, attuativo della Direttiva 2014/49/UE dedicata ai *Depositor Guarantee Schemes* (cd. DGSD). La versione precedente dell'art. 96 t.u.b. limitava stabiliva l'obbligo delle banche di credito cooperativo di aderire al Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo. Dal complesso della disciplina precedente era possibile ricavare ampi spazi di intervento dei fondi nelle operazioni di risanamento di una banca. Oggi, il ruolo di tali fondi

Pertanto, le b.c.c. sono state connesse tra loro da un sistema di coordinamento reciproco, in cui non si ravvisano i presupposti per l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento dell'intero settore del credito cooperativo, né nella forma del controllo gerarchico né in quella della concertazione paritetica (cfr. artt. 2359, 2497-*sexies*, 2497-*septies*, 2545-*septies* c.c.): sarebbe più opportuno parlare di schema *lato sensu* consortile, in cui le strutture di raccordo o i vari enti controllati prestano – in virtù di un fenomeno più o meno intenso di *outsourcing* – alle banche di credito cooperativo una funzione di supporto ³⁵.

2. (segue) *Cenni alle tradizionali ragioni che hanno impedito di configurare una direzione di gruppo nei confronti delle b.c.c. e al “cambio di rotta” operato dalla figura del gruppo bancario cooperativo. Necessità di rinvenire le ragioni della riforma al di fuori del tradizionale dibattito concernente i gruppi cooperativi.*

Assodato che, fino all'entrata in vigore della riforma del credito cooperativo (D.L. n. 18/2016 convertito in l. n. 49 /2016) che ha introdotto la figura del Gruppo Bancario Cooperativo, è stato impossibile configurare una struttura di gruppo con le b.c.c. in posizione di società etero-gestite, bisogna soffermarsi sulle ragioni (sia giuridiche che storico-politiche), che hanno impedito in questi anni un simile risultato.

All'uopo, va richiamato il dibattito concernente la già menzionata tensione, in materia di governo del credito cooperativo, tra istanze partecipative e istanze efficientistiche: il *focus* di tale dibattito attiene storicamente alla ricerca di soluzioni organizzative di tipo concentrativo ³⁶ in grado di rafforzare la solidità e l'operato delle

è circoscritto praticamente alla sola copertura dei depositi in caso di crisi bancaria. Il ridimensionamento del ruolo dei fondi derivante dagli interventi comunitari volti ad armonizzare la normativa bancaria nell'Unione Europa spiega il ricorso al Gruppo Bancario Cooperativo. Per una più ampia analisi si rinvia al quinto paragrafo del presente capitolo. In particolare il FGD, in situazioni di crisi (segnatamente nel caso di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa) ed entro certi limiti, provvede alla copertura dei depositi o, qualora sia un'alternativa meno onerosa, dietro autorizzazione della Banca d'Italia, interviene in operazioni di cessione di attività e passività, di rapporti giuridici in blocco o di azienda; il fondo, inoltre, può predisporre interventi integrativi di sostegno a piani di risanamento, eventualmente assieme ad una delle società del gruppo ICCREA. Funzioni similari svolge il FGO in ordine alla tutela dei sottoscrittori di obbligazioni garantite emesse dalle b.c.c., che devono dimostrare di averle possedute ininterrottamente per almeno tre mesi da quando l'emittente è divenuto inadempiente; il fondo in questione acquista i crediti portati dalle obbligazioni e agendo in surrogazione verso la banca debitrice. Gli interventi del FGO sono effettuati utilizzando i contributi somministrati dalle banche di credito cooperativo consorziate secondo un meccanismo commisurato alla *rischiosità* di ciascuna banca aderente, al rischio storico dell'intero sistema del credito cooperativo, alla durata della singola emissione obbligazionaria, al rischio di concentrazione del portafoglio di obbligazioni garantite dal fondo stesso ed in proporzione al loro ammontare. La classificazione delle b.c.c. per quantificare la misura dei contributi rilevano anche per il *rating* delle singole banche, suddivise in classi in ragione del loro livello di rischio

³⁵ Il dato è condiviso da tutti gli autori citati in nota 26. In particolare cfr. FAUCEGLIA, *Il gruppo creditizio cooperativo* (nt. 26), 115-116, LAMANDINI, *I profili giuridici del sistema a rete* (nt. 26), 699.

³⁶ Varie sono le ragioni che possono giustificare le concentrazioni nel settore bancario. Da un lato, l'integrazione è un mezzo per consolidare sinergie tra due o più imprese, superare ostacoli dimensionali ed acquisire così economie di scala e di scopo. Non a caso nella stessa storia del credito cooperativo, molte volte alla diminuzione del numero di b.c.c. operanti in Italia si è accompagnato, a seguito di operazioni di fusione, un aumento delle capacità operative e degli attivi delle banche superstiti. Dall'altro lato, le concentrazioni possono rappresentare una cura per le crisi bancarie, nei casi in cui le passività e i crediti in sofferenza di una banca vengono assorbiti dalla una banca incorporante – magari affiliata con la prima a un gruppo – dotata di un patrimonio e di una redditività tale da ripristinare la regolarità delle scadenze o, comunque, da eliminare i sintomi di dissesto. Ciò sul presupposto che l'integrazione tra diverse strutture imprenditoriali preservi l'utilità marginale di ciascuna di esse, il che avviene più frequentemente nell'ambito di fusioni tra banche di piccole dimensioni. Cfr. LAMANDINI, *Le concentrazioni bancarie. Concorrenza e stabilità nell'ordinamento bancario*, Bologna, 1998, *passim*; SANTAGATA C. –

b.c.c., al tempo stesso garantendo un piena autonomia decisionale dei singoli intermediari e, così, il perseguimento dello scopo mutualistico e il rispetto della vocazione localistica che caratterizza questa tipologia di banche.

Il tema, come noto, coinvolge tutto il settore della cooperazione e va ricondotto inizialmente alla problematica dei gruppi cooperativi, i quali, alla luce dell'art. 27-*quinquies* della legge *Basvi*, venivano disciplinati come gruppi formati da società lucrative e coordinati da una società cooperativa posta al vertice, che controllava gerarchicamente (*id est* tramite il possesso azionario) le prime.

Nell'affrontare, così, le problematiche dei gruppi cooperativi gerarchici, la dottrina, appellandosi a due ordini di ragioni, ha dichiarato ³⁷ l'impossibilità di configurare un gruppo cooperativo con al comando una società lucrativa.

In primo luogo, è emerso un problema di carattere strutturale: non è consentito, stante la rigida regola del voto capitario, controllare attraverso partecipazioni sociali qualificate una società cooperativa.

In secondo luogo, si è presentato un problema di carattere funzionale: il perseguimento dell'obiettivo della massimizzazione dell'utile da parte della società capogruppo – a prescindere dalle considerazioni concernenti la sua destinazione una volta che questo sia stato prodotto – potrebbe ostacolare in concreto la coerenza dell'attività delle cooperative eterodirette con lo scopo mutualistico, fino ad arrivare a scolorire o, addirittura, a far evaporare il concetto stesso di mutualità.

Di fronte a questa irrimediabile *impasse*, può meglio comprendersi e apprezzarsi l'introduzione della fattispecie del gruppo cooperativo paritetico (art. 2545-*septies* c.c.) avvenuta con la riforma del diritto societario del 2003 ³⁸.

Il gruppo paritetico, infatti, costituisce una forma di gruppo contrattuale, soggetto come tale alla disciplina generale dei gruppi di cui agli artt. 2497 ss. c.c., in cui a dirigere l'attività sono una o più cooperative (e per alcuni anche una società consortile) ³⁹ tenute al rispetto del divieto di pregiudicare le condizioni dello scambio mutualistico condotto tra le società coordinate e i loro soci.

È interessante notare come questa fattispecie sia stata introdotta – anche se tale risultato si è avuto concretamente un anno dopo l'emanazione del decreto di riforma del diritto societario – proprio per soddisfare le esigenze di coordinamento uniforme, nel

SANTAGATA R., *Le fusioni in Trattato della società per azioni*, diretto da G.E. Colombo. E G.B. Portale, VII-2/I, 2004, 695 ss.

³⁷ Sottolineano l'esistenza di problemi di ordine strutturale, ma, soprattutto, funzionale (valevoli anche per il controllo contrattuale), con riguardo alla configurazione di gruppi cooperativi guidati da una società lucrativa OPPO, *Mutualità e integrazione cooperativa in I gruppi cooperativi*, a cura di Vincenzo Buonocore, Milano, 1997, 3 ss., partic. 12, il quale arriva alla conclusione che non solo «un controllo partecipativo non è organicamente possibile», ma che anche un controllo realizzato con lo strumento contrattuale «potrebbe essere considerato “in frode” al principio che la cooperativa è governata dai soci secondo la nota regola democratica», distinguendo, mi sembra, tra gruppo contrattuale (illecito) e consorzio di cooperative (lecito). BONFANTE, *Dal consorzio al gruppo di cooperative*, ivi, 31 ss., partic. 40, secondo cui «viene da chiedersi se possa considerarsi gruppo cooperativo la fattispecie costituita da *holding* s.p.a. che a mezzo di contratti controlla una serie di cooperative». L'autore propende per l'ipotesi negativa, conservando tuttavia perplessità qualora le cooperative siano la totalità. Ma vedi COTTINO, *L'evoluzione dei fenomeni di integrazione fra imprese*, ivi, 15 ss., partic. 21, che ipotizza casi in cui società lucrative controllano (o sono strumento di controllo di) società cooperative: da un lato, possiamo pensare a quattro cooperative, composte da nove soci ciascuna, di cui due soci sono s.p.a. con voto quintuplo (*ergo* le due s.p.a. detengono assieme la maggioranza), a loro volta controllate da una cooperativa madre (o magari da uno degli altri soci della coopartiva; dall'altro lato è più semplicemente, è ipotizzabile il caso di una cooperativa composta da cinque soci di cui uno è una società di capitali con voto quintuplo. Ma lo stesso Cottino (nota 8) evidenzia come sarebbe poco «coerente sarebbe questa struttura restrittiva con la logica espansiva del gruppo, qui pressappoco ridotto a un organismo familiare».

³⁸ L'analisi approfondita del gruppo paritetico e, più in generale, dei gruppi contrattuali verrà condotta nel secondo capitolo, per cercare di comprendere se la figura del Gruppo Cooperativo Bancario di cui all'art. 37-*bis* t.u.b. sia una *species* riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 2545-*septies* c.c.

³⁹ Si rinvia alle analisi contenute nel cap. II, in particolare agli autori citati in nota 2 e al par. 6.

tempo sempre più crescenti, del settore del credito cooperativo e per sopperire all'incapacità delle menzionate strutture a rete di garantire una politica strategica comune a tutte le b.c.c.⁴⁰.

Malgrado le buone intenzioni, però, l'art. 2545-*septies* c.c. è rimasto lettera morta, giacché a oggi non è mai stato costituito un contratto di gruppo paritetico; tale conclusione, inoltre, è valsa specialmente nell'ambito bancario, ove l'idea di un coordinamento paritario tra gli aderenti al gruppo – di cui il negozio è sicuramente evocativo – mal si concilia con la necessità di imputare il ruolo e la responsabilità di garante della vigilanza a una sola società capogruppo (artt. 23 e 60 t.u.b.).

Questo stato dell'arte è mutato improvvisamente con la riforma del credito cooperativo, di cui è opportuno tratteggiare i tratti che maggiormente suscitano l'attenzione dell'interprete.

Con riguardo alle b.c.c. isolatamente considerate e nell'intento di favorire la loro ripatrimonializzazione: è stato sia innalzato il numero minimo dei soci (da 200 a 500) sia il tetto massimo alla partecipazione sociale sottoscrivibile da ciascun socio (da 50.000 a 100.000 euro); è stato stabilito, inoltre, che in caso di fusione eterogenea tra b.c.c. e banche di diversa natura la società risultante dalla fusione (o l'incorporante) possa essere solo una società per azioni e non più una banca popolare.

In questa prospettiva, va anche considerata l'introduzione, a opera del D.l. n. 91/2014 convertito in l. n. 116/2014, della disciplina di cui all'art. 150-*ter* t.u.b., relativa alle azioni di finanziamento, le quali – riconoscendo il diritto di nominare uno o più membri dell'organo amministrativo e il presidente del collegio sindacale in deroga alla competenza dei soci – potenzialmente sovvertono il tradizionale principio della democrazia assembleare nelle società cooperative, nonostante la loro sottoscrizione sia *riservata*⁴¹ a soggetti protagonisti della *mutualità di sistema*, quali i fondi di garanzia e la capogruppo del gruppo di cui appresso.

La sovversione suddetta vale a maggior ragione per le banche di credito cooperativo, in cui il principio di democrazia assembleare si è tradotto per lungo tempo in un'assoluta impermeabilità della disciplina del t.u.b. alle deroghe al voto capitaro (artt. 2526, 2538, 2542 e 2543 c.c.) riconosciute dalla riforma del 2003; sicché ciò che ancora adesso si afferma per le cooperative in generale, la cui disciplina codicistica – prevedendo dei limiti alla possibilità di deviare dalla regola del voto capitaro – sconsigliava qualsiasi forma di controllo, non può più valere per uno dei tipi maggiormente espressivi della cooperazione a mutualità prevalente.

Con riguardo all'intero mondo delle b.c.c., l'art. 33, co. 2, t.u.b. riformato *impone* alle stesse, ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, di aderire a un gruppo bancario cooperativo (o "g.b.c."), caratterizzato da una formula organizzativa e operativa estremamente complessa e, per questo motivo, idonea a restringere gli spazi di libertà tradizionalmente riconosciuti alle banche cooperative nel perseguimento del loro scopo mutualistico.

Tale dato già sorprende in quanto il gruppo rappresenta uno dei *possibili* assetti organizzativi dell'attività di impresa condotta in forma societaria (e non solo), predisposto nel pieno esercizio dell'autonomia dagli operatori del mercato, per acquisire maggiori economie di scala e di scopo o, in alternativa, per ridurre i costi operativi e segmentare il rischio imprenditoriale (*id est* per integrare due o più attività tra loro

⁴⁰ Lo conferma COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico* in *Bbct*, I, 2003, 384 ss.

⁴¹ Si noti che una simile riserva non è riconosciuta in relazione al collocamento delle azioni di finanziamento nel mercato secondario, soggetto alla sola autorizzazione dell'organo amministrativo della b.c.c.; per tali ragioni, tali azioni, inizialmente in mano a soggetti istituzionalmente operanti all'interno della rete del credito cooperativo e coinvolti in una solidarietà finanziaria di sistema, potrebbero passare in mano a soggetti esclusivamente animati da intenti puramente speculativi.

connesse o per frammentare l'esercizio di un'unica attività in precedenza totalmente integrata).

Secondo la disciplina riformata, invece, nel caso di mancata partecipazione al gruppo non è possibile mantenere la forma (e la sostanza) di banca di credito cooperativo, che sarà così tenuta alternativamente: (i) a trasformarsi in s.p.a.; (ii) a essere incorporata da una b.c.c. aderente al gruppo; (iii) a trasformarsi in cooperativa non bancaria a mutualità prevalente, che dovrà conferire la propria azienda bancaria in una s.p.a. e garantire indirettamente, tramite il controllo della banca lucrativa, il corretto svolgimento del rapporto mutualistico coi propri soci.

Inoltre e soprattutto, il ruolo di capogruppo è necessariamente rivestito da una s.p.a. bancaria, avente un patrimonio netto minimo di un miliardo di euro e partecipata dalle b.c.c., che devono possederne la maggioranza del capitale e che dalla prima sono controllate attraverso un contratto cd. di coesione e l'eventuale sottoscrizione di azioni di finanziamento.

La solidità patrimoniale del gruppo cooperativo bancario è assicurata da un meccanismo di garanzia reciproca solidale, esterna (nei confronti dei creditori che intrattengono i rapporti col gruppo) e interna (per risolvere posizioni obbligatorie infragruppo), di cui è espressione, tra l'altro, la stessa fattispecie delle azioni di finanziamento e il cui corretto funzionamento condiziona la sopravvivenza di questa particolare tipologia di operatori nel mercato creditizio.

Alla luce di ciò, col presente lavoro si cercherà di ricondurre questa nuova figura di gruppo al sistema e dunque di leggere – o comunque sforzarsi, tentare di leggere – la normativa di recente introduzione attraverso la disciplina dei gruppi in generale (in particolar modo del gruppo paritetico) e dei gruppi bancari (in particolar modo degli accordi di sostegno finanziario infragruppo).

In modo speculare, si tenterà di comprendere se le recenti disposizioni, *obbligando* le b.c.c. a dar vita a una società per azioni incaricata – per legge, per statuto e per contratto – della direzione strategica e della gestione della liquidità delle b.c.c. medesime, costituiscano un *unicum* nell'intero sistema di diritto positivo, prevedendo in definitiva una fattispecie *sui generis* di diritto speciale che poco ha a che fare con la «direzione e il coordinamento» di cui agli artt. 2497 e 2545-*septies* c.c.⁴², o, piuttosto, esprimano risultati realizzabili dall'autonomia privata anche in assenza di professati obiettivi di prevenzione e riduzione dei rischi sistemici e di incremento della resilienza delle banche di modeste dimensioni, tali da rendere, nel caso di specie, gli stessi risultati non più solamente *consentiti* bensì *imposti*⁴³.

Sempre in linea con queste intenzioni, verrà messo in evidenza cosa sia rimasto oggi dell'anima delle banche di credito cooperativo, cosa ci sia di cooperativo in questo gruppo e cosa, invece, ci sia di bancario: come e in che termini, in conclusione, questa riforma vada ad incidere sul bilanciamento tra esigenze della cooperazione ed esigenze della banca, tra istanze partecipative e istanze efficientistiche, tra obiettivi sociali e obiettivi tecnici.

Va detto, tuttavia, che il movente della riforma non si lega solo alle problematiche legate alla tradizione del credito cooperativo e non rappresenta dunque il classico momento di emersione di un ricorso storico, ma si colloca in una fase di grande cambiamento per il settore creditizio in generale, fase il cui impulso va rintracciato al di fuori dei confini nazionali.

⁴² Sono le conclusioni cui perviene SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione del gruppo bancario*, Torino, 2017, 241 ss.

⁴³ Ad eccezione dei poteri conferiti alla s.p.a. capogruppo dalle disposizioni di vigilanza, riconduce il gruppo bancario cooperativo a un gruppo *paritetico di diritto speciale* SANTAGATA R., "Coesione" e autonomia nel gruppo bancario cooperativo, 2017, relazione presentata al Convegno *Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti*, Roma, 17-18 febbraio 2017, reperibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it; si rinvia alle analisi contenute nel secondo e nel terzo capitolo.

Non si può, in tal senso, non riconoscere la *necessità* di valutare le tendenze di stampo marcatamente *dirigistico*⁴⁴ che caratterizzano la disciplina del gruppo bancario cooperativo prendendo in considerazione l'intero contesto economico, normativo e regolamentare in cui la riforma si è originata e in cui, negli ultimi anni, il paternalismo del legislatore e delle autorità di settore è stato un dato costante.

Seguendo percorsi diversi – non propensi, cioè, a spiegare i profili di *autoritarità* caratterizzanti il gruppo bancario cooperativo alla luce dei già consistenti limiti *operativi* e *organizzativi* posti dalla legislazione bancaria a tutte le banche – si correrebbe il rischio di addivenire a un giudizio incompiuto sull'istituto, decontestualizzato, pensando che ci si possa trovare di fronte a un eccezionale attentato alla cooperazione di credito.

Pertanto, per individuare appieno le ragioni (tecniche e politiche) sottese alla disciplina del gruppo bancario cooperativo – ciò che, nello specifico, rappresenta lo scopo di questo capitolo introduttivo – non resta che delineare gli ultimi stadi dell'evoluzione della legislazione bancaria sia in ambito comunitario che, conseguentemente, in ambito nazionale, tentando anche di valutare il senso dell'istituto sulla base di alcuni raffronti con la riforma delle banche popolari.

3. *La specialità del diritto bancario alla luce dei mutamenti legislativi avvenuti nel contesto internazionale ed europeo a seguito della crisi finanziaria del 2007.*

È risaputo che una delle cause della crisi economico-finanziaria che ha sconvolto il nostro mondo a partire dalla fine del 2007 sia da ricondurre all'*insufficiente* (e *inadeguata*) *considerazione* – da parte sia dell'autorità di vigilanza sia degli organi di funzionamento dei soggetti vigilati – *dei rischi* in cui tipicamente incorrono gli intermediari bancari e finanziari nell'attuale contesto di mercato aperto e globalizzato⁴⁵.

La scarsa attenzione al problema dei rischi delle banche, che si collega all'idea di un mercato autosufficiente sorretto da una disciplina flessibile e rispondente ai canoni della *better regulation*, ha riguardato in particolare due ordini di questioni.

La prima questione attiene al tipo di rischio considerato dai *lawmakers* e dalle Autorità Internazionali operanti nel settore della regolazione bancaria⁴⁶.

In tal senso sia la *hard* che la *soft regulation* si sono in passato ispirati all'obiettivo di contenimento del solo rischio di credito, dando poco peso agli altri rischi – come il rischio di mercato, il rischio operativo, il rischio di liquidità, il rischio sistemico – insiti nello svolgimento di un'attività di raccolta del risparmio condotta nei fatti col metodo *orginate to distribute*⁴⁷ e, pertanto, caratterizzata da un ricorso smodato alla finanza

⁴⁴ Cfr. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?* in *Riv. trim. dir. ec.*, IV, 2014, 81 ss.

⁴⁵ CALANDRA BONAURA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria, relazione presentata al convegno L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi e interessi*, Roma, 2015, reperibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it; ID, *L'attività degli intermediari finanziari nella regolamentazione sovranazionale*, 2013, reperibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it; PRESTI, *Mezzi e fini della nuova regolazione finanziaria* in *Bbt*, II, 2010, 208 ss., reperibile anche su www.associazionepreite.it.

⁴⁶ Il riferimento è al Comitato di Basilea, composto dai governatori delle banche centrali dei paesi economicamente più influenti nel mondo. Il comitato si riunisce fondamentalmente per individuare i criteri guida che devono animare l'attività di vigilanza bancaria e, nello specifico, l'attività regolamentare prudenziale. Pur essendo il contenuto dei documenti di Basilea non vincolante, esso in realtà rappresenta il punto di riferimento per i legislatori degli Stati coinvolti nell'attività del Comitato, che non fanno altro che recepire gli indirizzi da quest'ultimo dettati, eventualmente adeguandoli al contesto economico e normativo di riferimento.

⁴⁷ Il riferimento è ai modelli di attività bancaria in cui le aspettative di guadagno della banca si fondano non già sull'effettivo merito creditizio della clientela, dunque sull'effettiva corresponsione da parte di quest'ultima degli interessi (oltreché del capitale), ma sull'incorporazione di un complesso di operazioni di credito in titoli (cd. cartolarizzazione), e sul loro successivo collocamento presso altri soggetti (investitori istituzionali o *retailer*, frequente è anche l'ipotesi in cui l'operazione è predisposta da un

strutturata, oltretutto da una forte connessione – su più livelli (interessenze, partecipazioni incrociate, fenomeni di *interlocking directorates* e di *shadow banking*) – tra gli intermediari finanziari⁴⁸.

Tale visione parziale (e, a tratti, miope) del funzionamento del mondo finanziario si è riflessa nella disciplina del primo pilastro di Basilea, concernente i requisiti di adeguatezza patrimoniale che devono possedere le banche per svolgere correttamente la loro attività e garantire la sana e prudente gestione⁴⁹.

Trattasi di una disciplina⁵⁰, in gran parte recepita nell'ordinamento italiano tramite provvedimenti comunitari e istruzioni di vigilanza di Banca d'Italia, che si aggiunge alle tutele reali *ex ante* predisposte in materia di capitale⁵¹ e di patrimonio netto, e che si affianca – nell'ottica del Comitato di Basilea – alle discipline della vigilanza bancaria e della trasparenza sul mercato, espressione rispettivamente del secondo e del terzo pilastro di Basilea.

Al riguardo, non solo va evidenziato che prima dell'emergere della crisi il rischio rilevante ai fini della valutazione di adeguatezza patrimoniale era il rischio di credito e non gli altri rischi sopra indicati⁵², ciò penalizzando gli intermediari che praticavano un'attività bancaria *pura* e premiando di fatto pratiche di speculazione finanziaria nei mercati interbancari, ma anche che i requisiti di computabilità degli strumenti di raccolta nel PdV rendevano fortemente costosa – nell'ottica del singolo intermediario – una struttura finanziaria incentrata sul patrimonio netto, così da incentivare il rispetto dei requisiti patrimoniali attraverso l'emissione di strumenti ibridi o di strumenti di debito ed erodere, sul piano più generale dell'impresa, il confine tra capitale di rischio e capitale di credito, tra fondi propri e fondi altrui (in realtà “propri” solo a certe condizioni).

Ciò posto, il risultato prodotto dagli interventi successivi alla crisi è rappresentato, da un lato, dalla maggior rilevanza attribuita dalla regolamentazione di settore ai molteplici fattori di rischio che caratterizzano l'attività bancaria e, dall'altro lato, dalla configurazione di un patrimonio di vigilanza composto in prevalenza da “capitale primario di classe 1” ossia capitale sociale e corrispondenti riserve del netto (cd. *common equity*)⁵³.

pool di banche) a un prezzo che garantisce alla banca il recupero di quanto finanziato; cfr. PRESTI, *Le agenzie di rating: dalla protezione alla regolazione* in Jus, 2009, 65 ss.; ma anche ID, *Mezzi e fini* (nt. 45), 2 ss.

⁴⁸ A tal punto che non sarebbe più sufficiente parlare di un'entità imprenditoriale *too big to fail*, quanto piuttosto di un sistema di imprese *too complex to fail*. Cfr. PRESTI, *Mezzi e fini* (nt. 45), 3 e 6.

⁴⁹ Cfr. FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III. Struttura patrimoniale e finanziaria*, Milano, 2013; LA LICATA, *La struttura finanziaria della società bancaria: patrimonio, patrimonio netto, patrimonio di vigilanza*, Torino, 2008.

⁵⁰ In particolare, il primo pilastro di Basilea concerne l'imposizione di un quantitativo minimo di “fondi propri” (cd. Patrimonio di Vigilanza o PdV), parametrato a una percentuale del totale degli attivi della banca ponderato per i rischi da questa affrontati. I fondi, poi, sono conteggiabili nel PdV solo se gli strumenti di raccolta ad essi corrispondenti presentano determinate caratteristiche in termini di: (i) *natura* (o titolo) della pretesa riconosciuta agli apportatori di tali fondi; (ii) *stabilità* delle risorse raccolte di modo che la banca ne possa liberamente disporre per l'esercizio dell'attività; (iii) *remunerazione* dell'apporto versato dal sottoscrittore degli strumenti di raccolta emessi dalla banca; (iv) *partecipazione alle* (o assorbimento delle) *perdite* in cui la banca può eventualmente versare sia in nell'ipotesi di svolgimento fisiologico dell'attività che in fase di liquidazione. Cfr. l'art. 28 CRR; cfr. FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 106. Sulla composizione del patrimonio di vigilanza si veda LA LICATA, *La struttura finanziaria* (nt. 49), 111 ss.

⁵¹ Cfr. FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 129 ss.; LA LICATA, *La struttura finanziaria* (nt. 49), 60 ss. e 134.

⁵² Per Basilea I cfr. veda LA LICATA, *La struttura finanziaria* (nt. 49), 68, nota 24; in realtà la considerazione può estendersi anche all'Accordo di Basilea II, come confermato da CALANDRA BONAURA, *L'attività degli intermediari finanziari* (nt. 44), 5.

⁵³ Infatti prima di Basilea III, pur dovendo corrispondere il patrimonio di vigilanza all'8 % degli attivi ponderati per tutti i rischi sostenuti nell'esercizio dell'attività, era formato dal *core capital* o *tier1*, nel quale confluivano le risorse dotate di maggiore stabilità, e dal *tier2*, che doveva avere un ammontare massimo pari al totale del *tier1*; si ricava quindi che il *tier2* poteva equivalere alla metà del patrimonio di

La seconda questione va colta, invece, sul piano della *governance* dei rischi.

Al riguardo, col progressivo emergere di molteplici criticità in ordine alla *corporate governance* delle banche, da più parti in letteratura è stato proposto un ripensamento della struttura organizzativo-operativa che connota le società di capitali in ragione degli elementi di specialità propri delle società bancarie⁵⁴.

In quest'ottica lo *status* di società speciale, connesso agli interessi pubblici sottesi all'esercizio dell'impresa bancaria, giustifica una configurazione della *governance* in linea con obiettivi di tutela dei depositanti, di sana e prudente gestione della banca e, indirettamente, della proprietà (sotto forma di risparmio) piuttosto che con quelli di massimizzazione del valore dell'investimento azionario.

L'approccio morbido al problema del governo delle banche adottato da Basilea prima della crisi, basato sulla definizione di principi-guida la cui attuazione, anche tramite la predisposizione di regole di dettaglio, viene rimessa ai singoli enti vigilati, che diventano così (i quasi esclusivi) responsabili del processo di (auto-)valutazione in ordine alla conformazione alla regolazione di settore, ha causato infatti molteplici problemi.

Non essendo opportuno (oltretutto di facile accertamento) indicare in ordine di gravità i profili di *governance* che hanno contribuito al sorgere della crisi finanziaria ancora in corso⁵⁵, basta in questa sede sottolineare (i) in linea generale come, in un contesto governato dalla "mano invisibile", sia prevalso nell'attività bancaria dei primi anni del 2000 un orizzonte di breve termine, il quale, del resto, non ha solo coinvolto il ruolo degli investitori *tout court*, ma direttamente l'operato del *management*, interessato esclusivamente ad aumentare il valore della componente dello stipendio legata all'andamento della società riflesso nel valore di mercato delle azioni⁵⁶.

A questa prima criticità si aggiungono: (ii) l'*inadeguatezza* dei sistemi di nomina dei membri degli organi sociali, tali da non dare risalto, per un verso, ai diversi interessi presenti all'interno dell'assemblea, primi tra tutti quello delle minoranze e dell'investimento orientato al lungo periodo, e, per altro verso, alla professionalità e all'indipendenza di giudizio degli amministratori, specialmente quelli non esecutivi incaricati di esprimere le valutazioni, di natura prospettica e programmatica, del *board*; (ii) l'*inefficienza* dell'organizzazione delle funzioni amministrative così come disegnata dall'autonomia privata (statutaria e gestoria), caratterizzata da sovrapposizioni e/o eccessive dispersioni di competenze.

vigilanza. Oggi, come esposto nel successivo paragrafo, si prevede che dell'8 % di cui sopra almeno il 6 % sia rappresentato dal *tier1* e che almeno il 4,5 % sia rappresentato dal *common equity* computato nel *tier1*; cfr. FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 27 ss.

⁵⁴ Quali – tra gli altri – la funzione d'intermediazione tra esigenze di liquidità nel breve termine ed esigenze di liquidità nel lungo termine, l'elevata leva finanziaria e l'opacità dei bilanci. Cfr. HOPT, *Corporate Governance of Banks and Other Financial Institutions after the Financial Crisis - Regulation in the Light of Empiricism and Theory* in JCLS, XIII-2, 2013, 219 ss.; ID, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis*, in, eds., *Financial Regulation and Supervision, A post-crisis analysis*, Wymeersch, K. J. Hopt, G. Ferrarini, Oxford University Press 2012, 337 ss., reperibile su www.ssrn.com; MÜLBERT, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis - Theory, Evidence, Reforms* in ECGI, Law Working Paper N°151/2010; MACEY – O'HARA, *The corporate governance of banks* in FRBNY Economic Policy Review, April 2003, 91 ss.

⁵⁵ Bisogna comunque sottolineare come l'idea che la *corporate governance* bancaria sia stata una delle cause determinanti della crisi, non è da tutti condivisa. Di questo avviso, cfr. BELTRATTI – STULTZ, *The credit crisis around the globe: Why did some banks perform better* in *Journal of Financial Economics*, 2012, 105(1), 1 ss.; ADAMS, *Governance and the Financial Crisis* in ECGI, Law Working Paper N° 248/2009. Contra FERRARINI – SIRI, *Il governo societario delle banche dopo la crisi finanziaria*, in *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*, a cura di Antonella Brozzetti, 2016, 93 ss.

⁵⁶ Cfr. FAHLENBRACH – STULTZ, *Bank CEO Incentives and the Credit Crisis* in *Journal of Financial Economics*, 2010, 99(1), 11 ss.; cfr. BEBCHUCK – COHEN – SPAMANN, *The wages of Failure: Executive Compensation at Bear Stearns and Lehman*, in *Yale Journal on Regulation*, 2010, 257. Pongono accento al problema inerente l'opportunità di disciplinare la materia delle remunerazioni (degli amministratori e del personale dirigente) ricorrendo alla tecnica degli *standards* o delle *rules*, FERRARINI – SIRI, *Il governo societario* (nt. 55), 101 ss.

Tutti questi problemi sono stati sollevati a livello internazionale nel documento di Basilea III, il cui indirizzo è stato recepito nella direttiva comunitaria 2013/36/UE (cd. *capital requirements directive* IV o CRD IV) e nel Regolamento n. 575/2013 (cd. *capital requirements regulation* o CRR) (nel complesso il cd. pacchetto CRD), che modificano la direttiva 2002/87/CE, dedicata alla vigilanza prudenziale nel settore finanziario e assicurativo, e abrogano le due direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE rispettivamente in materia di accesso all'attività e di adeguatezza patrimoniale delle banche e degli intermediari finanziari.

I recenti interventi si prefiggono, pertanto, l'obiettivo di eliminare gli incentivi al mantenimento di quel complesso di condotte viziose sfociato nella crisi dei mutui *subprime*.

In particolare, la CRD IV interviene sulla disciplina dell'accesso all'attività degli enti creditizi, mirando a rafforzare i poteri di carattere informativo, ispettivo e di intervento (*ex ante* ed *ex post*) prudenziale dell'autorità di vigilanza in materia di governo societario⁵⁷.

Il cambio di paradigma influenzato da Basilea III e, dunque, il passaggio da un modello di *governance* fondato sulla *de-regulation* a un modello in cui il bilanciamento tra intervento eteronomo e autonomia privata pende a favore del primo, va colto, inoltre, alla luce delle tendenze evolutive del diritto delle banche in Europa e del progetto di Unione Bancaria⁵⁸.

La progressiva crescita dimensionale e i crescenti spazi di operatività degli intermediari finanziari in un contesto di libera concorrenza sia con riguardo al mercato del credito e finanziario in generale sia, soprattutto, con riguardo al mercato interbancario, di portata oramai internazionale, hanno, infatti, reso insufficienti, da un lato, i meccanismi di vigilanza predisposti all'interno dei singoli Stati e dall'altro lato, le discipline interne relative alla crisi bancaria e ai sistemi di garanzia dei depositanti⁵⁹.

Tali prese d'atto si riflettono nei tre pilastri dell'Unione Bancaria Europea, ossia: (i) il meccanismo unico di vigilanza (cfr. Regolamento n. 1024/2013); (ii) il meccanismo unico di risoluzione delle crisi (cfr. direttiva 2014/59/UE cd. *bank recovery and resolution directive* o BRRD e Regolamento n. 806/2014); (iii) il sistema unico di garanzia dei depositanti (regolato in parte dalla BRRD e in parte dalla direttiva 2014/49/UE cd. *depositee guarantee schemes directive* o DGSD).

Il progetto di unione bancaria prende le mosse nel 2010, col Regolamento 1093/2010, istitutivo della *European Banking Authority* (EBA)⁶⁰, anche se, a seguito dell'attribuzione alla BCE del ruolo di vertice all'interno del meccanismo unico di

⁵⁷ Per una sintesi delle disposizioni contenute nella direttiva CRD IV cfr. POMELLI, *L'armonizzazione europea del diritto delle società di capitali: i profili organizzativi*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, diretto da Massimo Benedettelli e Marco Lamandini, Torino, 2016, 219 ss., partic. 315 ss.; GOBBO, *La governance delle banche. Il passato, il presente, il futuro*, in *Le nuove s.p.a. Le società bancarie*, a cura di Oreste Cagnasso, Bologna, 2015, 133 ss.

⁵⁸ Vedi, *ex multis*, CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013; LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'unione* in *Bbt*, IV, 2015, 423 ss.; AMOROSINO, *Modelli ricostruttivi dell'ordinamento delle banche* in *Bbt*, IV, 2016, 391 ss.

⁵⁹ DE PRA, *Libera circolazione, diritto di stabilimento e disciplina del soggetto societario: i settori bancario e dell'energia*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, diretto da Massimo Benedettelli e Marco Lamandini, Torino, 2016, 135 ss., partic. 141.

⁶⁰ Quest'ultima, facente parte del sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF), in cui rientrano anche l'Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e l'Autorità Europea delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA) e il Comitato Europeo per il rischio sistemico (CERS), è un'agenzia indipendente che opera per assicurare – principalmente tramite interventi di armonizzazione di *soft law* (raccomandazioni o *guidelines*) o l'emanazione di *standards* tecnici – un livello uniforme di regolazione prudenziale (il cd. *Single Rulebook*) nel settore bancario; cfr. CERRINA FERONI, *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza sulle Banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority (EBA)*, 2014, reperibile su www.federalismi.it.

vigilanza, le competenze dell'EBA sono state fortemente ridimensionate (cfr. Regolamento n. 1022/2013) ⁶¹.

Col meccanismo unico di vigilanza si passa da un sistema di vigilanza *armonizzata* a un sistema di vigilanza (e, dunque, di amministrazione e regolazione) *accentrata*, limitato ai paesi dell'eurozona (coerentemente con l'ambito di competenza territoriale in materia di politica monetaria riconosciuti alla BCE) ⁶².

La recente architettura europea della supervisione operativa si articola in «rapporti interorganici di coamministrazione» ⁶³, giacchè il riparto di competenze avviene nell'ambito di un organismo unitario comprendente la BCE e le altre Autorità nazionali indipendenti (SEBC), in cui la prima occupa un ruolo decisivo sovraordinato rispetto alle seconde (cd. *coordinamento sopraordinato*) ⁶⁴.

Si può così affermare che il meccanismo unico di vigilanza europeo, in maniera simile a quanto accaduto più recentemente alle b.c.c., configura un momento di integrazione di più forze indipendenti, imposto dall'alto, per ragioni tecniche o di efficienza e per garantire una vigilanza (e una gestione) più prudente, più sana e razionale del settore bancario e finanziario, limitando al minimo la possibilità di rischio sistemico, a scapito, però, delle singole Autorità nazionali, che finiscono per assumere la posizione di *cooperanti subordinate* alle istituzioni europee (BCE ed EBA) ⁶⁵.

Altro dato utile per inquadrare le ragioni sottese alla disciplina del gruppo bancario cooperativo è la nuova disciplina delle crisi bancarie ⁶⁶.

In base al *Single Resolution Mechanism* previsto dalla BRRD sono oggi disponibili diverse misure di intervento, azionabili sotto il controllo dell'Autorità di vigilanza, la cui

⁶¹ A tal punto da potersi ravvisare in alcuni casi una sovrapposizione di funzioni tra le due autorità; In ogni caso possono individuarsi delle nette differenze tra il modello di vigilanza "EBA" e il modello di vigilanza "BCE", come sottolineato nel testo; cfr. CERRINA FERONI, *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza* (nt. 60), 15 ss.; CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea* (nt. 58), 49 ss., partic. 52 ss.; AMOROSINO, *Modelli ricostruttivi* (nt. 58), 406 ss.

⁶² Sul meccanismo unico di vigilanza e sui poteri della BCE si vedano ROSSI ST., *Intervento di apertura*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, Banca d'Italia - quaderno n. 75/2013, 7 ss.; CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, ivi, 15 ss.; BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa* in *Banc. impr. e soc.*, I, 2015, 73 ss.; BRESCIA MORRA – MELE, *La nuova vigilanza bancaria: i rapporti tra BCE e le autorità nazionali*, reperibile su www.fmriskalert.it; BARBAGALLO, *Il rapporto tra BCE e Autorità Nazionali nell'esercizio della vigilanza*, relazione presentata al convegno "Unione bancaria: istituti, poteri e impatti economici" tenutosi presso l'Università LUISS Guido Carli il 26 febbraio 2014. ID, *Le banche italiane e la Vigilanza nella prospettiva dell'Unione Bancaria*, Roma, relazione tenutasi al convegno Convegno "Basilea 3 - Risk and Supervision 2014" presso l'ABI, 16 giugno 2014. Per l'apparato sanzionatorio cfr. PERIN, *La ripartizione di competenze nei procedimenti sanzionatori tra la BCE e le National Competent Authorities all'interno del Meccanismo Unico di Vigilanza* in www.diritto bancario.it.

⁶³ Sono parole di AMOROSINO, *Modelli ricostruttivi* (nt. 62), 404.

⁶⁴ La competenza della BCE viene individuata di volta in volta sulla base della *materia* specifica, delle *dimensioni* del soggetto vigilato, della *natura* e dei *destinatari* delle sanzioni. cfr. gli artt. 4 e 6 del Regolamento 1024/2013. La sovraordinazione della BCE va, in ogni caso, desunta dal fatto che la stessa, «allorché necessario per garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati, [...] può decidere in qualsiasi momento, di propria iniziativa dopo essersi consultata con le autorità nazionali competenti o su richiesta di un'autorità nazionale competente, di esercitare direttamente tutti i pertinenti poteri per uno o più enti creditizi».

⁶⁵ Non a caso LAMANDINI, *Il diritto bancario* (nt. 58), 424, ritiene che l'obiettivo della nuova legislazione bancaria comunitaria sia quello di «affermare forme di efficace reciproco controllo e leale affidamento in proiezione di allargata mutualità sociale e progressiva socializzazione del rischio finanziario entro i più ampi confini degli Stati membri».

⁶⁶ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Che cosa cambia nella gestione delle crisi bancarie*, Roma, 8 luglio 2015, reperibile sul sito della Banca d'Italia; INZITARI, *Brrd, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. 180-2015)* in www.diritto bancario.it; CAPIELLO – CAPIZZI, *Prime considerazioni sullo strumento del bail-in: la conversione forzata del debito in capitale* in www.orizzontideldiritto commerciale.it; GARDELLA, *Il Bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico* in *Bbtt*, V, 2015, 587 ss.; PRESTI, *Il bail-in in Banc. impr. e soc.*, III, 2015, 339 ss.

intensità varia a seconda dell'entità della crisi in cui versa la banca e del momento temporale in cui tale crisi si manifesta, con l'obiettivo di fondo di garantire rimedi tempestivi e prevenire così l'insorgere dell'insolvenza e la liquidazione dell'ente creditizio

⁶⁷.

Sono quattro gli strumenti che, da soli o congiuntamente, possono essere utilizzati in sede di risoluzione: (i) la vendita delle attività o delle azioni dell'ente; (ii) la costituzione di un ente-ponte, partecipato almeno in parte da soggetti pubblici, che acquisisce il patrimonio o le azioni della banca per poi ricollocarli sul mercato; (iii) la netta separazione tra le attività non in sofferenza dai crediti derivanti da *non performing loans*, dirottati in una *bad-bank*; (iv) il *bail-in*, che comporta la svalutazione anche integrale degli strumenti di *cet 1* della banca e la svalutazione o conversione in *cet 1* degli strumenti di *additional tier 1*, di *tier 2* e dei crediti (derivanti da depositi bancari per un ammontare superiore ai 100.000 euro) fino all'integrale assorbimento delle perdite subite dalla banca

⁶⁸.

L'istituto del *bail-in*, che ha sollevato inizialmente forti sospetti di incostituzionalità ⁶⁹ per contrasto con le finalità di tutela del risparmio e della proprietà, è stato introdotto con lo scopo di evitare o in ogni caso ridurre a pochi casi eccezionali – a differenza di quanto avvenuto a seguito della crisi – il ricorso all'intervento pubblico a sostegno delle banche (cd. *bail-out*), comportante l'allocatione dei costi del dissesto in capo ai contribuenti.

Questa sorta di concordato preventivo coatto ⁷⁰, attuato con la conversione in capitale dei crediti vantati verso la banca, è volto, da un lato, a garantire la continuità

⁶⁷ La vigilanza nelle crisi bancarie è demandata al Comitato di Risoluzione per gli enti significativi già soggetti alla vigilanza della BCE (cfr. artt. 2, 7 e 42 ss. Reg. n. 806/2014) e alle singole Autorità nazionali per tutte le altre banche. In primo luogo e in assenza di dissesto, devono essere predisposti dai singoli intermediari dei piani di risoluzione e di risanamento volti al riequilibrio della situazione economica e finanziaria della banca nell'eventualità di un suo deterioramento; detti piani vanno autorizzati dall'istituto di vigilanza sia in sede di loro formazione sia in caso di modifica dovuta a un significativo mutamento della struttura organizzativa dell'ente (cd. *preparation and prevention*). Nella seconda fase, che si apre quando la banca versa in una situazione di difficoltà sintomatica di una futura e potenziale crisi, non rispettando più i requisiti prudenziali di carattere patrimoniale o commettendo gravi irregolarità in materia di amministrazione e controllo (o di trasparenza nello svolgimento di attività di intermediazione finanziaria), su sollecitazione dell'Autorità di Vigilanza vengono adottati i piani predisposti e approvati in precedenza (cd. *early intervention*). L'ultimo stadio dell'SRM coincide con una situazione di profondo dissesto, anche se non ancora culminato in uno stato di insolvenza conclamata, in cui scatta l'intervento della vigilanza ai fini dell'individuazione degli strumenti più adeguati alla risoluzione della crisi (cd. *resolution*). Le autorità devono elaborare dei piani di *risoluzione*, attivabili nei casi più gravi (cfr. artt. 10-14 della BRRD e artt. 8 ss. del Reg. n. 806), ossia quando il piano di *risanamento* che ogni banca è tenuta a predisporre (cfr. Artt. 4-9 della BRRD) e ad attuare in sede di "intervento precoce" (Artt. 27-30 BRRD e art. 13 Reg. n. 806) non sia andato a buon fine. Cfr. i decreti legislativi nn. 180 e 181 del 2015 e gli artt. 69-ter – 69-vicies-bis, dedicati ai piani risanamento e alle misure di intervento precoce delle banche e dei gruppi bancari.

⁶⁸ Cfr. gli artt. 38 ss. della BRRD, 24 ss. del Reg. n. 806 del 2014. Le misure sono disciplinate in Italia anche dal D.lgs. n. 180/2015. Per tale motivo, le banche, oltre a rispettare i requisiti di vigilanza prudenziale contemplati dal Regolamento CRR, devono possedere un livello minimo di risorse ammissibili a *bail-in* (cd. *minimum requirement of eligible liabilities* o MREL ex art. 45 BRRD e art. 12 del Reg. n. 806). Bisogna, tuttavia, notare come alcune passività possono essere escluse dal *bail-in* (artt. 44, par. 3, BRRD e 27, par. 5, Reg. n. 806), il che rende incerto il funzionamento dell'istituto; cfr. PRESTI, *Il bail-in* (nt. 66), 354 ss.

⁶⁹ STANGHELLINI, *Perché il bail-in è costituzionale*, reperibile su www.lavoce.info, che esclude l'incostituzionalità dell'istituto, il quale può essere attivato qualora un soggetto indipendente ritenga che non porti a risultati peggiori di quelli che si avrebbero in caso di liquidazione della banca, rispettando l'ordine di soddisfacimento dei creditori (cd. principio del *no creditor worse off* ex art. 20 Reg. n. 806/2014 e art. 36 BRRD). Si vedano anche cfr. PRESTI, *Il bail-in* (nt. 66), 349 ss.; GARDELLA, *Il Bail-in e il finanziamento* (nt. 66), 605-611.

⁷⁰ Cfr. PRESTI, *Il bail-in* (nt. 66), 348, che riporta le parole di FERRAN, *European Banking Union: Imperfect, but it can work*, Legal Studies Research, Paper Series, University of Cambridge, n. 30/2014, 14;

delle funzioni essenziali dell'intermediario, dovendo in ogni caso realizzare risultati non peggiori di quelli che si avrebbero con la liquidazione delle attività e, dall'altro lato, ad evitare effetti negativi e irreversibili sulla stabilità dell'intero sistema finanziario.

Dal nuovo assetto normativo in materia di risoluzione delle crisi bancarie può desumersi non solo l'idea di un progressivo *assottigliamento dei confini tra capitale di rischio e capitale di credito*⁷¹, ma, altresì, l'obiettivo (di natura cautelare) di *arginare con interventi tempestivi e precoci il rischio di contagio*, al limite coinvolgendo in sede di ripianamento delle perdite quei soggetti che in senso lato hanno investito nella banca, così da rendere l'utilizzo del *bail-out* e della liquidazione un'*extrema ratio*.

Concludendo, da un lato, il rinnovato statuto della vigilanza bancaria è – oltreché sintomatico della predilezione a opera del legislatore comunitario di modelli di regolazione del settore creditizio basati sul *coordinamento sovraordinato* – indice dell'intensificarsi dei poteri di ingerenza delle autorità di vigilanza, nel tentativo di limitare il perseguimento di condotte contrarie alla sana e prudente gestione da parte tutte le società bancarie.

Dall'altro lato, nelle esigenze di rafforzamento della stabilità patrimoniale, di adeguatezza, efficienza ed efficacia degli assetti di governo, nonché di prevenzione all'insorgenza di rischi sistemici, sottese alle normative CRD IV e BRRD, possono, come verrà chiarito meglio in seguito, essere individuate le ragioni a fondamento dell'istituto del gruppo bancario cooperativo.

4. (segue) *la specialità del diritto bancario nazionale a seguito del recepimento degli interventi comunitari.*

Invadendo gli spazi in precedenza rimessi all'autonomia privata in sede di programmazione statutaria e gestione operativa dell'attività creditizia, il quadro normativo sopra tracciato è stato recepito in Italia sia con analitici interventi di fonte secondaria (Circolare n. 285 del 17 dicembre del 2013)⁷² sia con norme primarie (D.lgs. nn. 72, 180 e 181 del 2015 in attuazione dei “pacchetti” CRD IV, MVU e MRU).

un'analisi comparativa tra il *bail-in* e il concordato preventivo è condotta anche da LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari* in *Bbtlc*, III, 2016, 287 ss.

⁷¹ Cfr. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari* (nt. 9), 295.

⁷² Le istruzioni di vigilanza, com'è noto, sono espressione dell'esercizio da parte della Banca d'Italia della potestà regolamentare, volta a normare nel dettaglio alcuni profili di carattere tecnico concernenti l'attività bancaria «avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia» (art. 5 t.u.b). A tal proposito, lo stesso testo unico bancario esprime la tendenza delle fonti primarie a delegificare fette sempre più ampie di materie e a delegare alle autorità amministrative indipendenti ampi poteri normativi attraverso il ricorso alla tecnica delle clausole generali, dato che, secondo una parte della dottrina, una «perdita della garanzia della legalità sostanziale». Certo è che interventi di tal sorta si rivelano in ogni caso un limite per l'iniziativa economica privata e, in quanto tali, sono legittimi solo se rispettosi della riserva di legge posta dall'art. 41, co. 3, della Costituzione. Da questa considerazione deriva che, in ambito bancario, «il potere della Banca d'Italia di imporre vincoli all'autonomia privata deve trovare in una norma di legge il suo fondamento e in una norma di legge devono radicarsi anche le disposizioni che impongono all'autonomia statutaria di derogare alle norme fissate dal codice civile, comprimendo facoltà [...] che l'ordinamento comune riconosce ai soci o ai componenti di un organo sociale»; cfr. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia* in *Giur. comm.*, VI, 2008, 1270 ss., partic. 1272; Cfr. CERA, *Autonomia statutaria delle banche* (nt. 23), *passim*; cfr. AMOROSINO, *Principi «costituzionali», poteri pubblici e fonti normative: lo jus commune dei mercati finanziari, bancari e assicurativi* in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2007, 335 ss., partic. 345-347; CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia* in *Banc. impr. e soc.*, 2003, 39 ss.; CLARICH – CAMILLI, *Art. 4*, in *Testo Unico Bancario* (nt. 1), 29 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 131 ss.; cfr. CLARICH - MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico* in *AGE*, II, 2003, 363 ss., partic. 367-369; ANTONUCCI, *Art 4 t.u.b.*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (nt. 1), 26 ss.

Centrale, in materia, è l'art. 53 t.u.b., che autorizza «la Banca d'Italia [a emanare] disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto [...] l'adeguatezza patrimoniale [nonché] il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni».

Al riguardo, l'art. 92 del reg. CRR, non intaccando l'ammontare *totale* dei fondi necessari ai fini del rispetto dei requisiti prudenziali (8% del totale degli attivi ponderato per i rischi), ha modificato la composizione interna del PDV: prima, il *tier 2* (composto da strumenti finanziari, titoli di debito e passività subordinate)⁷³ poteva corrispondere alla metà del PDV; oggi, la norma sopra citata stabilisce che il *tier 1* (elementi del netto) dev'essere, *da un lato*, pari al 6 % del PDV e, al tempo stesso, essere composto almeno per il 4,5 % da *cet 1* (azioni ordinarie); inoltre, gli artt. 129 ss. della CRD IV impongono alle banche di detenere delle riserve di capitale primario di classe 1 aggiuntive⁷⁴, allo scopo di favorire la costituzione di un patrimonio adeguato non tanto all'assorbimento delle perdite in caso di situazioni di difficoltà economica, quanto in fase di fisiologico e continuo svolgimento dell'attività bancaria (cd. *going concern capital*)⁷⁵.

In secondo luogo, le Disposizioni di vigilanza, ai sensi dall'art. 53, co. 2-*bis*, t.u.b., individuano un *processo di controllo prudenziale* articolato in due fasi⁷⁶: la *prima fase*⁷⁷ è interna all'ente creditizio, al quale è affidata, in *proporzione* ai rischi assunti⁷⁸, alle dimensioni e alla complessità operativa, un'autonoma valutazione della propria adeguatezza patrimoniale, attuale e prospettica, (cd. *Internal Capital Adequacy Assessment Process*); nella *seconda fase* (cd. SREP), la BCE e la Banca d'Italia riesaminano l'ICAAP,

⁷³ Nell'ottica della vigilanza, tutte le risorse confluenti a vario titolo nel patrimonio della banca sono potenzialmente mezzi per l'esercizio dell'attività. Ciò riflette un affievolimento dei confini tra rischio e debito, tra quanto è imputato a capitale, a patrimonio netto o iscritto al passivo reale. Cfr. FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 80, in nota 13. Con riguardo al rapporto tra la fattispecie degli strumenti finanziari ex art. 2411, co. 3, c.c. e gli strumenti innovativi o ibridi ex art. 12, co. 4-*bis*, t.u.b. cfr. LA LICATA, *La struttura finanziaria* (nt. 49), 165-167 e nota 236.; CUSA, *Il patrimonio di vigilanza delle banche di credito cooperativo* in *Bbicc*, suppl. 2, 2010, partic. 27 ss., il quale riteneva che gli strumenti innovativi e gli strumenti ibridi di capitale fossero rispettivamente obbligazioni partecipanti e obbligazioni subordinate (artt. 2411, co. 2 e co. 1, c.c.); diversamente, le b.c.c. non avrebbero potuto emetterli stante l'inapplicabilità dell'art. 2526 c.c. (art. 150-*bis* t.u.b.), quando invece gli artt. 11 e 12 t.u.b. parificano l'operatività delle banche sul piano della raccolta del risparmio; FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 65, in nota 156, e, soprattutto, 87 ss., secondo cui «la crisi ha mostrato che è del tutto irrilevante, in presenza di un rischio sistemico idoneo a determinare il crollo dell'intera architettura finanziaria globale, una dotazione patrimoniale di cui gli enti possano disporre solo una volta che siano entrati in una situazione di crisi irreversibile o di *default* che li costringa a interrompere la loro attività». Conseguentemente, Basilea III distingue tra risorse a disposizione dell'ente per assorbire le perdite in situazioni di continuità aziendale (*going-concern capital*), computabili nel *tier 1*, e risorse utilizzabili in situazioni di crisi, quando ormai non è più possibile la continuazione dell'attività (*gone-concern capital*), computabili nel *tier 2*.

⁷⁴ Cfr. l'art. 128, n. 6, CRD IV; Cfr. FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 92 ss. Nel «requisito combinato di riserva di capitale» vanno incluse: la riserva di conservazione di capitale (art. 129 CRD IV); la riserva di capitale anticiclica specifica dell'ente (art. 130); la riserva per gli enti a rilevanza sistemica a livello globale (cd. riserva per i G-SII ex art. 131, par. 4); la riserva per gli altri enti a rilevanza sistemica (cd. riserva per gli O-SII ex art. 131, par. 4).

⁷⁵ Le riserve di capitale servono a «dotare le banche di mezzi patrimoniali di elevata qualità da utilizzare nei momenti di tensione del mercato per prevenire disfunzioni del sistema bancario ed evitare interruzioni nel processo di erogazione del credito nonché per far fronte ai rischi derivanti dalla rilevanza sistemica a livello globale o domestico di talune banche». Cfr. la Pt. I, Tit. II, Cap. I, Sez. I delle Disposizioni e gli artt. 141 CRD IV e 77-78 CRR. Una volta raggiunto il livello minimo di *buffer*, è vietato effettuare distribuzioni ai titolari di strumenti computati nel *cet 1* che comportino un abbassamento al di sotto di detto livello, così come possono scattare vincoli di indisponibilità del netto in caso di abbassamento per effetto di perdite del capitale primario al di sotto della soglia complessiva del 5,125 %; cfr. FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 129 ss.

⁷⁶ Sul punto, la Direttiva CRD IV regola sia le procedure che la banca deve adottare per individuare un livello di patrimonializzazione adeguato ai rischi assunti (artt. 73-96), sia l'attività di revisione condotta dall'Autorità di vigilanza (artt. 97-101, 108-110).

⁷⁷ Cfr. Pt. I, Tit. III, Cap. I, Sez. II, NDVB.

⁷⁸ Cfr. Pt. I, Tit. III, Cap. I, Allegato A delle Disposizioni di vigilanza.

potendo eventualmente adottare, in via *correttiva*, misure particolarmente incisive sul governo delle banche (es. la restrizione delle attività o della struttura territoriale, il *divieto* di effettuare determinate operazioni e *di distribuire utili o altri elementi del patrimonio*; la fissazione di *limiti* all'importo totale della *parte variabile delle remunerazioni* nella banca)⁷⁹.

In definitiva, nella disciplina del PDV si ravvisa un'inversione di tendenza rispetto a quanto stabilito con la riforma del 2003: se il legislatore della riforma, infatti, ha ridotto notevolmente il ricorso alla tutela reale privilegiando le opposte tutele risarcitorie, diversamente la regolazione di settore ha traslato in ambito bancario i meccanismi riconosciuti dal diritto comune in materia di capitale sociale e di patrimonio netto⁸⁰, limitando, nei fatti, le opzioni concesse nel 2003 in ordine ai possibili strumenti per raccogliere e organizzare il finanziamento dell'impresa e stimolando, di conseguenza, una *standardizzazione della struttura finanziaria* degli enti creditizi⁸¹.

Con riguardo, invece, alla *governance* complessiva degli istituti di credito⁸², il Titolo IV delle NDVB contiene una disciplina dettagliata dedicata al governo societario, ai controlli interni e alla gestione dei rischi, da coordinare con le modifiche apportate al t.u.b. dal D.lgs. 72/2015.

Già nelle disposizioni di carattere generale (Pt. I, Tit. IV, Cap. I, Sez. I), si scorgono numerosi riferimenti ai profili di specialità delle società bancarie, che allontanano queste ultime dal modello codicistico improntato più sul binomio società-soggetto che su quello di impresa-attività: invero, nelle banche la presenza di efficaci sistemi di *governance* si spiega sia in ragione degli interessi dell'*impresa* sia in ragione «degli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento», ossia la

⁷⁹ Cfr. l'art. 53-*bis*, lettera d, t.u.b. La selezione degli interventi tiene conto della gravità, delle carenze, dell'esigenza di tempestività, del grado di consapevolezza, capacità e affidabilità degli organi aziendali, della disponibilità presso l'intermediario di risorse umane, tecniche e patrimoniali.

⁸⁰ La sana e prudente gestione va, in tal caso, intesa come corretto equilibrio tra mezzi propri e mezzi altrui ai fini dello svolgimento dell'attività d'impresa. Così FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 156 ss.; così anche LA LICATA, *La struttura finanziaria* (nt. 50), 173; già FERRI JR., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 552-553, note 92 e 93; per una sintesi del dibattito sulle funzioni del capitale sociale cfr. MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive* in *Riv. soc.*, 2012, 237 ss.; ID, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto delle società di capitali* in *Riv. soc.*, 2005, 1199 ss.; anche ARMOUR – HERTIG – KANDA, *Transactions with creditors*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2009, 115 ss., partic. 123 ss. L'intero meccanismo concernente l'adeguatezza patrimoniale mira in fondo ad impedire l'esercizio dell'attività creditizia da parte di enti con bassi livelli di patrimonializzazione, il che ricorda molto la tesi della manifesta insufficienza del capitale sociale di PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni* (nt. 36), I-2, 2004, 3 ss., partic. 29 ss.

⁸¹ Cfr. FRIGENI, *Natura e funzioni del «capitale» delle banche nella nuova regolamentazione* in *Banc. impr. e soc.*, I, 2015, 53 ss.; ID, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 214. Secondo l'autore la scarsa flessibilità della struttura finanziaria soffoca le potenzialità dell'ente in fase di raccolta, connesse al rapporto tra autonomia statutaria e attitudine selettiva del mercato finanziario (cfr. MARCHETTI, *L'autonomia statutaria nella società per azioni* in *Riv. Soc.*, 2000, 562 ss., e FERRI JR., *Autonomia statutaria e mercato a confronto* in *Riv. dir. comm.*, 1999, 919 ss.); tutto ciò, sommato ai limiti alla distribuzione degli utili, si riflette negativamente sulla capacità delle banche di raccogliere capitale di rischio, prospettandosi un effetto di *over-deterrence*, «destinat[o] a frenare [...] la possibilità per gli [enti creditizi] di incrementare il grado di rischiosità nei propri attivi, se non anche di mantenere quello che finora è stato tenuto».

⁸² Cfr. l'art. 53, co. 1, lett. d), t.u.b.. Numerosi sono i contributi in materia di *governance* delle banche. Si rinvia, *ex multis*, agli scritti contenuti in AAVV, *Il Governo delle Banche*, a cura di Angela Principe, Milano, 2015; CERA, *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche* in *Riv. Soc.*, 2015, 947 ss.; CECCHINELLI, *Il governo dell'impresa bancaria (riflessioni a margine del decreto legislativo. 72 del 2015)* in *Riv. dir. comm.*, III, 2016, 423 ss.; DE PRA, *Il nuovo governo societario delle banche* in *NLCC*, III, 2015, 525 ss.; GOBBO, *La governance delle banche. Il passato, il presente, il futuro* (nt. 57), 147 ss.; MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario* in *Bbct*, VI, 2015, 706 ss.; ID, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in *Società, banche e crisi d'impresa* (nt. 17), 2167 ss.; PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie* in *Riv. soc.*, I, 2016, 48 ss.; già PRESTI – CERA, *Commento breve al Documento di Banca d'Italia «Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo delle banche»* in *AGE*, II, 2007, 605 ss.

sana e prudente gestione, «obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza»⁸³.

A livello di principio, le disposizioni raccomandano «la chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, l'appropriato bilanciamento dei poteri, l'equilibrata composizione degli organi, l'efficacia dei controlli, il presidio di tutti i rischi aziendali, l'adeguatezza dei flussi informativi»⁸⁴; tuttavia, le stesse non sono formalmente destinate ad essere applicate da (o ad) organi sociali specificamente individuati, ma – seguendo un approccio *neutrale rispetto al sistema di amministrazione e controllo adottato in concreto* – forniscono piuttosto una disciplina *oggettiva* focalizzata sull'*attività* e sulle *funzioni* che della medesima sono espressione⁸⁵.

L'evidenziato approccio non va esente da critiche.

Per un verso, la natura neutrale della regolamentazione di vigilanza e, dunque, la sua capacità di adattarsi ai vari sistemi di amministrazione e controllo messi a disposizione dalla legge si è rivelata in concreto *inadeguata per le banche di piccole e medie dimensioni*, giacché i criteri dettati per realizzare l'uniformità del governo delle banche si sono ispirati al modello della grande impresa⁸⁶.

Per altro verso, anche avendo la possibilità di optare per un sistema di governo tra i vari disponibili, il livello di compressione dell'autonomia è tale che, in conclusione, non sono le istruzioni di vigilanza ad essere neutre rispetto alle scelte dei privati ma sono, al contrario, le differenze che da queste scelte potrebbero derivare ad essere neutralizzate dall'intervento regolamentare⁸⁷.

Coerentemente con l'esigenza di definire in modo chiaro la ripartizione delle funzioni imprenditoriali, le istruzioni distinguono tra (i) funzione di *supervisione strategica*, (ii) funzione di *gestione*, entrambe da ricondurre all'ambito dell'amministrazione, e (iii) funzione di *controllo*⁸⁸.

⁸³ La capacità di far fronte alle scadenze in condizioni di stabilità e di adeguare dette condizioni ai mutamenti del contesto in cui la banca si trova a operare, si rivela meccanismo volto a selezionare gli interessi di volta in volta rilevanti per l'impresa bancaria. Questa conclusione non si ricava solo dal grado d'ingerenza della vigilanza nella gestione degli enti creditizi (art. 53-*bis* t.u.b.), ma dalla recente disciplina (cfr. par. precedente) che impone alle banche di tenere in considerazione il rischio della crisi e gli interessi di coloro che per via della crisi subirebbero maggiori pregiudizi nella fase di programmazione dell'attività, quando sono ancora assenti criticità in ordine alla gestione o alla stabilità patrimoniale o all'equilibrio dei mezzi finanziari (artt. 69-*ter* ss. t.u.b.).

⁸⁴ La disposizione recepisce l'art. 74 CRD IV; cfr. anche l'art. 88 e i considerando da 53 a 60. Nel realizzare tali obiettivi generali vige indiscusso il principio di *proporzionalità* alle dimensioni, caratteristiche e complessità operativa delle banche, essendo previste regole applicabili per le banche *significant*, le banche *intermedie* e le banche *minori*.

⁸⁵ Così il Titolo IV, Cap. I, Sez. II, punto 1. Le ragioni di tale scelta vanno scorte, da un lato, nella necessità di *prevedere regole uniformi* dettate in virtù dei profili di specialità del governo delle banche e a prescindere dall'assetto organizzativo in concreto predisposto all'interno del singolo ente e, dall'altro lato, nell'intenzione di *lasciare margini di autonomia* (statutaria e gestoria) ai destinatari della disciplina regolamentare così da permettere agli stessi di raggiungere gli obiettivi prescritti tramite le modalità reputate più idonee al caso di specie.

⁸⁶ Pur essendo aumentato il livello di dettaglio della normativa prudenziale, rimane confermato l'approccio *one size fits all*. In tal senso, AMOROSINO, *La conformazione regolatoria della governance delle società bancarie da parte della Banca d'Italia*, in *Il Governo delle Banche* (nt. 82), 43 ss., partic. 49-50; ANTONUCCI, *Despecializzazione e principio di proporzionalità*, in *Riflessioni su banche e attività bancaria* (nt. 55), 93 ss.

⁸⁷ Critici, al riguardo, sono CAPOLINO, *Il governo societario delle banche: regole e strumenti nelle disposizioni di vigilanza e nelle norme europee*, in *Il Governo delle Banche* (nt. 82), 9 ss., partic. 17, CERA, *Il buon governo* (nt. 82), 950; PORTALE, *La corporate governance* (nt. 82), 60; *contra* MONTALENTI, *La corporate governance* (nt. 82), *passim*; ID, *Amministrazione e controllo nella società* (nt. 100), 737 ss., che individua nelle disposizioni di vigilanza, soprattutto con riguardo alla disciplina dei controlli interni, il paradigma di una "buona corporate governance", valevole anche per le società quotate.

⁸⁸ Nel sistema tradizionale o nel sistema dualistico contemplato dalla disciplina suppletiva, le prime due funzioni saranno ripartite all'interno del consiglio di amministrazione o del consiglio di gestione, mentre la terza spetterà al collegio sindacale o al consiglio di sorveglianza; diversamente, qualora lo statuto, prevedendo il sistema dualistico, attribuisca al consiglio di sorveglianza la competenza di cui

Tra queste, le disposizioni attribuiscono una primaria rilevanza alla supervisione strategica⁸⁹, la cui centralità si desume soprattutto dall'ampliamento, rispetto a quanto previsto dall'art. 2381, co. 4, c.c., delle materie che non possono essere delegate ai titolari delle funzioni di gestione⁹⁰.

Pertanto, si conferma ancora una volta la compressione della portata applicativa della riforma societaria da parte della normativa prudenziale, che provoca un indebolimento del potere del consiglio di amministrazione di organizzare l'articolazione delle funzioni *lato sensu* gestorie (art. 2381, co. 3, c.c.), erodendo, da un lato, il confine che, ai fini della responsabilità, separa i consiglieri non delegati dagli amministratori *esecutivi* (2392, co. 1, c.c.)⁹¹ e irrigidendo, dall'altro lato, il ruolo dell'autonomia privata, operativa e statutaria⁹².

All'organo di controllo⁹³ spetta, invece, la vigilanza sul sistema complessivo dei controlli interni (es. controllo dei rischi, *compliance*, *internal audit*), sul presupposto che si avvalga dei flussi informativi provenienti dalla struttura aziendale, attraverso un continuo lavoro di mediazione tra gli organi interni e la vigilanza esterna; anche in quest'ambito si riscontra una tendenza a uniformare l'organizzazione bancaria a prescindere dal sistema di governo adottato: la disciplina presa a riferimento dalla normativa secondaria è quella del collegio sindacale, ragion per cui le specificità che da

all'art. 2409-terdecies, co. 1, lett. f-bis, c.c., a questo spetterà la funzione di supervisione strategica; ancora, nel caso di sistema monistico tutte e tre le funzioni saranno concentrate in capo al consiglio di amministrazione, la terza spettando al comitato interno per il controllo sulla gestione.

⁸⁹ L'organo di supervisione strategica è «chiamato a deliberare sugli indirizzi di carattere strategico della banca e a verificarne nel continuo l'attuazione» laddove l'organo di gestione è responsabile dell'attuazione di tali indirizzi e della gestione aziendale.

⁹⁰ Invero all'organo con funzione di supervisione strategica (consiglio di amministrazione o consiglio di sorveglianza) spetta non solo il compito di definire e valutare l'attuazione degli assetti organizzativi e di governo della banca, ma anche: «la nomina e la revoca del direttore generale; l'assunzione e la cessione di partecipazioni strategiche; l'approvazione e la modifica dei principali regolamenti interni; l'eventuale costituzione di comitati interni agli organi aziendali; la nomina e la revoca dei responsabili delle funzioni di revisione interna, di conformità e di controllo dei rischi».

⁹¹ Tutto questo si spiega in ragione della diffidenza sorta, a seguito della crisi, nei confronti della prassi di attribuire primarie funzioni gestorie ai cd. *chief executive officer*, di fatto del tutto affrancati dai controlli del *board*. cfr. CALANDRA BONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche* in *Banc. impr. e soc.*, I, 2015, 19 ss., partic. 31 e 33; FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di organo con funzione di supervisione strategica* in *Bbit*, IV, 2015, 487 ss., partic. 494-496; LENER, *Le nuove regole in materia di supervisione strategica e di gestione delle banche* in *Il Governo delle Banche*, a cura di Angela Principe, Milano, 2015, 111 ss.; MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società* (nt. 82), 736. La stessa giurisprudenza di legittimità sembra interpretare il dovere di agire informato di cui all'art. 2381, co. 6, c.c. in maniera tale da attribuire agli amministratori non delegati un ruolo centrale nella *governance* dei rischi; Cfr. al riguardo Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737; Cass., 7 settembre 2016, n. 17687.

⁹² Si pensi al fatto che, nel caso di sistema dualistico, una volta devolute per statuto le funzioni di «alta amministrazione» al consiglio di sorveglianza non è poi più possibile tornare indietro perché le materie rientranti nella supervisione strategica non sono delegabili. Ma vedi la critica di PORTALE, *La corporate governance* (nt. 82), 56, secondo cui la compressione delle competenze del consiglio di gestione travalica i limiti tipologici del sistema dualistico; così anche FRIGENI, *Prime considerazioni* (nt. 91), 498.

⁹³ Notevole importanza riveste la funzione di controllo, il cui titolare (art. 52 t.u.b.) assume un ruolo di «ponte» tra la *governance* dell'ente creditizio e l'autorità di vigilanza, esercitando un potere che non ha natura censoria, ma è volto a valutare la conformità delle decisioni di gestione e di organizzazione ai canoni della correttezza gestoria (*id est* la correttezza nella gestione e l'adeguatezza nella cura degli assetti organizzativi); cfr. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società* (nt. 82), 716 ss.; ID, *La corporate governance* (nt. 82), 2181. «Il controllo si emancipa poi dall'accezione tradizionale di "verifica *ex post*" (derivato del diritto amministrativo) e si evolve in elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo. In altri termini il controllo non è estrinseco ma intrinseco alla funzione gestoria; in chiave assiologica la nozione dovrebbe evolvere da una concezione del controllo come "costo" all'idea del controllo come "opportunità"». Così anche PORTALE, *La corporate governance* (nt. 82), 53.

quest'ultimo distinguono gli altri due sistemi di governo alternativi vanno, nei fatti, ad assottigliarsi ⁹⁴.

Particolare attenzione è conferita alla tematica della *composizione e nomina degli organi sociali*, da connettere necessariamente alla disposizione di cui al novellato art. 26 t.u.b., che impone requisiti di *professionalità, indipendenza, onorabilità, competenza, correttezza e dedizione* (con riflessi sul cumulo degli incarichi), tali nel complesso da *garantire l'idoneità allo svolgimento delle funzioni* di amministrazione e controllo ⁹⁵.

Su questa scia, le disposizioni di vigilanza (Pt. I, Tit. IV, Cap. I, Sez. IV) raccomandano una composizione dell'organo di supervisione strategica che sia, per un verso, non pletorica e, per altro verso, adeguatamente diversificata, fornendo, ancora una volta, *rigidi* parametri *quantitativi* accompagnati da *obiettivi generici* che si ispirano al modello della grande banca mista ⁹⁶.

Altra materia interessata dalla riforma è quella delle remunerazioni (art. 53 t.u.b.) ⁹⁷, muovendo dalla constatazione che un uso distorto degli incentivi sulle remunerazioni può costituire un fattore di rischio per l'attività bancaria; in particolare, in tutti quei casi in cui i meccanismi di retribuzione degli amministratori non sono legati ai risultati *ex post* concretamente raggiunti (rispetto alle politiche, ai programmi fissati *ex ante*), ma, al contrario, correlati ad orizzonti di breve termine che stimolano condotte scorrette e conflitti d'interesse.

Tralasciando le numerose novità riguardanti i controlli interni ⁹⁸, bisogna terminare con alcune osservazioni in merito alla tematica del conflitto d'interessi,

⁹⁴ Cfr. DE PRA, *Il nuovo governo societario* (nt. 82), 558 ss., partic. 560; PORTALE, *La corporate governance* (nt. 82), 54. Per tali ragioni, ad esempio, lo statuto, deve stabilire che la revoca dei consiglieri di sorveglianza (o dei membri del comitato interno sulla gestione) debba essere adeguatamente motivata. La violazione di quest'ultima norma, a mio avviso, espone la delibera collegiale al rischio di impugnazione per non conformità a statuto. *Contra* DE PRA, *Il nuovo governo societario* (nt. 82), *ibidem*; Si veda, il Trib. Milano, 22 settembre 2015, n. 40552, che ha riconosciuto la tutela ex art. 2377 c.c. per lesione del diritto del socio «di agire informato» in occasione di un'operazione di un aumento di capitale.

⁹⁵ Si veda CAPOLINO, *Il governo societario delle banche* (nt. 87), 32 ss., 40. EBA, *Guidelines on the assessment of the suitability of members of management body and key function holders*, 2012). Cfr. anche l'art. 91 CRD IV.

⁹⁶ Cfr. art. 91, co. 7, CRD IV; CALANDRA BONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica* (nt. 91), 21 ss. Viene raccomandata, in particolare, la presenza di un numero adeguato di componenti non esecutivi con ruoli e compiti ben definiti, in possesso di adeguata conoscenza del *business* bancario, delle dinamiche del sistema economico-finanziario, della regolamentazione bancaria e finanziaria e, soprattutto, delle metodologie di gestione e controllo dei rischi; condizioni tutte essenziali per rendere effettivo ed efficace il ruolo di contrappeso all'esercizio della gestione operativa *tout court*. In via autonoma è considerata la posizione degli amministratori indipendenti, sui quali si veda il Tit. IV, Cap. I, Sez. IV, NDVB; FERRO LUZZI, *Indipendente...da chi; da cosa?* in *Riv. soc.*, 2008, 204 ss. Cfr. anche REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto societario* (nt. 1), II, 385 ss. Tali amministratori vanno, in particolare, a comporre i comitati interni ("nomine", "rischi" e "remunerazioni") all'organo di supervisione strategica; cfr. Pt. I, Tit. IV, Cap. I, Sez. IV delle Disposizioni di vigilanza. Infine, In relazione ai flussi informativi (Tit. IV, Cap. I, Sez. V), è attribuito ruolo centrale di mediazione e raccordo tra i vertici dell'impresa e l'intera struttura aziendale al presidente dell'organo con funzione di supervisione strategica, per il quale si rinvia alle osservazioni critiche di CERA, *Il buon governo* (nt. 82), 950-951; PORTALE, *La corporate governance* (nt. 82), 59.

⁹⁷ Le Disposizioni di vigilanza fissano, al riguardo, un rapporto tra la componente *fissa*, che riflette l'esperienza professionale e le responsabilità organizzative, e la componente *variabile* del compenso, che esprime le prestazioni sostenibili e corrette per il rischio; i meccanismi di remunerazione devono essere coerenti con (i) obiettivi di lungo periodo e con (ii) livelli di capitale e di liquidità necessari a garantire la sana e prudente gestione. Di norma la componente variabile non può superare il 100 % della componente fissa (o il 200 % se si pronuncia favorevolmente l'assemblea). Cfr. anche l'art. 94 CRD IV; si rinvia a POMELLI, *L'armonizzazione europea del diritto delle società di capitali* (nt. 57), 319 ss.; FERRARINI-SIRI, *Il governo societario* (55), 106 ss.

⁹⁸ Cfr. Tit. IV, Cap. 3, Sez. I, delle Disposizioni di Vigilanza; al centro del sistema si colloca il controllo dei rischi. All'uopo, le banche individuano il cd. *Risk Appetite Framework* (RAF), che fissa *ex ante* gli obiettivi di rischio/rendimento che l'intermediario intende raggiungere e i conseguenti limiti operativi. Vengono, così, individuate specifiche indicazioni di carattere qualitativo idonee a orientare la definizione e

indicativa di un importantissimo cambio di rotta rispetto alla visione accolta con la riforma del diritto societario, sintomo dei ripensamenti che sono avvenuti a seguito della crisi finanziaria ⁹⁹.

Invero, l'impostazione adottata con la riforma del diritto societario – basata sul binomio autonomia-trasparenza ¹⁰⁰ – non ha arginato il problema del conflitto d'interessi; anzi, si è già detto, più in generale, che i canoni della *better regulation* – ossia della definizione *ex ante* di obiettivi e principi la cui osservanza è rimessa a processi autovalutativi interni all'ente vigilato – sono stati ritenuti uno dei fattori alla base della crisi finanziaria.

Per questi motivi l'art. 53, co. 4, t.u.b. stabilisce che «i soci e gli amministratori, fermi restando gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, del codice civile, si astengono dalle deliberazioni in cui abbiano un interesse in conflitto, per conto proprio o di terzi» ¹⁰¹, imponendo ai soci in conflitto d'interessi un obbligo di astensione che evoca la figura del *droit-fonction* ¹⁰², inteso quale dovere di perseguire l'interesse dell'impresa in sede di esercizio di voto.

l'aggiornamento dei processi e dei presidi del sistema in prospettiva diacronica; sono definiti i meccanismi e le strategie attivabili nel caso in cui l'assunzione di un determinato rischio superi una predeterminata soglia di tolleranza. CECCHINELLI, *Il governo dell'impresa bancaria* (nt. 82), 455; CALANDRA BONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica* (nt. 91), 26-29; DE PRA, *Il nuovo governo societario* (nt. 82), 553; FRIGENI, *Prime considerazioni* (nt. 91), 491; MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società* (nt. 82), 717, 730, secondo cui la gestione del rischio diviene, nelle società bancarie, «il *pivot* della gestione dell'impresa societaria».

⁹⁹ Al riguardo cfr. MAFFEIS, *Regole di vigilanza prudenziale comuni al mondo TUB e al mondo TUF: il conflitto di interessi degli amministratori nel decreto di attuazione della direttiva UE CRD IV e del regolamento UE 525 del 2013*, reperibile su www.diritto bancario.it. Per il coordinamento tra l'art. 53, co. 4, e l'art. 136 t.u.b., cfr. MALVAGNA, *Autorizzazione ex art. 136 t.u.b. e operazioni di banca in Btbc*, 2016, 587 ss., partic. 591, in nota 5. ove ritiene di escludere dall'unanimità di cui all'art. 136 l'amministratore in conflitto.

¹⁰⁰ Dopo la riforma del diritto societario, l'art. 2391 c.c., non preoccupandosi più del conflitto d'interessi *tout court*, ha stabilito che *ogni interesse* in una data operazione di competenza collegiale di cui un amministratore, per conto proprio o altrui, può essere portatore va comunicato al consiglio, che dovrà valutare e motivare attentamente l'opportunità di adottare la delibera cui l'interesse si riferisce; la violazione di quest'obbligo di motivazione dà luogo a invalidità della delibera (commi 2 e 3 dell'art. 2391 c.c.). Pertanto, il legislatore non si preoccupa più di vietare agli amministratori in conflitto di votare in consiglio, essendo complicato per un singolo *manager* avvertire, prima ancora di un conflitto (con l'interesse sociale), il contenuto concreto dell'interesse da perseguire; piuttosto obbliga l'amministratore a rendere esplicito il suo interesse al collegio, così da rimettere a quest'ultimo la valutazione (con conseguente assunzione di responsabilità) della sussistenza in concreto del conflitto o, meglio ancora, dell'opportunità di adottare una determinata delibera nonostante l'interesse manifestato.

¹⁰¹ Viene in tal modo ripristinato nelle banche il meccanismo dell'astensione, che, del resto, non si sostituisce al meccanismo della trasparenza ma a questo si affianca: non c'è più un'incompatibilità tra la regola dell'*abstain*, vigente prima del 2003, e la regola, introdotta con la riforma, dell'*explain*; oggi la soluzione prescelta è *abstain and explain*; in senso diverso, MAFFEIS, *Regole di vigilanza* (nt. 99), 9.

¹⁰² La letteratura in materia di interesse sociale, di conflitto di interessi e abuso di maggioranza è amplissima. *Ex multis*, si rinvia ai classici di ASCARELLI, *Considerazioni in tema di Società e Personalità Giuridica*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 129 ss.; ID, *Principi e problemi delle società anonime*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 3 ss.; ID, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, ivi, 99 ss.; ID, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, ivi, 147 ss.; ID, *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Problemi Giuridici*, Milano, 1959, 536 ss.; ID, *Indivisibilità dell'azione e aumento di capitale*, ivi, 633 ss.; ID, *La riduzione di capitale a zero*, ivi, 677 ss.; FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze* in *Riv. dir. comm.*, I, 1934, ora anche in *Scritti Giuridici*, vol. III/1, Napoli, 1991, 88 ss.; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987; JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964; MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 435 ss.; PREITE, *L'«Abuso» della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni*, Milano, 1992; SENA, *Il voto nell'assemblea della società per azioni*, Milano, 1961. In giurisprudenza cfr., tra le tante, Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, II, 329 ss., con nota di JAEGER, ANGELICI, GAMBINO, COSTI E CORSI; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 31 maggio 2012, in *Btbc*, 2014, II, 61 ss.; Trib. Milano (ord.), 28 novembre 2014, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Roma, 14 maggio 2014, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it; le ultime sentenze citate richiamano la massima di Cass., 12 dicembre

Parimenti espressivi della stessa tendenza sono i poteri che la Banca d'Italia¹⁰³ può – *in proporzione al grado d'instabilità in cui versa l'ente creditizio* – esercitare per porre rimedio ai conflitti e alle irregolarità nella gestione delle banche, ai sensi dell'art. 53-*bis* t.u.b.: essi, infatti, sono volti a frenare l'esercizio dell'attività d'impresa nelle ipotesi in cui questa sia orientata a obiettivi d'investimento di breve periodo.

Si può, così, concludere osservando come sia in atto un processo di *amministrativizzazione* del settore disciplinare creditizio, con conseguente affievolimento dell'autonomia privata – intesa quale autonomia statutaria, organizzativa e operativa – a garanzia della sana e prudente gestione dell'impresa¹⁰⁴.

Tenendo a mente di scomporre l'elemento dello scopo in scopo-mezzo e scopo-fine, negli enti creditizi il rapporto di strumentalità tra l'uno e l'altro subisce in qualche modo un rovesciamento, posto che la regolazione bancaria pone forti limiti all'interesse a massimizzare (e a monetizzare) l'investimento azionario, soddisfabile solo qualora non si vada a minare il perseguimento dell'oggetto sociale, dunque il corretto, sano e prudente esercizio dell'attività bancaria.

Quest'ultimo implica un bilanciamento tra gli interessi di diversi gruppi di soggetti, tutti titolari di pretese su quote del patrimonio sociale, tutti concorrenti ai rischi dell'impresa bancaria; il soddisfacimento di tali interessi può avvenire soltanto attraverso la tutela della sana e prudente gestione e della stabilità del sistema finanziario complessivo¹⁰⁵.

Non può sostenersi oggi che la «specialità della disciplina societaria bancaria trova comunque il suo limite nel modello organizzativo tipico della società azionaria», essendo lo stesso testo unico a obliterare le scelte dell'autonomia statutaria (dunque gli interessi dei soci), che può essere sconfessata, nei casi più gravi, dall'intervento dell'autorità di vigilanza¹⁰⁶.

2005, 27387 (cfr. *Giur. comm.*, 2007, I, 85 ss.); sul piano sistematico, la norma trova anche connessioni con l'art. 25 t.u.b., secondo cui i titolari di partecipazioni rilevanti di cui all'art. 19 devono «soddisfare criteri di competenza e correttezza in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca».

¹⁰³ L'autorità può, tra l'altro, *ordinare la convocazione degli organi sociali* e *proporre* l'assunzione di determinate decisioni; *disporre*, qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca, *la rimozione* di uno o più esponenti aziendali (anche di tutti nei casi più gravi ex art. 69-*vicies-semel* t.u.b.), esclusi i casi di decadenza ex art. 26 t.u.b.; *disporre vincoli all'attività*, sia sul piano dell'impresa (raccolta ed erogazione del credito) sia sul piano societario (distribuzione degli utili, retribuzione degli amministratori). A eccezione della disciplina del conflitto d'interessi, un'intensa compressione dell'autonomia privata a opera del legislatore è realizzata, per gli stessi motivi esposti nel presente paragrafo, anche nell'ambito dei gruppi bancari, che sarà oggetto di analisi nel capitolo successivo.

¹⁰⁴ Cfr. FAUCEGLIA, *Il glossario delle Istruzioni di Vigilanza sul "Governo societario": verso l'amministrativizzazione del diritto dell'impresa?* in *Il Governo delle Banche* (nt. 82), 129 ss.; nello stesso senso, AMOROSINO, *La conformazione regolatoria* (nt. 106), 48-49.

¹⁰⁵ Cfr. sul tema FERRI, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti attività bancaria* in *Bbct*, I, 1975, 1 ss., e, nell'ambito dei gruppi bancari, PORZIO, *I soci del gruppo bancario* in *Dir. e giur.*, III-IV, 1995, 281 ss.

¹⁰⁶ Esemplare è l'art. 69-*sexies*, co. 3, t.u.b., sui poteri attivabili dalla Banca d'Italia in sede di valutazione dei piani di risanamento, tra cui è compreso il cambiamento della *struttura* e/o della *forma* dell'ente vigilato. In passato la specialità del diritto bancario coinvolgeva il profilo dell'attività d'impresa senza interferire con la disciplina del tipo azionario; cfr. DI CATALDO, *Gli statuti speciali delle società azionarie* in *Giur. comm.*, I, 1991, 468 ss. Oggi, invece, la dottrina è più propensa a configurare un diritto bancario speciale in ragione del diverso (e minor) peso che assume l'interesse dei soci all'interno dell'organizzazione sociale; in questo senso FRIGENI, *Prime considerazioni* (nt. 91), 500. Cfr., inoltre, Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 19 luglio 2016, c-526-14, reperibile su www.diritto bancario.it: «Sebbene vi sia un evidente interesse pubblico a garantire, in tutta l'Unione, una tutela degli investitori forte e coerente, tale interesse non può essere ritenuto prevalente, in ogni circostanza, rispetto all'interesse pubblico a garantire la stabilità del sistema finanziario» [corsivo aggiunto]. Nella prospettiva accolta dalla Corte, anche se nell'ambito delle società in crisi che presentano un piano di concordato preventivo avente ad oggetto un aumento di capitale con esclusione dell'opzione. Cfr. PRESTI, *Concordato preventivo e nuovi modelli di regolazione della crisi*, relazione presentata al convegno *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, tenutosi a Courmayeur, 23-24 settembre 2016.

Pertanto, i limiti che la legislazione bancaria pone all'autonomia privata – prima ancora di incidere e scolorire la mutualità delle banche cooperative – coinvolgono la generalità delle società bancarie, ostacolando politiche d'investimento speculative non orientate a un orizzonte di medio-lungo termine e irrigidendo, così, i canali per il perseguimento di uno scopo *lucrativo*.

Di tutto ciò si deve tener conto per comprendere meglio il significato della riforma della cooperazione bancaria.

Qualora, infatti, le riforme intervenute nell'ambito delle banche cooperative dovessero risultare preordinate a raggiungere gli obiettivi e a realizzare gli assetti sintetizzati in questi ultimi due paragrafi, dando spazio al perseguimento di interessi *lucrativi* solo ove ciò fosse necessario a rendere patrimonialmente stabile l'esercizio dell'attività creditizia e scongiurando, al tempo stesso, i rischi di instabilità provocati da scelte d'investimento di singoli soci (art. 28, co. 2-*ter*, t.u.b.), risulterebbe notevolmente attenuato l'impatto provocato dall'istituto del gruppo bancario cooperativo sui vincoli *mutualistici* all'attività posti dalla disciplina delle b.c.c.

In tal senso, la sana e prudente gestione e la stabilità dovrebbero costituire le bussole di riferimento per la s.p.a. capogruppo del g.b.c., il cui scopo, del resto, non può dirsi *lucrativo* nel senso di cui all'art. 2247 c.c., essendo conformato dalla legge e dalle disposizioni di vigilanza, che affidano alla prima il ruolo di garante di mutualità del gruppo (cfr. art. 37-*bis*, co. 3, t.u.b. e Pt. IV, Cap. V, NVDB); a ciò si aggiunga, che l'interesse dei soci nelle banche cooperative investe direttamente l'oggetto sociale creditizio, per cui una normativa volta a garantire il corretto svolgimento dell'impresa non può che agevolare il raggiungimento di detto interesse, favorendo le occasioni di accesso al credito.

Inoltre, tutti i difetti che, come si è visto, caratterizzano la disciplina prudenziale – retta da un principio di proporzionalità solo apparente e pensata nei fatti per le grandi imprese d'investimento – possono spiegare le ragioni di interventi *ad hoc* per le banche cooperative, a cominciare da quelli che nel 2015 hanno riguardato il settore delle banche popolari.

5. *Le ragioni della riforma delle Banche Popolari: conferma della natura di cooperativa a mutualità non prevalente e progressivo slittamento verso il modello azionario.*

Nelle cooperative di credito, che pure, sul piano della disciplina comune a tutte le banche, sono state interessate dalla riforma della legislazione bancaria descritta nei precedenti paragrafi, più vive – rispetto a quanto può valere per il modello *lucrativo* – si rivelano le esigenze di solidità patrimoniale e di sana e prudente gestione.

Ciò è testimoniato dalle criticità storicamente segnalate con riguardo alle banche popolari: se da un lato, *nell'ottica della cooperazione*, autorevole dottrina già in passato sosteneva che le popolari del tipo cooperativo possedessero più la forma che la sostanza¹⁰⁷; dall'altro lato, *nell'ottica dell'esercizio dell'attività creditizia*, è diffusa la convinzione che la struttura di governo cooperativa rappresenti un ostacolo alla sana e prudente gestione,

¹⁰⁷ È nota l'osservazione di FERRI, voce «Banca popolare», in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 13, Vedi anche PRESTI, *Le banche cooperative nell'attuale contesto giuridico ed economico* (nt. 13), 9. Dopo la riforma del 2003, cfr. BRESCIA MORRA – MORERA, *L'impresa bancaria* (nt. 1), 147-155; BOCCUZZI, *Il modello delle banche cooperative* (nt. 1), 379, 389 ss., che distingue tra “grandi” e “piccole” popolari, predicando per le prime il superamento del modello cooperativistico, stante la tenuità della causa mutualistica, e la progressiva omogeneizzazione con lo schema delle s.p.a.; CAPRIGLIONE, *La riforma delle “banche popolari”*, in *La Riforma delle Banche Popolari*, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2015, 3 ss., 5, 8, in nota 10; ID, *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario* (nt. 1), 137 ss.; da ultimo FIORDIPONTI, *Lo scopo mutualistico: un'assenza certificata* in *Dir. banc. merc. fin.*, 2015, 417 ss.

specie se riferibile a una banca di grandi dimensioni qual è, di regola, la banca popolare¹⁰⁸.

Infatti, la disciplina delle banche popolari tratteggiata dal testo unico bancario è apparsa, sin dalla sua vigenza, espressiva di un tipo sociale poco incline a realizzare «la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata» di cui all'art. 45 Cost., funzione originariamente annoverata tra i connotati essenziali di tutti i fenomeni cooperativi¹⁰⁹.

La logica conseguenza di una simile affermazione è rappresentata da un giudizio d'inadeguatezza degli assetti strutturali tipici delle cooperative: essendo lo scopo mutualistico fortemente annacquato da regole poste a favore dell'interesse lucrativo, l'organizzazione democratica cooperativa non appare coerente con lo scopo sostanziale cui l'attività delle popolari si dirige e con le regole del mercato di capitali, sul presupposto che la realizzazione di uno scopo (sostanzialmente) lucrativo necessiti di meccanismi di governo fondati su un inscindibile nesso tra rischio e potere¹¹⁰.

È noto, poi, che l'organizzazione democratica si manifesta regola eccessivamente rigida nelle stesse cooperative caratterizzate da un'ampia e dispersa compagine sociale, portatrice d'interessi che al crescere della collettività diventano sempre più disomogenei, così da neutralizzare la possibilità da parte dei soci di organizzarsi per monitorare l'andamento della gestione¹¹¹.

Emergono in tal modo tutti i difetti che vengono generalmente addebitati alle società quotate in quanto *public company*¹¹², con l'aggravante dato dal fatto che, da un lato, il voto capitario esclude in radice la contendibilità della società e, dall'altro lato, la gestione della porta aperta – altro elemento caratterizzante la democrazia cooperativa – è rimessa nelle mani degli amministratori, che possono così selezionare soci in grado di sostenere il loro operato e assicurare l'autoperpetuazione del *board* (art. 30, co. 5, t.u.b.).

¹⁰⁸ BOCCUZZI, *Il modello delle banche cooperative* (nt. 1), 387-388; CAPRIGLIONE, *La riforma delle "banche popolari"* (nt. 107), 5. Già PRESTI, *Le banche cooperative nell'attuale contesto giuridico ed economico* (nt. 13), 10, nota 21, che correttamente individua nel voto capitario un impedimento all'utilizzo dell'offerta pubblica d'acquisto ostile quale efficace strumento di monitoraggio sull'operato dell'organo amministrativo.

¹⁰⁹ Cfr. il primo paragrafo. Nemmeno oggi il dubbio in merito alla riconducibilità delle banche popolari alla cooperazione di cui all'art. 45 Cost. risulta di agevole soluzione. Da ultimo MONTEDORO, *Riforma delle banche popolari e profili costituzionali della cooperazione di credito*, in *La Riforma delle Banche Popolari* (nt. 138), 27 ss. Infatti, l'elemento funzionale delle popolari non riceve contenuto positivo dalle norme di legge, potendo solo affermarsi che, a differenza di quanto stabilito per le banche di credito cooperativo, le popolari non sono tenute all'esercizio del credito prevalentemente a favore dei soci. A ciò si aggiunge la possibilità per dette banche di distribuire ai soci il 90 % degli utili annui. Infine l'art. 30 t.u.b. permette al consiglio di amministrazione di rigettare la richiesta di ingresso in società presentata da un aspirante socio avendo riguardo, tra l'altro, «allo spirito della forma cooperativa» [enfasi aggiunta]; rigetto che, comunque, non preclude l'esercizio dei diritti patrimoniali inerenti alle azioni possedute e non ostacola, dunque, l'interesse lucrativo di chi possiede partecipazioni in banche popolari.

¹¹⁰ Oltre agli autori indicati alla nota 108 in questo senso anche PELLEGRINI, *Il decreto legge n. 3 del 2015. Un'occasione mancata per la ridefinizione della "cooperazione di credito"*, in *La Riforma delle Banche Popolari* (nt. 107), 55 ss., 57; FIORDIPONTI, *Lo scopo mutualistico* (nt. 107), 421-423, anche alle note 11 e 12. Il perseguimento sostanziale dello scopo lucrativo dovrebbe derivare dalla neutralità del modello "banca popolare" in ordine alla realizzazione dello scopo mutualistico. La conclusione è che le banche popolari sarebbero un *tertium genus*. Al riguardo cfr. SANTONI, *La governance delle banche popolari* in *Bbicc*, I, 2013, 505 ss., partic. 510; SALAMONE, *Le Banche Popolari ovvero: «la mutualità che visse due volte» (evoluzione, diritto vigente, tipologia sociale tra «forma» e «sostanza» di società cooperativa)* in *Bbicc*, I, 2004, 594 ss., partic. 637. Sulla prevalenza

¹¹¹ Cfr. SANTORO, *Amministratori di cooperative e interessi dei soci*, in *Società, banche* (nt. 17), II, 2033 ss. Si tratta della tesi di Hansmann indicata nel primo paragrafo.

¹¹² A favore della prevalenza della disciplina delle quotate rispetto a quella delle cooperative, in un'ipotesi riguardante il voto espresso in forma elettronica in una banca popolare cfr. Trib. Bologna, 11 marzo 2014, n. 899, con nota di RICCIARDELLO, *Banche popolari quotate: verso il definitivo superamento del «tipo» a favore del modello azionario?*, in *Giur. comm.*, V, 2015, 1072 ss., partic. 1083-1084.

Tuttavia, a stretto rigore, una qualificazione della banca popolare in termini di società solo formalmente cooperativa non mi sembra supportata dai dati ricavabili dall'attuale sistema normativo dedicato al tipo cooperativo¹¹³.

Infatti, una delle novità più importanti della riforma delle cooperative del 2003, a conferma dell'esistenza, nella realtà empirica, di diversi modi d'intendere la mutualità, è stata l'introduzione della distinzione tra cooperative a mutualità prevalente e cooperative diverse¹¹⁴: in particolare, le seconde, di cui, appunto, le banche popolari costituiscono oggi una *species* di diritto speciale, possono perseguire molto più intensamente delle prime interessi lucrativi¹¹⁵.

In un'ottica complessiva, inoltre, entrambi i modelli sono: (i) riconducibili alle «società a capitale variabile con scopo mutualistico» ex art. 2511 c.c.¹¹⁶; (ii) soggetti, a seguito di un vaglio di compatibilità, alla disciplina della società per azioni¹¹⁷; (iii) soggetti alle norme del codice solo qualora queste ultime siano compatibili con l'eventuale esercizio di attività regolate da legge speciali¹¹⁸.

A ciò si aggiunge il dato della diffusa presenza negli statuti delle popolari di riferimenti alla mutualità, evocativi di un modo di esercitare l'attività bancaria che si distacca da quello che ha caratterizzato in questi ultimi anni le banche lucrative¹¹⁹,

¹¹³ Ciò anche tenendo conto, su un piano generale e di metodo, che l'essenza del tipo non va ricavata esclusivamente dalla disciplina inderogabile, essendo espressa anche dalle norme di carattere suppletivo; e che tale essenza può subire delle più o meno intense distorsioni qualora il tipo sociale venga imposto dal legislatore in ragione dell'esercizio di un'attività economica in settori di rilevanza pubblica; cfr. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.

¹¹⁴ La distinzione è rilevante ai fini della fruizione delle agevolazioni fiscali, anche se molte delle novità della riforma erano già state anticipate dalla l. 59 del 1992, che aveva affidato la mutualità di sistema ai fondi mutualistici e riconosciuto alle società cooperative nuovi strumenti di raccolta del finanziamento. Cfr. BASSI, *Un bilancio della riforma dello scopo mutualistico dieci anni dopo* in *Giur. comm.*, I, 2014, 67 ss., partic. 70, che riconosce nella disciplina delle cooperative a mutualità prevalente un paradigma della mutualità in senso tradizionale; *contra*, con diversità di sfumature, cfr. BELVISO, *Le cooperative a mutualità prevalente* in *Bbt*, I, 2007, 1 ss.; MARASÀ, *L'odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative*, in *Società, banche* (nt. 17), II, 2001 ss.

¹¹⁵ Sicché ci sarebbe da capire quale sia il tasso minimo di mutualità, necessario a consentire il rispetto dei confini tipologici della cooperazione non prevalente. cfr. BASSI, *Appunti sulla natura giuridica delle cooperative «diverse» da quelle «a mutualità prevalente»* in *Bbt*, I, 2006, 245 ss., partic. 247 ss.

¹¹⁶ Ai sensi dell'art. 2521 c.c., d'altra parte, è necessaria una specifica opzione statutaria per avvalersi del modello “cooperativa diversa” e del modello “a mutualità prevalente”, potendosi configurare, nel silenzio dello statuto, una cooperativa non abilitata a intrattenere rapporti con terzi; BELVISO, *Le cooperative a mutualità prevalente* (nt. 114), 33-34. Lo testimoniano, del resto, quegli studi dedicati ai profili mutualistici della disciplina del governo delle società cooperative; cfr. PIRAS, *Profili mutualistici della governance delle società cooperative*, in *Società*, (nt. 17), II, 2019 ss., partic. 2029.

¹¹⁷ Il maggior avvicinamento della società cooperativa al modello azionario a seguito della riforma del 2003 è evidenziato particolarmente da DOLMETTA, *Operazioni delle cooperative sulle proprie «partecipazioni»: la novità della disciplina*, in *Il nuovo diritto societario* (nt. 1), 895 ss.; ID, *Cooperative con «applicazione necessaria» della (compatibile) disciplina delle s.p.a. ex art. 2519 c.c. e struttura delle partecipazioni sociali* in *Riv. soc.*, 2005, 187 ss.

¹¹⁸ Secondo alcuni le banche popolari rientrerebbero nella fattispecie di cui all'art. 2520, co. 2, c.c.; cfr. MARASÀ, *Art. 2520 c.c. Leggi speciali*, in *Società cooperative* (nt. 12), 123 ss., partic. 126. Conforme ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari tra “argomenti” di diritto interno e “ragioni” di diritto europeo*, relazione presentata al convegno *L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi e interessi*, Roma, 2015, reperibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it, partic. 3 e nota 17.

¹¹⁹ Alcune clausole concernenti l'oggetto sociale prevedono l'obiettivo di incoraggiare il risparmio, di sostenere l'economia del territorio, le famiglie e le piccole imprese, di preferire operazioni di finanziamento minori, possibilmente frazionate, al tempo stesso vietando il compimento di operazioni di pura speculazione conformemente alla tradizione del credito popolare; altre contemplano il diritto del socio di essere preferito al terzo, a parità di condizioni, nell'accesso al credito. Di estremo interesse sono le clausole di garanzia, le quali prevedono che il credito vantato verso il socio inadempiente possa essere compensato col valore delle azioni sottoscritte dal medesimo, stante l'assenza di un divieto per le banche cooperative di accettare azioni proprie a garanzia dei prestiti a favore dei soci. Cfr. ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari* (nt. 118), note 37-39; SALAMONE, *Le Banche Popolari* (nt. 110), 626 ss.; PETRELLI, *Le banche*

oltrech  della destinazione dell'utile a finalit  di assistenza e beneficenza in assenza di diversa disposizione statutaria o assembleare e della necessit  di dar conto in una specifica relazione dei criteri seguiti nella gestione sociale volta al perseguimento – seppur in minima ma essenziale parte – dello scopo mutualistico (art. 2545 c.c.)¹²⁰.

Pertanto, piuttosto che ritenere la banca popolare una societ  sostanzialmente lucrativa in quanto causalmente neutra; sarebbe pi  corretto considerarla un tipo speciale e paradigmatico di cooperativa diversa¹²¹.

Nell'ottica dell'attivit  bancaria, invece, va ribadito che l'inefficienza generata dalla struttura di governo democratica applicata a contesti di azionariato diffuso rende poco appetibile l'investimento in una societ  cooperativa.

Consapevole delle difficolt  delle societ  cooperative di competere in un mercato dominato da strutture capitalistiche concepite come veicoli di raccolta e organizzazione del finanziamento dell'impresa¹²², il legislatore del 2003 ha previsto numerose deroghe al principio del voto capitaro, consentendo di calibrare il potere di voto tanto all'interesse mutualistico quanto all'interesse lucrativo¹²³ e avvicinando, cos , il modello cooperativo a quello della societ  per azioni, posto che l'organizzazione democratica non rientra nella fattispecie delineata dall'art. 2511 c.c.

cooperative nella riforma (nt. 1), partic. 9; BONFANTE, *La societ  cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* (nt. 1), 245 ss., partic. 247, 251, 274; GIORGI, *Art. 2533 c.c. Esclusione del socio*, in *Societ  cooperative* (nt. 12), 279 ss.; TATARANO, *La nuova impresa cooperativa* (nt. 3), 331 ss., 516, alla nota 61; DOLMETTA, *Operazioni delle cooperative sulle proprie «partecipazioni»* (nt. 117), 897-898; CHIEFFI, *Art. 2529 c.c. Acquisto delle proprie quote o azioni*, in *Societ  cooperative* (nt. 12), 258-259; BASSI, *Delle imprese cooperative* (nt. 3), 552.

¹²⁰ Cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario* (nt. 72), 424. Inoltre, la gran parte delle clausole che regolano la destinazione degli utili, configurano la devoluzione a fini altruistici alla stregua di una pre-deduzione e non di una destinazione residuale; cfr. SALAMONE, *Le Banche Popolari* (nt. 110), 621 ss. L'effettivit  dello scopo mutualistico  , tuttavia, ostacolata dall'affidamento della vigilanza (anche cooperativa) alla sola Banca d'Italia a che, con molta probabilit , dar  prevalenza alle esigenze di stabilit  e solidit  patrimoniale e operativa pi  che alla gestione di servizio a favore dei soci; cfr. BOCCUZZI, *Il modello delle banche cooperative* (nt. 1), 437 ss.

¹²¹ Cfr. COSTI, *Verso un'evoluzione capitalistica delle banche popolari* in *Bbtc*, V, 2015, 575 ss., partic. 577. Nello stesso senso SALAMONE, *Le Banche Popolari* (nt. 110), 18. Non si pu , infatti, escludere dall'area della mutualit  ci  che la legge v'include, dovendosi piuttosto ricercare il senso della mutualit  alla luce dei dati di diritto positivo.

¹²² E questa   la nota tesi di FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla riforma: la societ  per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa* in *Riv. dir. comm.*, 2005, 673 ss.

¹²³ Cfr. artt. 2526, 2538, 2542-2544 c.c.: le deroghe non elidono radicalmente l'impronta democratica del procedimento assembleare nelle cooperative, in nessun caso potendo la somma dei voti esercitati in deroga all'art. 2538, co. 2, prima parte, c.c., superare il terzo del totale dei voti capitari espressi di volta in volta nelle singole sedute; cfr. PIRAS, *Profili mutualistici della governance* (nt. 116), *passim*. Con riguardo agli strumenti finanziari emessi dalle societ  cooperative: (i) secondo una prima tesi, l'art. 2526 si riferisce tanto alle azioni di finanziamento quanto agli strumenti finanziari partecipativi (art. 2346, co. 6, c.c. e art. 2526, co. 1, c.c.); cfr. LAMANDINI, *Gli strumenti finanziari della cooperativa. Art. 2526*, in *Societ  cooperative* (nt. 12), 203 ss., partic. 211 ss.; CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, 25 ss., partic. 28, 36; BARTALENA, *le nuove tipologie di strumenti finanziari* in *Bbtc*, 293 ss., partic. 299 ss.; (ii) altri ritengono che l'art. 2526 c.c. abbia regolato i soli strumenti finanziari *partecipativi*, soggetti all'art. 2346, ult. co., c.c.; RACUGNO, *I nuovi strumenti finanziari delle societ  cooperative* in *Bbtc*, 559 ss.; (iii) secondo l'opinione preferibile, l'art. 2526 c.c. disciplina sia le azioni sia le obbligazioni sia gli strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi, rimettendo la disposizione in esame la definizione della natura e della disciplina degli strumenti *lato sensu* finanziari all'autonomia statutaria; COSTI, *Gli strumenti finanziari nelle nuove cooperative* in *Bbtc*, I, 2005, 117 ss.; RESCIGNO, *Gli strumenti finanziari emessi da societ  cooperative*, in *Il nuovo diritto societario* (nt. 1), 923 ss. Altra questione   quella relativa alla disciplina applicabile alle azioni di finanziamento, se quella relativa al capitale variabile o al capitale fisso propria delle societ  di capitali. A favore della prima tesi   CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, 172 ss.; ID, *Partecipazioni e capitale nelle societ  cooperative*, 2008, reperibile su www.associazionepreite.it; COSTI, *Gli strumenti finanziari nelle nuove cooperative*, 128. A favore della prima tesi   LAMANDINI, *Gli strumenti finanziari della cooperativa*, *ibidem*.

Del resto, anche il tipo s.p.a.¹²⁴ non presuppone necessariamente dei meccanismi di governo fondati sul nesso tra rischio e potere¹²⁵: se questo nesso può esprimere una logica di coerenza al paradigma funzionale lucrativo sottesa alla norma suppletiva (art. 2351, co. 1, c.c.), non è di certo impedito all'autonomia privata di adattare l'assetto di governo alle esigenze del caso concreto, fino al punto di disegnare, eventualmente, sistemi di potere maggiormente democratici rispetto a quelli delineati dallo statuto normativo e, secondo alcuni, prevedere il voto capitaro¹²⁶.

Preso atto che le "limitate" deroghe al voto capitaro non mettono a repentaglio l'essenza della cooperativa, contribuendo a risolvere alcune criticità legate all'utilizzo del tipo cooperativo nella realtà concreta, ciò che può stupire è, semmai, l'iniziale indifferenza del legislatore della riforma al mondo delle banche cooperative, tipi speciali che necessitano di strumenti idonei a garantire un adeguato livello di stabilità patrimoniale per l'esercizio dell'impresa¹²⁷.

La riforma delle banche popolari (D.l. n. 3/2015 conv. in l. n. 33/2015)¹²⁸, si spiega in ragione dell'esigenza di favorire la patrimonializzazione e un più efficace governo dell'impresa: esigenza certamente peculiare delle cooperative di grandi dimensioni, ma riscoperta per la cooperazione di credito proprio in occasione degli interventi comunitari che hanno investito il settore bancario nel suo complesso.

La disciplina coinvolge le grandi e le piccole popolari, intaccando, a livello più generale, la portata applicativa del principio del pluralismo bancario enunciato dall'art.

¹²⁴ Di cui già in passato si è predicato il tramonto dello scopo lucrativo. Cfr. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali* in Riv. dir. civ., 1973, 151 ss. In passato, inoltre, sono state evidenziate le affinità tra s.p.a. quotata e società cooperativa in punto di struttura organizzativa; così SCHIUMA, *Le banche popolari e l'organizzazione «cooperativa» della società per azioni* in Riv. dir. civ., II, 1996, 325 ss., 343-344, che suggerisce «un «ribaltamento» dell'approccio tradizionale allo studio delle banche popolari [...] ed inducono a chiedersi se, anziché essere la banca popolare ad evolversi nel senso di somigliare sempre di più alla società per azioni, non sia proprio la società per azioni, quantomeno di diritto speciale, ad evolversi nel senso di conformarsi al modello delle banche popolari».

¹²⁵ Invero, l'introduzione del voto "multiplo" rappresenta una conferma del fatto che nella s.p.a. il principio di correlazione tra rischio e potere abbia valenza oramai tendenziale o "a geometria variabile". BIONE, *Il principio della corrispondenza tra potere e rischio e le azioni a voto plurimo: noterelle sul tema* in Giur. comm., 2, 2015, 266 ss.; BARCELLONA, *La separazione di proprietà e gestione nelle società di capitali: diritti particolari del quotista e «golden shares» di s.p.a.*, in Società (nt. 17), I, 176 ss.; ID, *Rischio e potere nel diritto societario riformato (fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.)*, Torino, 2012; LA SALA, *Principio capitalistico e voto non proporzionale nella società per azioni*, Torino, 2011; MAROCCHI, *Sull'attualità della correlazione tra potere e rischio nella s.p.a. riformata* in Contr. e impr., 2014, I, 221 ss.; D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nella società per azioni*, Milano, 2007.

¹²⁶ A favore dell'ammissibilità del voto capitaro nella s.p.a. sono LA SALA, *Principio capitalistico* (nt. 125), 161 ss.; D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza* (nt. 125), 167 ss.; contra BIONE, *Il voto multiplo: digressioni sul tema* in Giur. comm., 5, 2011, 663 ss. Il quadro delineato nel testo risulta coerente con l'obiettivo della riforma di ampliare l'autonomia statutaria, in linea con le influenze derivanti dalle posizioni espresse negli Stati Uniti da autorevole dottrina; cfr. EASTERBROOK – FISCHER, *L'economia delle società per azioni* (trad. it.), Milano, 1996, 43 ss.; ARMOUR – HANSMANN – KRAAKMAN, *What is corporate law? The Anatomy of Corporate Law* (nt. 80), 1 ss., partic. 20 ss. Per il nostro ordinamento SANFILIPPO, *Funzione* (nt. 23), 50; ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu – Messineo, Milano, 2012, 210 ss.

¹²⁷ Si veda il vecchio art. 223-terdecies disp. att. c.c., introdotto dal D.lgs. n. 6/2003, e l'art. 150-bis t.u.b., inserito dal D.lgs. n. 310/2004. Con riguardo al rapporto tra la disciplina delle società cooperative e banche cooperative, inizialmente non soggette – per ragioni storicamente legate alla specialità dell'attività bancaria esercitata in forma cooperativa – alle disposizioni riformate., cfr. PETRELLI, *Le banche cooperative nella riforma* (nt. 1), 1 ss.; BOCCUZZI, *Il modello delle banche cooperative* (nt. 1), 396 ss.

¹²⁸ La riforma, in realtà, succede ad alcune modifiche di portata minore avvenute col D.l. n. 179/2012 conv. in l. n. 221/2012, che introduce nel t.u.b. (art. 30) alcune norme volte a favorire la raccolta di capitale di rischio e l'intervento degli investitori istituzionali nelle banche popolari. La dottrina è arrivata alla conclusione che «[l]a conseguenza [della riforma del 2012] è che la patrimonializzazione delle cooperative è favorita più dalla disciplina generale del codice che da quella speciale delle banche cooperative»; cfr. MARASÀ, *Governo e «controllo» delle Popolari prima e dopo le recenti modifiche del t.u.b. e del t.u.i.f. (art. 23-quater, L. 221/2012)* in Bbit, V, 2013, 517 ss.

14 t.u.b.¹²⁹: in particolare, l'art. 29 t.u.b. stabilisce che l'attivo di una banca popolare non può eccedere gli otto miliardi di euro¹³⁰, superati i quali è necessario, dopo un anno e pena l'adozione da parte di Banca d'Italia di misure sanzionatorie, deliberare la trasformazione in s.p.a. o la liquidazione.

La disposizione, orientando, di fatto, gli operatori verso la via della trasformazione, realizza uno slittamento del modello cooperativo verso il modello azionario in ambito bancario: da un lato, è frenata *ab origine* l'operatività di una popolare di piccola dimensione, il cui organo amministrativo è ormai consapevole di non poter portare l'attivo patrimoniale oltre la soglia menzionata¹³¹; dall'altro lato, è agevolata per tutte le popolari la trasformazione in s.p.a., sia sul piano dei *quorum* sia sul piano delle ragioni in presenza delle quali la Banca d'Italia può autorizzare l'operazione, legate ormai alla sana e prudente gestione e non anche più all'interesse dei creditori, al rafforzamento patrimoniale o alla razionalizzazione del sistema.

Le ragioni annoverate a sostegno della riforma¹³² sono: (i) la perdita da parte delle banche popolari dello spirito mutualistico, data, in particolare, dal distacco dal territorio e dal mancato sostegno all'economia reale; (ii) l'incompatibilità del modello con il diritto comunitario; (iii) la mancata rispondenza alle esigenze del sistema unico europeo di vigilanza e di risoluzione delle crisi.

La prima ragione trova agevole replica alla luce dell'articolato codicistico, che affianca alle cooperative a mutualità prevalente le cooperative a mutualità "minimale" e che, semmai, potrebbe suggerire un ripensamento di tutta la disciplina introdotta nel 2003 o, in alternativa, del correlato sistema agevolativo¹³³; soprattutto se si guarda, per

¹²⁹ Cfr., *ex multis*, BOCCUZZI, *Il modello delle banche cooperative* (nt. 1), 452 ss.; CAPRIGLIONE, *La riforma delle "banche popolari"*, in *La Riforma delle Banche Popolari* (nt. 107), *passim*; PELLEGRINI, *Il decreto legge n. 3 del 2015* (nt. 110), *ivi*, *passim*; TROIANO, *Le misure urgenti di intervento sulle banche popolari: limite dimensionale e governance*, *ivi*, 73 ss.; FIORDIPONTI, *Lo scopo mutualistico* (nt. 107), *passim*; RISTUCCIA, *Azioni di banche "ex" popolari e diritto di voto* in *Riv. crit. dir. priv.*, II, 2015, 275 ss.; ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari* (nt. 118), *passim*; COSTI, *Verso un'evoluzione capitalistica* (nt. 121), *passim*; MAZZAMUTO, *La riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto* in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 1 ss.; CIRCOLARE ASSONIME 32/2015, *La riforma delle banche popolari* in *Riv. soc.*, II-III, 2016, 472 ss.; FIENGO, *Il riassetto della disciplina delle banche popolari* in *Giur. comm.*, II, 2016, 234 ss. Già prima della riforma, individuavano due tipi di banche popolari, SANTONI, *La governance* (nt. 110), 507; SALAMONE, *Le Banche Popolari* (nt. 110), 638.

¹³⁰ La scelta del parametro dimensionale riferito all'attivo è stata reputata da molti autori discutibile, giacché, se dev'essere una certa quantità di patrimonio a rendere inidoneo il ricorso al tipo mutualistico, non si vede il perché questa presunta inidoneità debba valere solo per le banche popolari e non anche per le grandi banche di credito cooperativo (es. BCC di Roma). Cfr. CAPRIGLIONE, *La riforma delle "banche popolari"* (nt. 107), 20; PELLEGRINI, *Il decreto legge n. 3 del 2015* (nt. 110), 61; TROIANO, *Le misure urgenti* (nt. 129), 79. La riforma, a detta di tale dottrina, sarebbe funzionale ad agevolare la contendibilità sacrificando il perseguimento dello scopo mutualistico. Non è un caso che le popolari interessate dal D.l. n. 3/2015 siano sette banche quotate e tre banche con azioni diffuse tra il pubblico.

¹³¹ Cfr. TROIANO, *Le misure urgenti* (nt. 129), 81, che paventa una riproposizione, «con diverse finalità sottostanti, del modello di banca cd. *originata to distribute*». Quanto detto nel testo vale salvo si voglia considerare la banca popolare quale tipo che, sin dalla sua nascita, aspira alla trasformazione in società azionaria, allo stesso modo di quanto autorevole dottrina ha sostenuto per la s.p.a. in rapporto alla quotazione; così ANGELICI, *La società per azioni* (nt. 126), 17 ss.; cfr. ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari* (nt. 118), nota 9, ove critica i riflessi della rigida soglia patrimoniale sull'emissione di strumenti finanziari da parte delle popolari *infra* soglia; *contra* COSTI, *Verso un'evoluzione capitalistica* (nt. 121), 586.

¹³² Cfr. l'analisi approfondita di ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari* (nt. 118), 4 ss.

¹³³ Quanto affermato nel testo ha un duplice risvolto. In primo luogo, il codice civile riconduce all'area tipologica della cooperazione anche quelle società in cui lo scopo mutualistico può pienamente convivere con lo scopo lucrativo. In secondo luogo, la differenza tra cooperative a mutualità prevalente e le cooperative diverse ha rilevanza esclusivamente sul piano delle agevolazioni fiscali. Quest'ultimo assunto è, poi, di fatto sconfessato dall'art. 1, co. 464, n. 311/2004, che prevede la detassazione degli utili destinati a riserve indivisibili, disposizione che secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., 5 febbraio 2009, n. 2745) si applica anche alle cooperative diverse. Sul fronte opposto, gli ultimi interventi fiscali (cfr. il D.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, art. 2, co. 36-*bis* e 36-*ter*) colpiscono più pesantemente le cooperative a mutualità prevalente (in cui la percentuale di imponibile è aumentata dal 30 al 43 %) che le

un verso, al concreto utilizzo delle opzioni concesse dalla riforma da parte degli statuti e, per altro verso, al fatto che le cooperative a mutualità non prevalente erano state pensate come *tipo di carattere transitorio* per l'impresa mutualistica¹³⁴.

In questo senso, va sottolineato che le banche popolari non hanno per statuto legale, a differenza di quanto previsto per le b.c.c., un vincolo di operatività territoriale¹³⁵, essendo state, al contrario, pensate come banche cooperative capaci di operare in ambiti territorialmente molto ampi¹³⁶.

In secondo luogo, non è vero che i provvedimenti comunitari impongono *a priori* modelli formali specifici per l'attività bancaria: al contrario, la CRD IV (cons. n. 49) espressamente afferma che «[p]er assicurare una cultura bancaria dell'Unione sostenibile e diversificata, che risponda principalmente all'interesse dei cittadini dell'Unione, è opportuno incoraggiare le attività bancarie su piccola scala, come quelle delle "unioni di credito" e delle banche cooperative»¹³⁷.

L'ultima ragione, invece, rispecchia la già evidenziata necessità di comporre il patrimonio di vigilanza principalmente con *common equity* e di garantire una sana gestione, retta da un efficace sistema di flussi informativi che dal *management* – passando per gli organi di supervisione strategica e di controllo – devono dirigersi verso i soci e verso l'autorità di vigilanza: in tal senso, non è mancato chi abbia valutato la scelta di imporre alle grandi popolari (o di indirizzare le piccole verso) la trasformazione in società per azioni un'eccessiva misura di *early intervention*¹³⁸.

cooperative diverse (in cui l'aumento è stato solo dal 70 al 73 %). Nello stesso senso MARASÀ, *L'odierno significato della mutualità prevalente* (nt. 114), partic. 2009 ss., 2011 ss., 2014 ss.; BELVISO, *Le cooperative a mutualità prevalente* (nt. 114), 24 ss., 44 ss.

¹³⁴ Precisamente come una categoria destinata ad esaurirsi a «predestinata alla trasformazione»; così BASSI, *Appunti sulla natura giuridica delle cooperative «diverse»* (nt. 115), 251; ID, *Un bilancio della riforma* (nt. 114), 71 ss., secondo cui le cooperative diverse «sono come quando si smonti e rimonti un orologio o un meccanismo complicato, e alla fine superi un pezzo. L'imbarazzo di chi si ritrovi sul tavolo una rotellina o una vite drammaticamente anonimi, è acuito talora dalla constatazione che quel meccanismo funziona anche senza quel pezzo superato, e forse paradossalmente, funziona meglio senza quel pezzo».

¹³⁵ La cui portata è, in ogni caso, rimessa all'autonomia statutaria e alla Banca d'Italia ex art. 35, co. 2, t.u.b.

¹³⁶ Concepite, dunque, non solamente per rimediare ai fallimenti del mercato causati dall'operato della banche lucrative d'investimento, ma soprattutto per competere con le stesse anche in assenza di recessione economica. Se prima della riforma delle popolari, poteva ravvisarsi una parificazione operativa tra queste e le s.p.a., oggi, stante il limite di cui all'art. 29, co. 2-bis, t.u.b., solo alla s.p.a. il legislatore riconosce una piena operatività creditizia. Così FIORDIPONTI, *Lo scopo mutualistico* (nt. 107), 418.

¹³⁷ A tal proposito, ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari* (nt. 118), 8, 24, sostiene che bisognerebbe valorizzare il pluralismo di forme bancarie in senso concreto, evitando di ridurre i modelli alternativi a quello lucrativo a delle mere varianti di quest'ultimo. Si è visto (cfr. nt. 16), infatti, che il tipo cooperativo, soprattutto in ambito bancario, assolve una funzione anticiclica: laddove in fase di recessione le società per azioni bancarie hanno drasticamente ridotto il sostegno all'economia reale, a causa delle perdite sorte a seguito della crisi finanziaria e derivanti dalla svalutazione dei titoli derivati iscritti in bilancio, le banche cooperative hanno conquistato quei settori di mercato da cui le prime si sono progressivamente allontanate, così finanziando il risparmio e le piccole e medie imprese.

¹³⁸ Così ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari* (nt. 118), 12-18, 21. Per l'autore sarebbe stato meglio far ricorso agli strumenti accordati in materia risoluzione delle crisi bancarie, le cui disposizioni – invece di imporre *ex ante* l'utilizzo di un tipo societario presunto più efficiente – consentono soluzioni più snelle e più sensibili alle esigenze del caso concreto. Infatti, qualora la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 69-sexies, co. 3, lett. c, t.u.b., ravvisasse la presenza di carenze o ostacoli al raggiungimento degli obiettivi fissati nel piano di risanamento, potrebbero essere ordinate alla banca «modifiche da apportare all'attività, alla struttura organizzativa o alla forma societaria» [corsivo aggiunto]. In definitiva, si è preferito che fosse il legislatore a intervenire sulla struttura del mercato bancario e non già la Banca d'Italia, viste le finalità prudenziali che ne ispirano *formalmente* l'operato e nonostante il contenuto concreto delle prerogative ad essa attribuite risulti evocchi una vigilanza marcatamente strutturale.

In quest'ottica, con la riforma delle popolari si presume la superiorità della società per azioni ai fini dell'esercizio dell'attività creditizia¹³⁹; tuttavia, l'idea che l'utilizzo del tipo azionario in ambito bancario porti a risultati più efficienti rispetto a quelli realizzabili ricorrendo al modello cooperativo si rivela, per un verso, sconsigliata dagli accadimenti storici¹⁴⁰ e, per altro verso, contrastante con i valori sottesi al pluralismo bancario.

Altra novità concerne i canali di finanziamento e la *governance* delle banche che non effettuano la trasformazione in s.p.a.: da un lato, infatti, è accordata alle popolari la possibilità di emettere strumenti finanziari partecipativi (e azioni di finanziamento), che, in linea con l'obiettivo di favorire la raccolta di fondi propri, non sono soggetti ai tetti massimi di partecipazione posti dall'art. 30 t.u.b.; dall'altro, invece, sono disapplicate alcune disposizioni del codice civile volte a evitare che l'interesse mutualistico in assemblea venga sopraffatto dall'interesse lucrativo¹⁴¹.

È evidente che per le "piccole" popolari il legislatore, intervenendo puntualmente su singoli profili di carattere strutturale, non indica un percorso obbligato¹⁴², né presume alcun difetto di carattere funzionale (*id est* una carenza di mutualità)¹⁴³: pur essendo vero che la disciplina di settore risulta meno appesantita da vincoli di minoranza rispetto a quanto previsto dal codice civile, alla base della scelta può invocarsi

¹³⁹ Così ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari* (nt. 118), 6 e nota 62; COSTI, *Verso un'evoluzione capitalistica* (nt. 121), 582; CAPRIGLIONE, *La riforma delle "banche popolari"* (nt. 107), 19. Cfr. SEPE, *Finalità e disciplina del recesso nella riforma delle banche popolari: prime riflessioni*, in *La Riforma delle Banche Popolari* (nt. 107), 109 ss., partic. 117-118, secondo cui la *ratio* della preferenza del legislatore per la s.p.a. andrebbe individuata nella presenza in quest'ultimo tipo di un proprietario con cui l'autorità di vigilanza può confrontarsi. La conclusione, tuttavia, non comporta la supremazia dello scopo lucrativo su quello mutualistico, stante la tendenza della nuova legislazione bancaria a limitare in vario modo la realizzazione dello scopo-fine qualora questo comprometta il corretto perseguimento dell'oggetto sociale, mettendo in secondo piano l'interesse di breve periodo dei partecipanti all'attività rispetto alle finalità di sana e prudente gestione, della stabilità complessiva, dell'efficienza e competitività del *sistema* finanziario: ciò è dimostrato dall'intenzione di rendere, il più possibile, uniformi le norme sulla *governance* bancaria a prescindere dal tipo societario in concreto utilizzato e, dunque, dal fine (*rectius* dall'interesse) in concreto perseguito dai soci e dagli amministratori (cfr. art. 53, co. 4, t.u.b.).

¹⁴⁰ Ci si riferisce al processo di demutualizzazione avviato nel 1986 nel Regno Unito nei confronti della banca *Northern Rock* e di altre *building societies*, sui quali vedi ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari* (nt. 118), nota 83; SANTORO – ROMANO, *L'ultimo atto di riforma delle banche popolari* in *NLCC*, II, 2016, 210 ss., partic. 224-225, nota 58; BUTZBACH – DESIATO – ROTONDO, *La mutualità delle banche* (nt. 16), 10.

¹⁴¹ In particolare, gli strumenti finanziari possono essere offerti ai soci cooperatori, ma non è necessario che lo statuto determini in questa ipotesi limiti al diritto di voto ex art. 2538, co. 2, c.c., col rischio che gli stessi votino in assemblea con l'intento di massimizzare il profitto derivante dal loro investimento. Ai sensi dell'art. 150-*bis* t.u.b., ancora, la maggioranza degli amministratori non dev'essere scelta tra i soci cooperatori (cfr. invece l'art. 2542, co. 2 e 4, c.c.); tuttavia si applica l'art. 2542, co. 3, c.c., legittimante la scelta degli amministratori tra gli appartenenti alle diverse categorie di soci e in proporzione all'interesse che ciascuna categoria ha nell'attività, pur limitando il numero degli amministratori nominati dai titolari di strumenti finanziari a un terzo del totale. Per l'elezione dell'organo di controllo i titolari di strumenti finanziari possono nominare massimo fino a un terzo dei componenti (art. 2543, co. 3, c.c.), inoltre, il voto attribuito ai soci cooperatori non può essere proporzionale alla partecipazione al capitale o allo scambio mutualistico (art. 2543, co. 2, c.c.).

¹⁴² Stante il necessario ricorso all'autonomia statutaria per rendere effettive le deviazioni dal voto capitario Cfr. TROIANO, *Le misure urgenti* (nt. 129), 78. Una parte della dottrina ritiene, inoltre, di applicare analogicamente l'art. 2351, co. 4, c.c. alle cooperative, fermo restando il vincolo di minoranza di un terzo di cui all'art. 2526 c.c.; la previsione del voto plurimo consentirà agli azionisti di finanziamento di raggiungere più agevolmente il terzo dei voti in totale espressi in assemblea. In questo senso MARASÀ, *Voto plurimo, voto maggiorato e cooperative* in *Bbct*, I, 2016, 1 ss.

¹⁴³ Non mi sembra, pertanto, che le nuove norme determinino un avvicinamento del tipo "banca popolare" alla s.p.a., riportando, piuttosto, la banca cooperativa entro gli schemi codicistici della cooperativa "diversa".

un'esigenza di stabilità patrimoniale molto più stringente di quanto possa sostenersi per il mondo cooperativo *tout court*¹⁴⁴.

A conferma di tale conclusione soccorre il recente comma 2-ter dell'art. 28 t.u.b., secondo cui nelle banche popolari e nelle banche di credito cooperativo può essere limitato o differito il diritto al rimborso delle azioni (o degli altri strumenti di capitale) spettante al socio in caso di recesso, eventualmente per effetto della trasformazione in s.p.a., «anche in deroga a norme di legge, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca»¹⁴⁵.

La norma, non solo, rafforza l'obiettivo di configurare modelli di cooperazione di credito solidi sul piano patrimoniale, ma manifesta altresì la *subordinazione dell'interesse alla monetizzazione dell'investimento rispetto a quello del corretto esercizio dell'attività d'impresa*, che nelle cooperative, tra l'altro, si collega al conseguimento del vantaggio mutualistico; un dato, cioè, che non vale per le cooperative¹⁴⁶ più di quanto possa valere per le società lucrative¹⁴⁷, esprimendo in realtà una visione di stampo *lato sensu* istituzionalista propria del nuovo diritto *speciale* delle banche.

In questa prospettiva, la riforma delle banche popolari, assumendo come modello di riferimento quello della società per azioni, realizza nell'ambito del settore

¹⁴⁴ Certo la riforma non è totalmente esente da critiche. Al riguardo, la dottrina critica l'insufficiente capacità delle nuove disposizioni di garantire una più ampia partecipazione dei soci in assemblea: in particolare, la disciplina della porta aperta, derogando all'art. 2528, co. 3 e 4, c.c., favorisce l'autoreferenzialità degli amministratori. In secondo luogo, la disciplina della delega, stante lo scarso numero di deleghe conferibili, non è idonea a risolvere il noto problema dell'assenteismo dei soci. Infine, non possono essere emesse azioni a favore dei dipendenti ex art. 2349 c.c., categoria molto presente nelle banche popolari. Cfr. FIENGO, *Il riassetto della disciplina* (nt. 129), 254 ss.

¹⁴⁵ La norma secondaria limita il recesso nelle popolari, è stata oggetto di varie pronunce di legittimità costituzionale. In particolare, il Consiglio di Stato (ord. 2 dicembre del 2016) ha sospeso l'applicazione della Pt. III, Cap. IV, Sez. III, NDVB, che non prevede le ipotesi in cui il recesso può essere limitato, rimettendo tale competenza all'organo di supervisione strategica. Cfr. tuttavia MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria* in *Riv. soc.*, 2016, 991 ss. che fornisce un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 28 t.u.b. e delle disposizioni di vigilanza. Infatti, è lo stesso art. 10, co. 2, del Reg. n. 241/2014 (che integra l'art. 29 Reg. CRR), ad attribuire all'organo di supervisione strategica la possibilità di limitare o di differire il diritto al rimborso in caso di recesso. In linea con la visione proposta nel primo paragrafo, la disposizione in esame, essendo prevista a tutela della stabilità patrimoniale della banca, risulta conforme al dettato di cui all'art. 47 Cost. Compatibilmente con l'art. 41 Cost., l'organo di supervisione strategica dovrà scegliere alternativamente e motivatamente tra il rimborso immediato (ma in misura limitata del valore delle azioni) e il rimborso a valore pieno (ma differito a un momento successivo individuato dai titolari della funzione di supervisione strategica). In sintesi, la disposizione, incide sul contenuto della tutela del socio, che potrà eventualmente recuperare il valore perso in quanto non rimborsato attraverso un'azione di responsabilità ex art. 2395 c.c., ferma restando la possibilità di impugnare la delibera consiliare per lesione dei diritti dei soci ai sensi dell'art. 2388, co. 4, c.c.

¹⁴⁶ Non si può, del resto, sostenere che non ci siano limiti legali al perseguimento dell'interesse lucrativo nell'assemblea delle popolari: i voti attribuiti ai titolari di strumenti finanziari non possono superare 1/3 dei voti capitari esercitati dai soci cooperatori presenti in assemblea, nè possono travalicare il limite di 1/3 previsto in relazione alla nomina delle cariche sociali; inoltre, il fatto che la maggioranza degli amministratori non debba essere più eletta tra i cooperatori si spiega, a mio avviso, con l'esigenza di prevedere una composizione dell'organo amministrativo fortemente diversificata, com'è stato illustrato nel paragrafo precedente. Non si può certo ignorare il rischio di un disallineamento della condotta degli amministratori dagli interessi dei soci cooperatori, ma, a tal proposito, va evidenziato che: (i) nelle banche popolari da tempo si sono infiltrati interessi diversi da quelli mutualistici, per cui il recente articolato normativo si è maggiormente adeguato ai dati della realtà; (ii) con un adeguato sistema di *check and balances*, sui vedi, *ex multis*, TOMBARI, *Governo dell'impresa e sistema dualistico nelle società cooperative* in *AGE*, II, 2008, 399 ss. Si potrebbe rendere, da un lato, l'amministrazione influenzabile dai soci capitalisti e, dall'altro lato, il controllo più sensibile alle esigenze della cooperazione.

¹⁴⁷ Non molti hanno constatato come, ai sensi dell'art. 28 CRR, il limite al rimborso delle azioni in caso di recesso nella s.p.a. dovrebbe essere *assoluto*, visto che la norma richiamata stabilisce che gli strumenti computabili nel *cet 1* devono essere perpetui. In tal senso FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie* (nt. 49), 178-184.

creditizio una *standardizzazione* della *struttura operativo-organizzativa* – fondata su un’efficace e unitaria azione amministrativa, di controllo e prevenzione dei rischi sistemici – e *finanziaria* – al fine di raccogliere stabilmente capitale offrendo strumenti *appetibili* agli investitori – dell’impresa bancaria, mantenendo fermi i vincoli funzionali che contraddistinguono i singoli tipi societari.

Si perviene, così, alla conclusione che l’essenza della “banca cooperativa” come fattispecie attiene sempre di meno all’organizzazione democratica, ormai contaminata da alcuni meccanismi tipici della s.p.a., finendo con l’identificarsi con il solo profilo funzionale e, dunque, col *tendenziale* obbligo dell’organo amministrativo di assicurare la gestione di servizio a favore del socio.

Ciò posto, la disamina delle ragioni e delle scelte di fondo concernenti le novità introdotte con riguardo alla legislazione bancaria e alle banche popolari risultano quanto mai utili per inquadrare meglio la riforma delle banche di credito cooperativo, ultimo tassello della complessiva riforma della cooperazione di credito, tenendo sempre in conto il dato fondamentale che distingue queste ultime dalle “sorelle” popolari e, cioè, la mutualità prevalente.

6. *La riforma delle b.c.c. nell’ottica dell’impresa bancaria: l’insufficienza della “rete” ai fini del rafforzamento delle condizioni di stabilità patrimoniale nel settore della cooperazione di credito.*

Nonostante il credito cooperativo¹⁴⁸ abbia portato avanti per circa un anno un processo di *autoriforma*, che ha avuto come protagonisti Federcasse e Banca d’Italia, la spinta al D.l. 18/2016 è, tuttavia, provenuta dal CESE¹⁴⁹: da un lato, è stata esaltata la funzione delle banche cooperative, orientate al sostegno delle economie locali e a ridurre i fenomeni di razionamento del credito¹⁵⁰; dall’altro, viene dichiarato che il raggiungimento di tali obiettivi incontra alcuni ostacoli proprio nella recente normativa di diritto bancario, in particolare nelle disposizioni concernenti l’adeguatezza patrimoniale degli enti creditizi.

¹⁴⁸ Differentemente da quanto è accaduto per le banche popolari: il D.l. n. 3/2015, infatti, nel riferirsi al solo credito popolare, viene immediatamente considerato un’opportunità sprecata, stante l’esigenza da tempo manifestata di riformare organicamente l’intero settore disciplinare delle banche cooperative; cfr. CAPRIGLIONE, *La riforma delle “banche popolari”* (nt. 107), 23.

¹⁴⁹ Cfr. Parere d’iniziativa del Comitato Economico e Sociale Europeo 2015/C 251/02, sul «ruolo delle banche cooperative e delle casse di risparmio nella coesione territoriale». Nella fase attuale di transizione verso nuovi moduli per l’esercizio di attività bancaria, è indispensabile «preservare la “biodiversità” del sistema finanziario». Si afferma la necessaria complementarità tra le banche in cui è centrale il valore per l’azionista (*shareholder’s value*) e le banche in cui, invece, prevale il valore per le parti interessate (*stakeholder’s value*) «attraverso le attività all’ingrosso, al dettaglio e d’investimento»; il Comitato ritiene che «soltanto in questo modo sarà possibile pervenire a un ecosistema finanziario stabile ed efficace, che contribuisca appieno allo sviluppo dell’economia reale». Secondo il Comitato «le casse di risparmio e le banche cooperative hanno storicamente svolto un ruolo chiave nello sviluppo dell’economia, in particolare nel sostenere l’agricoltura, la piccola industria e il commercio. Attualmente rappresentano circa il 40 % del settore finanziario dell’Unione europea (in Francia raggiungono il 70 % e in Germania il 60 %). e detengono circa il 20 % della quota di mercato in termini di depositi. In paesi come l’Italia, la Francia, la Germania e i Paesi Bassi finanziano tra il 25 % e il 45 % dei prestiti alle PMI e la loro quota di depositi è aumentata in modo costante nel corso degli ultimi anni, fatto che costituisce un importante segnale di fiducia verso questo tipo di organismi».

¹⁵⁰ Per i risultati conseguiti dalle b.c.c. nel periodo compreso tra il 2007 e il 2014 si veda il *Bilancio di coerenza del credito cooperativo* (nt. 2), 26 ss. La peculiare differenza tra le grandi banche lucrative e le piccole banche cooperative va ravvisata nell’utilizzo da parte delle seconde delle informazioni concernenti il profilo personale del cliente e il rapporto fiduciario che questo intrattiene con la banca (cd. *relationship banking*), in contrapposizione alle informazioni *hard* di cui si avvalgono le prime, parametrando il *rating* a una serie di fattori numerici e standardizzati, che prescindono dagli attributi qualitativi della clientela in concreto, che finisce con l’essere spersonalizzata. Cfr. nota 16.

Si è già detto che la nuova disciplina, essendo ispirata all'obiettivo di ridurre l'autonomia della banca in sede di autovalutazione dell'adeguatezza patrimoniale, diventa più intensa e invasiva all'aumentare delle dimensioni dell'intermediario, conformemente all'assunto per cui *più l'attività finanziaria è significativa per il contesto economico, più, conseguentemente, è elevato il rischio sistemico da scongiurare*.

Si è anche sottolineata la predilezione del regolatore – che prende a modello la grande banca mista e detta requisiti patrimoniali maggiormente vincolanti nei confronti di quelle banche orientate esclusivamente (o principalmente) allo svolgimento dell'attività creditizia *tout court* e non anche all'attività di investimento – per il metodo *one size fits all*¹⁵¹.

Infine, i costi di *compliance* affrontati dalle banche cooperative risentono delle inefficienze generate dalle regole di *governance*: queste, in primo luogo, non agevolano, nel caso di una compagine sociale particolarmente ampia, il monitoraggio dei soci sulla gestione; in secondo luogo, rendono poco conveniente investire in una banca mutualistica, atteso che l'incremento del capitale investito non dovrebbe risultare lo scopo precipuo di chi apporta risorse all'interno di una cooperativa.

Pertanto, le ragioni che hanno ispirato la riforma delle b.c.c. – ossia la carenza di tecniche idonee a reperire i fondi necessari ai fini dell'adeguatezza patrimoniale e l'inefficienza della *governance* cooperativa – sono *comuni a* quelle poste alla base del riammodernamento del vicino settore delle *banche popolari*, malgrado i due interventi legislativi si siano mossi verso direzioni distinte.

Guardando alle banche popolari, *species* delle cooperative a mutualità non prevalente, il legislatore, sul presupposto dell'incompatibilità tra disciplina (strutturale) e tipo (funzionale), vuole progressivamente ridurre il loro utilizzo e promuovere in sostituzione un più ampio ricorso alla società azionaria¹⁵²; le banche di credito cooperativo, invece, sono viste come banche idonee, per dimensioni e scopi concretamente perseguiti, a realizzare adeguatamente le esigenze della cooperazione nel sistema bancario.

¹⁵¹ Attualmente l'unico elemento utile a differenziare il costo dei requisiti patrimoniali tra grandi banche d'investimento e piccole banche locali è il cd. *small and medium entities's* (SME) *supporting factor*, che permette di ottenere un assorbimento di capitale delle banche meno oneroso a fronte di finanziamenti dalle stesse erogati alle PMI (cfr. art. 501 CRR). Così Federcasse, audizione presso la Commissione Finanze e Tesoro del Senato, 8 marzo 2016, reperibile sul sito www.creditocooperativo.it. Già prima di Basilea III si sottolineava sia la tendenza delle b.c.c. e delle piccole banche in generale ad apparire, alla luce della normativa prudenziale, più rischiose delle grandi banche, sia i maggiori costi connessi alla raccolta di capitale sopportati dalle prime, il cui patrimonio di vigilanza era in gran parte formato dalle riserve ex art. 37 t.u.b. e dalla raccolta obbligazionaria; cfr. CUSA, *Il patrimonio di vigilanza* (nt. 86), *passim*; DI SALVO, *La gestione dei rischi finanziari nelle banche di medie e piccole dimensioni. il caso delle banche di credito cooperativo* in *Coop. cred.*, 2001, 59 ss.; POGGIAGHI - VANDALI, *Rischio di credito e Basilea II: implicazioni gestionali nell'esperienza di una banca di credito cooperativo* in *Coop. cred.*, 2003, 181 ss. Critici sull'utilizzo delle metodologie previste per le banche lucrative ai fini della misurazione della rischiosità delle b.c.c. mi sembrano anche MARZO – ZAGAGLIA, *Lo stress testing e le procedure di controllo nel sistema bancario: un modello per il credito cooperativo*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 343 ss.; BIKOULA, *Costo del capitale e creazione di valore nelle BCC*, *ivi*, 383 ss.

¹⁵² Ciò, soprattutto, in ragione delle disposizioni relative alle popolari con attivo superiore a otto miliardi di euro, che suggeriscono l'idea di una banca popolare quale tipo di carattere "transitorio", fisiologicamente deputato a trasformarsi in società per azioni. Così come la stessa cooperativa "diversa" è stata in origine pensata quale tipo avente carattere transitorio, idoneo a incentivare gli attori del mercato ad avvalersi di formule imprenditoriali cooperative sempre più intense, dunque tale da favorire un tipo di transizione opposta a quella indicata nel testo. Un discorso simile può affermarsi per le società con azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante; cfr. PRESTI, *Riforma della s.p.a. e scalini normativi* in *Soc.*, II-bis, 2003, 323 ss. Si è già detto, poi, nel precedente paragrafo, come questa transizione non sia ispirata dalla preferenza dell'interesse lucrativo all'interesse mutualistico, ma dalla presunzione di una maggior compatibilità tra struttura azionaria e funzione bancaria, tra disciplina (del governo e del patrimonio) del tipo azionario e funzione (di sana e prudente gestione, di tutela dei depositanti, di tutela del sistema finanziario complessivo) del tipo bancario.

Il modello b.c.c. (o, più in generale, della piccola banca cooperativa) va, dunque, preservato e dotato di strumenti che ne consentano il rafforzamento patrimoniale, implementando i legami “in rete” che storicamente caratterizzano la cooperazione di credito¹⁵³, stante l’insufficienza del ricorso ai fondi di garanzia.

Questi ultimi evocano il problema degli aiuti di stato¹⁵⁴, contravvenendo alle finalità del *single resolution mechanism*, che ammette l’intervento pubblico solo in ipotesi eccezionali e straordinarie¹⁵⁵; d’altronde, ai sensi degli artt. 11 DGSD e 109 CRR, il loro ruolo è limitato, nei fatti, al solo rimborso dei depositanti, non essendo generalmente richiesto al sistema «di versare alcun contributo per le spese di ricapitalizzazione dell’ente» in dissesto¹⁵⁶.

Nei pochi casi in cui è legittimato un intervento per misure alternative volte a superare «il fallimento» di una banca: (i) i sistemi di garanzia devono essere dotati di «sistemi e procedure appropriati per la scelta, l’esecuzione delle misure alternative e il monitoraggio dei rischi affiliati»; (ii) l’ente destinatario del sostegno deve sottoporsi a «una vigilanza più rigorosa e ad *ampi diritti di controllo* dell’SGD» [enfasi aggiunta]¹⁵⁷.

All’art. 113, par. 7, CRR, inoltre, si legge che gli enti bancari, «[f]atta eccezione per le esposizioni che danno luogo a elementi del *tier 1* e del *tier 2*, possono non tener conto, ai fini del PDV *individuale*, degli importi delle esposizioni nei confronti di coloro con cui i primi hanno «stipulato un sistema di tutela istituzionale», se quest’ultimo «dispone di *strumenti adeguati e convenuti uniformemente per il monitoraggio e la classificazione dei rischi* [...] con le *corrispondenti possibilità di influenzamento*» [enfasi aggiunta].

I vantaggi che si possono trarre dall’adesione a un sistema di garanzia *dipendono*, in conclusione, dalla capacità di quest’ultimo di monitorare l’andamento dell’ente in dissesto e, se del caso, intervenire sul governo della società, così da indirizzarne l’attività

¹⁵³ Verso questa stessa prospettiva si sono mosse le convergenti opinioni di Banca d’Italia e di Federcasse, i cui interventi presso la Commissione IV del senato sono consultabili rispettivamente sul sito della Banca d’Italia e del senato. Cfr. anche BARBAGALLO, *Le banche locali e di credito cooperativo in prospettiva: vigilanza europea ed evoluzione normativa*, 12 febbraio 2015, intervento presso la Federazione delle Cooperative Raiffeisen.

¹⁵⁴ La norma di riferimento è l’art. 107 TFUE. Cfr. Comunicazione della Commissione Europea, 30 luglio 2013 (2013/C 216/01), partic. punto 5, par. 63, ove si afferma che «[g]li *interventi* dei fondi di garanzia dei depositi *per rimborsare* i titolari dei conti [...] *non costituiscono aiuti di Stato*. Il ricorso a tali fondi [...] *per favorire la ristrutturazione* degli enti creditizi *può tuttavia costituire aiuto di Stato*. Anche se i fondi in questione potrebbero provenire dal settore privato, essi possono costituire aiuti nella misura in cui sono soggetti al *controllo dello Stato* e la *decisione* relativa all’utilizzo dei fondi *è imputabile allo Stato*» [enfasi aggiunta]. La direttiva DGSD – attuata con il D.lgs. n. 30/2016, che ha modificato la Sezione IV del Capo I del testo unico bancario (artt. 96 ss.) – ha correttamente recepito il principio affermato dalla Commissione, limitando di fatto il ricorso ai fondi di garanzia solo al rimborso dei depositanti della banca in crisi. Infatti, ai sensi dell’art. 96-bis, co. 1-bis, lett. c), t.u.b. le misure alternative al rimborso sono realizzabili solo «se il costo dell’intervento non supera il costo che il sistema, secondo quanto ragionevolmente prevedibile in base le informazioni disponibili al momento dell’intervento, dovrebbe sostenere per il rimborso dei depositi». Poiché l’art. 96-bis.2, co. 5, t.u.b., prevede il subentro dei fondi nei diritti dei depositanti rimborsati, a loro volta privilegiati in sede di liquidazione coatta amministrativa ex art. 91, co. 1-bis, t.u.b., è probabile che il rimborso risulti per il fondo meno costoso rispetto a una misura alternativa e che, conseguentemente, l’adozione di quest’ultima venga negata dall’autorità di vigilanza. Cfr. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei fondi di tutela dei depositanti*, relazione presentata al Convegno annuale dell’associazione “Orizzonti del Diritto commerciale”, *Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti*, Roma, 17-18 febbraio 2017; ID, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti*, reperibile su www.diritto bancario.it; DE POLIS, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell’Unione Europea*, intervento presentato all’Università degli Studi di Roma La Sapienza, 27 aprile 2016.

¹⁵⁵ Cfr. l’art. 32 BRRD e gli artt. 17 e 18 del D.lgs. n. 180/2015.

¹⁵⁶ Cfr. l’art. 96-bis, co. 1-bis, lett. b, t.u.b. e l’art. 86, co. 2, D.lgs. n. 180/2015, che riproducono il dettato degli artt. 11 DGSD e 109, par. 1, BRRD.

¹⁵⁷ Cfr. l’art. 11, par. 3, DGSD; con riguardo al t.u.b. l’art. 96-bis, co. 1-bis, lett. d, co. 1-ter e co. 1-quater, disciplina gli interventi del fondo, e l’art. 96-bis.3, concerne, invece, gli obblighi (anche di *governance*) dei fondi di garanzia.

alle finalità di risanamento; poteri di cui i fondi di garanzia¹⁵⁸, non hanno disposto per lungo tempo, cercando di colmare le lacune del sistema attraverso il ricorso a particolari tecniche di autonomia privata¹⁵⁹.

Per tali ragioni, la prima versione dell'art. 150-ter t.u.b., introdotta col D.l. 91/2014, ha attribuito ai fondi di garanzia la possibilità di sottoscrivere azioni di finanziamento ex art. 2526 c.c., emesse da b.c.c. versanti in situazioni d'inadeguatezza patrimoniale o in amministrazione straordinaria, dalle quali deriva il potere di *designare direttamente* uno o più amministratori e il presidente dell'organo di controllo in seno alla società emittente, con ciò derogando alla disposizione che, prima del D.l. n. 18/2016, affidava la nomina in questione «*esclusivamente ai competenti organi sociali*» [enfasi aggiunta].

Tali strumenti, nell'ottica del patrimonio di vigilanza, presuppongono l'apporto a capitale di rischio e vanno computati nel *cet 1*; sul piano, invece, organizzativo di diritto societario, si avvicinano maggiormente agli strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346, co. 6, c.c., che riconosce ai sottoscrittori un diritto di voto «*escluso il voto nell'assemblea generale*» (cfr. anche l'art. 2351, co. 5, c.c.)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Soprattutto con riguardo alle misure di sostegno intraprese nei confronti delle b.c.c., le cui azioni sono state per lungo tempo sottoscrivibili dai soli soci cooperatori residenti nella zona di competenza territoriale della banca.

¹⁵⁹ Quali, ad esempio, le clausole statutarie con cui ai fondi viene concesso il gradimento sulle nomine alle cariche sociali nelle b.c.c. in amministrazione straordinaria; cfr. Trib. Rimini, 12 novembre 2014, n. 1287, secondo cui, ai sensi dell'art. 2379, co. 1, c.c., «deve dichiararsi la nullità della delibera assembleare, con riferimento alla nomina delle cariche sociali nelle società cooperative, che introduce nello statuto una clausola che prevede il gradimento, da parte di un soggetto terzo estraneo alla compagine sociale, dei nominativi chiamati a ricoprire dette cariche; siffatta clausola è nulla in quanto viola il principio della libera espressione del diritto di voto e quello della inderogabilità della competenza assembleare per la nomina degli organi sociali, principio quest'ultimo rafforzato in materia di Banche di Credito Cooperativo dall'art. 33 del Testo Unico Bancario».

¹⁶⁰ Il dato diventa più cristallino se si va a esaminare il differente tenore letterale della disciplina degli strumenti finanziari partecipativi emessi dalle cooperative (artt. 2526, 2538, 2542 e 2543 c.c.), il cui voto è, invece, espresso nell'assemblea dei soci, in cui viene calcolata la misura in concreto del vincolo di minoranza. In effetti, in entrambe le fattispecie, quella degli strumenti finanziari partecipativi emessi da s.p.a. e quella delle azioni di finanziamento di cui all'art. 150-ter t.u.b., si riscontra l'esistenza di un potestà amministrativa avente natura *reale* benché *extra-assembleare* (*id est* in deroga alle norme espressive del principio di *unitarietà* degli organi sociali). I titolari di strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346, co. 6, c.c., secondo l'opinione prevalente, esprimono, quali fornitori di risorse imputate a patrimonio netto, il voto o il diritto di designare un membro indipendente dell'organo di amministrazione o di controllo (art. 2351, co. 5, c.c.) *sempre* al di fuori dell'assemblea; alla luce di tale dato normativo, può riscontrarsi in capo ai titolari di strumenti finanziari partecipativi, sia sul piano *organizzativo* sia sul piano *finanziario*, una qualità essenzialmente negativa, quella, cioè, di non soci, estranei all'organo assembleare (oltretutto alle vicende del capitale sociale). Con diverse sfumature è stata, inoltre, sostenuta la tesi della legittimità di azioni con diritto di designazione diretta delle cariche sociali, oggi nella prassi ammessa in virtù di un'interpretazione analogica e sistematica degli artt. 2346, ult. co., 2348 (principio di atipicità delle categorie azionarie) e art. 2351, co. 4, c.c. (azioni con voto plurimo). Va, però, sottolineato come in questo caso il consenso espresso dalla categoria speciale non preclude una pronuncia dell'assemblea generale e non comporta, dunque, deroghe al principio di unitarietà dell'organo assembleare. Tra i primi a invocare questo principio, a sostegno della tesi dell'invalidità di categorie di azioni con diritto di nominare alcuni amministratori, MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, 114 ss., partic. 117; ma cfr. anche SANFILIPPO, *Il controllo* (nt. 23), 590 ss.; ID, *Funzione* (nt. 23), 9 ss., 323 ss., 353 ss.; ABRIANI – MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Gastone Cottino, IV-I, Padova, 2010, 581; ANGELILLIS – VITALI, *Art. 2351*, in *Azioni*, a cura di Mario Notari, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi e Mario Notari, Milano, 2008, 437. Con riferimento alle società cooperative Trib. Catania, 26 novembre 2001 (decr.), con nota di SANFILIPPO, *Clausole di « designazione » di amministratori di società cooperativa da parte di « diverse categorie di soci » e poteri del giudice del registro* in *Giur. comm.*, 2002, II, 467 ss.; cfr. anche le massime nn. 142 del Consiglio Notarile di Milano, 15/2010 e 47/2014 dei Consigli Notarili di Firenze, Pistoia e Prato.

Le stesse finiscono col riconoscere ai fondi di garanzia un potere penetrante di controllo sull'andamento delle b.c.c. non esercitabile in assemblea, quasi a indicare che i primi sono soggetti coinvolti nell'attività di impresa ma estranei all'organizzazione (dell'assemblea) della società; il che, unitamente a quanto evidenziato nei paragrafi precedenti, conferma il progressivo tramonto della netta distinzione tra rischio e debito e, conseguentemente, tra azioni, strumenti finanziari e obbligazioni, come caratteristica di un diritto fortemente *speciale*, a tratti *singolare*.

In quest'ottica, i presupposti della disciplina delle azioni di finanziamento vanno ravvisati non solo nella specialità dell'attività esercitata dall'ente emittente, ma, soprattutto, nella singolarità (e transitorietà) del momento in cui l'attività viene colta, ossia quello della crisi (amministrazione straordinaria o inadeguatezza patrimoniale); tant'è vero che l'art. 150-ter, co. 4, t.u.b., ammettendo il rimborso delle azioni su richiesta dei fondi e a seguito di autorizzazione dell'organo amministrativo e di Banca d'Italia (anche ai sensi dell'art. 28, co. 2-ter, t.u.b.), sembra prefigurare un'operazione di sostegno finanziario a carattere temporaneo, differentemente da quanto si afferma per l'investimento azionario in generale.

Proprio in ragione di tale singolarità può, del resto, comprendersi l'attribuzione ai fondi di garanzia di un diritto di voto totalmente in deroga ai principi di democrazia cooperativa e al vincolo di minoranza (cfr. art. 150-ter, co. 3 e co. 4-ter), più intenso di quello riconosciuto oggi ai sottoscrittori di strumenti finanziari (o azioni di finanziamento) emessi dalle banche popolari; in linea, da questo punto di vista, con l'idea che con la crisi il rischio d'impresa viene allocato principalmente su terzi soggetti, diversi dai soci (in questo caso cooperatori), ma comunque titolari di pretese su quote del patrimonio sociale, ai quali va riconosciuto, durante l'operazione di risanamento, un potere di controllo sulla gestione, proporzionale al rischio assunto.

Vero è, poi, che l'ipotesi di cui all'art. 150-ter t.u.b. segnala la prevalenza dell'interesse lucrativo su quello mutualistico, testimoniata dalla compressione delle possibilità d'influenza da parte dei soci cooperatori; va, però, considerato che portatori di tali interessi sono consorzi cui aderiscono tutte le banche appartenenti al sistema del credito cooperativo e che hanno, pertanto, lo scopo di soccorrere le singole b.c.c. nei momenti più critici dell'attività.

Il legislatore, quindi, riconosce la partecipazione all'attività a chi nella stessa è coinvolto in caso di dissesto della banca; d'altra parte, stimola il coinvolgimento dei fondi nelle operazioni di ricapitalizzazione delle b.c.c. attraverso penetranti diritti di partecipazione, neutralizzando le più volte menzionate inefficienze che originano dall'organizzazione democratica della società cooperativa e riposizionando, così, il bilanciamento tra istanze partecipative e istanze efficientistiche nelle banche di credito cooperativo in crisi.

Nonostante ciò, i nuovi interventi non hanno neutralizzato i *limiti* del sistema nel garantire un risanamento *tempestivo*: per un verso, il sostegno economico dei fondi è condizionato al sopraggiungere di una situazione d'inadeguatezza patrimoniale o all'assoggettamento alla procedura di amministrazione straordinaria; per altro verso, la finanza immessa dai fondi ai sensi dell'art. 150-ter t.u.b. non allenta i requisiti patrimoniali della singola b.c.c., giacché la somma da rimborsare alle controparti di un sistema istituzionale di garanzia per la sottoscrizione di strumenti di capitale costituisce importo da conteggiare ai fini del calcolo delle esposizioni ponderate per il rischio.

7. (segue) *Breve analisi sulla riduzione dei “costi” di applicazione della normativa prudenziale derivante dall'affiliazione a un organismo centrale e sui modelli di “integrazione” del credito cooperativo previsti in alcuni ordinamenti stranieri.*

Appurato che l'IPS e, con esso, i fondi di garanzia si sono rivelati inadatti a realizzare efficaci misure di *early intervention*, un'alternativa idonea a rendere più flessibile per le b.c.c. l'applicazione della CRD IV e del SRM è stata individuata dal legislatore nel gruppo bancario, o, più precisamente, nella fattispecie qualificata dall'art. 10 CRR come «enti creditizi affiliati permanentemente a un organismo centrale».

La norma in esame autorizza la vigilanza ad ammettere nei confronti di una più o banche affiliate permanentemente a un organismo centrale controllante una deroga quasi totale alla normativa sul calcolo dei requisiti patrimoniali su base individuale, sul presupposto che l'affiliazione presenti congiuntamente tre condizioni: (i) gli obblighi assunti dall'impresa centrale e dagli affiliati siano garantiti in solido; (ii) sussistano effettivi e idonei meccanismi di controllo¹⁶¹, «sulla base dei conti consolidati», della *solvibilità* e della *liquidità* del gruppo nel suo complesso; (iii) venga attribuito alla «dirigenza dell'organismo centrale [...] il potere di dare istruzioni alla dirigenza degli enti affiliati» [corsivo aggiunto]¹⁶².

Pertanto, l'obbligo di aderire a un gruppo (art. 37-*bis* t.u.b.), da un lato, garantisce alle b.c.c. un intenso e permanente sconto in termini di costi di *compliance* e, dall'altro lato, è soluzione più praticabile rispetto all'applicazione effettiva del principio di proporzionalità¹⁶³.

Nel tentativo di evitare che il beneficio della deroga ai requisiti patrimoniali di vigilanza fosse minore del costo derivante da un'articolazione di gruppo fondata sul possesso azionario e su una struttura *totalmente* gerarchica tipica delle società lucrative, è parso indispensabile individuare assetti organizzativi in grado di bilanciare correttamente le esigenze di controllo poste dalla CRR e le esigenze di autonomia degli aderenti al sistema del credito cooperativo.

Posti questi obiettivi, la scelta del legislatore nazionale si è ispirata agli ordinamenti che, al fine di garantire unità di decisione nell'ambito delle politiche strategiche del credito cooperativo, da tempo prediligono l'assetto di gruppo¹⁶⁴ piuttosto che quello della rete.

Quest'ultima rappresenta la soluzione adottata – sia pur con le dovute differenze concernenti il numero di livelli in cui le reti si strutturano – nell'ordinamento tedesco e austriaco per coordinare le politiche di governo delle *raiffeisenkassen*.

In Germania circa mille banche cooperative locali, organizzate in sette federazioni associative regionali e una nazionale (*Verband der Volksbanken und*

¹⁶¹ È necessario che la capogruppo e le sue «filiazioni» creino «una struttura organizzativa adeguata e appropriati meccanismi di controllo interno, al fine di garantire che i dati necessari per il consolidamento siano debitamente elaborati e trasmessi» (Art. 11, par. 1, CRR).

¹⁶² L'art. 10, par. 1, inciso finale, CRR autorizza, poi, gli Stati Membri a «mantenere la normativa nazionale vigente in ordine all'applicazione della» disciplina dei requisiti patrimoniali su base consolidata al cui rispetto è tenuta la capogruppo (Art. 11, par. 4, CRR) «nella misura in cui [la prima] non confligga» con le disposizioni contenute nel pacchetto CRD IV. La disciplina dei gruppi bancari ha, come noto, subito delle modifiche ad opera del D.l. 72/2015, che ha recepito il pacchetto CRD IV e i provvedimenti comunitari relativi al sistema unico di vigilanza europeo; si rinvia al cap. II, sez. II.

¹⁶³ Che avrebbe dovuto assicurare un'applicazione della normativa prudenziale coerente con le reali significatività delle b.c.c. nell'attuale contesto di mercato.

¹⁶⁴ Lo fanno notare LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale* in *Giur. comm.*, I, 2015, 56 ss.; PAGANI, *La riforma del credito cooperativo in una prospettiva comparata* in *Banc. impr. e soc.*, II, 2016, 203 ss.; SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (nt. 42), 190 ss.; BUTZBACH – DESIATO – ROTONDO, *La mutualità delle banche* (nt. 16), 10 ss.; già in passato STANGHELLINI, *L'organizzazione di gruppo nelle esperienze straniere*, in *Gruppi bancari e banche di credito cooperativo*, Firenze, 1996, 67 ss.

Raiffeisenbanken), partecipano *direttamente* al capitale della *DZ BANK*, posta a capo della rete imprenditoriale e garante del corretto funzionamento del sistema istituzionale di garanzia dei depositanti.

Nel caso austriaco, il *Raiffeisen Bankegruppe Österreich* è strutturato in tre livelli, in cui circa 494 banche locali (primo livello), attraverso otto strutture societarie provinciali controllate (secondo livello, delle *Raiffeisen Landeszentralen*), partecipano *indirettamente* al capitale della capogruppo azionaria, la *Raiffeisen Bank International* (terzo livello). Quest'ultima «gestisce e investe la liquidità delle banche locali, promuove l'attività delle stesse, concedendo prestiti e liquidità alle medesime, e assicura uniformità di azione amministrativa e di *marketing*».

Al riguardo, è interessante notare che, da un lato, l'RBO svolge le funzioni di un IPS, garantendo un sistema di monitoraggio congiunto e uniforme del rischio, attraverso l'istituzione di un meccanismo di *allerta precoce*, che consente di individuare tempestivamente le criticità di singoli aderenti o della rete complessiva, intervenendo solo in via *sussidiaria* rispetto al sistema di protezione regionale; dall'altro lato, il § 30a *Bankwesengesetz* (BWG), introdotto nel 2015, qualifica la fattispecie come «gruppo»¹⁶⁵, diversamente da quanto avviene in Germania.

A ogni modo, in queste ipotesi le banche locali mantengono un grado minimo di autonomia operativa a fronte di vantaggi derivanti dall'appartenenza al fondo di garanzia, il quale, non essendo idoneo alla tempestiva ricapitalizzazione delle banche in momenti in cui il rischio di crisi è, ancora, *precoce*, costituisce una forma di integrazione *più debole* rispetto all'assetto di gruppo.

Il modello di gruppo, invece, è principalmente utilizzato negli ordinamenti olandese e francese¹⁶⁶, in cui elementi *costanti* sono la previsione di una sistema di *garanzie reciproche* (e *responsabilità solidali*) a fini di stabilità patrimoniale e di un ente titolare del potere *contrattuale* di direzione e governo della *liquidità* del gruppo.

Nel gruppo olandese la *capogruppo* cooperativa *Rabobank Nederland*, organizzata secondo il sistema dualistico, è *partecipata* dalle banche cooperative locali, le quali si riuniscono in dodici assemblee separate regionali per eleggere i membri che parteciperanno all'assemblea generale ai fini della nomina degli organi sociali. La capogruppo svolge, oltre alla direzione e coordinamento del sistema del credito cooperativo, attività bancaria, di servizi di pagamento e d'investimento nei confronti delle banche locali in qualità di *cassa centrale*, nonché detiene il controllo – allo stesso modo di quanto ha fatto fino ad oggi ICCREA *holding* – di società fornitrici di servizi ausiliari all'attività creditizia delle singole affiliate.

¹⁶⁵ La norma citata nel testo considera gruppo creditizio l'ipotesi in cui un'istituzione centrale e le istituzioni affiliate alla prima stipulano tra loro un accordo volto a: (i) istituire un sistema di segnalazione tempestiva degli sviluppi economici avversi, di modo da poter supportare ciascun membro del gruppo attraverso misure finanziarie o altre misure in caso di difficoltà economica; (ii) armonizzare le politiche commerciali e di mercato delle società affiliate; (iii) permettere a ciascun aderente di recedere dall'accordo solo dopo un preavviso di almeno due anni. Il sistema di *early warning* e la fornitura di liquidità nel caso di difficoltà finanziaria possono essere realizzati esclusivamente attraverso un sistema di protezione costituito nella forma di società per azioni o società cooperativa con oggetto sociale *vincolato esclusivamente a tali scopi*, in cui l'istituto centrale (almeno il 50,1%), le banche affiliate e, per le cooperative, i loro amministratori detengono una partecipazione di maggioranza di modo da permettere all'istituto centrale esercitare una significativa influenza sul sistema stesso; è ammesso, inoltre, che la garanzia possa essere realizzata attraverso un'associazione nei limiti in cui l'istituzione centrale sia capace di esercitare un'influenza notevole sulla stessa.

¹⁶⁶ Il modello del gruppo bancario cooperativo è presente anche in Finlandia. In particolare, l'*OP-Financial Group* è composto da 181 banche cooperative locali, che partecipano integralmente nella capogruppo *OP-Cooperative*. In tale gruppo, l'impresa madre è tenuta a finanziare tempestivamente le cooperative contrattualmente controllate di modo da prevenire la loro liquidazione, mentre gli aderenti si impongono a contribuire periodicamente rifornire la tesoreria di gruppo; cfr. PAGANI, *La riforma* (nt. 164), 212 ss.

Il nucleo essenziale dell'attività del gruppo bancario – ossia la direzione e il coordinamento, nonché le funzioni di vigilanza delegata – è *disciplinato da un accordo*, avente ad oggetto i diritti e i doveri degli aderenti e un meccanismo di garanzia incrociata.

Va evidenziato, inoltre, che di recente l'articolazione di gruppo è venuta meno a seguito della revoca delle licenze bancarie di tutte le banche cooperative controllate e partecipanti al capitale dell'impresa madre, essendo state incorporate e rese formale delle filiali operative di quest'ultima.

Secondo l'opinione della dottrina ¹⁶⁷, il modello francese è quello che si avvicina maggiormente a quello del gruppo bancario cooperativo.

Al riguardo, si ricordano i gruppi *Crédit Agricole*, *Crédit Mutuel* e *Groupe des Banques Populaires et des Caisses d'Epargne* (BPCE group) ¹⁶⁸, articolati in tre livelli (locale, regionale e centrale) e caratterizzati da una società *azionaria* posta al vertice, che può disporre per statuto il potere di *approvare* i candidati all'organo amministrativo della banca locale, nominati dall'assemblea di quest'ultima.

In particolare, la capogruppo *Crédit Agricole Société Anonyme* raccoglie e gestisce le liquidità in eccesso delle banche regionali o concede alle stesse finanziamenti; dà attuazione al meccanismo di garanzia solidale; assicura la «coesione della rete del credito agricolo e la conformità da parte delle banche associate alle leggi e alle disposizioni di vigilanza esercitando supervisione amministrativa, tecnica e finanziaria e garantendo la liquidità e la solvibilità della rete delle singole banche aderenti.

Le banche locali controllano 39 banche regionali, che, a loro volta, controllano tramite un accordo e un veicolo societario (la *SAS Rue de la Boétie*) l'impresa madre; questa, d'altro canto, partecipa per il 25% al capitale delle casse regionali.

In tutte queste fattispecie di gruppo, la fonte del dominio della capogruppo è rappresentata da un accordo, sia esso formalizzato in un documento unitario sottoscritto da tutti gli aderenti, sia esso il risultato di un coordinamento tra gli statuti delle varie società del gruppo; nel caso francese, poi, la costituzione del gruppo è imposta dalla legge ai fini dell'ottenimento della licenza bancaria delle singole banche cooperative.

Va sottolineato, in conclusione, che il livello d'*integrazione* che si realizza nei gruppi bancari cooperativi operanti al di fuori del territorio nazionale è talmente intenso che alcuni autori nostrani ¹⁶⁹ – anche in considerazione del menzionato incremento dei processi d'incorporazione che in Olanda hanno portato alla revoca delle licenze bancarie delle cooperative locali aderenti al *Rabobank Group* – hanno opportunamente sollevato dubbi in ordine alla riconducibilità alla direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c. del gruppo ex art. 37-bis t.u.b., fattispecie *legale* più assimilabile a un'«impresa unitaria multidivisionale» che a un'organizzazione economicamente unitaria di enti giuridicamente indipendenti.

Invero, sulla scorta delle esperienze straniere, la stessa dottrina ¹⁷⁰, temendo che un assetto eccessivamente verticistico potesse realizzare una brusca frattura all'interno del credito cooperativo, aveva suggerito al legislatore italiano l'adozione di un processo *graduale* di formazione dei g.b.c., fondato, prima, sui gruppi regionali (o interregionali) e, in un secondo momento, sul gruppo nazionale ricomprensivo dei primi, così da

¹⁶⁷ In questo senso SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (nt. 42), 196; PAGANI, *La riforma* (nt. 164), 207 ss.

¹⁶⁸ Cfr. gli art. L. 511-20 e L.511-31 del *Code Monétaire et Financier*, che qualifica le capogruppo dei gruppi citati nel testo organismi centrali cui sono affiliate permanentemente le banche cooperative, replicando la disciplina di cui all'art. 10 CRR.

¹⁶⁹ La tesi, dall'impronta più *economico-sociologica* che *giuridica*, è di SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (nt. 42), 214, 235-236.

¹⁷⁰ Cfr. LAMANDINI, *Nuove riflessioni* (nt. 164), 63 ss.

preservare le esigenze dei singoli istituti di credito cooperativo, al tempo stesso rafforzando le sinergie delle banche operanti in zone territorialmente omogenee¹⁷¹.

Tuttavia, tra l'obiettivo di migliorare la *governance* del sistema del credito cooperativo, allocare in modo più efficiente le risorse patrimoniali al suo interno e aprire il sistema ai capitali esterni, e quello di valorizzare la dimensione territoriale e l'autonomia delle singole banche, il legislatore ha dato maggior peso, sulla spinta delle autorità comunitarie, al primo: in questa prospettiva, l'accesso al mercato di capitali presuppone necessariamente che il ruolo di capogruppo venga svolto da una società per azioni, vista come un efficace veicolo per la raccolta e l'organizzazione del finanziamento necessario allo svolgimento dell'attività creditizia¹⁷².

8. *I tratti essenziali del gruppo bancario cooperativo: definizione dell'ambito d'indagine nel tentativo di individuare l'effettiva distanza tra la "specialità" del g.b.c. e la "generalità" dei gruppi (bancari e comuni).*

Seguendo questa impostazione, il D.l. n. 18/2016 modifica quasi tutte le norme del testo unico bancario disciplinanti le banche di credito cooperativo e introduce gli artt. 37-*bis* (Gruppo Bancario Cooperativo) e 37-*ter* (Costituzione del gruppo bancario cooperativo), sollevando inizialmente forte critiche¹⁷³.

¹⁷¹ Contrariamente alle proposte manifestate dalla dottrina, dai documenti ufficiali del seminario sulla riforma del credito cooperativo, organizzato nell'ottobre del 2015 presso il Parlamento, emerge, invece, l'idea di un gruppo unico nazionale o, in ogni caso, di pochi grandi gruppi per la direzione di tutte le banche di b.c.c., ad eccezione delle banche *Raiffeisen* dell'Alto Adige, da inquadrare all'interno di un gruppo provinciale autonomo; ciò, per scongiurare il rischio di una possibile concorrenza all'interno del movimento, che dovrebbe, invece, restare solido e unito per essere maggiormente competitivo sul mercato. Cfr. *Seminario istituzionale sulle tematiche relative alla riforma del settore delle banche di credito cooperativo*, Intervento di Carmelo Barbagallo, Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria in Banca d'Italia, Senato della Repubblica Roma, 15 ottobre 2015, 10. Vedi anche *Seminario al Senato*, Traccia del Presidente di Federcasse, avv. Alessandro Azzi, 15 ottobre 2015.

¹⁷² Cfr. l'intervento di Barbagallo citato nella nota precedente, secondo cui sarebbe stato essenziale la fissazione di un capitale minimo adeguato per la capogruppo, giacché «[i]l requisito di capitale determina di fatto le dimensioni operative del gruppo: un livello troppo basso non favorirebbe la formazione di gruppi ampi e ben diversificati, caratterizzati da sufficienti economie di scala, condizione necessaria per attrarre capitali di rischio, per espletare adeguatamente servizi e funzioni di produzione accentrati, per esercitare incisivamente controlli strategici e operativi. La capogruppo deve inoltre poter disporre di risorse patrimoniali sufficienti a sostenere eventuali difficoltà di singole componenti o anche di una porzione significativa del gruppo». Federcasse, invece, ha manifestato l'interesse ad attrarre «“capitali pazienti”, capaci di entrare in sintonia con la visione “intergenerazionale” del Credito Cooperativo».

¹⁷³ Ha prospettato il rischio che la proprietà delle banche di credito cooperativo venisse svenduta ai grandi gruppi internazionali BINDELLI, *Riforma Bcc si rischia svendita ai grandi gruppi internazionali*, 1 febbraio 2016, reperibile su www.wallstreetitalia.com; ha letto nella riforma un atteggiamento deresponsabilizzante da parte di Banca d'Italia CAPRIGLIONE, *Approvata la legge di conversione del d.l. n. 18/2016. Un'opzione normativa poco convincente*, aprile 2016, reperibile su www.diritto bancario.it. Cfr. anche ID, *Per un'ipotesi di gruppi alternativi. La problematica del recesso nella legge di riforma delle BCC in* www.diritto bancario.it. La probabile eventualità che i gruppi bancari cooperativi possano essere più di uno ha, inoltre, provocato alcune fratture all'interno del movimento del credito cooperativo, perdurate anche in seguito alla conversione del D.l. 18/2016, avvenuta con la l. n. 49/2016, e all'emanazione da parte di Banca d'Italia della normativa secondaria di attuazione delle disposizioni del t.u.b. Cfr. BARBAGALLO, *Misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo e altre misure in materia bancaria*, audizione presso la Commissione VI (Finanze) della Camera dei Deputati, 1 marzo 2016; cfr. anche la sintesi delle audizioni di Federcasse del 29 febbraio e dell'8 marzo 2016 (già in nota 171), reperibili su www.creditocooperativo.it; si veda anche l'intervento di Carmelo Barbagallo presso la Fondazione Italiani Europei, *La riforma del Credito Cooperativo nel quadro delle nuove regole europee e dell'Unione bancaria*, 21 marzo 2016, reperibile sul sito della Banca d'Italia. Infine, in attesa della conversione del decreto n. 18 e in occasione delle procedure di consultazione avviate per l'elaborazione delle disposizioni di vigilanza sul g.b.c. [cfr. 19° aggiornamento della Circolare n. 285 del 2013, 2 novembre 2016 e i documenti di consultazione sul sito della Banca d'Italia] Banca d'Italia e Federcasse hanno manifestato spesse volte

L'aumento del numero di soci e del valore massimo della partecipazione di ciascun socio, nonché la possibilità di prevedere statutariamente un quantitativo minimo di azioni da sottoscrivere per divenire socio, sono chiaramente volti a incrementare la raccolta di capitale di rischio (art. 34 t.u.b.); inoltre, il legislatore mostra nuovamente diffidenza nei confronti delle banche popolari, giacché l'art. 35 t.u.b. autorizza le b.c.c. a partecipare alle sole fusioni eterogenee da cui risultino società per azioni, laddove nella versione precedente la norma ammetteva la possibilità di dar vita anche a banche popolari ¹⁷⁴.

Il gruppo bancario cooperativo ex art. 37-*bis* t.u.b. è costituito: (i) da una s.p.a. capogruppo autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria, avente un patrimonio netto di un miliardo e partecipata in misura maggioritaria dalle b.c.c. ¹⁷⁵; (ii) dalle banche di credito cooperativo appartenenti al gruppo; (iii) da eventuali sottogruppi territoriali diretti da una s.p.a. partecipata dalla capogruppo di vertice ed *eventualmente* dalle b.c.c. del medesimo sottogruppo; (iv) le società bancarie, finanziarie e strumentali controllate dalla capogruppo ai sensi dell'art. 59 t.u.b.

L'attività di direzione e coordinamento è svolta sulla base di un contratto denominato "di coesione", che conferisce il *controllo* ¹⁷⁶ e individua: (i) la banche soggette alla direzione e coordinamento della s.p.a.; (ii) i poteri specifici ¹⁷⁷ di direzione e coordinamento da esercitarsi «nel rispetto delle finalità mutualistiche» delle banche

posizioni contrapposte. La prima ha lamentato la natura eccezionale dei poteri d'ingerenza della capogruppo nei processi di nomina delle banche controllate, che potrebbe impedire di ravvisare il controllo ai sensi dei principi contabili internazionali; sui quali si veda anche Cfr. il Parere della Banca Centrale Europea del 24 marzo 2016 sulla riforma delle banche di credito cooperativo, su un sistema di garanzia per cartolarizzazione delle sofferenze e sull'autorizzazione dei fondi d'investimento alternativi a investire in crediti (CON/2016/17), reperibile su www.ecb.europa.eu. La seconda, invece, ha paventato la fine del localismo. Oltre all'iniziale esclusione del recesso, è stata fortemente criticata l'opzione che consente alle b.c.c. con patrimonio superiore ai duecento milioni di euro di trasformarsi in s.p.a. senza devolvere le riserve indivisibili ai fondi mutualistici; di sospetta illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 45 Cost.

¹⁷⁴ Ciò, evidentemente, presuppone l'idea che, nel caso in cui una fusione sia necessaria per rafforzare la solidità patrimoniale e finanziaria di una o più b.c.c., il modello "banca popolare" sia inadeguato al raggiungimento del detto obiettivo, anche perché esso stesso, come già affermato, evoca un tipo che tende in potenza ad assumere le vesti di società azionaria raggiunte certe soglie dimensionali; per alcune considerazioni riguardanti le banche popolari a capo del g.b.c. si rinvia al par. 2 del cap. III.

¹⁷⁵ Inoltre, ai sensi dell'art. 37-*bis*, co. 2, t.u.b., lo statuto della capogruppo «indica il numero massimo delle azioni con diritto di voto che possono essere detenute da ciascun socio, direttamente o indirettamente, ai sensi dell'art. 22, comma 1». La norma, non rinviando all'art. 22, co. 1-*bis*, t.u.b., consente presumibilmente di superare i tetti statuari attraverso patti parasociali, utili a consolidare l'azione comune dei soci b.c.c. all'interno dell'assemblea generale della società dominante. Tale conclusione vale nel momento in cui si condivide l'assunto secondo cui l'art. 37-*bis*, co. 1, t.u.b. – nella parte in cui prevede la partecipazione maggioritaria delle b.c.c. *al capitale* della s.p.a. – per un verso, non regola *formalmente* la ripartizione dei diritti di voto; per altro verso, non assicura che le b.c.c. partecipanti al capitale della capogruppo condividano le medesime strategie di voto in assemblea. Si rinvia al cap. III, par. 4.

¹⁷⁶ Il contratto di coesione deve assicurare «l'esistenza di una situazione di controllo come definito dai principi contabili internazionali adottati dall'Unione europea»; al tempo stesso, per evitare di ostacolare il buon esito delle operazioni di aumento di capitale sociale offerto alle b.c.c. aderenti e di sterilizzare il funzionamento dell'assemblea della capogruppo, che possiede indirettamente il 51% delle proprie azioni, l'art. 37-*bis*, co. 6, t.u.b. sono disapplicate le disposizioni concernenti l'acquisto e la sottoscrizione di azioni della controllante da parte delle banche controllate. Si rinvia al cap. III, par. 3.

¹⁷⁷ Tra cui rientra: «l'individuazione e l'attuazione degli indirizzi strategici ed obiettivi operativi del gruppo nonché gli altri poteri necessari per la direzione e coordinamento, *proporzionati alla rischiosità delle banche aderenti*, [...] i controlli ed i poteri di influenza sulle banche aderenti volti ad assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e delle altre disposizioni in materia bancaria e finanziaria [...] i casi, comunque motivati, in cui la capogruppo può, rispettivamente, *nominare, opporsi alla nomina o revocare* uno o più componenti, *fino a concorrenza della maggioranza*, degli organi di amministrazione e controllo delle società aderenti al gruppo e le modalità di esercizio di tali poteri [...], l'esclusione di una banca dal gruppo in caso di gravi violazioni degli obblighi previsti dal contratto e le altre misure sanzionatorie *graduate in relazione alla gravità della violazione*».

cooperative aderenti; (iii) «i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune»; (iv) i criteri e le condizioni di adesione, di diniego all'adesione, di esclusione e recesso dal gruppo, secondo criteri non discriminatori in linea con il principio di solidarietà tra le banche cooperative a mutualità prevalente¹⁷⁸; (v) «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» [enfasi aggiunta] (cfr. la prima versione dell'art. 37-bis, co. 3, t.u.b.).

L'autonomia esercitata in sede di configurazione del regolamento negoziale è fortemente limitata dalla normativa secondaria, che prevede un'analitica disciplina¹⁷⁹ del contenuto "minimo" del contratto di coesione e, più, in generale, dell'organizzazione e governo del g.b.c., nel tentativo di assicurare alla capogruppo forme di influenza dominante equivalenti a quelle proprie del controllo partecipativo¹⁸⁰, fermo restando il vincolo della capogruppo s.p.a. a operare per promuovere e rafforzare lo scopo mutualistico delle b.c.c. aderenti.

Come in Francia, ai sensi dell'art. 33 t.u.b., l'adesione al g.b.c. diretto da una s.p.a. e al sistema di garanzia incrociate è imposta dalla legge ai fini del rilascio della licenza bancaria¹⁸¹; inoltre, in sede di prima costituzione del gruppo è esclusa *in re ipsa* qualsiasi possibilità di recesso da parte del socio di b.c.c. ai sensi degli artt. 2497-*quater*, lett. c, e 2437, lett. a e g, c.c., fermo restando il limite al rimborso di cui all'art. 28 t.u.b.; il recesso delle b.c.c. dal contratto, infine, contrariamente a quanto affermato dall'art. 2545-*septies*, co. 2, c.c. per i gruppi paritetici comuni, è fortemente scoraggiato dalla sopravvivenza del vincolo di solidarietà finanziaria per altri dieci anni dallo scioglimento del rapporto di gruppo, cui deve comunque conseguire l'immediata adesione a un altro g.b.c., pena la liquidazione dell'ente o la *way-out*¹⁸².

Secondo le prime impressioni della gran parte degli studiosi¹⁸³, la riforma avrebbe dato vita a un gruppo gerarchico fondato su un contratto di "dominio debole", che affida la direzione e il coordinamento a una società orientata all'obiettivo di

¹⁷⁸ Tali operazioni vanno autorizzate dalla Banca d'Italia avendo riguardo alla sana e prudente gestione del gruppo e della singola banca (art. 37-bis, co. 5, t.u.b.).

¹⁷⁹ Le disposizioni di vigilanza sul Gruppo Bancario Cooperativo, che saranno esaminate più dettagliatamente nel terzo capitolo, sono divise in cinque sezioni: (i) disposizioni di carattere generale; (ii) composizione del gruppo e requisiti della capogruppo; (iii) contratto di coesione e accordo di garanzia; (iv) statuti della capogruppo e delle società del GBC; (v) costituzione del GBC.

¹⁸⁰ A tal proposito, tra le modalità attuative della garanzia solidale si riconosce la possibilità di offrire in sottoscrizione alla capogruppo azioni di finanziamento ai sensi dell'art. 150-*ter* t.u.b., anche al di fuori dei casi in cui è ammessa l'emissione a favore dei fondi di garanzia.

¹⁸¹ La mancata adesione al GBC comporta la messa in liquidazione della banca di credito cooperativo, salvo venga deliberata una trasformazione in s.p.a. o, alternativamente, venga conferita l'azienda bancaria in una s.p.a. di controllata dalla cooperativa, che in sede di trasformazione elimina l'oggetto sociale bancario continuando a garantire la mutualità prevalente per il tramite della banca di servizio. L'azienda è conferita al netto delle riserve indivisibili e l'operazione è soggetta a imposta indiretta sostitutiva pari al 20% del valore trasferito.

¹⁸² La soluzione adottata ai fini della *way-out* si mostra rispettosa della disciplina della mutualità prevalente, giacché col conferimento dell'azienda in s.p.a. al netto del riserve indivisibili viene meno il presupposto dell'obbligo di devoluzione ai fondi mutualistici; essa, richiama la fattispecie del gruppo cooperativo gerarchico, in cui il vantaggio mutualistico è riconosciuto ai soci in via indiretta, tramite i servizi erogati dalla società lucrativa partecipata dalla cooperativa.

¹⁸³ Questo sembra essere l'orientamento prevalente espresso ai Convegni *Le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia in materia di Gruppo Bancario Cooperativo*, tenutosi a Napoli il 13 dicembre 2016 presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope, e *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, tenutosi il 16 e il 17 dicembre 2016 presso l'Università del Salento. Vedi anche BINDELLI, *La riforma delle BCC contenuta nella legge 8 aprile 2016 n. 49 di conversione del d.l. 14 febbraio 2016 n. 18. Il gruppo bancario cooperativo e il suo processo di costituzione*, reperibile su www.dirittobancario.it; incerto sulla natura di contratto paritetico del patto di coesione, malgrado alcune affinità tra quest'ultima fattispecie e quella di cui all'art. 2525-*septies* c.c., parla di contratto di dominio debole, FIORDIPONTI, *Banche di credito cooperativo: una riforma a due velocità* in www.dirittobancario.it. Contra SANTAGATA R., "Coesione" e autonomia (nt. 43), *passim*.

massimizzazione dell'investimento e che, a lungo andare, coerentemente con quanto si presume essere avvenuto per il credito popolare, porterà alla fine del mutualismo nel settore bancario.

Atteso che uno degli elementi *essenziali* del tipo b.c.c. è, oggi, l'adesione al gruppo bancario cooperativo con caratteri di *permanenza*, l'interprete potrebbe chiedersi se sia possibile conformare le regole di autonomia imprenditoriale (gestoria e statutaria) a detto profilo tipologico *in deroga* alle disposizioni di diritto comune; in particolare ammettendo un'alienazione del governo dell'impresa eterodiretta in misura più ampia di quelle generalmente ammessa ai sensi degli artt. 2497 ss. c.c.¹⁸⁴.

Tuttavia, al netto dei tratti di specialità insiti nella disciplina bancaria¹⁸⁵, interessa, piuttosto, capire fino a che punto il nuovo istituto sia in grado di confermare l'esistenza di principi già ricavabili dall'ordinamento societario comune, afferenti l'autonomia *negoziale* e *operativa* delle società coinvolte in una struttura contrattuale di gruppo, sia esso un gruppo lucrativo, cooperativo o eterogeneo.

Fissati gli obiettivi della ricerca, sarebbe opportuno rintracciare, in primo luogo, gli spazi riconosciuti dall'autonomia privata nell'ambito dei gruppi comuni e dei gruppi bancari e gli effetti giuridici che la legge ricollega all'esercizio della direzione strategica, con particolare attenzione al potere esercitato tramite contratto.

Solo in tal modo, all'esito dell'indagine riguardante la cornice giuridica *generale* in cui s'inserisce la disciplina *speciale* in esame, si potrà meglio comprendere *se e fino a che punto* l'operare dell'autonomia privata nel governo del gruppo bancario cooperativo possa validare la tenuta della disciplina comune sui gruppi¹⁸⁶ o rappresenti, invece, un *insolito paradigma espressivo dalla sana e prudente gestione* non comparabile alle integrazioni conseguenti ai tradizionali accordi contrattuali e rivelatore di una spinta *accentratrice* tale da degradare in fatto le b.c.c. a mere filiali della capogruppo.

¹⁸⁴ In questo senso è singolare il disposto di cui all'art. 33, co. 3, t.u.b. che stabilisce che la «nomina dei membri degli organi di amministrazione e controllo spetta ai *competenti* organi sociali *fatte salve* le previsioni degli articoli 150-ter [azioni di finanziamento] e 37-bis, comma 3 [poteri di nomina, opposizione alla nomina e revoca delle cariche sociali esercitati dalla capogruppo]. La disposizione sembra confermare quanto sostenuto in precedenza con riguardo all'esistenza di poteri extra-organici in grado influenzare il governo della banca di credito cooperativo, che, nella prospettiva del nuovo diritto dell'impresa bancaria, affievoliscono le differenze tra soci, terzi non soci e creditori in termini di soggetti coinvolti nell'organizzazione *della società*, finendo contestualmente con l'accomunarne i tratti in qualità di soggetti tutti coinvolti nell'organizzazione *dell'impresa*.

¹⁸⁵ In alcuni casi volti a derogare alla normativa codicistica – è il caso del *controllo* (artt. 2359-bis ss.; art. 37-bis, co. 6, c.c.) o del recesso di cui sopra – in altri, invece, volti a integrare gli artt. 2497 ss. c.c. – come nel caso del principio di *proporzionalità* del potere della capogruppo s.p.a. alla *gravità* delle condizioni di rischio delle b.c.c.

¹⁸⁶ Da questo punto di vista le recenti disposizioni sul g.b.c., nel derogare eccezionalmente alla disciplina del recesso, potrebbero *a contrario* confermare la tesi secondo cui la stipula di un contratto di gruppo (sia esso un gruppo gerarchico o paritetico) va deliberata dall'assemblea straordinaria e non dall'organo amministrativo, giacché l'appartenenza a una struttura imprenditoriale di gruppo può essere per certi versi assimilata alle operazioni di fusione, che pure è, sebbene con maggiore intensità, un fenomeno di riorganizzazione aziendale e di aggregazione tra imprese; cfr. a tal proposito l'art. 69-*quaterdecies* t.u.b. in materia di accordi di sostegno finanziario infragruppo; si rinvia al cap. II, sez. II, par. 10.

CAPITOLO II

CONTROLLO E AUTONOMIA PRIVATA NEI GRUPPI (CONTRATTUALI) *COMUNE* NEI GRUPPI *BANCARI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – Sezione prima. Controllo, Direzione e Coordinamento e Autonomia Privata nei Gruppi Contrattuali di Diritto Comune. – 2. La relazione tra controllo e direzione e coordinamento: la natura trans-tipica della disciplina sui gruppi di diritto comune e i riflessi sull'idoneità di un contratto di gruppo a generare una situazione di controllo. Cenni al “corto circuito” tra l'art. 2497-sexies e l'art. 2497-septies c.c. – 3. La rilevanza dei rischi insiti nel controllo inteso come influenza dominante “potenziale” ai fini dell'applicazione degli artt. 2359-bis ss. e 2497-sexies c.c. – 4. I contratti di «direzione e coordinamento» e l'incertezza sui confini della fattispecie negoziale individuata dall'art. 2497-septies c.c.: la tesi volta ad ammettere i contratti di “dominio debole”. – 5. (*segue*) la tesi volta a distinguere tra contratti di “dominio debole” (invalidi) e regolamenti di gruppo (validi). Repliche. – 6. (*segue*) La tesi volta a riconoscere la legittimità dei soli contratti di gruppo paritetico e i dubbi sull'essenza della pariteticità nei gruppi cooperativi. Repliche. – 7. Conclusioni sui confini della fattispecie dei contratti di direzione e coordinamento (anche “paritetici”) e sul rapporto tra contratto di gruppo e controllo inteso sia come presupposto per l'applicazione della disciplina delle azioni proprie possedute da società controllate sia come presunzione di esistenza di un'attività di gruppo. Una proposta interpretativa. – Sezione seconda. Controllo, Direzione e Coordinamento e Autonomia Privata nei Gruppi Bancari e negli Accordi di Assistenza Finanziaria di Gruppo: Norme Speciali e Principi Generali. – 8. Cenni alla specialità del gruppo bancario cooperativo nella prospettiva dei fenomeni associativi. Il controllo ex art. 23 t.u.b. e la rilevanza del controllo “solitario” nei gruppi bancari: specialità di ratio e di fattispecie. – 9. (*segue*) La specialità della disciplina della direzione e coordinamento nei gruppi bancari: alcuni chiarimenti sulla portata del vincolo scaturente dall'esercizio del potere della capogruppo. – 10. Considerazioni di rilievo sistematico in materia di autonomia privata, principio di corretto finanziamento, vantaggi compensativi e interesse alla stabilità del gruppo tratte dall'analisi della disciplina dei piani di risanamento e degli accordi di finanziamento infragruppo. – 11. Conclusioni sul grado di autonomia privata riconosciuto alle società appartenenti a un gruppo bancario e sulla neutralità dei principi di corretta gestione del gruppo bancario (corretto finanziamento, vantaggi compensativi, stabilità) rispetto allo scopo-fine (lucrativo o mutualistico) perseguito da ciascuna entità ad esso aderente.

1. *Premessa.*

A più di dieci anni dall'entrata in vigore della riforma del diritto societario, che ha introdotto – a torto o a ragione ¹ – una generale disciplina dedicata alla direzione e coordinamento di società, la figura del gruppo bancario cooperativo si presta a stimolare nuovamente l'analisi delle problematiche concernenti i gruppi di società.

Si avverte sin da subito che lo studio del nuovo istituto – così come della disciplina sugli accordi di sostegno infragruppo introdotta recentemente nel t.u.b. e applicabile anche al gruppo bancario cooperativo – porta a confermare delle conclusioni a mio parere già desumibili dalla disciplina di diritto societario comune.

Da un lato, guardando alle cooperative, la *pariteticità* che dovrebbe caratterizzare (in qualità di elemento indefettibile della fattispecie) i gruppi cooperativi, non attiene alla struttura di gruppo, all'inesistenza di una situazione di controllo e, conseguentemente, al

¹ Il riferimento è alle indagini condotte anteriormente alla sopra citata riforma, relative all'opportunità di introdurre nell'ordinamento una disciplina specifica per i gruppi di società (o meglio, per l'impresa organizzata in forma di gruppo) in alternativa alla scelta di risolvere i conflitti del e nel gruppo attraverso gli istituti di diritto societario comune; cfr. RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Dig. disc. Priv. sez. comm.*, Torino, 2009, 591 ss.; per un'analisi più approfondita del dibattito, interno e internazionale, condotto negli anni novanta in materia di gruppi cfr. ID, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, 3 ss.

grado di partecipazione delle società del gruppo ai procedimenti di adozione delle direttive strategiche, ma si lega alla *funzione mutualistica* da queste perseguita ².

Dall'altro lato, guardando ai gruppi in generale, non può ricavarsi dal sistema l'esistenza di un *interesse di gruppo* come distinto dall'interesse delle singole società che ne fanno parte, essendo la formula menzionata sinteticamente evocativa di un meccanismo di contemperamento di tutti gli interessi coinvolti in un'organizzazione di gruppo; meccanismo neutro, valevole sia per i gruppi tra società lucrative sia per quelli tra società cooperative (o per i gruppi eterogenei).

Conseguentemente, non sarebbe corretto sostenere che la distinzione tra gruppi gerarchici e gruppi paritetici debba ricondursi al diverso grado di autonomia riconosciuto alle società etero-gestite a seconda dell'appartenenza delle stesse al primo o al secondo tipo di gruppo ³.

L'indagine volta a dimostrare tali asserzioni riguarderà, in questo capitolo, la disciplina dei gruppi contrattuali di diritto societario comune e, in un secondo momento, le disposizioni concernenti i gruppi bancari e gli accordi "bancari" di sostegno infragruppo; infine, sarà dedicato un apposito capitolo al gruppo bancario cooperativo, che, pur caratterizzandosi per alcuni tratti di specialità legati alle esigenze del settore bancario ⁴, non di meno presenta profili conformi alla normativa comune.

Il percorso seguito si giustifica in virtù della sentita esigenza di fissare delle premesse relative ai contorni delle fattispecie generali – quella del gruppo cooperativo contrattuale e quella del gruppo bancario, fondato su un accordo di sostegno finanziario intragruppo – in cui inquadrare la fattispecie del gruppo bancario cooperativo.

Infatti, a seconda delle tesi che si vorranno accogliere con riferimento agli *spazi riservati* dalla due normative "generali" *all'autonomia privata (negoziale e/o gestoria)*, nonché al *rapporto* che sussiste *tra controllo e direzione e coordinamento* nei gruppi comuni, lucrativi o cooperativi, e nei gruppi bancari, varierà l'esito dell'operazione di qualificazione della natura del gruppo bancario cooperativo.

² La tesi è condivisa dalla dottrina prevalente; cfr. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 141 ss.; ID, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)* in *Giur. comm.*, 2007, 739 ss.; BITOSI – STANGHELLINI, *I contratti di gruppo cooperativo paritetico tra regole legali e autonomia negoziale* in *A.g.e.*, II, 2008, 349 ss.; COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico* in *Bbitc*, I, 2003, 384 ss.; GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico* in *Giur. comm.*, I, 2005, 512 ss. e 522; ZOPPINI, *Profili della mutualità di gruppo*, in *Il nuovo diritto societario*, in *Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, Padova, IV, 2007, 1099 ss.; ID, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)* in *Riv. soc.*, 2005, 760 ss.

Pertanto, ciò che interessa precisare nel presente lavoro non è la possibilità, già ampiamente riconosciuta, di configurare un gruppo cooperativo diretto "gerarchicamente" da una sola società cooperativa secondo criteri di pariteticità, quanto la compatibilità, a determinate condizioni, tra la fattispecie di controllo rilevante ai sensi degli artt. 2359-bis ss. c.c. e i contratti regolati dagli artt. 2497-septies e 2545-septies c.c. Quest'ultima prospettiva di analisi, infatti, non è stata a mio avviso sufficientemente approfondita, sebbene sia una questione di non scarso rilievo, poiché, da un lato, è volta a capire se e a quali condizioni la disciplina del controllo sia applicabile ai gruppi contrattuali di diritto italiano e, dall'altro lato, influisce sulla qualificazione del gruppo bancario cooperativo in termini di gruppo cooperativo paritetico di diritto speciale.

³ Di diverso avviso è, invece, SANTAGATA, "Coesione" e autonomia (cap. I, nt. 43), *ibidem*; ID, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies*, in *Società cooperative* a cura di Gaetano Presti, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, 457 ss.; ID, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, Padova, III, 2007, 797 ss.; ID, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.

Si rinvia a quanto di seguito verrà esposto nel testo, in particolare nella prima sezione di questo capitolo e nel terzo capitolo, dedicati rispettivamente ai gruppi contrattuali di diritto comune e al gruppo bancario cooperativo.

⁴ Si veda al riguardo il capitolo primo.

SEZIONE I
CONTROLLO, DIREZIONE E COORDINAMENTO E AUTONOMIA PRIVATA NEI GRUPPI
CONTRATTUALI DI DIRITTO COMUNE

2. *La relazione tra controllo e direzione e coordinamento: la natura trans-tipica della disciplina sui gruppi di diritto comune e i riflessi sull'idoneità di un contratto di gruppo a generare una situazione di controllo. Cenni al "corto circuito" tra l'art. 2497-sexies e l'art. 2497-septies c.c.*

Partendo da una prospettiva generale, va subito evidenziato come la dottrina, pur concordando sulla rilevanza della direzione e coordinamento quale fattispecie distinta dal controllo – in quanto espressiva di un *quid pluris* rispetto a quest'ultimo⁵, consistente nel *potere effettivo* di dirigere le strategie di più società giuridicamente (e patrimonialmente) indipendenti e coordinarle nell'ottica di obiettivi imprenditoriali sostanzialmente unitari – si è trovata divisa nell'individuare la funzione sottesa alla disciplina dei gruppi.

Secondo un primo ordine di vedute⁶, la direzione e coordinamento esprime un *fatto a certe condizioni* (segnatamente quelle descritte dall'art. 2497, co. 1, c.c.) *lesivo* delle posizioni dei soggetti deboli all'interno del gruppo (i soci di minoranza e i creditori delle società eterodirette), talché la disciplina a esso correlata mirerebbe a fornire tutela a dette posizioni nei casi in cui le stesse venissero turbate da un esercizio abusivo del potere di direzione strategica unitaria (cd. *Schutzrecht*).

Secondo un diverso ordine di vedute⁷, l'espressione è indicativa del riconoscimento nell'ordinamento nazionale del gruppo quale forma tipica (e lecita) di

⁵ L'opinione è risalente, cfr. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato della società per azioni*, diretto da G.E. Colombo. E. G.B. Portale, II-2, 1991, 599-600; JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, II, 1996, 1425 ss., partic. 1440 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 9 ss.; già FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, 1971, 698 ss.; dopo la riforma del 2003, cfr. LAMANDINI, *Art. 2359*, in *Le società per azioni*, Commentario diretto da Pietro Abbadessa e Giuseppe Portale, Milano, I, 2016, 745 ss., partic. 750; GALGANO – SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società (artt. 2497 – 2497-septies)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di Giorgio De Nova, Bologna, 2014, 24 ss.; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi* in *Riv. soc.*, II-III, 2007, 317 ss.; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari* in *Riv. soc.*, 2003, 765 ss., partic. 772 ss.; da ultimo, SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 37; per la giurisprudenza si veda MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla direzione e coordinamento di società* in *Giur. comm.*, V, 2013, 743 ss.; Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Riv. dir. priv.*, II, 2009, 115; Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, 3184.

⁶ Questa posizione è stata assunta dalla dottrina soprattutto agli inizi della vigenza della riforma del diritto societario del 2003; cfr. CARIELLO, *Primi appunti sulla cd. responsabilità da attività da direzione e coordinamento di società* in *Riv. dir. civ.*, 2003, 331 ss.; ID, *Direzione e Coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi per una riflessione generale* in *Riv. soc.*, 2003, 1230 ss., secondo cui la responsabilità costituisce il problema centrale, anche se non esclusivo, del diritto dei gruppi; la tesi è stata poi ripresa da RONDINONE, voce *Società* (nt. 1), 598, che registra nel diritto italiano una «regolamentazione indifferenziata» per i gruppi di fatto semplici o qualificati, in cui il «fulcro della nuova disciplina è in ogni caso costituito dalla norma sulla responsabilità». La dottrina che segue fino in fondo questo orientamento, ponendo l'accento sulla sola rilevanza di un potere effettivamente esercitato, nega che le direttive della capogruppo possano far sorgere un obbligo a carico delle società controllate; sarebbe necessario, pertanto, rifuggire dall'utilizzo di schemi privatistici quali quello del rapporto giuridico (tra società), del diritto o dell'obbligo, poco compatibili con i fenomeni propri di un'attività d'impresa (di gruppo); cfr. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società* in *Riv. dir. comm.*, IV, 2013, 377 ss., partic. 384; ma anche GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari* in *Bbt*, 2005, 86 ss.; SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi* (nt. 3), 813; SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 42.

⁷ Principalmente TOMBARI, *La tutela dei soci nel gruppo di società* in *RDS*, I, 2016, 115 ss., che parla anche di «*Enabling Law*» ossia [...] di un diritto che rende possibile o comunque agevola una determinata sistemazione/organizzazione di interessi che altrimenti non potrebbe essere realizzata o comunque non potrebbe essere realizzata nei medesimi termini»; ID, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo*

organizzazione dell'impresa, di cui la legge individua le condizioni di legittimità e vincolatività (artt. 2497, co. 1, 2497-*septies* e, per le società cooperative, 2545-*septies* c.c.), le regole procedurali e contabili di trasparenza e di pubblicità (artt. 2497-*bis* e 2497-*ter* c.c.) e, infine, le norme di tutela e di reazione avverso chi detiene ed esercita (abusivamente e non) il potere di direzione dell'impresa (artt. 2497, 2497-*quater* e 2497-*quinquies* c.c.) (cd. *Organisationsrecht*).

Probabilmente, la duplicità di vedute può spiegarsi per l'influenza che ha avuto sulla dottrina italiana la disciplina tedesca dei gruppi di società⁸, in cui, come è noto, la direzione unitaria (§ 18 *AktG*) può alternativamente fondarsi sul contratto di dominio, avente un notevole impatto organizzativo sulle società appartenenti al gruppo e sull'interesse da queste perseguito (§ 308 *AktG*)⁹, o, in assenza del primo, esprimersi in

di una s.p.a «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società) in *Riv. soc.*, 2009, 122 ss.; ID, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese* in *Giur. comm.*, I, 2004, 61 ss.; ID, *Diritto dei gruppi* (nt. 2), 5 ss.; vedi anche VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, Padova, III, 2006, 831 ss.; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento* (nt. 5), 328, 334; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010, 251 ss.

⁸ Sulla quale si vedano, *ex multis*, gli ampi riferimenti in LEMME, *Il diritto dei gruppi di società*, Bologna, 2013, 90 ss.; GALGANO – SBISÀ, *Direzione e coordinamento* (nt. 5), 331 ss.; MUCCIARELLI, *Coordinamento fra società. Art. 2497-septies*, in *Direzione e coordinamento di società* a cura di Giuseppe Sbisà, in *Commentario alla riforma delle società* (nt. 3), 2012, 379 ss.; in una prospettiva di diritto comparato, volta a distinguere tra discipline (*speciali*) di gruppo caratterizzate da analiticità e rigidità (es. diritto tedesco), discipline di gruppo (*speciali* o di *diritto societario comune*) basate su clausole generali inerenti a obblighi di condotta (es. diritto francese e diritto inglese) e discipline di gruppo aventi carattere “ibrido” (es. diritto italiano) cfr. HOPT, *Groups of Companies. A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups* in ECGI, Law Working Paper N° 286/2015; EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *A proposal for the reform of Group Law in Europe*, in *Eur Bus Org Law Rev* (2017) 18:1–49; di grande utilità si sono rivelati anche i più datati studi di RONDINONE, *I gruppi di imprese* (nt. 1), 566 ss.; LUTTER – ZÖLLNER, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, in *I gruppi di società. Atti* (nt. 5), I, 245 ss.; LUTTER, *I gruppi di imprese nel diritto tedesco (Konzern) e nel futuro del diritto europeo* in *Riv. soc.*, I, 1974, 1 ss.; ID, *Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un'esperienza* in *Riv. soc.*, 1975, 1295 ss.; BIANCHI, *I «contratti di impresa»* (Unternehmensverträge) del diritto dei gruppi tedesco: valutazioni e problemi in *Riv. soc.*, 1984, 989 ss.; PIRAS, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano* in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Antonio Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 239 ss. L'*aktiengestetz* è stato consultato su AGSTNER – BORDIGA, *Legge sulle società per azioni della Repubblica Federale Tedesca*, Milano, 2014.

⁹ In virtù di un contratto di dominio la capogruppo ha il diritto di impartire agli amministratori della società dominata direttive *vincolanti* ed eventualmente *pregiudizievoli* per quest'ultima, sempre che le istruzioni siano funzionali all'interesse della stessa impresa madre o di un'altra impresa appartenente al gruppo.

Il pregiudizio alla società etero-gestita non dev'essere *tecnicamente* compensato, ma, al tempo stesso, la legge azionaria tedesca prevede: (i) la necessaria approvazione dell'assemblea dei soci in ordine alla decisione di stipulare un contratto di dominio (§ 293); (ii) l'obbligo della capogruppo di provvedere annualmente alla copertura delle perdite subite dalle società dominate (anche mediante l'utilizzo dei fondi imputati a riserva legale e costituiti mediante il trasferimento *upstream* degli utili delle imprese figlie) e di fornire garanzia ai creditori di queste (§ 300-303); (iii) l'obbligo della capogruppo di corrispondere agli azionisti esterni delle società dominate sia una somma a titolo di conguaglio (alternativa ai dividendi che la stessa società figlia avrebbe potuto distribuire ai suoi soci) sia un indennizzo consistente nell'acquisto, su richiesta del socio, delle azioni contro il trasferimento di denaro o l'assegnazione di altre azioni di società non dominata (§ 304-305).

In conclusione, mi pare errato sostenere che nei gruppi di diritto il pregiudizio arrecato ai soci e ai creditori cd. esterni non debba essere compensato. Piuttosto, due mi sembrano le differenze rilevanti rispetto all'ordinamento italiano: (i) a seguito della stipula di un contratto di dominio si disattivano le norme relative alla remunerazione/rimborso dei conferimenti, alla riserva legale e alla distribuzione degli utili, ossia le regole sulla disponibilità del patrimonio netto previste per le società monadi (§ 291.3), laddove in Italia rimangono fermi i principi di corretta gestione societaria; (ii) l'obbligo di eseguire le direttive pregiudizievoli dell'impresa madre rende irresponsabili gli amministratori delle imprese figlie (§ 308.2), i quali non sono tenuti a (né possono) sindacare l'opportunità della direttiva, del possibile vantaggio o svantaggio da questa derivante, stante, del resto, l'esistenza di meccanismi *lato sensu* indennitari, laddove in Italia gli amministratori delle società dirette sono tenuti sempre a vagliare la bontà delle direttive alla luce dei principi di cui all'art. 2497 c.c.

fatto e a patto di non pregiudicare le società dipendenti dalla capogruppo o di compensare le stesse da eventuali pregiudizi subiti (§ 311 *Aktg*)¹⁰.

Pur essendo sancite per le due fattispecie due diverse discipline, ciascuna ricollegabile, appunto, a due altrettanto distinte funzioni – quella organizzativa in relazione alla disciplina dei gruppi *di diritto* fondati sui *contratti di dominio* e quella di tutela in relazione alle norme sui gruppi *di fatto* – comune ad entrambe è il presupposto di una direzione unitaria scaturente da *una relazione di dipendenza* tra almeno due imprese; la relazione di dipendenza (o di influenza dominante) evoca, anche nell'ordinamento italiano, l'idea di un gruppo *gerarchico* o, più impropriamente, *verticale*¹¹.

Diversamente, ai sensi del § 309 *Aktg*, gli amministratori della società dominante devono tenere nei confronti delle società dominate la diligenza di «un ordinario e coscienzioso amministratore», potendo rispondere sia verso queste ultime sia verso i loro creditori per la violazione dei loro obblighi; in sostanza, gli amministratori non possono spingersi sino a causare l'insolvenza di una società controllata; tra gli autori citati alla nota 8 cfr., in particolare, GALGANO – SBISÀ, *Direzione e coordinamento* (nt. 5), 336, secondo cui, guardando alla posizione della capogruppo, un regime di responsabilità così configurato non differisce sostanzialmente da quello previsto per i gruppi di fatto; LEMME, *Il diritto dei gruppi* (nt. 8), 96, che ricorda come in virtù del sistema di garanzie e indennizzi riconosciuti ai creditori e ai soci esterni delle controllate «[...] se non altro attenuata la possibilità di responsabilità per abuso del potere di direzione. Questa sarà pertanto circoscritta ai casi in cui le direttive impartite eccedano il più ampio ambito del *Weisungsrecht*, ad esempio perché attuano un interesse che non è né della controllante, né del gruppo nel suo insieme, ma è proprio di soggetti estranei (gli stessi amministratori in proprio o terzi a questi legati)».

¹⁰ La norma sopra citata statuisce che, in assenza di un contratto di dominio, gli amministratori delle società dominate non sono tenuti ad eseguire direttive per queste ultime pregiudizievoli, a meno che tali pregiudizi non vengano *perfettamente* compensati (*id est* la valutazione ai fini della compensazione dev'essere *ragionieristica* e non *sintetica*) entro la fine dell'esercizio in cui il pregiudizio si è verificato (pena la responsabilità della capogruppo e dei suoi rappresentanti legali ex § 317); tutto ciò implica il potere/dovere ad opera degli amministratori di esercitare una discrezionalità ben maggiore di quella loro riconosciuta nei gruppi di diritto. Rimane fermo il fatto che nei gruppi di questo tipo, secondo alcuni autori, l'avversione al sacrificio degli interessi delle società dominate «è oggi più estrema di quella vigente nell'ordinamento italiano» laddove si ritengano legittime in quest'ultimo le compensazioni cd. *virtuali*, basate su valutazioni *sintetiche*. In questo senso, LEMME, *Il diritto dei gruppi* (nt. 8), 97; TOMBARI, *Diritto dei gruppi* (nt. 2), 42; MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza* in *Giur. comm.*, II, 2016, 111 ss., partic. 115 ss.; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo* in *Giur. comm.*, I, 2012, 66 ss., 75; a favore di tale indirizzo sembra anche VALZER, *Art 2497 c.c.*, in *Le società per azioni* (nt. 5), II, 3008 ss., partic. 3021 ss.; MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza* (nt. 5), 755 ss.; Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Foro it.*, I, 2008, 2326; a favore dell'orientamento opposto che, prescrivendo una compensazione certa ed esattamente pari al pregiudizio arrecato alla controllata, tende ad avvicinare la disciplina italiana a quella tedesca cfr. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi. L'inefficienza delle compensazioni virtuali* in *Giur. comm.*, I, 2000, 327 ss.; ID, *L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2010, 9 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, ivi, 115 ss., partic. 131; ID, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni* in *Riv. dir. impr.*, 2002, 577 ss., partic. 583, nota 6; ID, *Clausole generali*, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società* in *Riv. dir. priv.*, 2011, 517 ss. partic. 537 ss.; SACCHI, *Sui gruppi nel Progetto Mirone* in *Giur. comm.*, 2000, 358 ss., partic. 362; ID, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma* in *Giur. comm.*, 2003, 661 ss. partic. 672 ss.; RONDINONE, *I gruppi di imprese* (nt. 1), 576 ss.; ID, voce *Società* (nt. 1), 639. In generale cfr. AAVV, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi* in *Giur. comm.*, I, 2002, 613 ss.

Va, inoltre, evidenziato che in alcuni gruppi di fatto il potere di direzione può essere molto penetrante e *sostanzialmente* equiparabile a quello riconosciuto alla *holding* nei gruppi di diritto: in tale ipotesi si parla di gruppi di fatto qualificati, soggetti alla disciplina dei gruppi di diritto; si vedano i numerosi riferimenti in RONDINONE, *I gruppi di imprese* (nt. 1) 345 ss., 628 ss., 636 ss.

¹¹ Risulta improprio, a mio avviso, l'utilizzo dell'espressione *gruppo verticale* quale categoria concettuale utile ai fini dell'interpretazione della disciplina della direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss.; ciò per due ragioni.

In primo luogo, il termine *verticale* può afferire, nell'ottica aziendalistica, all'oggetto delle attività esercitate dalle imprese appartenenti al gruppo, ciascuna delle quali è incardinabile in diversi e autonomi segmenti della catena industriale, da quello produttivo a quello distributivo; in questo senso il termine «gruppo (o rete) *verticale*» si *contrappone* a quello di «gruppo (o rete) *orizzontale*», che riunisce, invece, imprese operanti nel medesimo settore *lato sensu* industriale.

Accanto alle stesse si colloca la fattispecie del gruppo paritetico, in cui più «imprese giuridicamente autonome, delle quali nessuna è dipendente dall'altra, sono riunite da una direzione unitaria»; il vincolo della direzione unitaria nel caso dei gruppi paritetici può derivare dal fatto che le imprese indipendenti vi «si assoggettano, per contratto, [ancora una volta] senza che una di esse venga a dipendere da una delle imprese partecipanti»; in tal caso, il contratto stipulato «non è un contratto di dominio», ciò che sta a indicare che allo stesso non sono applicabili le disposizioni relative al potere nei gruppi (gerarchici) di diritto ¹².

Le norme di diritto italiano, invece, non individuano una fattispecie tipica di gruppo, ma vincolano in prima battuta l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento a dei principi generali – segnatamente quelli di *corretta gestione imprenditoriale e societaria*, nonché quello dei cd. *vantaggi compensativi* – la cui vigenza si impone, così, ad ogni impresa articolata in forma di gruppo di società, prescindendo dalla fonte del dominio, che rileva giuridicamente in quanto fatto, effetto e risultato ¹³.

Allo stesso modo di quanto una parte della dottrina ha affermato per le reti d'imprese ¹⁴, la disciplina dei gruppi fondata sulla direzione e il coordinamento ha, pertanto, carattere *transtipico*.

Inoltre, le norme previste in materia di direzione e coordinamento sembrano avere valore sia *organizzativo*, incidendo sull'articolazione delle funzioni, dei flussi informativi e del finanziamento delle società etero-gestite, sia di *tutela dei soggetti collocati in posizione di debolezza* all'interno di un'organizzazione di gruppo, prevedendo per questi ultimi rimedi di carattere obbligatorio, volti a compensare il pregiudizio loro arrecato in quanto portatori di rischio (finanziario o di credito ¹⁵).

Conseguentemente, l'effetto giuridico ricollegato dalla legge alla fonte della direzione e coordinamento (il controllo ¹⁶ così come l'esistenza di un contratto ¹⁷) è

In secondo luogo, nessuna traccia di tale locuzione è dato rilevare nell'articolato normativo dedicato ai gruppi di società, così come nessuna norma fa riferimento al gruppo orizzontale. Diversamente, il legislatore italiano, come verrà immediatamente enunciato nel testo, individua una disciplina (organizzativa e di tutela) applicabile indipendentemente dalla struttura del gruppo e dalle diverse fonti della direzione unitaria, ossia il controllo (art. 2497-*sexies* c.c.) o l'autonomia privata (artt. 2497-*septies* e 2545-*septies* c.c.).

¹² Cfr. diffusamente gli scritti di Santagata citati alla nota 3, ma vedi anche SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento* (nt. 5), 6, nota 12, 23, 47, nota 78; CAMPOBASSO G. F., *Organizzazione di gruppo delle banche di credito cooperativo e gruppi (bancari) paritetici* in *Bbtl*, V, 1997, 553 ss.; ID, *Le tecniche di formazioni dei gruppi: il controllo contrattuale*, in *Gruppi bancari e banche di credito cooperativo*, Firenze, 1996, 15 ss., partic. 24; MIOLA, *Controllo contrattuale e capogruppo di un gruppo bancario*, ivi, 29 ss.

¹³ Cfr., *ex multis*, TOMBARI, *Diritto dei gruppi* (nt. 2), 8 ss.

¹⁴ La transtipicità del contratto di rete costituisce il nocciolo duro della tesi di Cafaggi, il cui pensiero è ampiamente esposto nell'opera AAVV, *Il contratto di rete* citata al capitolo I, 12, nota 25, del presente lavoro.

¹⁵ E, per le società cooperative, il rischio di ledere il conseguimento del vantaggio mutualistico; in questo senso, mi sembra, CETRA, *Tutela delle minoranze e dei soci nell'impresa cooperativa* in *Riv. dir. civ.*, VI, 2016, 1512 ss., partic. 1516, che segue la tesi della neutralità della disciplina dei gruppi, quale *species* di disciplina di tutela delle minoranze, rispetto agli scopi in concreto perseguiti dalle società, lucrative o cooperative, che ne facciano parte, prospettata già da CERRAI – MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze* in *Riv. soc.*, 1993, I, 1 ss., 16; 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, 39 ss., partic. 50 ss., 54 ss.; propende per un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 2497 c.c. e, dunque, per l'impossibilità di applicare il regime di responsabilità della capogruppo – parametrato all'interesse finanziario dell'azionista – nei casi in cui a essere soggette alla direzione strategica siano società cooperative SANTAGATA, *"Coesione" e autonomia* (cap. I, nt. 43), 35, anche se, guardando agli esiti applicativi, non esprime un'opinione difforme dai primi due autori citati; ID, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (nt. 3), 475 ss.; *ante riforma del 2003*, ID, *Il gruppo paritetico* (nt. 3), 168 ss.

¹⁶ Invero l'esistenza del controllo quale fattispecie fondata sull'influenza dominante (di diritto o di fatto di cui all'art. 2359 c.c.), per un verso, comporta l'applicabilità di una disciplina (artt. 2359-*bis* c.c.) volta a evitare (oltre certi limiti) l'annacquamento del capitale sociale della società controllante e a garantire in seno alla stessa il sincero funzionamento dell'organo assembleare; per altro verso, costituisce

presunzione relativa dell'esistenza di un'attività di direzione e coordinamento. Ai soli fini del discorso condotto nel testo, può sostenersi che dal controllo deriva l'applicazione di due discipline: l'una in cui l'influenza dominante rileva in quanto *situazione di rischio o di pericolo* (salvo il caso, come si cercherà di dimostrare meglio in seguito, del controllo contrattuale esterno); l'altra in cui essa rileva per l'effetto dell'esercizio concreto di un *potere* su più società ispirato a un *disegno economico-imprenditoriale unitario*, ferma restando la necessità di realizzare un adeguato contemperamento degli interessi emergenti in ciascuna delle organizzazioni societarie facenti parte dell'impresa di gruppo. Non occorre trattare, in tale sede, del problema generale del rapporto tra le diverse nozioni di controllo rinvenibili nella legislazione economica e il controllo quale fattispecie tipologica del diritto dell'impresa. Per un'analisi in tale prospettiva, è doveroso rinviare alla nota opera di LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995, *passim*.

¹⁷ La circostanza che un gruppo sia fondato su un contratto o su un collegamento negoziale tra clausole statutarie (art. 2497-septies c.c.) incide sull'attività di gruppo, rendendo le direttive emanate dalla capogruppo in conformità ai principi di cui all'art. 2497 c.c. (e, se del caso, al principio di corretto finanziamento di cui all'art. 2497-quinquies c.c.) *giuridicamente vincolanti* nei confronti delle società dirette, giacché, banalmente, l'inadempimento del contratto (e l'inosservanza dello statuto) espone queste ultime (e i loro amministratori) a responsabilità, che si distingue dalle responsabilità ex art. 2497 c.c.

Anche sostenendo la tesi di chi nega la configurabilità del contratto di dominio cd. debole [cfr. SANTAGATA, *Autonomia privata* (nt. 3), *passim*; GALGANO – SBISÀ, *Direzione e coordinamento* (nt. 5), 362 ss.; SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 66 ss., partic. 78; prima della 2003 CAMPOBASSO G. F., *Organizzazione di gruppo* (nt. 12), 560 ss.; ID, *Le tecniche di formazioni dei gruppi* (nt. 12), 22 ss.; ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano in Bbct*, V, 1999, 545 ss.; ID, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società* (nt. 8), 103 ss., partic. 105 ss.], non può non constatarsi come l'esistenza di un gruppo paritetico dovrebbe: da un lato, rendere obbligatorie le istruzioni *concertate* dalle cooperative partecipanti e rispettose dei principi di cui sopra e di cui all'art. 2545-septies c.c.; dall'altro lato, poter legittimare, a certe condizioni, il recesso della cooperativa pregiudicata nello svolgimento del rapporto mutualistico, strumento questo aggiuntivo (e in un certo senso alternativo) rispetto al recesso accordato ai soci delle società etero-gestite nei casi di cui all'art. 2497-quater c.c. e alla responsabilità ex art. 2497 c.c.; da un altro lato ancora, prevedere una disciplina in materia di vantaggi compensativi *tendenzialmente* più analitica rispetto a quella contemplata dall'ultima parte del comma primo dell'art. 2497 c.c., eventualmente individuando un termine entro il quale deve operare la compensazione e irrigidendo così l'esercizio del potere/dovere di direzione strategica a carico della capogruppo. Diversamente, le direttive emanate all'interno di un gruppo fondato sul controllo dovrebbero essere, rispetto alle disposizioni di cui agli artt. 2497 ss. c.c., non già *giuridicamente vincolanti*, bensì *giuridicamente rilevanti* (fino a prova contraria) in quanto possono esporre, ad esempio, la *holding* alla responsabilità per esercizio abusivo della direzione, alla regola dei vantaggi compensativi per come delineata dal legislatore, alla regola di postergazione dei crediti verso le società del gruppo per violazione del principio di corretto finanziamento; di questo avviso, mi sembra, VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri in Riv.soc.*, II-III, 2016, 363 ss.

Seguendo la tesi di chi riconosce come leciti e meritevoli di tutela [GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società in Riv. dir. comm.*, IV, 2012, 589 ss.; ID, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa* (cap. I, nt. 17), II, 1551 ss.; MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento* (nt. 10), 113 ss.; TOMBARI, *Art 2497-septies c.c.*, in *Le società per azioni* (nt. 5), 3135 ss.; ID, *Autonomia privata e gruppi d'impresa (Contratto di "coordinamento gerarchico", "contratti di servizio" infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)*, Studio CNN 248-2009/I, reperibile su www.notariato.it; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento* (nt. 7), *passim*; LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico "semplice" e "qualificato" (bancario). Prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto societario* (nt. 7), 1103 ss.; ID, *Il gruppo bancario paritetico. Profili di diritto societario e di diritto antitrust in Bbct*, IV, 2003, 388 ss.; ID, *Organizzazione di gruppo e disciplina antimonopolistica*, in *Gruppi bancari* (nt. 12), 51 ss. ID, *Il "controllo"* (nt. 16), 170 ss.] i regolamenti infra-gruppo e i contratti di dominio debole (o di coordinamento gerarchico) e in coerenza con quanto affermato nel testo, tre sarebbero gli statuti normativi applicabili qualora la stipulazione del contratto si innestasse su una situazione già esistente di controllo: (i) la disciplina di cui agli artt. 2359 ss. c.c., volta a prevenire i rischi derivanti da una situazione potenziale; (ii) la disciplina di cui agli artt. 2497 ss., volta a regolamentare i profili (leciti e illeciti) di un'attività di impresa effettiva; (iii) la disciplina derivante dal contratto (es. art. 2545-septies c.c.).

Quanto detto non esclude che alcuni principi connessi a uno dei diversi statuti indicati (e le regole degli stessi espressive) siano assorbenti o incompatibili con alcuni principi propri degli statuti concorrenti, sorgendo in tale evenienza un problema definibile in termini di concorso (a seconda dei casi, effettivo o apparente) di norme; in una prospettiva di diritto comparato CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società in RDS*, II, 2012, 255 ss., secondo cui «l'uso interpretativo del diritto comparato, al di là della sua teorizzazione, può essere praticato e produrre effetti di soluzioni convergenti ma pure di

diverso e ulteriore da quello che presuppone il potere in concreto della direzione quale espressione di un'attività di gruppo; d'altronde, l'esistenza stessa del gruppo non è nemmeno presupposto sufficiente per l'applicazione di tutte le disposizioni previste dal codice civile in materia di direzione e coordinamento¹⁸.

Il rilievo appena mosso può ricavarsi dal confronto tra gli artt. 2497-*sexies* («Presunzioni» di direzione e coordinamento) e 2497-*septies* («Coordinamento fra società») c.c.

La prima disposizione fonda una presunzione dell'esistenza di un'attività di impresa condotta in forma di gruppo in capo alle società controllanti ai sensi dell'art. 2359 c.c. o a quelle tenute alla redazione del bilancio consolidato ai sensi dell'art. 26 del D.lgs. n. 127 del 1991; la seconda norma, invece, sancisce l'applicabilità delle regole previste in materia di direzione e coordinamento nel caso in cui la suddetta attività sia l'oggetto (*rectius* la causa) di un contratto stipulato «fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-*sexies*».

Pur non essendoci uniformità di vedute in ordine alla natura dei contratti menzionati all'art. 2497-*septies* c.c. – dividendosi la dottrina tra chi sostiene la legittimità dei contratti di dominio debole fondanti un gruppo gerarchico tra società lucrative e chi riconduce il riferimento ai soli gruppi paritetici di cui all'art. 2545-*septies* c.c.¹⁹ – non sembra esserci dubbio (o, comunque, la relativa problematica è rimasta in ombra) sul fatto che il contratto fondante un gruppo, sia esso gerarchico o paritetico, non determini *in ogni caso* l'esistenza del controllo; così come – qualora, accogliendo la tesi della validità dei regolamenti infragruppo, il contratto sorga in un momento successivo rispetto al controllo ex art. 2359 c.c.²⁰ – si ritiene comunemente che la disciplina di cui agli artt. 2359-*bis* ss. c.c. derivi dalla presenza delle situazioni tipiche di influenza dominante e non già dal potere di direzione generato (o rafforzato) dal contratto.

La conclusione da ultimo raggiunta non merita di essere a mio avviso condivisa, giacché ritengo che in presenza di un contratto *lato sensu* di direzione e coordinamento

soluzioni divergenti, idonee a provocare anche l'emersione di diverse sensibilità nell'enucleazione dei problemi rilevanti. Le stesse soluzioni poi vanno misurate sull'analogia nella regolamentazione degli assetti di interessi, sulla possibilità che la soluzione di diritto coincida sebbene ottenuta con regole specifiche diverse ma in fondo ispirate a e da stessi principi; sul concorso di norme cfr. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, 166 ss.

¹⁸ Ad esempio, l'inizio dell'attività di direzione e coordinamento non costituisce automaticamente causa di recesso ai sensi dell'art. 2497-*quater*, lett. c, c.c., essendo altresì necessaria l'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento del socio della società dominata (oltretutto l'assenza di quotazione e di un'offerta pubblica di acquisto). Cfr. MOZZARELLI, *Attività di direzione e coordinamento e allocazione del rischio di gestione*, in in *Società, banche e crisi d'impresa* (cap. I, nt. 17), 1607 ss., il quale sembra sostenere che il recesso derivi non da un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento avvenuta *all'inizio* dell'attività di gruppo, ma al *primo momento in assoluto* in cui detta alterazione si sia verificata.

¹⁹ Si vedano i numerosi contributi successivi alla riforma del diritto societario del 2003, citati alla nota 17.

²⁰ Si veda GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione* (nt. 17), 594 ss.; ID, *I regolamenti di gruppo* (nt. 17), 1556 ss., che, appunto, ritiene che i regolamenti infra-gruppo non siano esattamente equiparabili ai contratti di dominio debole, giacché i primi esprimono l'esercizio di un potere già esistente e fondato sul controllo e contribuiscono a identificare meglio il contenuto delle clausole generali fissate dalle legge in materia di gruppo, mentre i secondi darebbero *in re ipsa* vita al potere di direzione e coordinamento. L'autore non nega espressamente la liceità dei contratti di dominio debole, anche se, a mio avviso, rilevata la meritevolezza del programma contrattuale (segnatamente del programma di organizzazione e imputazione di un'attività imprenditoriale di gruppo), risulterebbe, poi, poco coerente con lo stesso giudizio di meritevolezza un'interpretazione volta a subordinare le liceità del contratto al preciso momento temporale in cui detto contratto viene stipulato; momento, si badi, pur sempre collocato all'interno dell'attività di gruppo e dunque governato dalla disciplina di quest'ultimo. Per la possibile stipulazione di un contratto di gruppo sia *in presenza* di sia *a prescindere* da una situazione di controllo cfr. i brevi cenni in SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale* (nt. 10), 116-117, che configura nella prima ipotesi (assenza di controllo) un gruppo *paritetico* caratterizzato dalla soggezione «necessariamente su base contrattuale di più società alla “direzione e coordinamento” di una di esse» [enfasi aggiunta].

possa applicarsi, almeno in parte, la disciplina di cui agli artt. 2359-*bis* ss. c.c. e così integrarsi almeno una delle situazioni qualificabili come controllo nei termini descritti dall'art. 2359 c.c.

Per dimostrare ciò sarà necessario mettere in luce come il potere di direzione di fonte (esclusivamente) negoziale generi un'influenza dominante capace di dar luogo ai (o, almeno, ad alcuni dei) problemi che la disciplina sul controllo mira a risolvere, ragion per cui sarebbe metodologicamente errato non applicare la medesima per il fatto che i conflitti considerati in materia di controllo siano sorti «fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-*sexies* [e, *prima facie*, di cui all'art. 2359 c.c.]».

Ed infatti ad uno sguardo più approfondito, se si focalizzasse l'analisi di entrambe le norme citate sul mero dato letterale risulterebbe una sorta di paradosso o, per dirla diversamente, un corto circuito, giacché i confini tra le due fattispecie si rivelano in definitiva così labili che, forse, sarebbe stato meglio mantenere, com'era in origine, le discipline delle presunzioni e dei contratti racchiuse in un'unica norma²¹.

3. *La rilevanza dei rischi insiti nel controllo inteso come influenza dominante “potenziale” ai fini dell'applicazione degli artt. 2359-bis ss. e 2497-*sexies* c.c.*

Cominciando dall'art. 2497-*sexies* c.c., diversi e alternativi tra loro sono i presupposti individuati dal legislatore per l'operare della presunzione di *esercizio* di attività di direzione e coordinamento.

In primo luogo, rileva il controllo *interno* di diritto e di fatto, legato alla *disponibilità* di un certo numero (sufficiente nel caso concreto/la maggioranza) di voti *esercitabili* in assemblea ordinaria; le due fattispecie sono accomunabili sul piano tipologico, esprimendo un'influenza dominante *potenziale* all'interno della società controllata.

Tant'è vero che, nelle ipotesi ex art. 2359, co. 1, nn. 1 e 2, c.c., le disposizioni codicistiche sul controllo si applicano *a prescindere dall'utilizzo* in concreto dello strumento di controllo (*id est* il voto): si tratta, pertanto, di un controllo potenziale perché già *il potere di influenzare le assemblee* della controllata, di eleggere (e revocare) i suoi amministratori, porta con sé *il rischio di eludere* la disciplina sull'acquisto e sulla sottoscrizione di azioni proprie e, conseguentemente, *di falsare* il funzionamento dell'assemblea della stessa controllante e il principio di effettività del capitale sociale globale; potenziale perché fa presumere, fino a prova contraria, che l'esercizio del potere

²¹ Prima del D.lgs. 37/2004 (correttivo del D.lgs. n. 6/2003), l'art. 2497-*sexies* c.c. conteneva sia la disciplina relativa alle presunzioni, sia quella relativa ai contratti. La scissione delle due normative ha indotto una parte della dottrina [*ex multis* SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 25, 38 ss.] anche influenzata dal testo della relazione alla riforma del 2003, a distinguere nettamente i contratti di cui all'art. 2497-*septies* c.c. da quelli generanti una situazione di controllo ex art. 2359, co.1, n. 3, c.c. e, così, a qualificare i primi come contratti di coordinamento, fondanti una direzione senza controllo. Bisogna evidenziare, inoltre, che tutte queste conclusioni, afferenti a un momento puntuale dello statuto normativo dei gruppi, sono state manifestate nell'ambito di condivisi orientamenti (dottrinali e giurisprudenziali) di principio volti a considerare la direzione unitaria strategica della capogruppo come un *quid pluris* rispetto al controllo e, dunque, come una fattispecie più ampia (e in sé assorbente) dell'influenza dominante intesa come situazione potenziale di rischio; per altro verso, come verrà evidenziato nel testo, la stessa fattispecie di influenza dominante di cui all'art. 2359 c.c. presenta, in alcuni casi, i caratteri dell'effettività allo stesso modo di quanto si potrebbe affermare per l'attività di gruppo. Cfr. LAMANDINI, *Art 2497-*sexies* c.c.*, in *Le società per azioni* (nt. 5), 3131 ss.; CARIELLO, *Artt. 2497-*sexies* – 2497-*septies* c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Giuseppe Niccolini e Alberto Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1894 ss.; IRACE, *sub art. 2497-*sexies**, in *La riforma delle società*, a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, Torino, 2003, 347 ss., oggi anche in *La riforma delle società*, a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, Torino, 2007, 149 ss.; NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-*sexies* e 2497-*septies* c.c.: brevi considerazioni di sistema* in *Giur. comm.*, IV, 2004, 983 ss.

disponibile avvenga per influenzare la politica di alta amministrazione (*id est* la gestione strategica) della controllata nell'ottica di un programma imprenditoriale di gruppo²².

In secondo luogo, rileva il controllo *esterno* contrattuale (art. 2359, co. 1, n. 3, c.c.), cioè di quelle società che «sono [effettivamente] sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa» [enfasi aggiunta]; in quest'ultima ipotesi, dunque, l'influenza rileva (i) in quanto *esistente* e non già in quanto potenziale, costituendo (ii) l'effetto in concreto di un determinato contratto commerciale.

All'uopo, bisogna tenere a mente che, secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti²³, non è sufficiente che il contratto dia luogo a una situazione di mera dipendenza economica; è necessario, invece, che in virtù dell'applicazione di una determinata clausola contrattuale (es. clausola di esclusiva nei contratti di prestazione continuativa di servizi) il volere di una parte contrattuale sia in grado di condizionare la stessa sopravvivenza della controparte, travalicando l'ambito (*oggettivamente* e *funzionalmente*) circoscritto dal regolamento pattizio e provocando un'ingerenza nella gestione di quest'ultima: l'effetto prodotto da un contratto formalmente sinallagmatico²⁴ assumerebbe, nella prospettiva del controllo, carattere sostanzialmente associativo-organizzativo.

Inoltre, in alcuni casi affrontati dalla giurisprudenza, il controllo esterno è stato ravvisato per effetto della presenza di clausole contrattuali espressamente attributive a una delle parti sull'altra un potere di ingerenza nell'adozione delle decisioni imprenditoriali di vertice (es. nei contratti di locazione di azienda o di finanziamento a medio-lungo termine); cosicché potrebbe sancirsi la sussistenza di un controllo qualora l'influenza dominante sia *formalmente* contemplata dal contratto, seppur non ne integri la causa principale, rivestendo in rapporto alla medesima una funzione accessoria e strumentale²⁵.

²² Alle fattispecie sopra descritte si aggiunge quella del controllo interno indiretto di cui all'art. 2359, co. 2, c.c.

Che la disciplina codicistica sulle azioni proprie implichi l'esistenza di una situazione di *rischio* o *pericolo*, derivante dall'attitudine delle controllate a esercitare un'influenza dominante sugli organi sociali della controllata, abbia o meno quest'ultima a oggetto la direzione strategica, è dato ormai noto e condiviso nel panorama dottrinale; cfr., *ex multis*, NOTARI – BERTONE, *Art. 2359*, in *Azioni* (cap. I, nt. 201), 665 ss.; LAMANDINI, *Art. 2359* (nt. 5), 749; soprattutto ID, *Il "controllo"* (nt. 16), 53, secondo cui «benché il giudizio postumo sia in realtà l'unico veramente in grado di accertare con precisione la ricorrenza in concreto (per il passato [...]) di un'influenza *effettiva*, la fattispecie del controllo è tuttavia (prevalentemente) funzionale a discipline che necessitano di una nozione-presupposto qualificabile su base *prognostica*. L'ordinamento pertanto si vede spesso costretto a fare ricorso a presunzioni (almeno relative) e ad accontentarsi della prova della sussistenza di un'influenza non effettiva bensì almeno *potenziale*. Tecniche tutte che, pur forzando in diversa misura la realtà, sostituendo ad una categoria reale una "virtuale", facilitano notevolmente l'applicazione della normativa» [corsivo aggiunto].

²³ A favore di tale tesi, in dottrina, cfr. LAMANDINI, *Art. 2359* (nt. 5), 757; ID, *Il "controllo"* (nt. 16), 180 ss.; NOTARI – BERTONE, *Art. 2359* (nt. 22), 687 ss.; RIMINI, *Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione*, in *I gruppi di società. Atti* (nt. 5), III, 1903 ss., partic. 1906; *contra*, nel senso della rilevanza della mera dipendenza economica, cfr. ABBADESSA, *I gruppi di società* (nt. 17), 110 ss.; PAVONE LA ROSA, *Le società controllate* (nt. 5), 584; in giurisprudenza vedi Trib. Milano, 28 febbraio 2012, in *Giur. it.*, 2585; Trib. Palermo, 3 giugno 2010, in *Foro it.*, III, 2011, 931; Trib. Catania, 26 febbraio 2015 – Pres. Puglisi – Est. L. De Bernardin – Finaria S.p.a. c. Alitalia – Compagnia Aerea Italiana S.p.a., in *Soc.*, I, 2016, 73 ss.; MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza* (nt. 5), 748 ss.;

²⁴ Il controllo contrattuale esterno può derivare anche da contratti diversi da quelli sinallagmatici (es. patti parasociali; contratti di consorzio); i primi, tuttavia, costituiscono l'ipotesi di controllo esterno più ricorrente nella prassi posta all'attenzione della giurisprudenza citata nella nota precedente; cfr. LAMANDINI, *Il "controllo"* (nt. 16), 125 ss., 131 ss., 138 ss., che reputa i contratti associativi di collaborazione alla stregua di una fonte potenziale di controllo congiunto; diversamente, pone l'accento sull'idoneità del consorzio a costituire un'impresa comune di gruppo in assenza di una situazione di subordinazione derivante da influenza dominante SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (nt. 3), 86 ss.

²⁵ In quest'ultima ipotesi, l'influenza dominante non costituisce esclusivamente l'effetto di un contratto, ma dello stesso contribuisce a individuare (e ad arricchire) l'oggetto e la funzione principali; ci si

Infine, va evidenziato come, secondo un'attenta dottrina²⁶, conseguenza del controllo esterno non sarebbe l'applicazione di tutta la disciplina contenuta negli artt. 2359-*bis* ss. c.c., non potendo mai sorgere l'incrocio partecipativo che nella relazione (tipicamente di controllo interno) tra controllante e controllata dà luogo alla problematica dell'annacquamento del capitale; cosicché i conflitti generati dal controllo contrattuale atterrebbero esclusivamente al governo della società e non anche alla sua struttura finanziaria.

Dall'altra parte, l'art. 2497-*sexies* c.c. presume l'esercizio di attività di direzione e coordinamento in capo agli enti tenuti alla redazione del bilancio consolidato, controllanti nei termini di cui all'art. 26 del D.lgs. n. 127/1991.

Il comma secondo della disposizione citata considera – solo ai fini della contabilità consolidata – controllate le imprese «su cui un'altra *ha il diritto*, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, *di esercitare* un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole»; il tenore letterale della norma evoca i negozi che attribuiscono *la disponibilità* del diritto a influenzare la gestione della controllata; il riferimento, secondo la dottrina prevalente²⁷, tenuto conto anche del richiamo alla «legge applicabile», è principalmente ai contratti di dominio tedesco, in cui la direzione unitaria informa il profilo causale dell'autonomia privata; di conseguenza, la possibilità di esercitare l'influenza dominante espressamente attribuita da un contratto, nei limiti in cui la legge nazionale consideri il medesimo rilevante (poiché a sua volta considerato valido da una legge straniera), fa presumere che ci sia un'attività di gruppo imputabile al soggetto formalmente titolare del potere negoziale e tenuto al bilancio consolidato.

Riassumendo, per invocare la presunzione di esercizio di attività di direzione e coordinamento²⁸, occorre *alternativamente*:

(i) la *possibilità* di esercitare un'influenza dominante derivante da un controllo partecipativo interno di diritto e di fatto, che rileva anche in qualità di presupposto per l'applicazione di tutta la disciplina codicistica del controllo;

(ii) l'*effettivo esercizio* di influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali e indipendentemente dalla causa (tipica) del (ed espressa formalmente dal) contratto, di modo che risulti condizionata la sopravvivenza della società influenzata, venendone orientate le decisioni di carattere strategico; fattispecie da cui dovrebbe

riferisce a una clausola accessoria, che potrebbe eventualmente rilevare in via autonoma ai sensi dell'art. 2497-*septies* c.c.

Si potrebbe sostenere, sul fronte opposto, che una clausola così congegnata risulti meritevole di tutela *solo se accessoria* rispetto a regolamenti contrattuali aventi causa diversa da quella di direzione e coordinamento; tuttavia, seguendo pedissequamente quest'ultimo orientamento, elevato sarebbe il rischio di confusione tra i contratti in cui la clausola di influenza dominante è *sostanzialmente* strumentale a gestire le sopravvenienze derivanti da un rapporto sinallagmatico di durata e contratti che, prescindendo dalla causa formalmente enunciata in atto, perseguono *in concreto* una funzione di direzione e coordinamento (art. 2497-*septies* c.c.), con la conseguente difficoltà di capire, ove si ritenessero invalidi i contratti di dominio debole *tout court*, quali contratti, tra quelli generativi del controllo contrattuale esterno, siano stati stipulati in frode alla legge (art. 1344 c.c.). Pertanto, a fronte di un ordinamento che riconosce la liceità dell'attività di gruppo, si preferisce ritenere meritevoli in generale i contratti di gruppo anche per la loro idoneità a rendere trasparenti assetti organizzativi che, diversamente, rimarrebbero celati ai terzi.

²⁶ PAVONE LA ROSA, *Le società controllate* (nt. 5), 611, anche alla nota 10; in senso più dubitativo, ma sostanzialmente adesivo ABBADESSA, *I gruppi di società* (nt. 17), 120.

²⁷ Proprio quest'ultimo riferimento aveva in passato rappresentato per la dottrina uno degli indici utili a negare la validità dei contratti di dominio di diritto nazionale; in questo senso, cfr. COLOMBO – OLIVIERI, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato della società per azioni*, diretto da G.E. Colombo. E G.B. Portale, VII, 1994, 681, 687; nello stesso senso ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata* (nt. 17), 548; *contra*, SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, *I gruppi di società. Atti* (nt. 5), III, 2175 ss.

²⁸ Si precisa che il discorso rileva per applicare *esclusivamente* la disposizione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c. e non tutte le altre norme contenute agli artt. 2497 – 2497-*septies* c.c.

derivare anche l'applicazione dell'art. 2359-*bis*, co. 2 (autorizzazione assembleare per l'acquisto di azioni della controllante) e co. 4 (divieto di esercizio del voto nell'assemblea della controllante posto a carico della controllata);

(iii) la *disponibilità* del diritto di influire sulla gestione sociale altrui sulla base di un contratto avente la funzione di organizzare un'impresa articolata in forma di gruppo di società, laddove la legge straniera applicabile lo permetta; il che, a mio avviso, quantomeno qualora il potere disponibile venga effettivamente esercitato – e facendo finta, per un attimo, che contratti ascrivibili al *genus* tipologico degli *Unternehmensverträge*²⁹ siano capaci di realizzare interessi meritevoli di tutela nel nostro ordinamento (art. 1322, co. 2, c.c.) – darebbe luogo agli stessi problemi di *governance* tradizionalmente addebitati, da un lato, al controllo esterno contrattuale e, dall'altro lato, come lascia intendere lo stesso art. 2497-*sexies* c.c., all'esercizio di attività di direzione e coordinamento.

4. *I contratti di «direzione e coordinamento» e l'incertezza sui confini della fattispecie negoziale individuata dall'art. 2497-septies c.c.: la tesi volta ad ammettere i contratti di "dominio debole".*

Occorre, adesso, concentrarsi sulla norma dedicata ai contratti di «[c]oordinamento», avente ad oggetto una fattispecie (in primo luogo di autonomia *negoziale e statutaria*) di attività di direzione e coordinamento, imputabile (in astratto) a una o più società, «al di fuori dei casi di cui» alla norma appena esaminata.

È evidente che l'inciso riportato nel virgolettato sta a indicare l'estraneità della fattispecie contrattuale rispetto a quella rappresentante il presupposto della presunzione; quello che, ai fini del discorso, è opportuno comprendere è il valore del manifestatosi rapporto di estraneità.

In questo senso, ritengo che il valore della relazione di esclusione sia circoscritto al solo ambito (disciplinare) della direzione e coordinamento³⁰, rimanendo comunque ferma la *possibilità* che in presenza di clausole statutarie o di contratti aventi ad oggetto

²⁹ Ci si riferisce al tipo di contratto con cui a una (o più, laddove si ammetta la direzione congiunta) società viene riservato il potere di dirigere altre società nell'ottica di una strategia imprenditoriale di gruppo, suscettibile di provocare – in modo più o meno intenso, ma comunque vincolante nei limiti stabiliti dalla legge (*in primis* gli artt. 1322, 1372 e 2249 c.c.) – l'alterazione delle regole di funzionamento dell'organizzazione sociale in spregio alle ragioni dei soci e dei creditori delle singole entità; a favore di questi ultimi, relegati ai margini dell'organizzazione di gruppo, il contratto *dovrebbe* prevedere strumenti a tutela della redditività e del valore (essenzialmente *finanziario*; legato al *vantaggio mutualistico* nel caso di cooperative dominate) della partecipazione sociale e dell'integrità del patrimonio (quale centro di imputazione della responsabilità ex art. 2740 c.c.), così da rendere *tendenzialmente neutrale* il passaggio dallo stadio di società monade a quello di società di gruppo, similmente a quanto accade nella fusione; in questa prospettiva, più che distinguere tra dominio *debole* e *forte*, sarebbe più corretto individuare, in prospettiva comparatistica, il *genus* dei contratti di dominio, distinguendo tra contratti di diritto tedesco e contratti di diritto italiano.

La conclusione trae spunto da quella parte della dottrina che, di recente, si è avvalsa dello strumento della comparazione per ridurre le distanze sussistenti tra le scelte di politica del diritto (commerciale) adottate dai singoli stati membri dell'Unione Europea e per ribaltare gli scarsi esiti ottenuti con gli strumenti di armonizzazione comunitaria, individuando alcuni principi interpretativi comuni e, a certe condizioni, vigenti in tutte le normative nazionali dedicate ai gruppi di imprese; così CARIELLO, *Sensibilità comuni* (nt. 17), *passim*. Seguendo questo percorso, si potrebbe costruire una disciplina *negoziale* di un contratto di "direzione e coordinamento" rispettosa dei suddetti principi nonché della disciplina interna, ritenendo in tal modo il contratto meritevole di tutela per l'ordinamento nazionale.

³⁰ In sintesi, il senso dell'art. 2497-*septies* c.c. sarebbe, da un lato, quello di rendere applicabile ai contratti fondativi di un gruppo la disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c.; dall'altro lato, quello di escludere tali contratti dal novero delle presunzioni rilevanti dell'esercizio di un'attività di gruppo e non già quello di escludere *a qualunque fine* il controllo; rimane da comprendere il valore di un contratto *lato sensu* di coordinamento in un eventuale giudizio di responsabilità ex art. 2497 c.c.; se, pertanto, tale valore sia minore o maggiore di quello ricollegato a una delle presunzioni di cui all'art. 2497-*sexies* c.c.

(*in primis* causale) la conduzione di un gruppo di società sia comunque configurabile, a certe condizioni (l'assenza di una direzione *stricto sensu* concertata³¹ e l'esercizio effettivo del potere/dovere di direzione strategica), la fattispecie di controllo esterno rilevante ai sensi degli artt. 2359 ss. c.c.

Per giungere a tale conclusione è opportuno muovere alcune osservazioni, in primo luogo ponendo l'accento sulla portata della fattispecie delineata dall'art. 2497-*septies* c.c.

Una prima corrente di pensiero³² ritiene che la disposizione costituisca la (principale³³) prova della legittimità nel nostro ordinamento dei contratti di dominio cd. debole.

Questi ultimi, a differenza dei contratti di dominio di diritto tedesco, non attribuiscono il diritto di impartire direttive in ogni caso vincolanti, anche se pregiudizievoli dell'interesse della società eterogestita; diversamente, impongono agli amministratori delle controllate di eseguire gli ordini della capogruppo nei limiti in cui gli stessi non vadano – in un rinnovato ambiente di gruppo – a ledere gli interessi convergenti sui vari patrimoni autonomi (centri di profitto) utilizzati per l'attività di direzione e coordinamento.

Il nostro ordinamento, invero, non si preoccupa primariamente di distinguere tra le ipotesi in cui sono ammesse direttive pregiudizievoli³⁴ per una singola società – in cui

³¹ La direzione è tecnicamente concertata quando le decisioni di vertice del gruppo sono adottate: (i) col concorso di tutti partecipanti al gruppo secondo la regola dell'unanimità; (ii) a maggioranza dei partecipanti al gruppo, calcolata secondo criteri e in presenza di condizioni idonei a neutralizzare ogni forma di controllo stabile (*rectius* maggioranza predeterminata) di alcune delle entità del gruppo su altre. La concertazione è, pertanto, una regola strutturale, di produzione dell'azione, che, come tale, non può provocare i problemi ricollegati al controllo quale fattispecie rilevante ai sensi degli artt. 2359 ss. c.c.; ciò, per il sol fatto che *non esisterebbe*, nel caso di specie, una società sottoposta all'influenza dominante di una o più altre società, concorrendo (o potendo concorrere) tutti quanti i partecipanti al gruppo alla definizione di quelle scelte in grado di incidere sulla gestione strategica di ciascuno di essi; di conseguenza, oltre a non applicarsi la disciplina dell'acquisto indiretto di azioni proprie (come per l'ipotesi di controllo contrattuale), non sarebbe nemmeno opportuno sterilizzare l'eventuale voto esercitato da una delle società del gruppo (a direzione concertata) nell'assemblea di un'altra società appartenente al gruppo, stante l'assenza di un problema di influenza dominante.

In questo senso, la direzione concertata (che non può mai esprimere il controllo) si contrappone alla direzione solitaria e alla direzione congiunta; entrambe le ultime ipotesi, accomunate dalla presenza di *almeno* una società soggetta a influenza dominante e al comando della (o delle) capogruppo, danno luogo all'applicazione della disciplina sia del controllo che della direzione e coordinamento; la direzione concertata, invece, farebbe scattare l'osservanza della sola normativa sui gruppi.

In materia di concertazione cfr. le approfondite analisi di SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (nt. 3), 48 ss., 58 ss., ove pone in evidenza la differenza tra controllo congiunto e concertazione; in materia di controllo congiunto cfr. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società* in *Riv. soc.*, I, 2007, 1 ss.; ID, *Aktionarskonsortium e imputazione del potere di dominio sulla società* in *Riv. soc.*, 1998, 2-3, 759 ss.; LAMANDINI, *Art. 2359* (nt. 5), 751; ID, *Il "controllo"* (nt. 16), 106 ss. e 73, che non esclude la configurabilità di un controllo nei gruppi paritetici, anche se, in tal caso, «le due o più società "concentrate" non si controllano tra loro ma sono sotto il medesimo controllo congiunto (normalmente dei soci di controllo delle due o più società concentrate pariteticamente) che si realizza non attraverso l'uso di una società *holding* unitario controllante formale (o altro ente con funzione equivalente), ma attraverso più flessibili forme di coordinamento della direzione comune dei soggetti concentrati svolto dai co-controllanti».

³² Si vedano gli autori indicati al terzo periodo della nota 17.

³³ Poiché in assenza dell'art. 2497-*septies* c.c., potrebbe comunque reputarsi meritevole di tutela un contratto fondante l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento purché il regolamento negoziale si mostri rispettoso delle condizioni di legittimità fissate dagli artt. 2497 ss. c.c. A una conclusione simile è pervenuta nel 2003 quella parte della dottrina che ha sostenuto alla validità dei contratti di gruppo paritetico stipulati da banche cooperative in presenza di una norma (art. 223-*terdecies* disp.att.c.c. ante D.lgs. n. 37/2004) che impediva di estendere alle banche medesime la disciplina riformata delle società cooperative e, dunque, l'art. 2545-*septies* c.c.; cfr. COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico* (nt. 2), 382 ss.

gli amministratori che si sono curati di eseguirle, possono beneficiare di un vantaggioso regime di irresponsabilità – e quelle in cui le decisioni del gruppo possono essere recepite dalle imprese dominate solo se non pregiudizievoli per queste ultime o solo se venga riconosciuto in loro favore – al più tardi, alla fine dell'esercizio in cui il pregiudizio è sorto – il diritto ad ottenere un vantaggio di valore esattamente corrispondente all'entità del danno sofferto.

Il legislatore italiano, infatti, si preoccupa di un problema trasversale ai vari “tipi” d'impresa di gruppo, qual è quello dell'individuazione della linea di confine tra il corretto esercizio dell'attività e le forme di abuso in cui può versare la stessa: abuso che può concernere l'esercizio di attività di direzione e coordinamento *rilevante* per effetto del controllo; che può, diversamente, rappresentare la violazione dei limiti e delle condizioni posti da un contratto fondante il potere di emanare direttive *vincolanti* ai sensi dell'art. 1372 c.c.³⁵; abuso a presidio del quale possono essere sempre invocate alcune ormai ben note clausole generali³⁶.

Essendo, poi, le clausole generali evocative di un'altrettanta questione coinvolgente nel complesso la legislazione attuata, ossia quella della crisi della fattispecie³⁷, non deve sembrar affatto sorprendente che nel panorama dottrinale e giurisprudenziale degli ultimi anni si siano affacciati numerosi e diversi orientamenti circa l'esatto significato da attribuire ai canoni positivamente enunciati dell'attività di gruppo³⁸.

In tale sede e, per il momento, senza approfondirne il contenuto, basta segnalare il nocciolo duro della disciplina dei gruppi, costituito: (i) dai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria (art. 2497, co. 1, prima parte, c.c.); (ii) dal principio dei cd. vantaggi compensativi (art. 2497, co. 1, seconda parte, c.c.); (iii) dal principio di corretto finanziamento (art. 2497-*quinquies* c.c.); (iv) dal principio del necessario diritto al disinvestimento al mutare delle condizioni del rischio finanziario assunto dal socio per

³⁴ Si tratta di una fattispecie corrispondente a quella dei gruppi di diritto (§ 291 ss. Aktg). Come indicato alla nota 6, questa possibilità è riconosciuta dalla legge a fronte dell'esistenza di un armamentario di tutela a favore dei soci e dei creditori cd. esterni che opera tanto insindacabilmente quanto le direttive emanate dalla capogruppo e che rende il gruppo una sorta di organizzazione super-sociale (*rectius* una super-società); il pregiudizio nel gruppo è dunque in Germania riconosciuto poiché va *ex post* necessariamente compensato, tramite gli strumenti delle garanzie (per i creditori), dei conguagli e degli indennizzi (per i soci).

³⁵ Diversa dall'ipotesi indicata nel testo è quella in cui la fonte del potere sia una clausola statutaria. Quest'ultima, com'è noto [cfr. CORAPI, *Gli statuti di società per azioni*, Milano, 1971, 127 ss., 181 ss.; NOTARI, *Art. 2348*, in *Azioni* (cap. I, nt. 201), 153 ss., partic. 175 ss.; ANGELICI, *La società per azioni* (cap. I, nt. 126), 240 ss.], ha efficacia *reale* ed è pertanto *opponibile* all'ordinamento giuridico; si pensi ai soci e ai creditori delle società che hanno nel loro statuto una clausola che istituzionalizza l'assoggettamento del patrimonio sociale a una *mission* di gruppo o, ancora, agli amministratori di tali società, rispetto ai quali l'oggetto sociale costituisce un limite all'agire.

A tal proposito, si consideri che, da un lato, autorevole dottrina ritiene da tempo che l'esercizio della direzione e coordinamento implichi non solo la manifestazione in statuto da parte della controllante della volontà di dirigere un gruppo, ma anche una necessaria ed espressa adesione delle controllate all'attività di indirizzo strategico e di un coinvolgimento dei soci esterni in detto atto di autonomia; cfr. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento* (nt. 5), 226 ss., 258 ss.; dall'altro lato, le disposizioni di vigilanza raccomandano l'inserimento e negli statuti della capogruppo bancaria e in quelli delle controllate di clausole volte a rendere manifesto l'esistenza di un gruppo e, dunque, del potere di cui all'art. 61, co. 4, t.u.b.; cfr. NDVB, Pt. I, Tit. I, Cap. II, Sez. IV, per i gruppi bancari in generale e Pt. III, Cap. V, Sez. IV, per il gruppo bancario cooperativo.

³⁶ Riportate succintamente nel seguito del testo.

³⁷ Cfr. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)* in *Riv. soc.*, 2015, 801 ss.; già ID, *Un diritto incalcolabile* in *Riv. dir. civ.*, I, 2015, 11 ss.; ID, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie* in *Riv. dir. civ.*, V, 2014, 987 ss.

³⁸ Si rinvia a VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento* (nt. 7), 832, nota 7, ove sono indicati ampi riferimenti al problema delle clausole generali nei gruppi; una compiuta seppur sintetica indicazione dei principi di corretta gestione e finanziamento *del e nel* gruppo, specialmente quello bancario, è stata recentemente effettuata da SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 45 ss.

effetto dell'attività di gruppo (art. 2497-*quater* c.c.); (v) dal principio di responsabilità per esercizio abusivo di attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.); (vi) dal principio di necessaria trasparenza e di pubblicità dell'esistenza di un programma imprenditoriale di gruppo, nonché delle decisioni da questo influenzate, adottate in seno alle varie organizzazioni sociali coinvolte nel gruppo, e dell'effetto complessivo che l'attività di direzione e coordinamento ha avuto sui risultati delle attività (autonomamente) sociali (artt. 2497-*bis* e 2497-*ter* c.c.)³⁹.

Orbene, secondo i sostenitori della validità dei patti di dominio debole, il sistema avrebbe legittimato la costituzione di un gruppo gerarchico lucrativo e la regolazione dell'attività da questo perseguita tramite un contratto soggetto, a pena di nullità, al rispetto dei principi su indicati; affinché – e qui si appunta la valutazione di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. – quegli stessi principi potessero essere resi maggiormente solidi, efficaci e concreti non appena incanalati nel tessuto normativo, in primo luogo, del contratto in generale (l'art. 1372 c.c. e le norme sui rimedi per la violazione del vincolo) e, in secondo luogo, dei contratti associativi⁴⁰.

5. (segue) la tesi volta a distinguere tra contratti di “dominio debole” (invalidi) e regolamenti di gruppo (validi). Repliche.

Una seconda corrente di pensiero⁴¹, nega la validità dei contratti di dominio debole – reputati, tra l'altro, in passato inutili da una parte della dottrina⁴² – e ammette, tuttavia, la possibilità che le società, operanti nell'ambito di un gruppo (e di una situazione di controllo) già esistente, stipulino protocolli di autonomia gestionale o regolamenti cd. infragruppo.

Al riguardo, è opportuno evidenziare che: (i) la prima categoria di contratti avrebbe la funzione di *limitare l'ingerenza* della controllante nella gestione delle società controllate, al fine di garantire a queste ultime degli ampi margini di autonomia operativa, fino all'estrema eventualità dell'esclusione (in virtù di apposita clausola contrattuale) dell'esistenza di un'attività di gruppo; (ii) i negozi appartenenti alla seconda categoria, invece, si caratterizzerebbero per la peculiare *funzione regolatoria dell'attività* di gruppo, in particolare occupandosi⁴³ del sistema dei flussi informativi, dei controlli interni e/o della ripartizione delle funzioni (e delle competenze) necessarie per lo

³⁹ Quest'ultimo, avente carattere immanente in ogni disciplina relativa all'attività d'impresa, è *strumentale* a rendere effettivi i principi soprastanti, facendone trasparire il concreto rispetto o, al contrario, la violazione; cfr. CARIELLO, *Art 2497-bis c.c.*, in *Le società per azioni* (nt. 5), 3033 ss. ID, *La pubblicità del gruppo la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo* in RDS, 2010, 466.

⁴⁰ Che, nell'ottica del testo, si caratterizzano per la funzione di esprimere un certo grado di bilanciamento (o, se si vuole, di organizzazione bilanciata) tra le esigenze di *stabilità* del rapporto (*rectius* dell'attività) comune e le esigenze di *conservazione del valore* delle risorse messe (in qualunque forma o modo) a disposizione dal singolo partecipante al fenomeno associativo per garantire la nascita e lo svolgimento del fenomeno medesimo; si pensi alla regola di necessaria ripartizione dei vantaggi e dei costi generati dal gruppo tra le varie società partecipanti di cui all'art. 2545-*septies* c.c. oppure al recesso previsto dalla medesima disposizione.

⁴¹ Così GALGANO – SBISÀ, *Direzione e coordinamento* (nt. 5), 107 ss., 122 ss.; GALGANO, *Il regolamento di gruppo* (nt. 6), *passim*; da ultimo SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 73; cfr. anche PISANI, *Protocolli di autonomia gestionale e gruppi finanziari* in *Bbtt*, II, 1995, 184 ss.

⁴² In questo senso CAMPOBASSO G. F., *Organizzazione di gruppo* (nt. 12), 561; ID, *Le tecniche di formazioni dei gruppi* (nt. 12), 23; ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano* in *Bbtt*, V, 1999, 556, il quale riteneva che «valutare una condotta come lecita non significa affatto riconoscere che gli altri hanno il dovere giuridico di assecondarla».

⁴³ Si badi che, malgrado l'utilizzo della disgiuntiva «o» all'interno dell'art. 2497-*septies* c.c., non è escluso (ed anzi è una circostanza ricorrente se non, per alcuni, necessaria o quantomeno opportuna; vedi nota 35) che la regolazione del gruppo venga realizzata tramite il coordinamento di molteplici fonti di autonomia privata tra loro collegate, il contratto e gli statuti delle società partecipanti al gruppo.

svolgimento di un'attività di gruppo tra le società appartenenti allo stesso; in definitiva, esprimendo l'esercizio stesso del potere della capogruppo, con tutte le conseguenze che ne derivano ai sensi degli art. 2497 ss. c.c.

Ciò posto, bisogna muovere alcune repliche, da un lato, all'idea che negozi appartenenti al *genus* sopra descritto siano validi nel solo caso in cui vengano perfezionati in presenza di una relazione di controllo preesistente⁴⁴; dall'altro lato, alla tesi per cui la stipula dei protocolli di autonomia gestionale escluderebbe in radice l'esercizio (e, conseguentemente, la responsabilità per abusivo esercizio) di attività di direzione e coordinamento⁴⁵.

Partendo dall'ultima considerazione, non bisogna dimenticare che il carattere trans-tipico delle disposizioni in esame (la loro essenziale natura di norme senza fattispecie) fa sì che già il *fatto* dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento costituisca il *presupposto applicativo* in sé unicamente rilevante della disciplina dei gruppi di società; ciò, anche qualora un contratto stipulato tra società astrette da un legame di controllo escluda o limiti espressamente l'esistenza di un potere di direzione strategica, poiché in virtù dello statuto di impresa di gruppo, l'*effetto* scaturente dall'assetto negoziale *concretamente* predisposto dalle parti può in sé dar luogo all'operare della presunzione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c. (e art. 2359, co. 1, n. 3, c.c.)⁴⁶.

A nessuno scopo, pertanto, assolverebbe una clausola (contrattuale o statutaria) che dichiarasse l'inesistenza (o che limitasse l'esercizio) di un'attività di gruppo tra controllante e controllata; anzi, la stessa clausola potrebbe suscitare, in alcuni casi, il sospetto contrario, ossia l'intento di mascherare dietro il velo di una formula "magica" la *mala gestio* del gruppo.

La prima considerazione, invece, fonda la meritevolezza dei regolamenti infragruppo sulla circostanza di una preesistente attività di direzione e coordinamento, ragion per cui il negozio di autonomia privata *non genera l'impresa di gruppo, ma esprime un potere già esistente*, vincolandone l'esercizio a dei limiti più stringenti, nell'ottica di una maggiore trasparenza e di un efficiente funzionamento dell'impresa, nel rispetto dei confini tracciati dagli artt. 2497 ss. c.c.

Certamente non può negarsi la validità di un regolamento *associativo* volto a organizzare un'impresa di gruppo già esistente.

Tuttavia, da un lato, non bisogna dimenticare che il potere (quale fenomeno di un'attività) si manifesta, nel caso di specie, ricorrendo alle regole del contratto, salvo che si voglia portare all'estremo l'idea di un'ingerenza nella gestione altrui (in presenza di controllo) così forte da poter incidere sulla qualificazione del regolamento degradandolo ad atto unilaterale, *prima direttiva generale* vincolante per le società del gruppo.

⁴⁴ Questa sembra l'idea di SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), *ibidem*, 82-83, e di GALGANO – SBISÀ, *Direzione e coordinamento* (nt. 5), 359 ss., nel momento in cui tali autori ritengono che l'art. 2497-*septies* c.c. abbia una mera funzione di raccordo tra le disposizioni sui gruppi di società e la fattispecie del gruppo cooperativo paritetico. Si noti, tuttavia, che gli stessi riconoscono legittimo (128, nota 153) un gruppo paritetico diretto da una sola società cooperativa, sicché verrebbe da chiedersi perché mai una simile struttura di gruppo contrattuale non sia ammissibile nell'ambito dei gruppi lucrativi e nei gruppi eterogenei.

⁴⁵ Va precisato che l'esclusione della direzione strategica non sarebbe assoluta ma afferente al solo segmento dell'attività d'impresa cui il protocollo nel concreto si riferisce; in tal senso la dottrina anteriore alla riforma del 2003 riteneva che la sottoscrizione di protocolli di autonomia gestionale nei settori assicurativo e finanziario ostacolasse l'emanazione di direttive pregiudizievoli per le società controllate; PISANI, *Protocolli di autonomia gestionale* (nt. 41), 223 ss.; SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (nt. 3), 40, che, pertanto, ritiene che i gruppi assicurativi abbiano natura paritetica, impedendo il protocollo di autonomia l'espletamento della direzione gerarchica.

⁴⁶ Così come il potere può derivare, da un lato, dalla stipula di un dato regolamento o protocollo *lato sensu* di gruppo unitamente ad altre circostanze di fatto e, dall'altro lato, dall'esercizio in concreto del dominio e indipendentemente dalla presenza di un protocollo di autonomia.

Dall'altro lato – e sempre condividendo la tesi della meritevolezza dei negozi volti funzionalmente a consolidare un potere già in essere – può ravvisarsi una differenza di valori tra il controllo e il regolamento contrattuale: (i) nel primo caso, il potere rileva sia in quanto *presunto* (art. 2497-*sexies* c.c.) sia in quanto effettivamente esercitato; (ii) nel secondo caso l'esercizio del potere e, più in generale, l'organizzazione dell'impresa di gruppo rilevano innanzitutto in quanto *programmati*, giacché il contratto rende *vincolanti* tra le società del gruppo le *condizioni minime strumentali* all'attività di direzione del gruppo, laddove gli effetti ricollegati al solo controllo potrebbero essere meramente *rilevanti* ai fini dell'attivazione dello statuto legale dei gruppi.

Alla luce di quanto affermato, può meglio comprendersi l'irrilevanza del dato dell'esistenza (o meno) di una situazione di controllo ai fini del giudizio di liceità di un contratto che programma un'attività di impresa, già esistente o da costituire, di gruppo; ché, in fondo, la programmazione è già (concettualmente) una fase dell'attività di impresa, per cui la stessa non può (e non deve) che essere *lato sensu* gestita nel rispetto dei criteri che informano l'agire di gruppo⁴⁷.

Inoltre, va ricordato che, come il controllo ex art. 2359 c.c. risulta essere una *situazione di pericolo* che può dar luogo all'applicazione della disciplina dei gruppi qualora l'influenza dominante si trasformi in effettiva attività di direzione e coordinamento; così il potere contrattuale di condurre l'attività delle società eterogestite dovrebbe, per necessità logica, “far attivare i campanelli d'allarme” posti a presidio dei pericoli evocati dal controllo.

6. (segue) *La tesi volta a riconoscere la legittimità dei soli contratti di gruppo paritetico e i dubbi sull'essenza della pariteticità nei gruppi cooperativi. Repliche.*

L'ultimo orientamento⁴⁸ propende per una lettura rigorosa dell'art. 2497-*septies* c.c., poiché, per un verso, il riferimento al «contratto» sarebbe riconducibile al solo

⁴⁷ Quanto affermato nel testo vale, per esempio, per gli accordi di finanziamento infragruppo nei gruppi bancari ex artt. 69-*duodecies* ss. t.u.b., per i quali si rinvia alla sezione II del presente capitolo. Il contenuto di tali accordi, infatti, non può contraddire le disposizioni di cui all'art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b., pur attenendo queste al momento esecutivo del contratto, ossia alla fase della concessione dell'assistenza finanziaria.

⁴⁸ Oltre alla dottrina citata alla nota 44 cfr. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi* (nt. 3), 801, e, soprattutto, ID, “*Coesione*” e *autonomia* (cap. I, nt. 43), 32, anche alla nota 55, il quale, nel sostenere che «il “contratto di coesione” [nel gruppo bancario cooperativo] funge [...] da “regolamento di gruppo” volto a favorire una concertazione delle direttive strategiche», sembra escludere la legittimità di regolamenti di “gruppo gerarchico”; l'autore, da un lato, accoglie la tesi di GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa* (cap. I, nt. 17), II, 1556, nota 12, 1581, secondo cui il regolamento di gruppo costituisce «un *posterius* rispetto al dato fattuale dell'attività di direzione e coordinamento della controllante»; dall'altro lato, tende a ravvisare fenomeni di concertazione del potere anche nei regolamenti costituiti nell'ambito di gruppi gerarchici in virtù del dato (sottolineato da Guerrera e ripreso da Santagata) 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».

Tuttavia, è lo stesso Guerrera (1556-1557) a sostenere che «la costruzione del rapporto di gruppo con gli strumenti dell'autonomia privata si prospetta anche in situazioni diverse», date, per esempio, «da una certa “organizzazione contrattuale” dei rapporti fra le società, conseguita mediante gli accordi di coordinamento gerarchico [...] che risponde non di meno a un dato “disegno” di direzione e coordinamento del gruppo, *basato sul controllo esterno “contrattuale”* (art. 2359, n. 3, c.c.) e *soggiace al relativo regime legale* (artt. 2497 ss. e art. 2497-*septies* c.c.)», riferendosi con ciò, nella sostanza, ai contratti di dominio *debole* o, per meglio dire, di direzione gerarchica di diritto italiano [corsivo aggiunto]; inoltre, egli (1554) non equipara affatto i regolamenti infragruppo ai contratti fondanti una direzione concertata e paritetica, atteso che «le società dominate non vantano, comunque, una pretesa alla “equa ripartizione” [cfr. l'art.

contratto di gruppo paritetico di cui all'art. 2545-*septies* c.c.; per altro verso, l'espressione «sulla base» attribuirebbe rilevanza anche all'effettivo esercizio di direzione e coordinamento in virtù di un contratto di dominio, in quanto tale, invalido per mancanza nel nostro ordinamento di una disciplina sui gruppi così strutturata come quella tedesca.

Anche volendo seguire il ragionamento, esso – una volta analizzato il testo della disposizione dedicata al gruppo paritetico – a mio avviso prova troppo.

Ciò perché la tesi in tale sede non condivisa, si fonda sull'idea dell'invalidità, salvo espresse previsioni di carattere eccezionale (*rectius* speciale) come quella del gruppo bancario cooperativo⁴⁹, di un contratto di dominio (sia *forte* che *debole*) volto ad assoggettare la gestione del patrimonio sociale di (almeno) una società (perciò, *dominata*) alle politiche di carattere strategico di gruppo⁵⁰ in difetto di una disciplina espressa del tipo di quella prevista dagli §§ 291 ss. *Aktg*.

Diversamente, rispetto alla complessiva disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, l'art. 2497-*septies* c.c. sarebbe norma di raccordo con la fattispecie del gruppo paritetico.

2545-*septies* c.c.] dei benefici economici della gestione accentrata, né, tanto meno, alla “appropriazione”, in qualche misura, dei profitti generati dall'impresa di gruppo»

Diversamente dagli autori sopra citati, come annunciato all'inizio del presente capitolo, si ritiene che la disciplina sulla direzione e coordinamento di società – ivi compreso il principio dei vantaggi compensativi nonostante questo sia declinato secondo formulazioni formalmente differenti nell'ambito delle società di capitali (cfr. art. 2497, co.1, c.c.) e delle cooperative – abbia una portata trans-tipica e sia, pertanto, suscettibile di essere applicato a qualsiasi tipo di gruppo, lucrativo, cooperativo o eterogeneo.

In particolare, come verrà mostrato più avanti nella parte dedicata agli accordi di cui alla nota 47, l'adeguamento dei principi in materia di gruppi non pare risentire dell'esigenza di riconoscere una maggiore autonomia alle società cooperative rispetto a quanto può valere per le società lucrative, stante la necessità di preservare in ogni tipo di gruppo margini minimi di autonomia operativa e organizzativa a favore delle società controllate ai fini del rispetto degli artt. 2497 ss. c.c.; piuttosto, l'operazione implica la considerazione degli scopi propri di ciascun membro del gruppo, e, di conseguenza, degli interessi (finanziari o mutualistici) che in via *mediata* l'attività di impresa mira a soddisfare.

⁴⁹ Cfr. SANTAGATA, “Coesione” e autonomia (cap. I, nt. 43), *passim*, dedicato allo studio della natura del contratto cd. di coesione fondante, nel GBC, il potere di una s.p.a. di esercitare l'attività di direzione e coordinamento nei confronti delle b.c.c., a loro volta complessivamente partecipanti al capitale di maggioranza della capogruppo.

L'autore qualifica il contratto di coesione tra s.p.a. e b.c.c. quale un *contratto paritetico di diritto speciale*, capace di dar vita a un potere *in parte gerarchico* nei limiti in cui miri a realizzare gli obiettivi della vigilanza (art. 61, co. 4, t.u.b.) e *in parte paritetico* laddove, in assenza delle esigenze *lato sensu* di sana e prudente gestione, imponga la *concertazione* delle politiche strategiche *nel rispetto dello scopo mutualistico delle singole b.c.c.*; l'autore riesce, inoltre, a conciliare l'accentramento del potere di direzione in capo a una s.p.a. con la natura di cooperativa a mutualità prevalente delle società eterogestite, marcando lo scopo della dominante (unitamente al meccanismo della *garanzia cd. incrociata*) con un'impronta consortile. Per l'analisi della tesi della natura *ibrida* o *sui generis* del gruppo bancario cooperativo, accolta, sia pure con diversità di accenti, da buona parte degli autori che, a oggi, hanno indagato sull'istituto di recente introduzione, si rinvia al terzo capitolo.

⁵⁰ Concernenti, ad esempio, il finanziamento delle società del gruppo, la fornitura di beni o di servizi alle stesse, in generale la “produzione/distribuzione” all'interno dell'impresa di gruppo di tutti quei fattori che potrebbero, diversamente, acquistarsi sul mercato, governato dalla logica del libero incontro tra domanda e offerta. In quest'ultima ottica visuale, l'impresa di gruppo, così come quella cd. di rete, è tecnica *ibrida* strumentale all'abbattimento dei costi, da un lato, generati dai contratti di scambio e, dall'altro lato, da un'eventuale totale integrazione (o fusione) dei fattori di produzione all'interno di un'unica struttura *gerarchica* di impresa. L'articolazione di gruppo, in fondo, si spiega con l'esigenza di realizzare economie di *scala* e di *scopo* da parte delle imprese aderenti. Cfr. GALGANO – SBISÀ, *Direzione e coordinamento* (nt. 5), 4 ss., 143 ss., ove numerosi esempi. Per alcune considerazioni relative agli ostacoli frapposti dalla normativa fiscale al funzionamento efficiente dei gruppi e, soprattutto, al raggiungimento dell'obiettivo di creazione di valore aggiunto attraverso il gruppo rispetto a quanto ottenibile tramite articolazioni d'impresa alternative cfr. MARCHISIO, *Il valore del gruppo e il valore nel gruppo* in *Giur. comm.*, V, 2015, 808 ss.

Una conferma di tale conclusione potrebbe ricavarsi dal riferimento ai contratti stipulati «al di fuori dei casi di cui all'art. 2497-*sexies*» c.c., ossia ai negozi di *coordinamento paritetico*, generanti una direzione concertata tra tutte, nessuna esclusa, le società aderenti al gruppo.

In questo caso, va sottolineato che la pariteticità, informando il profilo strutturale delle tecniche di produzione dell'azione collettiva, non impedisce un assetto di gruppo stratificato⁵¹, vista la sostenuta compatibilità con la fattispecie in esame di un *organo di coordinamento a rilievo interno e con eventuali poteri di rappresentanza* (es. un comitato infragruppo) o, ancor di più, di una *società* (per alcuni, necessariamente una società cooperativa, per altri, anche una società consortile⁵²) *veicolo partecipata dalle cooperative* per l'esercizio in forma accentrata (ma ugualmente concertata) dell'attività di gruppo.

⁵¹ Cfr. GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo* (nt. 2), 521 ss.; SANTAGATA, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (nt. 3), 464 ss.; si vedano anche gli approfonditi studi in ID, *Il gruppo paritetico* (nt. 3), partic. 128 ss., 144 ss.; RONDINONE, *I gruppi di imprese* (nt. 1), 425 ss., partic. 431 in cui sostiene che la società di direzione del gruppo paritetico è un'*abhängiges Unternehmen*, ossia un'impresa dominata congiuntamente dalle altre imprese aderenti al gruppo, che osservano le direttive della prima solo in forza del contratto di coordinamento equiordinato; si veda, in tal senso, il ragionamento esposto alla nota 54 a proposito delle società veicolo nei gruppi cooperativi di diritto comune e della s.p.a. del gruppo bancario cooperativo.

⁵² Inizialmente a favore di questa tesi, legata, tra l'altro, al tema della mutualità di gruppo, erano LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico* (nt. 17), 1106, secondo cui «a ben leggere la norma si [può] ritenere che la società di vertice possa essere anche una SpA o una Srl consortile, partecipata dalle cooperative aderenti. Ciò in particolare se si considera da un lato che, diversamente opinando, non si potrebbero avere gruppi paritetici tra cooperative costituiti da 2 sole cooperative tra loro equiordinate (con irragionevole disparità di trattamento quanto all'accesso all'istituto del gruppo paritetico tra gruppo di 3 o più cooperative o gruppo di 2 cooperative in cui la direzione sia affidata ad una di esse e gruppo di 2 cooperative equiordinate) e dall'altro lato che [...] l'incipit della norma evoca la direzione e il coordinamento "anche in forma consortile" (in tal modo alludendo ad una fattispecie che potrebbe comprendere anche le società consortili)»; ID, *Nuove riflessioni* (cap. I, nt. 204), 64 ss.; ZOPPINI, *I gruppi cooperativi* (nt. 2), 776; TOMBARI, *Diritto dei gruppi* (nt. 2), 144; *contra* SANTAGATA, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (nt. 3), 465-466, anche alla nota 17, il quale riteneva che la direzione potesse essere esclusivamente affidata a tutte le società del gruppo riunite all'interno di un comitato con funzioni *consortili* o a una cooperativa partecipata da tutti gli altri attori del gruppo. Seguendo, dunque, uno schema simile a quello sotteso ai consorzi e alle reti di impresa. La dottrina esaminata nel testo, malgrado l'improprietà dell'inciso «anche in forma consortile», inquadra il gruppo cooperativo paritetico nel *genus* dei consorzi, dubitando dell'ammissibilità di una s.p.a. consortile capogruppo in virtù della regola (art. 2545-*septies*, co. 1, n. 2, c.c.) che impone al contratto di indicare «la cooperativa o le cooperative cui è attribuita la direzione del gruppo».

A seguito dell'entrata in vigore della normativa del gruppo bancario cooperativo, anche quest'ultima [SANTAGATA, *"Coesione" e autonomia* (cap. I, nt. 43), 15, alla nota 29] ha espressamente ammesso – e non solamente, mi sembra, nell'ambito *speciale* del diritto bancario, ma in una prospettiva sistematica generale – la liceità di un gruppo paritetico diretto da una s.p.a. consortile. Invero, i riflessi applicativi della tesi di Santagata esposta alla nota 49, possono essere i seguenti: (i) nel gruppo bancario cooperativo, una s.p.a. con scopo *lato sensu* consortile può esercitare l'attività di direzione e coordinamento sulle b.c.c. aderenti al patto di coesione; (ii) nel gruppo bancario cooperativo la direzione è *paritetica*, dunque concertata, qualora l'ambito concreto delle politiche strategiche sia estraneo alle esigenze della vigilanza bancaria, non potendo il potere della capogruppo prevaricare il perseguimento dello scopo mutualistico delle singole b.c.c., atteso che i vantaggi e i sacrifici all'interno del gruppo vanno equamente ripartiti; (iii) continuando lo scopo mutualistico delle b.c.c. a qualificarsi *positivamente* in termini di esercizio del «credito prevalentemente a favore dei soci», non è possibile configurare una mutualità di gruppo nel gruppo bancario cooperativo, in cui la s.p.a. non può, pertanto, svolgere il servizio mutualistico al posto delle b.c.c., limitandosi a dover fornire un potere di ausilio (*finanziario*) al raggiungimento degli obiettivi delle singole banche coordinate; (iv) qualora sia necessario ottemperare alle istruzioni dell'autorità di vigilanza, allora la capogruppo potrà imporsi *gerarchicamente* sulle b.c.c. eterogestite – *in species* quelle versanti in condizioni di grave rischiosità – emanando *unilateralmente* direttive *vincolanti* e possibilmente pregiudizievoli nei confronti dello scopo mutualistico della cooperativa che in concreto tali ordini subisce; (v) nel gruppo paritetico di diritto comune sarebbe possibile realizzare la condizioni sub. i – iv e sarebbe negata l'eventualità sub. v, stante la mancanza delle ragioni di specialità poste alla base della disciplina del gruppo bancario cooperativo.

Piuttosto (e nonostante la presenza di un'impresa di gruppo fortemente strutturata e istituzionalizzata) la concertazione paritetica corrisponde ad *assenza di una relazione di controllo*, di *sottoposizione* di (almeno) una società all'*influenza dominante* di (almeno) un'altra società operante come autonomo centro di profitto; di conseguenza, non sarebbero applicabili le disposizioni sul controllo e si verserebbe nell'ipotesi ex artt. 2497-*septies* (norma di disciplina) e 2545-*septies* (norma di fattispecie e, in parte, disciplina) c.c. in quanto regolanti in via *unitaria* un negozio estraneo ai casi di cui all'art. 2497-*sexies* c.c..

La tesi, del resto, sarebbe coerente con l'assetto di governo democratico della cooperativa, fondato sul voto capitaro e sul principio della porta aperta, che esclude in radice il formarsi di uno stabile potere di controllo (*rectius* di influenza dominante sulla gestione) di alcuni soci rispetto ad altri.

Ciò, considerando anche la circostanza che, nel caso di gruppo diretto da una cooperativa, gli strumenti di prevenzione del rischio di elusione della disciplina dell'acquisto delle azioni proprie sarebbero inutili⁵³. Il voto capitaro e il principio della variabilità del capitale, infatti, nell'ottica di una cooperativa capogruppo partecipata da tutte le altre cooperative aderenti all'accordo di gruppo paritetico, non dovrebbero dar luogo ai problemi che possono sorgere nel caso in cui la capogruppo sia una società soggetta alle regole del capitale sociale *fisso* e del principio plutocratico⁵⁴.

⁵³ Vedi, però, Dolmetta, che suggerisce la totale applicazione delle norme sull'acquisto diretto di azioni proprie, in virtù del rinvio alle disposizioni sulla s.p.a. di cui all'art. 2519 c.c., si rinvia al cap. I, nota 148. In effetti, la disciplina di cui agli artt. 2359-*bis* c.c. potrebbe applicarsi alle cooperative controllanti interne di altre società lucrative non tanto nella parte in cui questa sterilizza il voto riconosciuto alle azioni possedute dalle controllate, quanto nel momento in cui regola il profilo finanziario e contabile delle operazioni sulle azioni proprie nell'ottica di tutelare l'effettività del capitale sociale, principio che dovrebbe valere anche per le società cooperative nonostante la variabilità del capitale.

⁵⁴ Questa considerazione incide notevolmente sulla possibilità di affidare il potere di direzione strategica del gruppo a una s.p.a. consortile di diritto comune. Al riguardo, penso che, se quest'ultima fosse tecnicamente la *società dominante* (ossia, se nessuna delle cooperative controllasse la s.p.a.), partecipata pariteticamente dalle cooperative soggette alla sua direzione, coordinamento e, a questo punto, controllo, dovrebbero immediatamente attivarsi i presupposti per l'applicazione degli artt. 2359-*bis* ss. c.c.; ciò in virtù del potere (di fonte contrattuale) in mano agli amministratori della s.p.a., che, in vista di un'assemblea convocata in seno alla stessa, potrebbero orientare il voto delle cooperative socie (e, al contempo, società etero-gestite). Nella diversa ipotesi in cui la società consortile per azioni sia controllata da una o più delle cooperative partecipanti al patto di gruppo, nelle forme ex art. 2359 c.c., sebbene per contratto risulti formalmente intestataria del potere di direzione, sarebbe possibile scindere i termini oggettivi e soggettivi delle stratificazioni normative che compongono lo statuto legale dei gruppi di società: (i) le norme sul controllo riguarderebbero la relazione tra cooperativa controllante e s.p.a. consortile controllata; (ii) le norme pattizie regolerebbero l'esercizio formale e sostanziale dell'attività di direzione o, in alternativa, la responsabilità ex art. 2497, co. 1, c.c., potrebbe *in concreto* essere imputata alla cooperativa controllante, ferma restando la vincolatività delle altre condizioni fissate nel contratto di gruppo paritetico e negli statuti delle società del gruppo paritetico. La validità di questa tesi potrebbe essere supportata dall'art. 37-*bis*, co. 6, t.u.b., che – stante l'esigenza di pronta disponibilità dei fondi raccolti per l'esercizio dell'attività bancaria conformemente ai principi di sana e prudente gestione, di stabilità (delle singole b.c.c., del gruppo e del sistema complessivo) e di proporzionalità (cfr. anche l'art. 5 t.u.b.) – sancisce l'inapplicabilità degli artt. 2359-*bis* ss. c.c. «[a]lle partecipazioni al capitale della capogruppo delle banche di credito cooperativo e delle banche cui fanno capo i sottogruppi territoriali»; poiché le norme di disciplina non possono non avere valenza precettiva, l'unico senso ricavabile da tale disposizione è la volontà da parte del legislatore di *derogare alla disciplina del controllo in presenza di una situazione di influenza dominante effettiva e della partecipazione delle società cooperative controllate al capitale della capogruppo*; norma che, del resto, è dettata in via generale e non per il solo caso particolare della partecipazione della s.p.a. al capitale delle b.c.c. tramite la sottoscrizione delle azioni di finanziamento. Infine si noti, che la sterilizzazione di una normativa posta a tutela del capitale sociale in costanza di controllo, rende l'istituto del contratto di coesione *per certi versi assimilabile* ai contratti di dominio tedeschi, in cui si disattiva la disciplina della distribuzione del netto, che cede il passo al sistema di garanzie, di indennizzi e conguagli proprio dei gruppi di diritto.

Tuttavia, la presente conclusione non trova, a mio avviso, conforto nel dato normativo, poiché il legislatore, dall'art. 2545-septies c.c., dell'organizzazione di gruppo sembra far trasparire *più* i caratteri *cooperativi* che quelli *paritetici*.

In primo luogo, il contratto in esame ha ad oggetto la regolazione della «direzione» del gruppo e del «coordinamento» tra i patrimoni (e gli interessi su di essi convergenti) delle singole cooperative partecipanti in funzione dell'attività di gruppo, non del solo coordinamento (delle politiche strategiche *individuali*) come, invece, lascia intendere la dottrina, la quale argomenta la rilevanza della sola concertazione (come contrapposta all'eterodirezione in senso stretto) anche sulla base della rubrica dell'art. 2497-septies c.c.⁵⁵.

In secondo luogo, a dimostrazione della non necessaria consequenzialità tra natura paritetica del gruppo e condivisione (*rectius* concertazione) del potere di direzione strategica tra tutte le società del gruppo si presta l'espressione «regolano, *anche in forma consortile*» [enfasi aggiunta].

Una parte della dottrina⁵⁶, infatti, ritiene che il gruppo paritetico sia una *fattispecie essenzialmente consortile*, ragion per cui il termine «anche» sarebbe *fuorviante* ai fini dell'interpretazione del senso del disposto in commento; di conseguenza, eventuali lacune del regolamento contrattuale dovrebbero essere colmate dalle disposizioni di cui agli artt. 2602 ss. c.c.⁵⁷.

Certamente, non deve escludersi il ricorso all'*analogia legis*⁵⁸ per riempire dei vuoti disciplinari concernenti determinati contratti associativi, sia a rilievo reale (artt. 2249 e 2612 c.c.) sia a rilievo interno (art. 2602 c.c.)⁵⁹; tuttavia, non mi sembra che il

⁵⁵ Che, appunto, menziona il solo «Coordinamento tra società». Tuttavia, la rubrica di una norma non dovrebbe avere valore vincolante, potendo solamente orientare l'esegesi del dato di diritto positivo nei limiti dei confini tracciati dalla lettera della legge. Al riguardo, anche il testo dell'art. 2497-septies c.c., malgrado la rubrica e le intenzioni storiche del legislatore [SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi* (nt. 3), 803-804], fa riferimento a un'attività di direzione e di coordinamento esercitata da una società (o da un ente); pertanto, il contesto (*spaziale e concettuale*) in cui la norma di cui all'art. 2497-septies è collocata induce a indentificare nei gruppi contrattuali di diritto nazionale una direzione *in primis* solitaria o congiunta. Il ragionamento trae spunto dalle considerazioni di GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu – Messineo*, Milano, 2011, 95 ss., 269 ss., 272 ss. In ogni caso, già, *ante* riforma del 2003, la dottrina qualificava i gruppi come fenomeni di coordinamento e d'indirizzo di più imprese giuridicamente indipendenti, il cui fine «consiste nella organizzazione e valorizzazione economica (attraverso [...] lo sfruttamento di sinergie, ecc.) del controllo su una pluralità di società»; cfr. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento* (nt. 5), 39 ss., partic. 45. Oggi la distinzione tra i due profili s'impone in generale per tutte le fattispecie soggette agli artt. 2497 ss. c.c.; ID, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi* (nt. 10), 524 ss.; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci* (nt. 10), *passim* e, soprattutto, le conclusioni volte a distinguere tra gruppi accentrati (o qualificati) e decentrati ai fini della compatibilità, ammessa solo nel primo caso, di un programma compensativo di gruppo di carattere *sintetico*.

⁵⁶ SANTAGATA, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (nt. 3), 463.

⁵⁷ Sempre SANTAGATA, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (nt. 3), 469, che riporta quale esempio più frequente quello di un contratto di gruppo paritetico sprovvisto di durata, allora soggetto al termine decennale previsto dall'art. 2604 c.c.

⁵⁸ Per *analogia legis* s'intende quel procedimento ermeneutico volto a risolvere una questione (controversa) di diritto che la disciplina della fattispecie di riferimento non provvede espressamente a regolare, facendo ricorso «alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe». Essendoci già una disposizione espressamente dedicata al gruppo cooperativo paritetico e un'intera sezione dedicata ai gruppi, si potrebbe invocare lo statuto legale dei consorzi per colmare i tratti di disciplina espressa reputati dall'interprete *insoddisfacenti* ai fini della risoluzione dei conflitti e dei problemi posti dalla disciplina medesima; in questi casi non si dovrebbe parlare di analogia, bensì più opportunamente di *lacuna assiologica*, sulla quale vedi GUASTINI, *Interpretare e argomentare* (nt. 55), 134 ss.

⁵⁹ Non si può non rinviare a FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001, partic. 280 ss. 295 ss.; e SPADA, *La tipicità* (cap. I, nt. 143), 182 ss., partic. 190-191, ove riferimenti ai consorzi esterni.

Va ricordato, inoltre che lo stesso tipo di problema è stato affrontato dalla dottrina anche in relazione al recente istituto del contratto di rete, ricondotto, da alcuni, alla figura del consorzio e, da altri, a quella della società. A favore della prima e della seconda tesi cfr. rispettivamente Santagata e Pisani

valore del richiamo sia quello di individuare un ruolo suppletivo delle lacune in materia di gruppo paritetico nella normativa dei consorzi.

All'opposto, penso che il rinvio stia a significare che, quand'anche la relazione tra cooperative sia governata da un contratto di consorzio, si dovrà applicare la disciplina della direzione e coordinamento di un gruppo cooperativo paritetico nel momento in cui il regolamento negoziale sia rispettoso del perimetro dell'attività di gruppo tracciato dal legislatore; del resto, che accordi di tipo consortile o di rete possano, se aventi a oggetto l'esercizio di una fase *strategica* comune alle imprese dei paciscenti, fondare un'attività di gruppo è opinione condivisa da una parte della dottrina⁶⁰.

Pertanto, l'espressione «in forma consortile» sarebbe, a mio avviso, volta a integrare (art. 1374 c.c.) la disciplina di un contratto *formalmente* qualificato come consorzio (e non solo, stante il termine «anche»⁶¹) con quella dell'attività di gruppo, qualora gli elementi di quest'ultima fattispecie traspaiano dalla sostanza negoziale del primo.

Da ultimo, non può trascurarsi che il “patto di dominio paritetico” «deve indicare [...] la [sola] cooperativa o [alcune delle, o eventualmente, tutte] le cooperative [aderenti] cui è attribuita [in via solitaria, congiunta o paritetica] la direzione del gruppo» (art. 2545-*septies*, co. 1, n. 2, c.c.).

Il dato normativo fornisce, evidentemente, all'autonomia privata ampi spazi di manovra nel delineare i contorni della struttura di gruppo e il numero dei soggetti cooperativi al quale attribuire il potere di direzione strategica.

Né, d'altronde, può accogliersi l'opinione di chi⁶² mantiene *in ogni caso* salva la natura paritetica del gruppo di fronte alla circostanza che l'ambito funzionale e i limiti del potere attribuito (eventualmente) a una sola cooperativa sarebbero *concertati tra tutte le parti del contratto*: affermazione tanto valida nel caso di specie quanto estendibile (di regola) alla generalità delle ipotesi in cui si sia in presenza di un contratto, che produce effetti solo nei confronti di coloro che tali effetti hanno voluto (cd. principio di relatività ex art. 1372 c.c.).

In definitiva, i profili rilevanti della fattispecie del gruppo (cooperativo prima ancora che) paritetico non si legano alla concertazione; essi, piuttosto, vanno ravvisati, *da un lato*, nella necessaria attribuzione del potere effettivo a una o più cooperative,

Massamormile, entrambi citati alla nota 25 del capitolo I. Essendo, poi, le società e i consorzi le figure maggiormente espressive all'interno del *genus* dei contratti associativi, nulla esclude l'applicabilità di entrambe le relative discipline in relazione alla controversia di volta in volta rilevante nel caso concreto: si pensi, ad esempio, al già citato problema della durata (art. 2604 c.c.) e a quello del recesso (art. 2285 c.c.).

⁶⁰ Cfr. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, 321 ss., partic. 328 ss., ove, a proposito delle aggregazioni tra società cooperative, distingue tra consorzi e gruppi fondati «sul controllo contrattuale»; cfr. anche PAOLINI, *Il gruppo cooperativo* in *Contr. e impr.*, 2, 2003, 619 ss., partic. 624 ss.; in materia di reti d'impresa cfr. GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete* in *Contr. e impr.*, II, 2012, 348 ss., partic. 355, ove perviene a delle conclusioni non dissimili a quelle esposte alla nota 54 con riferimento alla società di direzione nei gruppi cooperativi di diritto comune, sostenendo che la struttura societaria di coordinamento della rete può essere eventualmente soggetta alla direzione e coordinamento congiunta di tutte le imprese aderenti, eventualmente riunite in un comitato di direzione.

⁶¹ Che, nel caso di specie, aggiunge un dato all'affermazione che lo precede (ossia la regolazione dell'attività di gruppo per contratto) e che, probabilmente, poteva essere alla medesima sottinteso, considerato il carattere sostanziale delle varie fattispecie di gruppo in commento.

⁶² Così, mi pare, GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo* (nt. 2), 522, «nel senso che esso nasce dal contratto, e quindi vede le partecipanti su un piano di parità nel suo momento genetico, a differenza di quanto avviene nel controllo verticale interno, ma tale pariteticità viene meno nella successiva gestione del gruppo, le cui decisioni sono affidate alla società capogruppo» [corsivo aggiunto], nonché SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 27, 78 ss., che ravvisa nel gruppo paritetico «un coordinamento fondato sul consenso [...]». In sostanza, secondo tale impostazione, a caratterizzare la fattispecie in disamina sarebbe la predeterminazione contrattuale dei poteri di direzione e coordinamento convenzionalmente affidati da tutte le società consociate a una struttura dirigitica di riferimento».

anche tramite la costituzione di una società consortile qualora ciò assicuri maggiore stabilità alla direzione⁶³; *dall'altro lato*, nella salvaguardia dello scopo mutualistico delle singole società dominate attraverso il meccanismo dei vantaggi compensativi (art. 2545-*septies*, co. 1, n. 5, c.c.) e il recesso “senza spese” dal contratto nel caso di alterazione pregiudizievole delle condizioni degli scambi condotti tra le singole cooperative e i loro soci.

Si tratta di una fattispecie *tendenzialmente* neutrale sul piano delle regole *strutturali* di produzione dell'azione collettiva, i cui *confini* vanno perciò ricercati nelle disposizioni poste a presidio del *vincolo funzionale* che viene impresso all'azione della (o delle) capogruppo di un gruppo cooperativo paritetico, come, del resto, è sostenuto da alcuni autori⁶⁴; talché il contratto può fondare, nel rispetto della mutualità degli aderenti, una direzione e un controllo solitari, congiunti o, in alternativa, una direzione concertata senza controllo, perseguendo l'istituto non già obiettivi di equità sociale bensì di efficienza, nel tentativo di rendere le società cooperative dei tipi sociali competitivi tanto quanto le società lucrative e di garantire alle prime strumenti *tendenzialmente equivalenti* a quelli che la legge garantisce alle seconde⁶⁵.

⁶³ Non, invece, nei casi in cui l'assetto di governo della s.p.a. consortile capogruppo – come sembra *prima facie* nell'ipotesi del gruppo bancario cooperativo – sia tale da non ravvisare alcuna forma di controllo da parte di almeno una delle cooperative partecipanti; ché, in tale eventualità, il termine di imputazione dell'attività di direzione e coordinamento non sarebbe una delle cooperative ma la s.p.a., contrariamente a quanto afferma l'art. 2545-*septies* c.c., e si applicherebbero le norme sul controllo che sterilizzano nell'assemblea della controllante il voto esercitato dalle controllate, come sembra desumersi dalla deroga di cui all'art. 37-*bis*, co. 2, t.u.b.

Se, invece, la s.p.a. consortile fosse controllata da alcune delle cooperative socie, la prima potrebbe rispondere per gli obblighi assunti col contratto e le seconde potrebbero essere ugualmente responsabili ex art. 2497, co. 1, c.c.; in ogni caso, il contratto rimarrebbe valido per altri profili, quale quello concernente i vantaggi compensativi, la durata del rapporto, i flussi informativi, in generale tutti quegli aspetti che, malgrado l'imputazione effettiva dell'attività di direzione alle cooperative, permettono di utilizzare la s.p.a. consortile come strumento per un più efficace esercizio del potere.

In assenza di società consortili e in presenza di una direzione solitaria o congiunta in capo a una o più cooperative, invece, ci sarebbe il controllo ma non sarebbe necessario applicare gli artt. 2359 ss. c.c. come spiegato in precedenza nel testo, salvo che (e, in tal caso, solamente nei confronti di) alcuni dei membri del gruppo siano società di capitali controllate internamente..

⁶⁴ In tal senso, principalmente, TOMBARI, *Diritto dei gruppi* (nt. 2), *ibidem*, nota 9, ove ulteriori riferimenti bibliografici; ZOPPINI, *I gruppi cooperativi* (nt. 2), 774; recentemente anche SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 83, secondo cui «da fattispecie codicistica in disamina non è incentrata sul rapporto di collaborazione e integrazione fra imprese mutualistiche [...] bensì sulla tutela della società cooperativa quale “presidio normativo minimo alla specificità mutualistica della medesima”». L'obiettivo perseguito nel testo non è, però, quello di ricalcare gli studi da altri effettuati, ma di inquadrare a livello sistematico il valore del controllo e della direzione strategica, nella loro dimensione *e* strutturale *e* funzionale, in presenza di un contratto *lato sensu* di dominio; tentando di dimostrare: (i) la meritevolezza di questo tipo di negozi; (ii) l'inopportunità di individuare i confini della fattispecie dei gruppi contrattuali di diritto italiano facendo ricorso a una disciplina straniera (ossia quella tedesca) ormai strutturata in un modo diverso da quella nostra, almeno per quello che interessa ai fini del presente lavoro; (iii) la neutralità della struttura di gruppo (*ergo* la natura solitaria o concertata del potere) rispetto all'obiettivo di individuare la disciplina (non del controllo ma) della direzione e coordinamento; (iv) la vincolatività del potere della capogruppo nel rispetto dei canoni fissati dal legislatore (artt. 1372, 2497 ss., 2545-*septies* c.c.).

⁶⁵ È doveroso, all'uopo, il rinvio, a PREITE, *Modificazioni dell'ordinamento delle imprese cooperative al fine di favorirne la funzione di efficienza ed equità*, in *Cooperazione, Benessere e Organizzazione Economica*, a cura di Elena Granaglia e Lorenzo Sacconi, Milano, 1992, 241 ss.

7. *Conclusioni sui confini della fattispecie dei contratti di direzione e coordinamento (anche “paritetici”) e sul rapporto tra contratto di gruppo e controllo inteso sia come presupposto per l’applicazione della disciplina delle azioni proprie possedute da società controllate sia come presunzione di esistenza di un’attività di gruppo. Una proposta interpretativa.*

Da quanto affermato possono trarsi alcune conclusioni relative all’interpretazione dell’art. 2497-*septies* c.c.

Infatti, se è vero che la legge riconosce alle società cooperative la possibilità di sottoporsi al potere (solitario, congiunto o concertato) di un gruppo cooperativo fondato su un contratto, la previsione di cui all’art. 2497-*septies* c.c. non può non condurre a sancire la meritevolezza di un simile patto anche qualora questo sia posto in essere da società lucrative.

Si potrebbe certamente replicare all’assunto, sostenendo che le fonti pattizie per l’esercizio di direzione e coordinamento sarebbero ammesse soltanto per le cooperative, stante l’impossibilità per le stesse, a differenza di quanto previsto per le società di capitali, di essere controllate internamente ai sensi dell’art. 2359 c.c.

Tuttavia, con ciò: (i) da un lato, si starebbe riconoscendo, nell’ambito della cooperazione, un potere (contrattuale) per nulla correlato al rischio d’impresa, diversamente da quanto può dirsi per il controllo; (ii) dall’altro lato, si starebbe trascurando l’eventualità che, anche nel caso di controllo interno, sussiste il rischio che il potere della capogruppo eluda i meccanismi previsti della legge – che già da tempo ha notevolmente affievolito, se non neutralizzato, il principio di correlazione tra rischio e potere – a presidio di un’efficace funzionamento del regime di responsabilità limitata, essendo, anzi, quest’ultimo il motivo (storico) principale dell’esistenza di una disciplina della direzione e coordinamento di gruppi di società.

Non vi è traccia nell’articolato normativo di una regola di *alternatività* degli strumenti idonei a configurare una relazione di gruppo, cosicché, anche nel caso di società lucrative, sarebbe possibile stipulare un contratto di direzione (solitaria, congiunta o concertata) e coordinamento per regolamentare l’esercizio dell’attività del gruppo (gerarchico); accordo che potrebbe dar luogo a una relazione di controllo esterno (ossia di influenza nella gestione rilevante ai sensi degli artt. 2359-*bis* ss. c.c.) o, eventualmente, innestarsi su una relazione di controllo partecipativo già esistente.

A conferma di tale assunto può invocarsi un confronto del testo dell’art. 26 del D.lgs. n. 127/1991 (legge sul bilancio consolidato) con quello relativo ai contratti di coordinamento tra società.

Come già visto, tra i presupposti dell’obbligo di tenuta di un bilancio consolidato, che, a sua volta, è un presupposto dell’operare della presunzione di attività di direzione e coordinamento, vi è l’esistenza a favore di una società (presunta dominante) del «diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un’influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole» [corsivo aggiunto], ove il riferimento alla legge applicabile è sempre stato tradizionalmente ricondotto ai contratti di dominio di diritto tedesco.

A uno sguardo più attento emerge, infatti, come la fattispecie del contratto di dominio straniero quale fonte del controllo ai fini del bilancio consolidato, ricordi non poco la figura negoziale descritta dall’art. 2497-*septies* c.c., che afferma l’applicabilità della disciplina sui gruppi per la società o l’ente che, «fuori dalle ipotesi di cui all’articolo 2497-*sexies*, esercita attività di direzione e coordinamento di società, sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.

Se, pertanto, è vero che una legge anteriore alla riforma del 2003 – utilizzando, tra l'altro, l'espressione *influenza dominante* e non quella di *direzione unitaria*⁶⁶ – impone l'obbligo di tenuta del bilancio consolidato in presenza di un controllo fondato su un contratto di dominio soggetto alla disciplina dei gruppi di diritto tedeschi, altrettanto plausibile è ritenere che una legge successiva, ricalcante quasi esattamente il testo della prima⁶⁷, abbia tipizzato i contratti di dominio nell'ordinamento italiano, come tali soggetti ai principi (artt. 2497 ss. c.c.) che dello stesso informano l'attività di gruppo.

Tirando le fila del discorso fin qui affrontato, è possibile formulare la seguente proposta interpretativa:

(i) la *fattispecie* negoziale di cui all'art. 2497-*septies* c.c. ricomprende tutti i contratti che fondano l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, sia essa condotta da una (direzione solitaria), da alcune (direzione congiunta) o da tutte le società del gruppo (direzione concertata);

(ii) la *funzione precettiva* dell'art. 2497-*septies* c.c. va individuata nell'intento di assoggettare, al di fuori dei casi di cui all'art. 2497-*sexies* c.c., tutti i contratti causalmente orientati a regolare l'agire di gruppo ai principi posti dalla legge a garanzia di un corretto esercizio del potere di direzione strategica, affinché detto potere possa validamente esprimersi in istruzioni vincolanti (art. 1372 c.c.) nei confronti delle società eterodirette; laddove nell'ipotesi di mero controllo le istruzioni – del socio di comando o di un *partner* contrattuale (art. 2359, co. 1, c.c.) – date agli amministratori della (o delle) società controllata (o controllate), diversamente, rilevano per questi ultimi ai fini del mantenimento della carica e/o della conservazione di un rapporto contrattuale vitale per l'attività della società, nonché ai fini dell'attivazione dei rimedi di cui agli artt. 2497 ss. c.c.;

(iii) se il contratto è volto a organizzare l'attività di un gruppo cooperativo, la vincolatività del patto presupporrà l'osservanza degli artt. 2497 ss. c.c. – per il tramite dell'art. 2497-*septies* c.c. – e dell'art. 2545-*septies* c.c., il quale, senza impedire assetti organizzativi di gruppo fortemente accentrati, permette di affidare il potere di direzione a una o più (eventualmente tutte le) cooperative partecipanti e ne limita l'esercizio al rispetto del principio *negoziale* dell'*equa* ripartizione dei vantaggi e dei sacrifici generati dal gruppo tra tutti gli enti in esso coinvolti, a costo di provocare, in caso di sua violazione, l'evento estremo del recesso “gratuito” della cooperativa pregiudicata nello svolgimento del rapporto mutualistico;

⁶⁶ Utilizzata, invece, dal legislatore nella disciplina riguardante l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, dalla quale *ante* riforma del 2003 era stato estrapolato un regime di diritto comune di responsabilità della capogruppo per abuso di direzione strategica.

⁶⁷ Di diverso avviso è SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi* (nt. 3), *ibidem*, secondo cui l'art. 2497-*septies* c.c. «parla di esercizio di attività di direzione “sulla base di un contratto”, non di “diritto” di un'impresa di esercitare su altra (o altre) un'influenza dominante “in virtù di un contratto”: diritto, quest'ultimo, cui invece il legislatore fa esplicito riferimento ove prevede, sia pure con limitati effetti (definizione dell'area di consolidamento), il contratto di dominazione».

Tuttavia, la differenza minima di formulazione tra le due disposizioni poste a confronto si spiega proprio in funzione degli effetti che la legge ricollega in presenza degli elementi di fattispecie rilevanti ai fini del bilancio consolidato o ai fini della direzione e coordinamento. In questa prospettiva, va evidenziato che la tenuta di un bilancio consolidato non presuppone necessariamente l'esistenza di una direzione strategica unitaria di gruppo, ragion per cui, a fini contabili, un contratto di dominio rileverebbe per il sol fatto di attribuire la *disponibilità* di un diritto a influenzare la gestione di una o più imprese, *dunque* per la sua attitudine potenziale a generare le situazioni (di gruppo) che la legge mira governare mediante obblighi di trasparenza contabile preventivi; il controllo a fini contabili non coincide, pertanto, con il controllo rilevante ai fini della direzione e coordinamento.

I contratti ex art. 2497-*septies* c.c., invece, rilevano per la disciplina sui gruppi solo se effettivamente eseguiti; infatti, se il potere non viene esercitato non può dirsi mai sorta un'attività di direzione e coordinamento, sicché ci sarebbe da comprendere quale sia il valore di un contratto di gruppo non eseguito e quale sia, sul piano pratico, la differenza tra quest'ultimo e l'effetto ricollegato dalla legge alle presunzioni ex art. 2497-*sexies* c.c.; per tale profilo si rinvia a quanto verrà esposto a breve nel testo.

(iv) necessariamente, qualsiasi contratto fondante un potere di direzione strategica del gruppo dovrà contemplare meccanismi atti a contemperare gli interessi di chi tale potere esercita e di chi lo subisce, idonei a realizzare, nel rispetto dei canoni del corretto esercizio dell'attività di gruppo (soprattutto della regola dei vantaggi compensativi), quello che *sinteticamente* (ed impropriamente ⁶⁸) può definirsi *interesse di gruppo*;

(v) come affermato in una prospettiva generale, anche guardando alle possibili varianti di contratto *lato sensu* di dominio la disciplina sui gruppi ha carattere transtipico o neutrale, non cambiando da un tipo all'altro lo strumentario delle tutele offerte dal legislatore ai fini del corretto svolgimento dell'impresa di gruppo (*id est* i principi precedentemente indicati), ma, piuttosto, l'ambito concreto degli interessi (tutti lucrativi, *sub specie* di interesse al valore e alla redditività della partecipazione, allo scambio mutualistico e alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale) verso i quali le tutele (e lo stesso agire) di gruppo devono dirigersi;

(vi) essendo necessario distinguere tra la disciplina (e la fattispecie) del controllo e quella dell'attività di direzione e coordinamento, l'inciso «al di fuori dei casi di cui all'art. 2497-sexies c.c.» non sta, a mio avviso, a significare l'assenza di controllo (*id est* dei rischi derivanti dall'influenza dominante) in presenza di un contratto di direzione e coordinamento; più semplicemente, serve a dire che il negozio in esame non fonda una fattispecie presuntiva dell'esistenza di un potere di gruppo, generando *in sé*, e nei limiti previsti dalla legge (art. 1372 c.c.) un'organizzazione delle funzioni di gruppo più pregnante di quella derivante dal controllo e che, come può affermarsi per qualsiasi contratto associativo, può rimanere inattiva.

(vii) per tali ragioni, l'art. 2497-septies c.c., *da un lato*, si disinteressa dell'eventualità che dal contratto possa derivare una situazione di influenza dominante del tipo di quella prodotta dai contratti ex art. 2359, co. 1, n. 3, c.c.; poiché il contratto medesimo, nella prospettiva della direzione e coordinamento, non rileva in quanto fonte di presunzione ma in quanto fonte di un potere *esercitabile* e di obblighi ⁶⁹ a carico delle parti aderenti; *dall'altro lato*, raggruppa tutte le *species* di contratti “di gruppo” sotto il nome (*rectius* la rubrica) di contratti di *coordinamento*, poiché non è automatico inferire dagli stessi – ed è questo il caso di una direzione *concertata* tra tutte le società, lucrative o cooperative, appartenenti a un gruppo o, ancora, di una direzione solitaria o congiunta affidata a società cooperative, come tali governate dai principi della porta aperta, del voto capitaro del capitale variabile – l'esistenza di una situazione di soggezione di (almeno) una società all'influenza dominante di (almeno) un'altra società, tale da far scattare i rimedi previsti per neutralizzare i rischi del controllo;

(viii) a conti fatti, e questa volta nell'ottica non già della vincolatività del potere ma in quella dell'onere probatorio, ridotta è la differenza di valore sussistente tra l'art. 2497-sexies e l'art. 2497-septies c.c.; ché, pensando a un giudizio di responsabilità ex art. 2497 c.c., *da un lato*, la convenuta controllante presunta capogruppo dovrà, in prima battuta, provare l'inesistenza di un potere effettivo di direzione e coordinamento, dimostrando, per esempio, che l'influenza dominante è funzionale alla mera gestione del

⁶⁸ Giacché la legge non realizza l'ipostatizzazione del fenomeno di gruppo, inquadrando quest'ultimo tra i soggetti di diritto, centri di imputazione di responsabilità ex art. 2740 c.c., ma lo considera opportunamente una tra le possibili forme di esercizio dell'attività d'impresa; ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche* (nt. 6), *passim*; SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale* (nt. 10), 119 ss.; ID, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi* (nt. 10), 527, alla nota 13, 534, 537 ss.; ID, *Autonomia e coordinamento* (nt. 5), 62 ss.; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci* (nt. 10), 77 ss.

⁶⁹ Si pensi all'obbligo a carico della capogruppo di rispettare un regime di compensazione più severo e analitico di quello previsto dalla legge (es. necessità di compensare i pregiudizi arrecati a una società del gruppo entro un termine indicato con precisione nel contratto; compensare con modalità individuate nel concreto dal contratto) o, ancora, all'obbligo a carico delle società dominate di eseguire, a pena d'inadempimento, le istruzioni conformi allo statuto, legale e pattizio, dei gruppi di società.

valore delle partecipazioni sociali di controllo o alla conservazione di un rapporto contrattuale conveniente (*id est* a far sì che il contratto commerciale continui ad assolvere la funzione che formalmente lo contraddistingue); così come, *dall'altro lato*, la convenuta intestataria formale di un potere contrattuale di direzione e coordinamento, potrà, per esimersi da responsabilità, dimostrare che il contratto non è mai stato eseguito o che il fatto di cui si discute in giudizio è totalmente ed incontrovertibilmente estraneo all'ambito di attività oggetto del contratto;

(viii) quest'ultimo, infatti, non obbliga *di per sé* ad esercitare l'attività di gruppo ma vincola chi, avendolo sottoscritto, in concreto quell'attività abbia esercitato o subito ⁷⁰.

⁷⁰ Sull'insussistenza di un obbligo a carico di una società controllante di dare inizio all'attività di direzione e coordinamento in presenza della capacità di influenzare gli indirizzi strategici di una o più società controllate, cfr., per tutti, MAUGERI, *Partecipazione sociale* (nt. 7), 349 ss. e nota 144.

SEZIONE II
CONTROLLO, DIREZIONE E COORDINAMENTO E AUTONOMIA PRIVATA NEI GRUPPI
BANCARI E NEGLI ACCORDI DI ASSISTENZA FINANZIARIA DI GRUPPO: NORME SPECIALI
E PRINCIPI GENERALI

8. *Cenni alla specialità del gruppo bancario cooperativo nella prospettiva dei fenomeni associativi. Il controllo ex art. 23 t.u.b. e la rilevanza del controllo “solitario” nei gruppi bancari: specialità di ratio e di fattispecie.*

Le conclusioni raggiunte in relazione ai confini transtipici della fattispecie dei contratti di direzione e coordinamento (nelle varianti del: dominio solitario, congiunto o concertato; da parte di società lucrative nei confronti di altre società lucrative; da parte di società cooperative nei confronti di altre società cooperative o lucrative⁷¹) possono trovare una conferma nella recente disciplina del gruppo bancario cooperativo.

Infatti, anticipando quanto verrà meglio chiarito nel successivo capitolo, il gruppo di cui agli artt. 37-*bis* ss. t.u.b. rileva, molto banalmente, per l'essere, da un lato, (i) un gruppo bancario e, dall'altro lato, (ii) un gruppo cooperativo.

I due termini caratterizzanti la fattispecie di diritto speciale, stanno rispettivamente a indicare – per usare un concetto proprio della teoria delle società e dei contratti cd. di organizzazione⁷² – lo scopo-mezzo (*id est* l'attività perseguita) e lo scopo-fine (*id est* la destinazione dei risultati generati dall'attività) del gruppo,

⁷¹ Si è, infatti, già messo in evidenza che la dottrina prevalente (cfr. le note 52 e 54) ha sostenuto la legittimità di affidare la direzione di un gruppo cooperativo paritetico a una società consortile partecipata da tutte le cooperative. Va ribadito ancora una volta, al fine di rettificare parzialmente la menzionata tesi, che la possibilità di costituire una società di capitali consortile all'interno del gruppo cooperativo sarebbe ammessa nei limiti in cui la prima esprima uno strumento per garantire una più stabile direzione a una o più cooperative, stante l'indiscutibile dato letterale di cui all'art. 2545-*septies*, co. 1, n. 2, c.c.; ciò perché le società di capitali, anche consortili, sono comunque governate dal criterio capitalistico ai fini dell'allocatione tra i soci (nel caso di specie, le cooperative) del potere di concorrere alla formazione della volontà assembleare, che favorisce, a differenza del voto capitaro, il consolidamento stabile del controllo. Se, invece, nessuna delle cooperative del gruppo controllasse la società consortile al quale per contratto è affidato l'esercizio dell'attività di direzione strategica, sarebbe quest'ultima (e i suoi amministratori) ad influire nella gestione delle prime, potendole eventualmente sfruttare col rischio di eludere la normativa sulle azioni proprie (artt. 2357 ss. c.c.).

Diverso, poi, è il fenomeno tradizionalmente definito come gruppo cooperativo gerarchico, diretto da una cooperativa controllante diverse società lucrative. In realtà, il termine “gerarchico” serve a identificare l'esistenza del controllo partecipativo, dunque l'applicazione della disciplina a quest'ultimo in prima battuta connessa (artt. 2359 ss.); qualora si accolga la prospettiva qui proposta, l'espressione “cooperativo” potrebbe apparire impropria poiché, da un lato, non si può dire che l'interesse di gruppo è interesse autonomo e distinto dalle società (anche lucrative) che vi fanno parte e, dall'altro lato, non può sostenersi che l'interesse di gruppo coincide con l'interesse della capogruppo; è, piuttosto, necessario che si realizzi, usufruendo delle tecniche accordate dal legislatore, un giusto temperamento d'interessi tra chi dirige il gruppo e chi è diretto nel gruppo; infatti, si parla anche di gruppo *eterogeneo* diretto da una cooperativa; sul tema si veda la recente monografia di AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico*, Torino, 2017, 3 ss.

⁷² Si rinvia ad ASCARELLI, *Considerazioni in tema di Società e Personalità Giuridica*, in *Saggi* (cap. I, nt. 133), 188 ss.; ID, *Riflessioni in tema di consorzi, mutue assicurazioni e società*, ivi, 273 ss.; ID, *Contratto plurilaterale, comunione di interessi, società di due soci, morte di un socio in una società personale di due soci*, ivi, 325 ss.; BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali. Artt. 2247-2250*, in *Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 2000, 82 ss.; MARASÀ, *Le società*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, 1991, 11 ss.; ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Pietro Rescigno, 16/II, Torino, 1985, 5 ss.; RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Renzo Costi, Torino, 2015, 6 ss.; GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu – Messineo*, Milano, 2007, 11 ss.; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1957, 3 ss.; FERRI, *Le società* (nt. 5), 5 ss.; FERRO LUZZI, *I contratti associativi* (nt. 59), 242 ss.; e SPADA, *La tipicità* (cap. I, nt. 143), 127 ss.; CORAPI, *Gli statuti* (nt. 35), 58 ss.

quantomeno se inquadrati nell'ambito degli obiettivi della riforma⁷³ e nell'ambito della causa del contratto (associativo) di coesione, che costituisce, in definitiva, lo strumento essenziale per garantire alla s.p.a. capogruppo l'esercizio della direzione e coordinamento nei confronti delle banche di credito cooperativo.

Al di là di tali profili concernenti l'ambito *funzionale* del gruppo, null'altro rileva, a mio avviso, ai fini dell'identificazione della fattispecie in esame, rappresentando gli strumenti in concreto offerti dal legislatore per dar vita alla *struttura* del gruppo bancario cooperativo elementi della disciplina, rispetto ai quali è necessario distinguere il valore – inderogabile o derogabile – in conformità al tipo di cui sono espressione⁷⁴.

Ciò posto, avendo la presente analisi ad oggetto una *species* di gruppo bancario, è su questo che bisogna innanzitutto concentrare l'attenzione, di modo da mettere in luce i tratti (sia quelli tradizionali sia quelli di recente introduzione) di *specialità* della fattispecie e della disciplina contemplata dal testo unico bancario rispetto al gruppo di cui agli artt. 2497 ss. c.c., senza prescindere dal dibattito condotto in passato dalla dottrina, concernente il rapporto tra gruppo bancario e gruppi cooperativi paritetici (ossia fondati

⁷³ Che consistono sinteticamente nell'obiettivo di garantire lo svolgimento dell'attività mutualistico-bancaria da parte delle b.c.c., riducendo i costi della normativa prudenziale concernente la *governance* e il patrimonio di vigilanza delle banche; costi derivanti da un'applicazione della disciplina secondaria rigorosa e, malgrado gli slogan, sproporzionata rispetto alle dimensioni e alla complessità operativa di banche medio-piccole quali sono le b.c.c.

In fondo, tutto ciò si mostra coerente con l'idea di aggregazione in gruppo o in rete quale modello di impresa *ibrido*, a cavallo tra la *gerarchia* e il *contratto*, tra le leggi del governo dei fattori della produzione integrati nell'azienda e quelle dell'acquisto dei fattori medesimi attraverso il contratto di scambio; proprio perché ibrida, un'articolazione del genere consente di ottenere i vantaggi ricollegati a un'impresa totalmente integrata all'interno di un ente (es. efficienza decisionale, riduzione delle asimmetrie informative rispetto a quelle caratterizzanti il mercato) e quelli ricollegati al contratto (che connette due o più centri di interessi indipendenti sul piano dell'imputazione della responsabilità patrimoniale e la cui efficacia implica, nell'ottica del legislatore del codice, il raggiungimento di un accordo tra pari) per realizzare economie di scopo e di scala. Cfr. la dottrina straniera citata alla nota 25 del cap. I; cfr. altresì SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, 117 ss., in materia di commercio integrato, verticale e orizzontale.

⁷⁴ Chè, poi, ponendo l'accento sul complesso delle articolazioni della struttura del gruppo bancario cooperativo, non penso sia possibile propendere con sicurezza per la natura gerarchica (solitaria o congiunta) o paritetica (concertata) della "direzione e coordinamento", considerando *prima facie* che: (i) la legge affida il potere di direzione strategica a una s.p.a., partecipata almeno al 51 % dalle b.c.c. eterogestite, limite che, tuttavia, oltre a poter essere diminuito nei casi individuati dal Ministro dell'Economia e delle Finanze (art. 37-bis, co. 7, t.u.b.), non garantisce un voto concertato da tutte le b.c.c. nell'assemblea della capogruppo, né impedisce che la concertazione avvenga tra b.c.c. e i titolari (se presenti) della restante parte del capitale sociale; (ii) oltre a raccomandare la necessità di una clausola nello statuto della s.p.a. che limiti il numero massimo di diritti di voto detenibili da ciascun socio, nulla dice l'art. 37-bis t.u.b. in merito a un eventuale consolidamento del potere di influenza dominante attraverso i patti parasociali; (iii) il potere di gruppo può essere anche ripartito tra più sottogruppi territoriali, esprimendo, così, una direzione congiunta verticale, ossia un potere condiviso tra capogruppo di vertice e capogruppo del sottogruppo; (iv) la capogruppo può partecipare al capitale della b.c.c. sottoscrivendo azioni di finanziamento emesse da queste ultime (artt. 150-ter t.u.b. e 2359, nn. 1 e 2, c.c.); (v) l'art. 37-bis, co. 1 e co. 6, t.u.b., da un lato, stabilisce che l'assetto di gruppo deve assicurare l'esistenza del controllo di cui ai principi contabili internazionali, dall'altro lato, deroga all'applicazione degli artt. 2359 ss. c.c., il che porta l'interprete a chiedersi a quali nozioni (legislativamente rilevanti) di controllo è riconducibile il potere nel gruppo bancario cooperativo e se i problemi che il controllo codicistico mira a risolvere trovino già un rimedio adeguato nella disciplina del gruppo bancario cooperativo; (vi) la disciplina degli accordi di finanziamento infragruppo del t.u.b. sembra suscettibile di essere applicata a qualsiasi tipo di gruppo bancario, prevedendo dei meccanismi neutrali di bilanciamento degli interessi delle varie società partecipanti all'aggregazione; (vii) la disciplina dei gruppi bancari sembra presupporre in ogni caso un'imputazione solitaria del potere di direzione e coordinamento, indipendentemente dalla disciplina civilistica dell'imputazione della responsabilità per abusivo esercizio dell'attività di gruppo e dal perimetro di gruppo tracciato dalle norme di diritto societario comune. Ad eccezione degli ultimi due profili, per l'analisi di tutti gli altri si rinvia al terzo capitolo.

sulla direzione concertata tra tutte le cooperative aderenti) e l'eventuale sussumibilità dei secondi entro lo spettro del primo.

È dato noto, infatti, che la figura del gruppo bancario e i caratteri innovativi della disciplina a esso dedicata – introdotta con D.lgs. n. 356/1990, attuativo della legge Amato, e successivamente traslata nel testo unico bancario (artt. 59 ss.) – hanno non poco contribuito alla ricostruzione della fattispecie “direzione unitaria strategica”, influenzando conseguentemente le scelte che sono state poste alla base delle disposizioni relative alla “direzione e coordinamento” di cui al D.lgs n. 6/2003 di riforma del diritto societario⁷⁵.

In primo luogo, va detto che la *ratio* dell'istituto non può che essere quella tratteggiata dall'art. 5 t.u.b., norma che, per la verità, identifica molteplici *rationes* di matrice micro e macroeconomica, tutte intimamente connesse tra loro, quali la sana e prudente gestione delle banche, la stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario, che, del resto, rappresentano i limiti interni all'operato della vigilanza bancaria⁷⁶.

Infatti, l'obiettivo ultimo delle disposizioni del gruppo bancario è quello di assicurare – al momento del passaggio (o “trasformazione”) dall'impresa creditizia esercitata attraverso la forma societaria a quello dell'impresa esercitata attraverso il coordinamento di più società *giuridicamente indipendenti* in prospettiva (e in attuazione) di una *sostanzialmente unitaria* politica di gruppo – l'efficacia e l'effettività degli strumenti di vigilanza, quantomeno in misura equivalente rispetto a quanto disposto in materia di vigilanza “su base individuale”⁷⁷.

⁷⁵ Vedi BUSSOLETTI, *Sulla “irresponsabilità” da direzione unitaria e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.* in *Riv. dir. comm.*, III, 2013, 395 ss., ove si accenna alla circostanza che il maggior contributo alla stesura della disciplina sui gruppi è stato fornito da Ferro Luzzi, che, prima della riforma del diritto societario, è stato, assieme ad altra autorevole dottrina, uno dei maggiori studiosi del gruppo bancario; sul tema si rinvia a SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 85 ss., 125 ss.; LAMANDINI, *Il gruppo bancario alla luce delle recenti riforme in Bbt*, VI, 2016, 665 ss.; CHEVALLARD, *Direzione e coordinamento della capogruppo bancaria tra crisi finanziaria e Unione bancaria* in *RDS*, I, 2016, 97 ss.; MIRRA – FIAMMA, *Il gruppo bancario e l'attività di direzione e coordinamento della capogruppo*, in *Le nuove s.p.a. Le società bancarie*, a cura di Oreste Cagnasso, Bologna, 2015, 319 ss.; CALANDRA BONAURA – SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Gastone Cottino, Padova, 2001, 163 ss.; BRESCIA MORRA – MORERA, *L'impresa bancaria* (cap. I, nt. 1), 292 ss.; PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, partic. 39 ss., 107 ss.; BLANDINI, *Direzione unitaria e responsabilità nei gruppi. Riflessioni a proposito del gruppo bancario*, Napoli, 1999, partic. 12 ss., 31 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Gruppi bancari e non: legge e autonomia privata nella configurazione dei modelli organizzativi* in *Riv. dir. comm.*, 1999, 693 ss.; ID, *Autonomia e coordinamento* (nt. 5), 244 ss.; FERRO LUZZI – MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio* in *Giur. comm.*, III, 1994, 419 ss.; COSTI, *Le relazioni di potere nell'ambito dei gruppi bancari* in *Giur. comm.*, VI, 1995, 885 ss.; ora in ID, *L'ordinamento bancario* (cap. I, nt. 81), 650 ss.; LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *I gruppi di società. Atti* (nt. 5), II, 1489 ss.; CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari* (nt. 5), ivi, 785 ss.; ID, *Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparata* in *Bbt*, VI, 1995, 729 ss.

⁷⁶ In questo senso, *ex multis*, BLANDINI, *Direzione unitaria* (nt. 75), 16-17; PENNISI, *Attività di direzione* (nt. 75), 113, 116; FERRO LUZZI – MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo* (nt. 75), 461 ss.

⁷⁷ Cfr. MIRRA – FIAMMA, *Il gruppo bancario* (nt. 75), 321; CALANDRA BONAURA – SILVETTI, *La banca* (nt. 75), 164; BRESCIA MORRA – MORERA, *L'impresa bancaria* (cap. I, nt. 1), 293; COSTI, *L'ordinamento bancario* (cap. I, nt. 81), 651 ss.; PENNISI, *Attività di direzione* (nt. 75), 19 ss. Va sottolineata, in continuità con quanto trattato nel primo capitolo (cfr. i par. 2 e 3), l'influenza che sulla nascita dell'Unione bancaria hanno avuto i costi di applicazione della disciplina sui gruppi bancari transfrontalieri rispetto a quelli connessi alla disciplina delle succursali. Ciò, soprattutto dal punto di vista delle autorità di vigilanza, poiché, da un lato, le succursali costituite in paesi membri diversi da quello del paese in cui era stata costituita l'impresa principale erano soggette alla stessa vigilanza di quest'ultima; dall'altro lato, le controllate costituite in paesi membri diversi da quello in cui era stata costituita la controllante, erano soggette, secondo il criterio dell'*home country control*, alla vigilanza dello stato di costituzione. In quest'ultimo caso era necessario un coordinamento tra autorità di vigilanza che ostacolava notevolmente l'efficacia del controllo del settore bancario. Da qui, appunto, la necessità di un'Unione bancaria. In questa prospettiva DE PRA, *Libera circolazione, diritto di stabilimento* (cap. I, nt. 62), *passim*; Capriglione, CHEVALLARD, *Direzione e*

A esso va affiancato un obiettivo di carattere squisitamente politico: in un contesto ordinamentale che riconosce come legittimo il modello della banca universale e che, dunque, anche nel settore *lato sensu* finanziario ammette l'impresa cd. multidivisionale, il legislatore non rinuncia a regolare il fenomeno dei gruppi quale modello d'impresa economicamente dotato di propri vantaggi e specificità rispetto al primo⁷⁸.

In secondo luogo, va ricordata la specialità del diritto riformato delle società bancarie di cui si è trattato nel primo capitolo, soprattutto nella prospettiva di una maggiore compressione (e, in un certo senso, di disinteresse nei confronti) delle scelte di autonomia privata da parte del legislatore e dell'autorità (europea o nazionale) di vigilanza.

Ripercorrendo, dunque, questa strada, occorre esaminare i tratti di *specialità* del gruppo bancario rispetto all'impianto codicistico della direzione e coordinamento, che attengono rispettivamente: (i) alla *fattispecie*; (ii) alla *disciplina*, da cui si potrebbe tentare di estrarre (e isolare) precetti positivi puntali, ricognitivi di principi aventi una portata applicativa generale sia nella prospettiva del *diritto comune* dei gruppi sia in quella di una *maggior sensibilità comune* da parte degli interpreti nei confronti del fenomeno dei gruppi in ambito europeo⁷⁹.

Quanto alla fattispecie, non mi pare che quella del gruppo bancario abbia carattere trans-tipico, poiché dall'analisi combinata degli artt. 59 e 60 t.u.b. il presupposto (*rectius* la fonte, il titolo) del gruppo risulta univocamente individuato nel controllo ex art. 23 t.u.b., sicché sarà semmai quest'ultimo a presentare dei contorni, per alcuni versi, più ampi e, per altri versi, più ristretti di quelli delineati dall'art. 2359 c.c., non dimenticando che il valore del controllo in ambito bancario consiste nell'applicazione di discipline ulteriori (artt. 19-26, 37-*bis*, 59-69, 69-*quinquies* ss. t.u.b.) rispetto a quella codicistica.

Al riguardo, il tenore letterale dell'art. 23 t.u.b. è ambiguo.

Da un lato e in difetto rispetto alla norma dell'art. 2359 c.c., è affermata una presunzione relativa d'influenza dominante di fronte all'«esistenza di un soggetto che, sulla base di accordi [con altri soggetti], ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti» nelle delibere di cui agli artt. 2364 e 2364-*bis* c.c. [enfasi aggiunta]; sembra trasparire, in tal caso, la rilevanza del mero controllo solitario quando, invece, l'art. 2359 c.c. ha a oggetto, almeno secondo una parte della dottrina⁸⁰, l'*influenza dominante nei*

coordinamento (nt. 75), 99, 101 ss.; LAMANDINI, *Il gruppo bancario* (nt. 75), 670 ss., in cui sono riportati i casi dei trasferimenti infragruppo Parmalat-Lactalis, del crack Cirio e quello Royal Imtech, tutti quanti esempi idonei a segnalare le notevoli distanze tra i diritti dei gruppi di società di ciascuno Stato membro e, nell'ipotesi dei gruppi bancari, tra l'operato delle varie autorità di vigilanza nazionali.

⁷⁸ Quali la segmentazione del rischio, l'esternalizzazione delle funzioni *non core*, lo speculare accentramento delle funzioni strategiche in ordine alla gestione e organizzazione dell'attività (esempio tipico è la funzione di tesoreria, cd. di *cash pooling*, o quella di monitoraggio dei rischi e dell'adeguatezza del sistema dei controlli interni), di modo da poter acquisire maggiori economie di scala e di scopo (es. accedendo ai mercati internazionali, acquisendo dei segmenti di mercato rilevanti tramite il ricorso ai prestiti sindacati, offrendo una più ampia gamma di prodotti e servizi finanziari, riducendo i costi del capitale, sia di rischio che di credito, ecc.). Si vedano i riferimenti in SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 121 ss., sulla tendenza a escludere progressivamente dal perimetro di gruppo le entità perseguenti attività ad elevato rischio finanziario, indice della sfiducia nei confronti delle imprese multidivisionali e dei conglomerati finanziari rispetto al dichiarato obiettivo di ridurre i rischi sistemici e di limitare, nel settore bancario, il perseguimento di interessi finanziari di tipo speculativo in nome della sana e prudente gestione degli enti creditizi.

⁷⁹ In quest'ottica, a proposito della *specialità normativa* cfr. CARIELLO, *Sensibilità comuni* (nt. 17), 267.

⁸⁰ A favore della rilevanza del controllo congiunto ai fini dell'applicazione degli artt. 2359-*bis* ss. e 2497 ss. c.c. cfr. CARIELLO, *Dal controllo congiunto* (nt. 31), *passim*; *ante riforma*, LAMANDINI, *Il "controllo"* (nt. 16), 106 ss., partic. 113, ove sottolinea l'ambiguità del testo dell'art. 23 t.u.b., e 119, ove chiarisce che

confronti di (almeno) una controllata, con ciò attribuendo giuridica rilevanza anche al controllo congiunto⁸¹.

Dall'altro lato e in eccesso se confrontato con la corrispondente fattispecie di diritto comune, sussiste influenza dominante in presenza di contratti o clausole statutarie aventi per oggetto o effetto il potere di esercitare direzione e coordinamento o, ancora, in presenza di rapporti, anche tra soci, di natura finanziaria e/o organizzativa idonei a realizzare «il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune [o] l'assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi» [enfasi aggiunta].

In quest'ultimo caso le espressioni utilizzate, data l'assenza di un esclusivo e univoco riferimento alle situazioni d'influenza solitaria, possono evocare l'idea di un controllo fondato, ai soli fini della disciplina bancaria, sulla concertazione in senso lato del potere; conclusione, del resto, condivisa (e al tempo stesso criticata) da una parte della dottrina ai fini dell'applicazione della disciplina dei gruppi ex artt. 59 t.u.b.⁸².

l'espressione a cui si fa riferimento nel testo ha valore di presunzione *relativa* di controllo interno; dalla disposizione non si può, pertanto, prendere una posizione circa la rilevanza del controllo congiunto ai sensi dell'art. 23 t.u.b., che l'autore trae dal rinvio espresso all'art. 2359 c.c., norma avente «la funzione di delimitare, anche agli effetti del principio di separazione tra banca e industria, "l'area" di rilevanza del controllo».

⁸¹ E anche, ai fini e per gli effetti di cui agli artt. 2497 ss. c.c., alla direzione e coordinamento congiunti.

In questo senso, oltre alla dottrina a sostegno del controllo congiunto citata alla nota precedente, NOTARI – BERTONE, *Art. 2359* (nt. 22), 726 ss., che ammettono il controllo congiunto ai soli effetti di cui agli artt. 2497 ss. cc., negandone la rilevanza ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 2359-*bis* ss. c.c.: (i) distinguendo tra presupposti della disciplina del controllo e della disciplina del gruppo; (ii) facendo leva, tra l'altro, sul diverso testo dell'art. 2497-*septies* c.c. Secondo tali autori, pertanto, solo la direzione può essere *alternativamente* solitaria, congiunta o paritetica, laddove, invece, il controllo rileva *solo* se e in quanto solitario.

Tuttavia, si è già tentato di dimostrare come: (i) per un verso, l'espressione «al di fuori dei casi di cui all'art. 2497-*sexies*» contenuta nell'art. 2497-*septies* c.c. non varrebbe a escludere l'applicazione delle disposizioni sul controllo in presenza di un qualsiasi contratto *lato sensu* di direzione e coordinamento, semplicemente dichiarando l'inapplicabilità della norma sulla presunzione dell'esistenza di un'attività di gruppo; (ii) per altro e conseguente verso, il contratto a certe condizioni (*id est* l'instaurazione di una dipendenza da influenza dominante/direzione e coordinamento come contrapposta a una direzione concertata in modo indipendente da tutti gli aderenti al contratto, nonché l'imputazione del potere di direzione a società di capitali) può dar luogo ai problemi che la disciplina codicistica del controllo mira a risolvere; (iii) per ultimo verso, che gli effetti *pratici* prodotti dalla sussunzione della fattispecie contrattuale nei confini delineati dall'art. 2497-*septies* c.c. non sono, in definitiva, molto diversi da quelli ricollegati alla presunzione, giacché la restante parte delle disposizioni in materia di gruppo presuppongono l'imputazione (a uno o più società o enti) dell'esercizio *effettivo* dell'attività di direzione e coordinamento, valendo, poi, il contratto come tale a produrre gli effetti di cui all'art. 1322 e 1372 c.c. In conclusione, le disposizioni sui gruppi assumerebbero, nella prospettiva del contratto associativo, *sia* il valore di norme concernenti l'atto (valido/invalido) *sia* il valore di norme regolanti il rapporto (efficace/inefficace/corretto/abusivo).

Se queste affermazioni fossero esatte, non avrebbe senso negare la rilevanza del controllo congiunto.

⁸² A favore della tesi, cfr. SANTAGATA, *Autonomia privata* (nt. 3), 805; ID, *Gruppo cooperativo paritetico*. *Art. 2545-septies* (nt. 3), 461, nota 11, ove critica l'infelice tecnica legislativa, in virtù della quale anche la concertazione sarebbe una forma di controllo, in controtendenza rispetto all'orientamento di matrice tedesca che vede nella concertazione del potere di influenza dominante la fonte di un'attività di gruppo paritetico ma non del controllo. In un senso parzialmente diverso, come indicato alla nota 85, COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico* (nt. 2), 384 ss. In ogni caso, la disposizione è invocata da entrambi gli autori per giustificare la riconducibilità del negozio ex art. 2545-*septies* c.c. a una delle possibili fonti del potere di direzione caratteristico dei gruppi bancari (art. 61, co. 4, t.u.b.). *Contra* CAMPOBASSO G. F., *Organizzazione di gruppo* (nt. 12), *passim*; ID, *Le tecniche di formazione* (nt. 12), 15 ss., partic. 24; MIOLA, *Controllo contrattuale e capogruppo* (nt. 12), *passim*, che, *ante* riforma, affermavano l'impossibilità di applicare la disciplina della vigilanza consolidata ai gruppi paritetici tra banche cooperative, essendo la fattispecie di gruppo ex art. 59 ss. t.u.b. disegnata sul modello del gruppo gerarchico.

Tuttavia, il problema oggetto d'indagine non attiene tanto al controllo *tout court*, che può ravvisarsi anche in presenza di influenza dominante congiunta, come espressamente affermato dalle disposizioni sulle partecipazioni rilevanti (art. 20 e 22 t.u.b.) e dalle disposizioni di vigilanza⁸³; piuttosto, si tratta di identificare i confini della fattispecie di controllo nei limiti in cui la stessa possa dar luogo all'esistenza di un gruppo bancario.

Proprio dall'analisi di quelle disposizioni che mettono in connessione il controllo con la direzione e coordinamento di un gruppo bancario, è possibile desumere la rilevanza di un potere di direzione strategica solo quando imputato in via solitaria a un ente capogruppo, malgrado, poi, nei fatti il potere medesimo sorga anche per effetto del concorso di soggetti diversi dal primo, unico (escluse le autorità amministrative di controllo) responsabile dell'osservanza della disciplina sulla vigilanza consolidata.

Infatti, già l'art. 19 t.u.b., co. 5, t.u.b., afferma che la Banca d'Italia autorizza l'acquisto di partecipazioni rilevanti per effetto del quale si determini l'ingresso della banca in un gruppo solo qualora «la struttura di *gruppo del potenziale acquirente* [sia idonea] a garantire la sana e prudente gestione della banca» [corsivo mio]; il dato, tuttavia, non è dirimente, giacché non può escludersi che l'ingresso dell'ente creditizio all'interno di un gruppo di qualsiasi tipo, anche se non bancario e/o eventualmente fondato su una direzione congiunta, possa dar luogo all'applicazione della normativa delle partecipazioni detenibili⁸⁴.

Vanno, soprattutto, segnalati gli artt. 60 e 61 del testo unico, che tracciano un perimetro di gruppo più ristretto rispetto a quello segnato dal codice civile, poiché, nel *primo caso*, la legge individua con precisione i *termini soggettivi* (oltreché oggettivi) della fattispecie, mentre, nel *secondo caso*, la direzione e coordinamento, che certamente presuppone l'imputabilità (in via solitaria, congiunta o concertata) a una o più società o enti (esclusi lo Stato e, secondo alcuni, anche gli altri enti pubblici), rileva principalmente per la sua *oggettiva effettività*; anche in questo senso, può confermarsi una netta differenza tra il *tipo di diritto speciale* e la *disciplina trans-tipica di diritto comune*.

Invero, le norme citate parlano della capogruppo sempre al singolare, stabilendo che tale ruolo possa alternativamente ed esclusivamente essere rivestito da una «banca italiana», da «una società finanziaria o [da una] società di partecipazione finanziaria mista»; per queste ultime due, inoltre, le istruzioni di vigilanza⁸⁵ raccomandano la presenza determinante nel gruppo di soggetti esercenti attività bancaria, finanziaria e strumentale (art. 59 t.u.b.) e, tra questi, almeno di una banca in posizione di controllata; per la prima, si reputa necessario solo «che controlli almeno una banca o una società finanziaria o una società strumentale e non sia controllata da altra banca o società finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista che possa essere considerata capogruppo».

Più in generale, la normativa secondaria (Pt. I, Tit. I, Cap. II, Sez. I, NDVB) afferma chiaramente che «sotto un profilo di vigilanza, la struttura organizzativa adottata è [...] quella del gruppo "integrato" o "strategico", che si caratterizza per il *comune disegno* imprenditoriale, per la *forte coesione* al proprio interno e per la *sottoposizione* a direzione unitaria» [enfasi aggiunta].

Inoltre, secondo la Banca d'Italia le società strumentali (art. 59, lett. c, t.u.b.), *per un verso*, sono incluse in un gruppo bancario qualora siano sottoposte al controllo

⁸³ Cfr. la Parte III, Capitolo I, Sez. I, delle nuove disposizioni di vigilanza per le banche, dedicata alle partecipazioni detenibili.

⁸⁴ Si ritiene, pertanto, di ravvisare la rilevanza del controllo congiunto ai soli fini delle partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari, dunque delle discipline volte a regolare la tematica del rapporto banca-industria, come segnalato da CAMPOBASSO, *Le partecipazioni delle banche e dei gruppi bancari* in *Bbt*, III, 1995, 281 ss.

⁸⁵ Cfr. le disposizioni di vigilanza (Pt. I, Tit. I, Cap. II, Sez. II) concernenti la composizione del gruppo bancario.

congiunto di più società e *una di queste* abbia le caratteristiche per essere capogruppo; *per altro verso*, sono escluse dalla vigilanza consolidata le imprese controllate «da più banche o capogruppo congiuntamente e in base ad accordi».

Di conseguenza, pur potendo rilevare il controllo non solitario ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di vigilanza consolidata, lo stesso non può determinare un'imputazione congiunta a più entità del ruolo di capogruppo ex art. 60 t.u.b.⁸⁶

Ciò si spiega, a mio avviso, nella prospettiva di un più efficiente espletamento delle funzioni di vigilanza, stante l'inopportunità della presenza di più soggetti, tutti ugualmente garanti nei confronti dell'autorità di controllo della corretta osservanza della normativa secondaria da parte del gruppo.

Il discorso fin qui affrontato e le conclusioni raggiunte possono essere estese anche ai gruppi cui le b.c.c. devono oggi necessariamente aderire per conservare la licenza bancaria, essendo anch'essi gruppi bancari (cfr. Pt. III, Cap. 5, Sez. I, NDVB, che richiama la normativa applicabile al GBC); a tal proposito, nel capitolo successivo verranno messe in luce le disposizioni che dimostrano come anche nel gruppo bancario cooperativo, nonostante la sussistenza eventuale di forme di esercizio congiunto o concertato del potere, questo sia dal legislatore imputato alla sola capogruppo s.p.a., ragion per cui sarebbe errato sostenere che la fattispecie del GBC sia caratterizzata da una direzione *gerarchica* qualora si tratti di assolvere alle funzioni di vigilanza e da una direzione *paritetica* qualora si tratti di governare il profilo prettamente mutualistico dell'attività delle b.c.c., come se ci si trovasse di fronte a un potere fondato su un controllo intermittente, che porta a qualificare lo stesso GBC quale *gruppo paritetico di diritto speciale*⁸⁷.

Tuttavia, occorre adesso soffermarsi sulla *disciplina* dei gruppi bancari *tout court*, per evidenziarne brevemente i tratti, sia vecchi (es. art. 61, co. 4, t.u.b.) che nuovi (artt. 69-*quinquies* ss. t.u.b., dedicati alla materia degli accordi infragruppo stipulati ai fini di prevenzione e risoluzione delle crisi bancarie) di specialità.

⁸⁶ Tale conclusione è condivisa dalla dottrina prevalente; cfr. CALANDRA BONAURA – SILVETTI, *La banca* (nt. 75), 169; BRESCIA MORRA – MORERA, *L'impresa bancaria* (cap. I, nt. 1), 294, 304; MIRRA – FIAMMA, *Il gruppo bancario* (nt. 75), 364-265; PENNISI, *Sezione I. Gruppo bancario. Artt. 60-61 t.u.b.*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Concetto Costa, Torino, 2013, 691 ss.; CAMPOBASSO, *Le tecniche di formazione* (nt. 12), 18, 28; ai fini che qui interessano rileva soprattutto la tesi di COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico* (nt. 2), 385, secondo cui, pur essendo i confini della fattispecie del gruppo cooperativo paritetico (art. 2545-*septies* c.c.) notevolmente elastici e, di fatto, rimessi all'autonomia privata, «[l]imiti discendono invece dall'ordinamento bancario. Se le banche di credito cooperativo vogliono dar vita ad un gruppo cooperativo che possa essere considerato, appunto, un gruppo bancario, il soggetto titolare del potere di direzione non potrà che essere una banca o una società finanziaria che abbia le caratteristiche previste dall'art. 61 del t.u.b. e dalle Istruzioni di vigilanza; finanziaria che, se non potrà avere la forma della s.p.a., dovrà almeno avere quella di società cooperativa ed avere per oggetto l'attività prevista dall'art. 59 del t.u.b. Resta dunque esclusa la possibilità a) che il gruppo possa non darsi una struttura di vertice e b) che il potere di direzione sia attribuito ad una pluralità di soggetti».

Il profilo della direzione verticale, è tuttavia, diverso da quello evidenziato da Sepe, che giustifica il recente istituto del gruppo bancario cooperativo in virtù dell'esigenza della Banca d'Italia di identificare il proprietario controllante all'interno della struttura proprietaria, circostanza che sarebbe impossibile da verificare in una cooperativa stante il principio del voto capitario.

⁸⁷ SANTAGATA, *"Coesione" e autonomia* (cap. I, nt. 43), *passim*. Sicuramente è da condividere l'idea che il gruppo bancario cooperativo sia un gruppo paritetico di diritto speciale; piuttosto, è necessario comprendere se i profili di specialità del gruppo in esame attengano all'esistenza di un potere gerarchico in ragione di obiettivi di stabilità o, come si tenterà di dimostrare, nell'imputazione del potere di direzione strategica a una società per azioni caratterizzata da uno scopo (*id est* da un oggetto sociale) ampiamente conformato dal legislatore e dalla disciplina prudenziale.

La scelta tra una e l'altra tesi incide di non poco sulla portata applicativa della disciplina di cui all'art. 37-*bis* t.u.b., con particolare riferimento alla materia dei patti parasociali stipulati tra i soci della s.p.a., dei doveri e dei limiti all'esercizio dei poteri ad opera della capogruppo del g.b.c.

9. (segue) *La specialità della disciplina della direzione e coordinamento nei gruppi bancari: alcuni chiarimenti sulla portata del vincolo scaturente dall'esercizio del potere della capogruppo.*

Tra le numerose disposizioni previste dal testo unico bancario, la norma che, più di tutte le altre, ha destato negli anni novanta l'attenzione degli studiosi è stata quella di cui all'art. 61, co. 4, t.u.b., secondo cui «[l]a capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo. Gli amministratori delle società del gruppo sono tenuti a fornire ogni dato e informazione per l'emanazione delle disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata».

L'analisi del dato di diritto positivo ha, infatti, sollevato i seguenti interrogativi: (i) esiste un potere/dovere *giuridicamente vincolante* della capogruppo di un gruppo bancario di impartire direttive agli amministratori delle società dominate? Se tale potere esiste (ii) quali sono, da un lato, gli effetti attraverso i quali il vincolo giuridico si manifesta? (iii) Quali, dall'altro lato, sono i limiti e l'ambito di esercizio del potere medesimo? (iv) Le norme speciali fondanti il potere della capogruppo hanno valore ricognitivo di un principio generale e sono pertanto estendibili, in tutto o in parte, a contesti diversi da quelli concernenti lo specifico settore di riferimento?

Con riferimento al primo interrogativo, unanime è l'opinione della dottrina⁸⁸ circa l'esistenza, in una duplice prospettiva, di un potere vincolante all'interno dei gruppi bancari.

Invero, per un verso, gli amministratori delle società etero-dirette sono «tenuti» a mantenere vivo e costante un adeguato flusso di informazioni nonché a prestare la «necessaria collaborazione» per garantire che la capogruppo svolga efficacemente la propria funzione di raccordo tra l'autorità di vigilanza e le singole entità del gruppo⁸⁹; per altro verso, il potere della capogruppo dev'essere orientato all'«*esecuzione delle istruzioni della Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo*», così inquadrandosi nell'ambito di un dovere verso l'autorità amministrativa e verso le società del gruppo⁹⁰.

⁸⁸ Il dibattito è stato condotto anteriormente alla riforma del 2003 (si rinvia agli scritti indicati alla nota 75), anche se in linea di massima, gli interrogativi di fondo e le conclusioni offerte nel panorama dottrinale sono riproponibili tutt'oggi, soprattutto se si tiene conto dell'entrata in vigore della disciplina sulla prevenzione delle crisi dei (e nei) gruppi bancari, segmento particolare di uno statuto – quello, appunto, delle società bancarie, analizzato nel capitolo precedente – evocativo della dialettica “diritto societario generale-diritto societario speciale”; che, si badi bene, non è dialettica tra due modelli empirici, ma tra due modelli tipologico-normativi. In una prospettiva generale si vedano le due differenti posizioni di CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema* in *Eur. e dir. priv.*, II, 2006, 397 ss.; LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale” (Appunti per una discussione)* in *Riv. dir. comm.*, 2006, 541 ss.

⁸⁹ Poiché il controllo – inteso come verifica degli esiti delle decisioni del gruppo, raccolta di informazioni relativamente agli esiti stessi, al loro impatto sull'attività dei singoli attori del gruppo, programmazione e configurazione delle procedure collettive atte a garantire una migliore elaborazione delle informazioni e, conseguentemente, una più efficiente selezione dei dati rilevanti – è strumentale alla revisione (o riadeguamento) *ex post* delle modalità e degli obiettivi da realizzare nell'esercizio di un potere di interesse pubblico, qual è quello riconosciuto ai fini della vigilanza bancaria consolidata.

Cfr. le NDVB (Pt. I, Tit. I, Cap. II, Sez. III), che affermano: «Gli amministratori delle società controllate, ivi incluse le società estere, sono tenuti a: dare attuazione alle disposizioni emanate dalla capogruppo in esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo; fornire ogni dato e informazione alla capogruppo per l'emanazione delle disposizioni e la verifica del rispetto delle stesse da parte di quest'ultima».

⁹⁰ Quanto affermato nel testo costituisce un secondo elemento di differenza rispetto alla disciplina dei gruppi del codice civile.

Quest'ultima, infatti, può fondarsi esclusivamente sull'esercizio *effettivo* del potere di direzione e coordinamento, in presenza del quale il rispetto dei principi ex art. 2497 c.c. rappresenta un mero limite *negativo*. Per chiarire meglio il concetto, basti dire che nel caso di gruppo gerarchico di diritto comune: la *disponibilità* del potere *non implica il dovere* di esercitarlo o, quantomeno, quello di *darvi inizio*; gli

Anche in ordine al secondo interrogativo è possibile rinvenire soluzioni sicure nell'articolato del testo unico bancario; ciò, prescindendo dalle conseguenze, reali o risarcitorie, che secondo l'impianto di diritto societario comune possono derivare dalla violazione delle norme proprie del settore creditizio, *id est* dagli effetti che l'ordinamento generale potrebbe ricollegare al mancato rispetto del vincolo di diritto speciale.

In questa prospettiva l'esistenza di un potere vincolante nell'ambito di un gruppo bancario dà luogo alla sottoposizione di tutte le società del gruppo alla vigilanza informativa, regolamentare e ispettiva della Banca d'Italia (o della BCE per i gruppi *significant*), volta a verificare e a garantire l'osservanza della normativa bancaria, se del caso intervenendo nel governo della capogruppo per mezzo degli stessi penetranti strumenti di cui si è trattato nel primo capitolo (cfr. art. 67-ter t.u.b.).

Le conseguenze estreme di uno scorretto esercizio del potere/dovere di direzione strategica del gruppo nell'interesse della sua stabilità e di quella del sistema complessivo (art. 5 t.u.b.) sono rappresentate dall'assoggettamento della capogruppo ad amministrazione straordinaria o, qualora le inadempienze siano di eccezionale gravità, a liquidazione coatta amministrativa (artt. 98 e 99 t.u.b.) e dall'estensione di tali procedure alle altre società aderenti all'aggregazione (artt. 100 e 101 t.u.b.)⁹¹.

Ciò posto, bisogna tener conto, da un lato, che il modello preso a primario riferimento dal legislatore è quello del gruppo fondato sul possesso azionario, ossia a quella tipologia della realtà in cui la *holding*, in qualità di socio di comando della società eterogestita, può indurre gli amministratori di quest'ultima ad adempiere alle direttive anche facendo ricorso ai tradizionali strumenti di *voice* riconosciuti dalla legge per assicurare un efficiente relazione di *agency* tra *shareholders* e *directors* (nomina e revoca)⁹²;

amministratori della capogruppo hanno l'obbligo *positivo* di perseguire gli interessi della loro società *senza* ledere gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori delle società etero-gestite, avendo dunque riguardo al contesto di gruppo; nell'ipotesi di contratto di direzione e coordinamento, ugualmente, si realizza un vincolo associativo di solidarietà tra gli interessi delle società partecipanti (artt. 1175, 1372 e 1375 c.c.), *sul presupposto* di un effettivo svolgimento dell'attività di gruppo.

La disciplina della vigilanza consolidata, invece, è funzionale a contenere la rischiosità di un gruppo bancario, di modo da prevenire propagazioni sistemiche di eventuali crisi *nel* e *del* gruppo; per tali ragioni, il presupposto per l'applicazione della disciplina – che, per quanto sopra analizzato, *impone* di dirigere il gruppo conformemente alle istruzioni dell'autorità di vigilanza nell'interesse della stabilità (*id est* solidità patrimoniale e finanziaria) delle imprese che ne facciano parte, ma anche del risparmio quale interesse primariamente coinvolto nell'attività creditizia – è l'esistenza del gruppo, da cui consegue l'obbligo di esercitare il potere di direzione strategica; PENNISI, *Sezione I. Gruppo* (nt. 85), *ibidem*, ove afferma che «[i]l controllo, inteso come possibilità di effettivo esercizio dell'influenza dominante, non fa parte della disciplina, dato che non viene attribuito, esso è invece elemento della fattispecie, nel senso che solo ove esso esista di fatto si realizza la fattispecie gruppo bancario e dovrà essere applicata la relativa disciplina. Tale disciplina comporta poi una serie di obblighi», tra cui quello di «*esercitare in maniera effettiva l'attività di direzione e coordinamento*» [corsivo aggiunto]; PENNISI, *Attività di direzione* (nt. 75), 67; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento* (nt. 5), 223; LIBONATI, *Responsabilità nel* (nt. 75), 1502, ove parla di «imperatività acritica» del potere; più recentemente SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 95 ss., partic. 98, 100 e nota 59, che, tuttavia, distingue tra finalità *prudenziali* rispetto alle quali l'esercizio dell'attività di direzione è oggetto di un dovere *positivo* imposto a fini di stabilità e finalità *imprenditoriali tout court* perseguibile fino al limite *negativo* del rispetto dei principi ex art. 2497 ss. c.c., accogliendo con ciò l'orientamento *restrittivo* prospettato dopo la riforma del 2003 da CERA, *Capogruppo bancaria e nuovo diritto societario. Prime valutazioni* in *Riv. banca merc. fin.*, II, 2004, 171 ss., partic. 182. Ma si vedano le critiche espresse più avanti nel testo a tale orientamento volto a conferire al potere di una capogruppo bancaria una diversa efficacia a seconda delle finalità per le quali la direzione viene concretamente esercitata.

Altro discorso, comune ad entrambi i contesti, è quello del dovere di esercitare *correttamente* l'attività di direzione e coordinamento una volta che il potere ad esso correlato si sia manifestato; questo profilo verrà trattato nel successivo paragrafo con particolare riferimento alla tematica dell'assistenza finanziaria intragruppo.

⁹¹ PENNISI, *Attività di direzione* (nt. 75), 65.

⁹² Sulla cui impronta è stato, a mio avviso, riconosciuto il potere di *removal* dell'autorità di vigilanza; cfr. CIRAIOLO, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, 2017, reperibile su www.dirittobancario.it.

dall'altro lato, che, nel caso di gruppo fondato sul contratto l'osservanza della normativa bancaria può assicurarsi attraverso le condizioni (es. garanzie reciproche, clausole penali, programmi di compensazione, uffici creati *ad hoc* per canalizzare il volere di gruppo) concretamente pattuite dalle parti⁹³; ancora, che in entrambi casi si tratta di prerogative strumentali a garantire la stabilità del gruppo e, pertanto, ad evitare l'attivazione dei rimedi previsti dal testo unico per l'ipotesi di *lato sensu* gravi irregolarità nella gestione dell'impresa bancaria.

Non altrettanta chiarezza di visioni si è affermata nel tentativo di individuare una risposta agli interrogativi sub. (iii) e sub. (iv).

La dottrina ha manifestato opinioni contrastanti sul significato da attribuire all'espressione «nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento» di cui all'art. 61, co. 4, t.u.b., soprattutto se rapportata al potere di emanare disposizioni vincolanti in esecuzione delle istruzioni di Banca d'Italia e se professata in una situazione, qual era quella *ante* riforma del 2003, di assoluta assenza di una regolamentazione generale espressa in materia di gruppi di società e di subordinazione – ad opera della normativa prudenziale⁹⁴ – del potere di gruppo al rispetto dei criteri di *equità* e *ragionevolezza*⁹⁵.

⁹³ Si consideri che, secondo quanto affermato dalla Banca d'Italia nei documenti di consultazione (p. 6) e di resoconto sulla consultazione (p. 38 ss.) per l'elaborazione della normativa prudenziale sul g.b.c., il potere riconosciuto alla s.p.a. capogruppo per effetto del contratto di coesione è *equivalente* a quello derivante dal controllo azionario e assicura l'esistenza del controllo ai sensi del principio contabile n. 10 IFRS recepito dall'Unione Europea. Il dato normativo, tuttavia, non preclude in astratto la possibilità di configurare la fattispecie di controllo rilevante ai sensi degli artt. 2359-*bis* c.c., così come penso sia implicita nel testo di legge l'affermazione della sussistenza del controllo ai sensi dell'art. 23 t.u.b.

Infatti: il primo "tipo" di controllo è presupposto per l'applicazione della normativa contabile e della disciplina comunitaria degli "enti affiliati a un organismo centrale" di cui all'art. 10 CRR; il secondo "tipo" è presupposto per l'applicazione delle norme nazionali sulla vigilanza consolidata. Di diverso avviso sembra essere SANTAGATA, "*Coesione*" e *autonomia* (cap. I, nt. 43), 13 ss., il quale pone in evidenza il richiamo al controllo di cui ai principi contabili internazionali per sostenere che il potere nel GBC assume natura gerarchica solo ad intermittenza, nel momento in cui è necessario dar esecuzione alle istruzioni di vigilanza o qualora vengano esercitati i poteri di nomina, opposizione alla nomina e revoca, giacché è lo stesso controllo per come inteso dal principio n. 10 IFRS ad avere carattere *potenziale*. Nel capitolo successivo si tornerà sul punto, anche nel tentativo di confutare l'idea che il controllo menzionato dall'art. 37-*bis* t.u.b. sia un controllo meramente *potenziale*, come quello ricollegato alla disponibilità dei voti di cui all'art. 2359, nn. 1 e 2, c.c.

⁹⁴ Cfr. le istruzioni di vigilanza per le banche del 1999, Tit. IV, Cap. XI, Sez. III, che testualmente affermano: «[l]a capogruppo, nel quadro dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo, deve esercitare: a) un *controllo strategico sull'evoluzione delle diverse aree di attività* in cui il gruppo opera e dei rischi incombenti sul portafoglio di attività esercitate. Si tratta di un controllo sia *sull'espansione delle attività* svolte dalle società appartenenti al gruppo (crescita o riduzione per via endogena) sia *sulle politiche di acquisizione e dismissione* da parte delle società del gruppo (crescita o riduzione per via esogena); b) un *controllo gestionale* volto ad assicurare il *mantenimento delle condizioni di equilibrio* economico, finanziario e patrimoniale sia delle singole società sia del gruppo nel suo insieme. Queste esigenze di controllo vanno soddisfatte preferibilmente attraverso la *predisposizione di piani, programmi e budget* (aziendali e di gruppo), e mediante l'analisi delle situazioni periodiche, dei conti infrannuali, dei bilanci di esercizio delle singole società e di quelli consolidati; ciò sia per settori omogenei di attività sia con riferimento all'intero gruppo; c) un *controllo tecnico-operativo* finalizzato alla *valutazione dei vari profili di rischio* apportati al gruppo dalle singole controllate. L'attività di direzione e coordinamento delle capogruppo deve essere improntata a criteri di *equità* e *ragionevolezza*» [enfasi aggiunta].

⁹⁵ Con riguardo all'equità, BLANDINI, *Direzione unitaria* (nt. 75), 73 ss., secondo cui il criterio «sottende l'obbligo della capogruppo di attribuire vantaggio o di determinare effetti svantaggiosi in modo equanime tra le singole società componenti il gruppo»; diversamente PENNISI, *Attività di direzione* (nt. 75), 135 ss., 148 ss.; ID, *Sezione I. Gruppo* (nt. 85), 702, che intende il criterio alla stregua di un «dovere di compensare, secondo valori di mercato, il sacrificio imposto alla società diretta»; l'autore, così, ritiene che la prima opinione trascuri «che, se il sacrificio dell'interesse non è consentito dalla legge di una delle società del gruppo, non si vede perché lo debba invece essere, qualora colpisca tutte le società del gruppo», specialmente oggi che l'art. 2497 c.c. esclude la responsabilità solo nell'ipotesi in cui il danno patito dai soci esterni e dai creditori sia stato dalla capogruppo integralmente eliminato. Entrambi gli autori concordano, tuttavia, sul fatto che la ragionevolezza esprima la coerenza (*economica* e *giuridica*) del potere effettivamente esercitato «con gli obiettivi prefissati e [con un'] adeguata considerazione degli

In particolare, un'autorevole dottrina ⁹⁶ ha sostenuto, dall'esame della disposizione del t.u.b. il riconoscimento del potere di emanare direttive vincolanti per le società del gruppo nell'ambito di un generale potere di direzione e coordinamento non limitato all'esecuzione delle istruzioni di vigilanza ma alla complessiva fase strategica dell'impresa di gruppo.

Secondo questa corrente di pensiero, da un lato, non sarebbe stato né agevole né opportuno distinguere tra settori dell'impresa interessati e settori esclusi dall'area della direzione strategica, mentre, sul fronte opposto, la norma speciale avrebbe segnalato su un piano più generale la legittimità dell'attività di gruppo anche al di fuori dello specifico settore bancario e, con essa, della possibilità di impartire direttive orientate a ripartire equamente e in ragione della stabilità del gruppo i vantaggi e gli svantaggi dell'integrazione tra le varie società aderenti.

Secondo la dottrina maggioritaria ⁹⁷, invece, l'osservanza delle istruzioni di vigilanza, espressione della sana e prudente gestione, avrebbe costituito il *fine* e il *limite* del potere di direzione strategica, oltrepassato il quale non sarebbe stato possibile incidere autoritariamente sugli interessi delle società dominate; pertanto, la *ratio* sottesa alle norme fondanti l'attività di una capogruppo di gruppo bancario era *doppiamente speciale*, non potendo estendersi né ad ambiti estranei a quello della vigilanza né a gruppi non bancari ⁹⁸.

Tuttavia, qualunque sia la tesi che si voglia accogliere, va sottolineato che la sua validità è stata fondata sia sulla mancanza di una disciplina espressa e generale in materia di gruppi, sia sulla possibilità di sovrapporre o meno alle aree di attività interessate dal principio di sana e prudente gestione quelle riconducibili alla direzione e al coordinamento *tout court*, presupposti la cui tenuta merita di essere ridiscussa.

Dal primo punto di vista, si è già detto che la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss. c.c. ha legittimato la liceità del gruppo di società come una delle possibili forme di esercizio dell'impresa, seppur nel rispetto dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, i quali vanno certamente a integrare le disposizioni primarie e secondarie dedicate alle banche, contribuendo a individuarne il significato.

interessi delle società dirette». Infine, è certo che, pur non essendo chiara l'esatta portata dei due criteri contemplati dalla normativa secondaria, sono questi che devono essere «interpretati ed adattati alla nuova situazione a livello di normativa primaria». Cfr. anche FERRO LUZZI – MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo* (nt. 75), 460 ss.

⁹⁶ Il riferimento è a FERRO LUZZI – MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo* (nt. 75), 448, 458; LIBONATI, *Responsabilità nel* (nt. 75), 1492; PENNISI, *Attività di direzione* (nt. 75), 89 ss.

⁹⁷ Cfr. CAMPOBASSO, *Gruppi e gruppi bancari* (nt. 75), 746 ss.; COSTI, *Le relazioni di potere* (nt. 75), 889, 891 ss.; MINERVINI, *La capogruppo e il «governo» del gruppo*, in *I gruppi di società. Atti* (nt. 5), II, 1565 ss., partic. 1573 ss.; in senso parzialmente diverso, BLANDINI, *Direzione unitaria* (nt. 75), 61, che distingue tra obbligo di dar esecuzione alle istruzioni di vigilanza, il cui limite è dato dal principio di stabilità, e obbligo di dar corso all'attività di direzione al di fuori delle finalità di vigilanza, il cui limite è dato dai principi di diritto comune; si veda, tuttavia, la critica di Pennisi alla nota 95; SCOGNAMIGLIO, *Gruppi bancari e non* (nt. 75), 711, ove ritiene che l'articolazione di gruppo implichi nel diritto societario comune una manifestazione di autonomia da parte delle società astrette da relazioni di controllo, laddove, invece, nel settore bancario la vincolatività del potere deriva dalla sua finalizzazione agli obiettivi della vigilanza.

⁹⁸ Il discorso può inquadrarsi in un'ormai datata problematica di taglio più generale afferente all'esistenza di un potere di gruppo capace di incidere sulla gestione delle società etero-gestite oltre i confini tracciati dalle normative di settore concernenti la contabilità consolidata, l'attività bancaria o l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, così da poter ricostruire uno statuto disciplinare di gruppo di diritto comune. Per un'impostazione del genere, cfr. *ante* riforma, *ex multis*, ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata* (nt. 17), *passim*; *post* riforma, nella prospettiva del potere/dovere dell'amministratore (di minoranza) della capogruppo di ottenere le informazioni concernenti le società dominate, seguendo l'orientamento più ristrettivo e rispettoso dell'autonomia delle singole società coinvolte in una relazione di gruppo cfr. GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005.

In particolare, oggi può sostenersi che i principi di *equità e ragionevolezza* siano stati assorbiti da quelli di cui all'art. 2497 c.c., come del resto sembra emergere dalle nuove disposizioni di vigilanza ⁹⁹.

Secondo l'art. 61, co. 4, t.u.b. a queste clausole va aggiunta quella volta a preservare la *stabilità* del gruppo, anche se non è poi così chiaro se il dovere proclamato in sede speciale vada ad attenuare la portata dei principi di carattere generale.

La risposta negativa al quesito, già condivisa da una parte della dottrina ¹⁰⁰, può trovare conferma nell'analisi che a breve verrà effettuata con riguardo agli accordi di finanziamento infragruppo (artt. 69-*duodecies* ss. t.u.b.), che mira, appunto, a garantire in via preventiva la stabilità dell'impresa di gruppo nel rispetto degli interessi di *tutte* le società in esso coinvolte, ivi compresa la società le cui risorse vengono messe a disposizione dell'attività di direzione e coordinamento in spregio alle ragioni dei soci e dei creditori della prima, ragion per cui la stabilità costituisce la funzione che informa il potere di direzione e coordinamento esercitato (anche) per mezzo delle clausole generali ex art. 2497 c.c. ¹⁰¹.

Dal secondo punto di vista, si è già esposto nel primo capitolo come l'autonomia privata nelle società bancarie abbia subito, a seguito delle riforme di stampo comunitario che sono succedute alla crisi economico-finanziaria iniziata nel 2007, una notevole compressione dei propri spazi di manovra in nome di esigenze quali la sana e prudente gestione della banca, l'efficienza, la competitività e, soprattutto, la stabilità del sistema finanziario complessivo.

In particolare, dall'analisi della disciplina concernente *lato sensu* la struttura finanziaria e la *governance* degli enti creditizi, è stata tratta la conclusione secondo cui nelle banche non sarebbe possibile configurare, soprattutto in prospettiva di un eventuale futura crisi, soluzioni organizzative, gestorie e/o d'investimento che agevolino il perseguimento dell'interesse lucrativo (scopo-fine) a scapito di un corretto esercizio dell'impresa e, conseguentemente, con pregiudizio all'esigenza di tutela del risparmio che ispira lo svolgimento dell'attività sociale.

Se è vero che la legislazione bancaria si focalizza sulla banca in quanto impresa più che come società, è altrettanto innegabile che l'attività di direzione e coordinamento

⁹⁹ Infatti le disposizioni di vigilanza non richiamano più i criteri di equità e ragionevolezza, limitandosi a dichiarare che «al fine di presidiare i rischi legali connessi alla responsabilità da direzione e coordinamento, le capogruppo adottano idonei accorgimenti affinché l'attività di direzione e coordinamento sia improntata a principi di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" (cfr. art. 2497 c.c.)» (Pt. I, Tit. I, Cap. II, Sez. III). Ciò, probabilmente, per assicurare all'interno dello specifico settore bancario un esercizio del potere pur sempre conforme con l'esigenza di temperamento dei vari interessi coinvolti nel gruppo sottesa alla disciplina codicistica; obiettivo che sarebbe risultato più complesso laddove il potere di una capogruppo bancaria fosse stato vincolato ai criteri di equità e ragionevolezza, che, per quanto vaghi, possono in astratto evocare *limiti e fini* diversi da quelli sottesi alle clausole generali ex art. 2497 c.c.

¹⁰⁰ BLANDINI, *Direzione unitaria* (nt. 75), 14 ss.; BRESCIA MORRA – MORERA, *L'impresa bancaria* (cap. I, nt. 1), 308 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Gruppi bancari e non* (nt. 75), 709 ss. e nota 19; PENNISI, *Attività di direzione* (nt. 75), 122 ss., secondo cui «se quello di stabilità è un concetto identificabile in certa misura con l'assenza di presupposti che conducono alla crisi, il perseguimento della stabilità può essere identificato con il fine di prevenzione della crisi stessa»; ID, *Sezione I. Gruppo* (nt. 85), 698 ss.

¹⁰¹ In tale prospettiva, il dovere di garantire la stabilità del gruppo assume carattere *mediato o finale* (cd. scopo-fine dell'impresa di gruppo) laddove i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria (e, tra essi, quello dei vantaggi compensativi e quello del corretto finanziamento) avrebbero, invece, rilevanza *immediata o strumentale*, rivelandosi – come del resto è già riconosciuto in dottrina e giurisprudenza – delle clausole generali funzionali a garantire in concreto il rispetto dello scopo ispirante l'azione del gruppo, anche se di diritto speciale. Nello stesso senso SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 96-97, che ritiene di interpretare i principi ex art. 2497 c.c. «conformemente alle esigenze proprie del settore bancario, e dunque "riconducendovi tutto ciò che è richiesto e dovuto per la circostanza che le società del gruppo fanno parte di un gruppo bancario"».

rilevi non semplicemente per la sua imputabilità a una società (o ente) ma per l'essere essa stessa emanazione di un'impresa di gruppo.

Per tale motivo, anche accogliendo la tesi più restrittiva – che nega l'ammissibilità di istruzioni vincolanti ed estranee agli obiettivi tracciati dall'art. 61, co. 4, t.u.b. – si può sostenere che nei gruppi bancari si sia dilatata l'area dell'attività d'impresa rispetto alla quale sarebbe possibile per la capogruppo emanare disposizioni vincolanti, stante il ruolo di quest'ultima, per un verso, di referente della Banca d'Italia per l'attività delle società del gruppo e, per altro verso, di “appaltatrice” delle (oggi rinforzate) funzioni di vigilanza che l'autorità amministrativa è solita esercitare nei confronti di banche indipendenti.

In astratto, la capogruppo dovrebbe poter imporre alle società etero-gestite istruzioni vincolanti riguardanti i finanziamenti del e nel gruppo (anche se cooperativo ex art. 37-*bis* t.u.b.) qualora questi ultimi siano idonei a garantirne la stabilità e anche se la stessa in concreto vada a minare le posizioni dei soci e creditori delle singole controllate, stante la prevalenza dell'interesse dell'impresa su quello dei singoli interessi coinvolti nella gestione dei diversi patrimoni sociali (art. 53, co. 4, t.u.b.).

Tuttavia, va ribadito ancora una volta che la conclusione non può prescindere dall'analisi dei piani di risanamento e degli accordi infragruppo stipulati dagli enti creditizi in funzione di un intervento precoce, dai quali è possibile trarre conclusioni sul nesso tra i professati in materia di gruppi di diritto comune, interesse alla stabilità del gruppo e interesse sociale delle singole entità ad esso aderenti.

10. *Considerazioni di rilievo sistematico in materia di autonomia privata, principio di corretto finanziamento, vantaggi compensativi e interesse alla stabilità del gruppo tratte dall'analisi della disciplina dei piani di risanamento e degli accordi di finanziamento infragruppo.*

L'analisi della disciplina dei piani di risanamento di gruppo e degli accordi di finanziamento infragruppo recentemente introdotta nel testo unico bancario suscita notevole interesse sotto più punti di vista¹⁰².

Essa, infatti, non regola solamente in maniera puntuale le fasi – la prima necessaria e la seconda eventuale¹⁰³ – della programmazione *unilaterale* del risanamento e della prevenzione *negoziale* della crisi di un gruppo bancario, ma si spinge a confermare dei principi la cui portata travalica il ristretto ambito delle crisi bancarie, finendo per imporsi a ogni fattispecie di accordo di gruppo, specie se di *finanziamento* (quale, per esempio, quello volto a costituire una garanzia cd. incrociata), e, più in generale, ad ogni forma di esercizio del potere di direzione e coordinamento, in linea con i più recenti orientamenti espressi dalla dottrina comparatistica europea in materia di gruppi di imprese¹⁰⁴.

¹⁰² Sui quali, di recente, cfr. LAMANDINI, *Il gruppo bancario* (nt. 75), 672 ss.; ID, *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* (cap. I, nt. 17), III, 2643 ss.; CHEVALLARD, *Direzione e coordinamento* (nt. 75), 110 ss.; SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 125 ss.

¹⁰³ Infatti, mentre l'art. 69-*quinquies*, co. 1, t.u.b. stabilisce che la capogruppo «si dota» di un piano di risanamento di gruppo, escludendo così dall'obbligo di pianificazione le società bancarie soggette ad attività di direzione e coordinamento (art. 69-*quater*, co. 2, t.u.b.), l'art. 69-*duodecies*, co. 1, t.u.b., invece, concede la mera possibilità di stipulare un accordo di sostegno finanziario infragruppo qualora si realizzino i presupposti per l'intervento precoce di cui all'art. 69-*octiesdecies* t.u.b.

¹⁰⁴ In questo senso Cfr. LAMANDINI, *Il gruppo bancario* (nt. 75), 674, 675; SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 126, 130, 139, 143, il quale sottolinea che gli accordi in esame «non rappresentano l'unico schema di supporto finanziario ammissibile all'interno di un gruppo vigilato, giacché il modello contrattuale in osservazione non pregiudica né limita la possibilità [...] di concludere intese di natura negoziale o societaria volte a realizzare i medesimi obiettivi solidaristici sottesi» agli

Ciò perché, da un lato e malgrado i nomi utilizzati, la disciplina degli accordi di sostegno finanziario non va applicata solo in presenza di crisi conclamate bensì anche in presenza di una situazione di continuità aziendale, essendo sufficiente la *prevedibile* violazione della normativa prudenziale comunitaria «a causa di un rapido deterioramento della situazione [...] del gruppo» (art. 69-*octiesdecies* t.u.b.) [enfasi aggiunta]; dall'altro lato, perché sia in materia di risanamento sia d'intervento precoce sono enunciati criteri in grado di offrire soluzioni interpretative ai problemi concernenti l'*interesse di gruppo*, i *vantaggi compensativi*, i *flussi informativi di gruppo* e la *competenza ad approvare accordi di finanziamento infragruppo quale species di contratto (trans-)tipico* ex art. 2497-*septies* c.c..

Il tentativo volto a estrapolare dalla normativa di settore alcune regole generali in materia di gestione strategica della liquidità di un'impresa di gruppo, nella prospettiva dell'individuazione di soluzioni alternative a quelle del capitale sociale per dirimere i conflitti tra i titolari di pretese sui patrimoni delle società del gruppo¹⁰⁵, presuppone una non agevole operazione di selezione delle disposizioni suscettibili di adeguarsi ai (e, allo stesso tempo, di plasmare i) confini segnati dalle norme codicistiche sulla direzione e coordinamento, di modo da distinguerle da quelle ispirate esclusivamente agli obiettivi sottesi alla vigilanza bancaria.

Iniziando con il *piano di risanamento* (art. 69-*quinquies* t.u.b.), esso è volto a riequilibrare la situazione patrimoniale e finanziaria del gruppo bancario e delle singole banche che ne facciano parte in caso di suo significativo deterioramento (co. 3).

L'oggetto del piano, per un verso, è costituito da tutte quelle misure coerenti con la funzione di risanamento, coordinate nell'interesse di ogni società del gruppo (co. 1), tra cui l'eventuale ricorso al sostegno finanziario; per altro verso, individua tutti «i possibili *ostacoli all'attuazione delle misure di risanamento, inclusi gli impedimenti di fatto o di diritto all'allocazione tempestiva dei fondi propri e al pronto trasferimento di attività nonché al rimborso di passività tra le società del gruppo*» [enfasi aggiunta] (co. 4).

Coerentemente con quanto stabilito in via generale per i piani di concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione (cfr. art. 152 l.fall.)¹⁰⁶ e con il ruolo

accordi del primo tipo; nello stesso senso EBA, *Guidelines specifying the conditions for group financial support under Article 23 of Directive 2014/59/EU*, 2015, 3; diversamente EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *A proposal* (nt. 8), 5, che ritengono di non includere la tematica dei gruppi bancari nel problema generale dei gruppi, poiché «In these cases, additional safeguards are provided to protect the claims of creditors and to avoid financial stability risks, while the position of the shareholders is subject to restrictions, especially in the case of insolvency (BRRD, SRM Regulation). Special mention should be made of the chapter on intragroup financial support.¹¹ The approach adopted in the legislation dealing with such support is however only appropriate to resolution, which is dominated by public interest considerations».

Rimane il fatto che molte clausole generali in materia di finanziamento intragruppo applicati nei diversi ordinamenti nazionali finiscono per convergere nella loro applicazione pratica; parallelamente, si segnala una perdita di centralità da parte del diritto tedesco, quantomeno in materia di gruppi di diritto; cfr. HOPT, *Groups of Companies* (nt. 8), 3 ss., che, del resto, segnala come «Of particular relevance when studying the regulation of corporate groups are data on conduct and transactions in groups. Usually they are not collected systematically but are set out by regulatory agencies, in case studies, by national and international court cases, and by reports from practice. Much of the existing group law is not codified law but is case law by courts, such as the German limited liability group law, or supervisory agencies, such as the former Belgian Banking Commission. The extensive legal contributions of academia in many countries with group law do not usually add much in the way of empirical data»; SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi*» (nt. 10), 520 ss.; CARIELLO, *Sensibilità comuni* (nt. 17), 256.

¹⁰⁵ Si vedano gli importanti contributi di PORTALE, *Gruppi e capitale sociale*, in *I gruppi di società. Atti* (nt. 5), III, 1823 ss.; MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali*, Studi in onore di Giovanni E. Colombo, Torino, 2011, 36 ss.; ID, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi*, in *Società, banche e crisi d'impresa* (cap. I, nt. 17), III, 2693 ss.; ID, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993, partic. 294 ss.

¹⁰⁶ Si vedano PRESTI, *Concordato preventivo* (cap. I, nt. 136), *passim*; FERRI JR., *La struttura finanziaria delle società in crisi* in RDS, III, 2012, 477 ss., a favore della competenza del solo organo amministrativo a decidere operazioni straordinarie nel caso di crisi della società. L'area di competenza tracciata dall'art. 152 l.fall. non concerne solamente la gestione dell'impresa (art. 2380-*bis* c.c.), investendo anche la struttura

riconosciuto alla supervisione strategica dal legislatore bancario, la competenza ad approvare il piano è affidata all'organo amministrativo della capogruppo (co. 5).

Trattandosi di una *disciplina neutrale*, che pone al centro il sano e prudente esercizio dell'attività d'impresa a prescindere dagli interessi in via mediata perseguiti dalla stessa, la conformità alla stessa è rimessa al vaglio della Banca d'Italia (art. 69-*sexies* t.u.b.), che può anche renderla più duttile, semplificando le modalità di adempimento agli obblighi imposti dal piano in funzione del risanamento, tenuto conto delle «conseguenze del dissesto della banca o del gruppo in considerazione delle loro caratteristiche, ivi incluse le dimensioni, la complessità operativa, la struttura operativa, lo scopo mutualistico, l'adesione a un sistema di tutela istituzionale» [corsivo aggiunto] (art. 69-*decies* t.u.b.).

Se le suddette norme possono fornire degli spunti in materia di piani di concordato riguardanti società del gruppo e, in particolare, la capogruppo, più interessanti si presentano, ai fini della presente ricerca, le disposizioni sugli accordi di sostegno finanziario infra-gruppo.

Essi, d'altronde, possono integrare il contenuto di un piano di risanamento così come, sicuramente, informano il funzionamento della garanzia incrociata, potendo il sostegno essere concesso «in forma di finanziamento, di prestazione di garanzia o mediante la messa a disposizione di beni o attività da usare come garanzia reale o finanziaria, nonché con qualsiasi combinazione di queste forme»¹⁰⁷, anche attraverso

finanziaria della società (cfr. artt. 160 e 182-*bis* l.fall.); in tal caso, per la ristrutturazione finanziaria dell'impresa in crisi implicante operazioni sul capitale sociale, una volta che il tribunale abbia decretato l'ammissione alla procedura di concordato, sarebbero necessarie solamente l'approvazione dei creditori e l'omologazione del tribunale e non anche l'assemblea dei soci. La ragione dell'accentramento di competenze in capo all'organo amministrativo durante la crisi andrebbe individuata nell'allocatione del rischio d'impresa a carico dei creditori e, conseguentemente, alla necessità che gli amministratori adottino responsabilmente soluzioni operative e presidi organizzativi nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti dall'esercizio dell'attività in dissesto e non solo in quello dei soci.

Il peculiare bilanciamento inter-organico di competenze realizzato dal legislatore nell'ipotesi di risanamento delle società in stato di crisi si coglie meglio se rapportato a quello che caratterizza lo stato di liquidazione, in cui gli amministratori devono gestire la società «ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale» (art. 2486 c.c.).

¹⁰⁷ Di contrario avviso è SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 164, che sottolinea le differenze tra gli accordi di assistenza finanziaria e la garanzia incrociata del g.b.c. costituite dal fatto che la seconda è «(i) *obbligatoria*, (ii) necessariamente *reciproca*, (iii) con efficacia *esterna* nei confronti dei terzi, (iv) con durata eccedente la partecipazione al gruppo e (v) sempre mediata dalla *holding* di vertice». Non si condividono, tuttavia, tali conclusioni, ritenendo che l'autore citato rinunci a comprendere se i tratti tipici della garanzia incrociata del g.b.c. possano comunque configurarsi attraverso il ricorso all'autonomia privata in sede di stipula degli accordi infragruppo. A mio avviso, infatti, la disciplina analizzata nel testo consente di pervenire a tali risultati, con la conseguenza che l'unica differenza tra il *genus* degli accordi di assistenza finanziaria e la garanzia tipica del g.b.c. risulta in definitiva essere l'obbligatorietà della seconda, profilo concernente in generale l'esistenza dello stesso g.b.c. e spiegabile alla luce di una precisa scelta di politica del diritto, consistente nella volontà del legislatore di definire *ex ante* la struttura del g.b.c. per raggiungere gli obiettivi sottesi alla riforma del credito cooperativo piuttosto che dare spazio a limitazioni *ex post* dell'autonomia privata ad opera dell'autorità di vigilanza, che, con molta probabilità, sarebbero state poco gradite alle b.c.c. in un contesto di *tendenziale* liberalizzazione del mercato del credito; in questa prospettiva la riforma del credito cooperativo è misura *lato sensu* di *early intervention*.

Ad ogni modo il dato di diritto positivo conferma la tesi secondo cui il problema delle garanzie infra-gruppo appartiene alla più generale tematica del finanziamento nei gruppi in società, cfr., *ex multis*, MIOLA, *Le garanzie* (nt. 105), 6, nota 10, ove viene evidenziato il *fondamento mutualistico* dei finanziamenti intragruppo, e 14 ss. L'autore sottolinea, altresì, che il finanziamento è effettuato, di regola, attraverso lo specifico strumento del *cash-pooling*, in virtù del quale le controllate «conferiscono un mandato» alla capogruppo affinché quest'ultima svolga «funzioni di tesoreria, provvedendo alla ripartizione di liquidità all'interno del gruppo, nonché [operi] come stanza di compensazione dei rapporti di credito e debito intercorrenti tra le singole società del gruppo»; per il diverso profilo delle garanzie solidali di gruppo nei confronti dei terzi e dei finanziamenti collettivi cfr. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Finanziamenti in pool e posizione delle banche*, Torino, 2016, partic. 144 ss., 164 ss., ove qualifica il contratto di prestito sindacato quale contratto associativo atipico, la cui disciplina negoziale va integrata con quella del consorzio interno;

l'intervento di soggetti estranei all'accordo o la previsione di «obblighi di sostegno reciproco» (art. 69-*duodecies*, co. 4 e 3, t.u.b.).

Innanzitutto l'art. 69-*duodecies* t.u.b. individua ai commi primo e secondo i confini della fattispecie: si tratta di tutti quegli accordi volti a regolare l'afflusso di liquidità tra le società del gruppo nel caso in cui si realizzino i presupposti per l'intervento precoce¹⁰⁸, rimanendo escluse dall'applicazione del capo 02-I del Titolo IV del t.u.b. le operazioni di finanziamento previste dall'accordo in assenza del bisogno di un intervento tempestivo o, al contrario, quelle non previste ma effettuate a favore di società del gruppo già in difficoltà nel rispetto delle politiche del gruppo e dell'esigenza di preservare la stabilità del gruppo.

Risulta evidente che la funzione di tali accordi è quella di prevenire (già in costanza di gestione fisiologica) la crisi o, se irreversibile, ridurne la propagazione all'interno (e al di fuori) del gruppo bancario, rimettendosi all'autonomia privata il

secondo l'opinione comune, pertanto, la causa consortile è solita informare lo svolgimento delle operazioni infragruppo.

Se il problema del governo della finanza di gruppo riceve specifica soluzione sul piano dei flussi *downstream* (diretti e indiretti), secondo la dottrina prevalente il profilo dei flussi *upstream* dovrebbe essere soggetto ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria e, conseguentemente, al regime di responsabilità della capogruppo per abuso del potere di direzione e coordinamento (e delle controllate ai sensi dell'art. 2497, co. 2, c.c.), nella specie per aver sottratto liquidità alle controllate provocandone la crisi o l'insolvenza e ledendo in tal modo l'integrità del capitale sociale; si tratta di una responsabilità che sorge a causa dell'erogazione all'impresa madre di prestiti utilizzando elementi dell'attivo posti a copertura del capitale sociale, quantomeno qualora la fuoriuscita dell'attivo a copertura del capitale non sia controbilanciata dall'iscrizione in bilancio di un credito verso la capogruppo di valore pari a quello del finanziamento da rimborsare o a titolo di vantaggio compensativo ex art. 2497, co. 1 c.c.; in tal senso ID, *Tesoreria accentrata* (nt. 105), 52, nt. 49, 54 ss.; ID, *Attività di direzione e coordinamento e crisi* (nt. 105), 2728, nt. 78; NIUTTA, *Il finanziamento intragruppo*, Milano 2000, partic. 266 ss., 277 ss., 357 ss.; MAUGERI, *Art 2497-quinquies c.c.*, in *Le società per azioni* (nt. 5), II, 3103 ss., partic. 3108 ss.; *contra* BENEDETTI, *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazioni di difficoltà finanziaria* in *Riv. soc.*, 2014, 747 ss., partic. 763 ss., che invoca anche in questo caso l'applicazione dell'art. 2497-*quinquies* c.c.; per la dottrina straniera si rinvia a SQUIRE, *Strategic liability in the Corporate Group*, 78 U. Chi. L. Rev. 605 (2011); HILL, *Corporate Groups, Creditor Protection and Cross Guarantees - Some Australian Perspectives*, 1995, 24, *Canadian Business Law journal*, reperibile su www.ssrn.com; EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *A proposal* (nt. 8), 14, ove si afferma che «The limits to the parent's control powers can be illustrated in the case of cash pooling. There are several techniques to achieve that cash of the different entities is pooled so that debit and credit positions are compensated, reducing overall debt, while a larger cash pool may result in better market conditions. The subsidiary that is pooling its liquidity runs a risk on the entity where the pool is located. If that entity is likely to become insolvent—e.g., because of the parent appropriating the subsidiary funds—it should refuse to further take part in the pool, avoiding the risk of being drawn into insolvency itself. As a preventive measure, collateral—e.g., in the form of reverse repos in favour of each of the participants—may be required (in some jurisdictions this is a prudential requirement). Guarantees or common liability are also used, but they may extend the risks to unaffected participants. Notional cash pooling without transfer of funds is a mere valuation technique and does not raise these issues: only when the funds are effectively transferred, often even on an automatic and cross-border basis, are the complexity and risks increased. Each of the different group entities should determine its own risks in the process, each contributor avoiding being endangered by the insolvency of other participants. Guarantees, and especially collateral, protect participants against the consequences of the insolvency of one of them. Participants in the arrangements should retain the possibility to limit or exclude their risks, whether by terminating the arrangement or by requiring additional collateral.

¹⁰⁸ Ai sensi dell'art. 69-*octiesdecies* t.u.b., i presupposti per l'intervento precoce sono, da un lato, (a) l'attuazione di un piano di risanamento a seguito della violazione dei requisiti concernenti l'adeguatezza patrimoniale e la *governance* bancaria previsti dalla direttiva CRD IV e dal regolamento CRR o della *prevedibile violazione* dei requisiti anche a causa di un rapido deterioramento della situazione della banca e del gruppo; dall'altro lato, (b) la rimozione di tutti i componenti degli organi di amministrazione e controllo per grave violazione di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o per gravi irregolarità dell'amministrazione o *quando il deterioramento della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo* sempreché non siano sufficienti il piano di risanamento o l'esercizio dei poteri di cui all'art. 67-*ter* t.u.b., tra cui il potere di rimuovere solo alcuni dei membri degli organi di amministrazione e controllo.

compito di ricercare soluzioni al ripristino di uno stato di sana e prudente gestione delle risorse finanziarie prima che si attivi la procedura di risoluzione e, in ultimo, il *bail-in*¹⁰⁹.

Tuttavia, il perimetro tracciato dal testo unico non implica necessariamente che negozi dello stesso tipo non possano essere stipulati al di fuori del settore bancario; diversamente, infatti, la norma richiamata chiarisce che a tutti gli altri accordi di sostegno finanziario infragruppo non si applica la disciplina dell'intervento precoce, circostanza che, come già detto, impone di distinguere all'interno dell'articolato in esame i segmenti normativi *potenzialmente* ricognitivi di principi di diritto societario comune.

Al riguardo, il testo unico provvede a regolare l'assistenza finanziaria infragruppo prevedendo condizioni minimali sia in sede di programmazione dell'attività sia per il suo esercizio in concreto.

Dal primo punto di vista, le parti stipulanti si obbligano a prestare, anche in via reciproca, assistenza finanziaria (*sub specie* di afflusso di liquidità, prestazione di garanzie o *collateral*) nei termini previsti dall'accordo, che deve indicare «i criteri di calcolo per determinare, al momento in cui il sostegno finanziario viene fornito il corrispettivo dovuto per qualsiasi operazione effettuata in virtù dell'accordo stesso» (art. 69-*duodecies*, co. 5, lett. c, prima parte, t.u.b.).

Contrariamente all'atteggiamento di disfavore del legislatore tributario nei confronti delle operazioni infragruppo pattuite a condizioni "anormali" (*id est* diverse da quelle di mercato)¹¹⁰, il testo unico bancario avalla l'idea del gruppo quale efficiente articolazione dell'impresa capace di dar luogo a soluzioni più snelle di quelle ottenibili con una rigida integrazione dei fattori di produzione e più convenienti – per alcune società del gruppo laddove si guardi alle singole operazioni e per tutti i partecipanti all'aggregazione laddove si guardi al complesso dell'attività in un orizzonte di medio e lungo termine – di quelle di mercato.

Infatti, i criteri di determinazione del valore delle prestazioni dedotte in contratto «possono non tenere conto del prezzo di mercato»¹¹¹, *in particolare se* esso è influenzato da fattori anomali od esterni al gruppo *o se* la parte che fornisce il sostegno dispone, in forza dell'appartenenza al gruppo del beneficiario, di informazioni pubbliche non rilevanti» [enfasi aggiunta] (art. 69-*duodecies*, co. 5, lett. c, seconda parte, t.u.b.).

Dal secondo punto di vista, coordinando quanto disposto in ordine alla programmazione del finanziamento di gruppo e quanto, invece, stabilito per l'esecuzione dell'accordo, è possibile trarre dalla disciplina alcune considerazioni sull'interesse di gruppo e sui vantaggi compensativi.

Infatti, da un lato, la norma su indicata implicitamente ammette che la praticabilità di condizioni diverse da quelle di mercato possa perfezionarsi a detrimento del patrimonio di una (o alcune) delle società del gruppo; dall'altro lato, l'art. 69-*terdecies* t.u.b. impone di sottoporre il progetto di accordo all'approvazione della Banca d'Italia

¹⁰⁹ LAMANDINI, *Il gruppo bancario* (nt. 75), 676, secondo cui «la definizione di tali accordi, e la definizione di una adeguata area di rilevanza degli stessi, integri *in genere* (salvo che non sussistano particolari ragioni nel singolo caso concreto che sconsiglino, per motivi specifici, l'adozione di tale misura preventiva di governo della crisi di liquidità) i doveri di diligenza degli amministratori, giacché la loro adozione rientra tra le misure normalmente attese dalla vigilanza per la gestione preventiva delle crisi; a ben vedere, pertanto, la facoltà finisce per dare comunque luogo in pratica a un dovere fiduciario»; lo stesso dovere di corretto finanziamento è *species* del canone di diligenza, che dovrebbe spingere gli amministratori delle società di gruppo a osservare i principi che di seguito verranno esposti nel testo.

¹¹⁰ Cfr. MARCHISIO, *Il valore del gruppo e il valore nel gruppo* in *Giur. comm.*, V, 2015, 808 ss., che analizza l'interesse del e nel gruppo inquadrandolo sia all'interno della legislazione civilistica sia nell'ambito di quella fiscale.

¹¹¹ Un esempio di criterio "diverso" può rinvenirsi nella stessa disciplina regolamentare in materia di gruppo bancario cooperativo, laddove viene stabilito che il contratto di coesione «stabilisce 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» (Pt. III, Cap. V, Sez. III, punto 1.8, ult. cpv., NDVB).

che ne valuta la coerenza con le condizioni sancite dall'art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b. affinché la concessione del sostegno finanziario nel singolo caso concreto possa qualificarsi come manifestazione di un corretto, sano e prudente esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse della stabilità del gruppo ¹¹².

L'analisi delle condizioni essenziali che qualsiasi sostegno finanziario deve in concreto presentare per poter essere prestato, previo *placet* dell'autorità di vigilanza (art. 69-*sexiesdecies* t.u.b.), conduce, come si vedrà a breve, a confermare la tesi della vigenza nell'ordinamento di diritto societario nazionale di uno statuto dell'impresa di gruppo – *in particolare* di una disciplina sul cd. privilegio di gruppo, ossia la facoltà della capogruppo di impartire direttive pregiudizievoli per le controllate – più flessibile rispetto a quello del gruppo contrattuale di diritto tedesco, di cui sono noti i costi legati alla necessità di programmare una compensazione puntuale e ragionieristica del pregiudizio arrecato ai soci e ai creditori “esterni” ¹¹³.

In quest'ultimo, infatti, è consentito impartire direttive vincolanti ispirate a realizzare l'interesse di una delle società del gruppo (la capogruppo o le società figlie diverse da quella in concreto istruita) *senza valutare previamente* il rapporto tra l'entità del *decremento attuale* del patrimonio della società etero-gestita e il *potenziale* beneficio ad essa derivante dall'attività di gruppo, essendo necessario compensare *ex post* ogni tipo di pregiudizio sofferto dai soci e dai creditori e rimanendo salvo il divieto di causare l'insolvenza della controllata.

Il legislatore nazionale, invece, riconosce la *liceità* di quelle sole determinazioni che siano *ex ante* o *vantaggiose* per le società che le subisce o, in alternativa, *dannose* per i suoi soci e creditori estranei alla direzione del gruppo a patto che il danno venga neutralizzato; qualora, poi, si reputasse meritevole di tutela un contratto di direzione e coordinamento in assenza di una preesistente relazione di controllo, sia esso stipulato tra società lucrative e/o tra società cooperative, non sarebbe errato riconoscere la *vincolatività* delle direttive rispettose dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria nei termini di cui agli artt. 1372 e 2497 c.c.

All'uopo va ricordato il dubbio avanzato in dottrina circa l'esatto significato da attribuire alla disposizione che esclude la responsabilità per abuso del potere di direzione e coordinamento «quando il danno risult[i] mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività [...] ovvero integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette» (art. 2497, co. 1, ult. parte., c.c.) ¹¹⁴.

¹¹² L'intervento dell'autorità di vigilanza è duplice: (i) in un primo momento, è tenuta ad autorizzare il progetto di accordo tenuto conto della conformità del programma negoziale a realizzare le condizioni minime “di scambio” previste dall'art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b. (art. 69-*terdecies*); (ii) in un secondo momento, può vietare o limitare la concessione di un sostegno qualora in concreto questo non rispetti le già menzionate condizioni (art. 69-*sexiesdecies* t.u.b.).

¹¹³ Il dato è noto sin dagli anni ottanta ed è segnalato anche dalla dottrina italiana; i costi prodotti dai gruppi di diritto attengono, da un lato, all'automatismo delle tutele riconosciute ai soci esterni e ai creditori, che implica esborsi di denaro ingenti e periodici a carico della capogruppo e, dall'altro lato, alla difficoltà nel determinare il valore degli indennizzi a favore dei soci, stante il rischio che lo stesso venga sottostimato; si riscontra, inoltre, una *fiction juris* nel momento in cui i contratti di dominio nella prassi sono stipulati *su ordine* di una società già controllante; cfr. RONDINONE, *I gruppi di imprese* (nt. 1), LUTTER, *Dieci anni di diritto* (nt. 8), 1304 ss.; ID, *I gruppi di imprese nel diritto tedesco* (nt. 8), 16 BIANCHI, *I «contratti di impresa»* (Unternehmensverträge) (nt. 8), 1012 ss.

¹¹⁴ Così come non mi sembra che si possa assumere, ad oggi, una presa di posizione netta sul significato da attribuire all'inciso «i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune» di cui all'art. 2545-*septies* c.c., premurandosi la norma di imporre al contratto l'indicazione *generica* dei criteri per la distribuzione dei vantaggi e delle perdite “di gruppo” in maniera tale da realizzare tra le società affiliate un (non ben specificato) equilibrio; nella sostanza la dottrina sui gruppi cooperativi invoca l'applicazione di un meccanismo dei vantaggi compensativi simile a quello predicato per le società lucrative, anche qualora venga evidenziato che la disposizione di cui all'art. 2545-*septies*, n. 5, c.c. è «più garantistica delle regole generali in materia di attività di direzione e coordinamento»; cfr. SANTAGATA, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (nt. 3), 476; ancora ID, *“Coesione” e autonomia*

Secondo un'interpretazione più prudente e rigorosa¹¹⁵, le direttive di gruppo pregiudizievoli per le società etero-dirette sarebbero legittime solo ove il pregiudizio fosse contestualmente eliminato con operazioni di segno inverso o solo qualora venisse individuato con assoluta certezza un vantaggio futuro di misura tale da poter integralmente eliminare il danno¹¹⁶.

La soluzione, tuttavia, sarebbe foriera di alcune conseguenze contrarie alle finalità sottese alla disciplina dei gruppi quale disciplina di impresa oltretutto parziale rispetto alle possibili alternative che in concreto possono venire a configurarsi al momento dell'adozione (o dell'attuazione di) una direttiva di gruppo.

In primo luogo, la necessità di un programma compensativo *analitico* che garantisca sempre la *certezza* della riparazione rischia di rallentare troppo l'attività di gruppo, la quale dovrebbe arrestarsi di fronte a tutte quelle operazioni poste in essere a condizioni non di mercato, idonee a ledere *immediatamente* ma in misura minima la controllata e al tempo stesso *potenzialmente* suscettibili di generare guadagni per il gruppo di gran lunga superiori agli svantaggi subiti dalla prima; impedire una linea strategica di gruppo conforme all'indirizzo avversato da questa tesi di impronta paternalista equivarrebbe altresì a ostacolare l'esplicazione del principio della libera iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), implicante la libertà di assunzione del rischio d'impresa (tipo, forma e misura) e la conseguente responsabilità per i danni derivanti da una valutazione imprudente dei rischi liberamente assunti.

In secondo luogo, come riportato da altra parte della dottrina¹¹⁷, è quasi banale constatare che: (i) allorché un vantaggio non sia contestuale al danno arrecato a una società controllata a causa di una puntuale direttiva (o anche per effetto dell'attività complessiva) di gruppo, la previsione di un suo conseguimento in un momento differito nel tempo non potrà che essere *in re ipsa* aleatoria; (ii) è possibile, allora, distinguere tra vantaggi futuri *meramente ipotetici* e vantaggi futuri *concreti e ragionevolmente prevedibili*, il cui verificarsi, seppur eventuale, possa essere oggetto di valutazione diacronica attraverso l'utilizzo dello strumentario informativo accordato dalla legge nelle ipotesi di attività di direzione e coordinamento (cfr. artt. 2381, co. 5, 2427, n. 9, 2428, n. 2, 2497-*bis* e 2497-*ter* c.c.).

Infine, la tesi non tiene conto che possono presentarsi casi in cui le direttive di gruppo sono nell'immediato e *prima facie* neutre o, addirittura, vantaggiose per le società

(cap. I, nt. 43), 38, secondo cui «[t]rattasi 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 associate, che si traduce nel divieto di pregiudicare *sistematicamente* gli interessi di una banca associata senza la *ragionevole prospettiva* di vantaggi compensativi *certi*» [corsivo aggiunto]; GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo* (nt. 2), 518-519;

¹¹⁵ In questo senso si vedano i riferimenti a Denozza, Scognamiglio e Sacchi, riportati alla nota 10.

¹¹⁶ Già seguendo questa tesi si potrebbero riconoscere come legittime tutte quelle direttive a danno delle società figlie con cui la capogruppo si impegna ad eliminare integralmente qualsiasi danno dovesse verificarsi per effetto dell'esecuzione delle direttive medesime, fattispecie che, del resto, sarebbe facilmente confondibile con quella delle operazioni dirette *ex post* integralmente a riparare il pregiudizio alla partecipazione o al patrimonio sociale ex art. 2497, co. 1, c.c.; tuttavia, una recente dottrina ritiene che un'integrale compensazione del danno arrecato alle controllate, valutato ragionieristicamente, andrebbe riconosciuta solo nei gruppi non accentrati, *id est* nei gruppi paritetici, e non in quelli accentrati, distinzione che la disciplina bancaria non sembra porre; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci* (nt. 10), 88-89.

¹¹⁷ Cfr. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione* (nt. 17), 382, ove sono riportati numerosi esempi; secondo l'autore «è del tutto fisiologico, e anzi potremmo dire elemento fondamentale per la convenienza dell'organizzazione di gruppo, che vantaggi e svantaggi dell'appartenenza allo stesso siano temporalmente sfasati. Ciò è tanto vero che si potrebbe spesso parlare di "vantaggi compensativi *differiti*", atteso che essi sono quasi sempre futuri e incerti. Oggi la controllante impone, alla controllata A, il rilascio di una garanzia a favore della società sorella B, per poter così ottimizzare la gestione finanziaria del gruppo e compensare, magari *tra due anni*, la società garante con un finanziamento agevolato».

che le eseguono, rivelandosi solo in un momento successivo dannose per alcuni attori del gruppo, prima, ed eventualmente per il gruppo nella sua totalità, poi; anche in tali ipotesi, pertanto, sarebbe opportuno che la valutazione degli amministratori – sia della capogruppo che delle controllate – abbracciasse un orizzonte temporale più coerente con una visione dinamica dell'impresa di gruppo e con la possibilità di operare gli adeguati aggiustamenti e cambi di rotta nella gestione dei vari patrimoni sociali “aggregati in gruppo” a seguito di un costante monitoraggio sui risultati attesi dall'attività.

Pertanto, secondo un'interpretazione più liberale¹¹⁸, maggiormente compatibile con l'obiettivo di incentivare un esercizio *fisiologico e continuo* dell'attività di direzione e coordinamento condotta nel rispetto di principi *lato sensu* di correttezza gestionale (rilevanti sul piano *e* dell'organizzazione *e* della produzione dell'azione del fenomeno associativo di gruppo), sarebbero legittime (o vincolanti nel caso di contratto) anche le direttive *immediatamente o potenzialmente* pregiudizievoli purché sia *ragionevolmente prevedibile ex ante e agevolmente verificabile ex post* che il danno venga sostanzialmente¹¹⁹ neutralizzato da un vantaggio futuro.

Certamente questa soluzione renderebbe più incerto il conseguimento dell'obiettivo dell'equa ripartizione dei vantaggi e dei costi generati dalla partecipazione all'organizzazione di gruppo, ma non si può negare che l'ordinamento già prevede un rimedio (ossia la responsabilità) per il caso in cui dal confronto di tutta la documentazione informativa risulti che questo scopo non sia stato (o non possa più essere) raggiunto e che ciò sia dipeso da abuso del potere direzione e coordinamento.

In questa prospettiva, non sarebbe necessario, salvo diversa ed espressa previsione contrattuale, che il vantaggio prospettato venga ottenuto entro termini massimi predeterminati¹²⁰.

Sarebbe piuttosto sufficiente che i tempi di realizzazione del beneficio siano tali (i) da non compromettere la continuità aziendale delle società etero-gestite – tenuto conto degli effetti negativi che alle stesse derivano, sia in prospettiva statica che in quella dinamica, dalla politica di gruppo – e siano (ii) adeguatamente verificabili con strumenti che consentano alla capogruppo di modificare tempestivamente le proprie strategie e alle controllate (o ai loro soci e creditori esterni) di attivarsi per rimediare ai torti subiti¹²¹.

¹¹⁸ Cfr. Montalenti, Tombari, Valzer, Maugeri e la giurisprudenza indicata alla nota 10.

¹¹⁹ Con l'avverbio sostanzialmente si vuole evocare una valutazione che guardi alla manifesta sconvenienza economica dell'operazione infragruppo, di modo da evitare tutte quelle operazioni che possano presumibilmente compromettere la continuità aziendale delle imprese etero-gestite. Come verrà esposto nel testo, il criterio utilizzato nel t.u.b. per orientare la gestione delle provviste finanziarie di gruppo a seguito della stipula di un accordo infragruppo (ma, ritengo, anche in sua assenza) è quello della regolare solvibilità della società che concede e di quella che beneficia del sostegno finanziario, il che costituisce presupposto principale ai fini della stabilità del gruppo.

¹²⁰ Per esempio, entro il termine di un anno come in Germania; tre anni come generalmente vale nell'elaborazione di *business plan*, tesi proposta da VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione* (nt. 17), 388.

¹²¹ Secondo quest'ottica visuale, grande rilievo sistematico hanno le disposizioni di cui agli artt. 2497, co. 2 e 3, c.c.

Se è vero, seguendo l'orientamento prevalente [*ex multis*, MAUGERI, *Partecipazione sociale* (nt. 7), 372 ss., partic. 379; ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche* (nt. 6), 388], che il comma terzo va inteso come espressivo della facoltà (*rectius* onere per non incorrere in responsabilità) della capogruppo di reintegrare il danno subito dai soci e dai creditori delle società dominate per il tramite di queste ultime, che provvederanno (col sostegno della *holding*) ad eliminare la lesione al valore e alla redditività della partecipazione sociale e all'integrità del patrimonio sociale, venendo così meno l'interesse ad agire ai sensi dell'art. 2497 c.c., è altrettanto vero che potrà rientrare tra i doveri degli amministratori delle controllate (arg. ex co. 2) quello di attivarsi per chiedere all'impresa madre una compensazione tale da poter evitare quantomeno l'aggravamento dei danni sorti in attuazione di una precedente direttiva. Per una diversa interpretazione del comma terzo dell'art. 2497 c.c. cfr. VALZER, *Le responsabilità da direzione* (nt. 17), 37 ss., 52 ss., partic. 48, in cui si afferma che, come il socio subisce un danno riflesso a causa dell'abuso della *holding*, così anche questa dovrà sopportare la fuoriuscita di un'altra quota del patrimonio della società

Non può ritenersi che quest'ultima soluzione vada a oscurare del tutto gli interessi direttamente coinvolti nella gestione del patrimonio delle società etero-gestite, destinatarie di istruzioni concretamente o potenzialmente pregiudizievoli, giacché la legge non ammette in nessun modo che le operazioni infragruppo siano, guardando all'effetto complessivo dell'attività, vantaggiose o, al contrario, dannose per alcune solamente tra le società aderenti, essendo necessario che tutte quante subiscano lo stesso trattamento; in fondo, la tematica dell'interesse di gruppo può essere analizzata seguendo gli stessi percorsi di chi ha affrontato il problema dell'interesse sociale¹²², con la conclusione che non esiste un unico interesse di gruppo distinto da chi nel gruppo opera, riferendosi piuttosto l'espressione al vincolo di *solidarietà* che connette gli interessi di tutti i partecipanti in quanto autonomi centri di profitto e che impone alla capogruppo di non estrarre dal gruppo benefici privati scaricando ingiustamente (ossia in violazione dei principi di cui all'art. 2497 c.c.) i costi su una o più società.

Tutte queste conclusioni possono trovare conferma nella disciplina delle condizioni per la concessione del sostegno finanziario infra-gruppo, elemento che, a sua volta, dimostra, da un lato, la portata trans-tipica di tali principi, valevoli in linea di massima anche per i gruppi non fondati su un accordo o, ancora, per i gruppi cooperativi (*rectius* diretti da almeno una cooperativa), e, dall'altro lato, l'atteggiamento di favore verso meccanismi di soluzione dei conflitti di gruppo basati su *standard* come quello prospettato dalla nota dottrina francese *Rozenblum* o come il principio inglese di *wrongful trading*¹²³.

direttamente danneggiata a favore del socio leso, di modo che la *holding* stessa possa sopportare un danno riflesso.

¹²² Il riferimento è agli studi citati alla nota 133 del capitolo I. Invero, si potrebbe sostenere che l'interesse di gruppo evochi un problema simile a quello dell'abuso di maggioranza, poiché l'art. 2497 c.c. sembra sanzionare l'attività di direzione strategica lesiva nei confronti dei soci e dei creditori seppur le medesime condotte abusive (es. di storno di ricchezza da una società figlia all'altra) abbiano arrecato vantaggio alla capogruppo o, in ogni caso, non abbiano alterato la stabilità patrimoniale e finanziaria complessiva di gruppo; in realtà, l'interesse di gruppo non coincide con l'interesse della capogruppo, ma può identificarsi come l'interesse di tutte le società del gruppo, da realizzare entro un orizzonte non ricollegato a singoli atti ma al risultato complessivo dell'attività di gruppo; la normativa del testo unico sembra confermare questo assunto. Nello stesso senso, recentemente, cfr. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 136 ss., partic. 159 e 150, ove ritiene che l'antinomia tra l'interesse sociale e l'interesse di gruppo sia più apparente che reale, giacché «deve osservarsi come l'allineamento delle varie componenti dell'interesse sociale in ambito bancario e finanziario si colga appieno solo in una prospettiva di medio-lungo termine: unico orizzonte in cui l'interesse alla redditività dell'iniziativa imprenditoriale per i soci finisce per convergere con l'interesse degli altri *stakeholders* [soprattutto degli aderenti al gruppo] a una stabilità patrimoniale e finanziaria adeguata a presidio delle rispettive istanze [...]». Non sembra invece consentita l'impostazione di accordi di *financial assistance* idonei a compromettere sin da principio gli interessi alla redditività e alla solvibilità delle imprese aderenti anche nel lungo periodo».

¹²³ Cfr. Cour cass., 4 febbraio 1985, in *Rev. trim. dr. com.*, 1985, 827 ss.; Cour cass., 3 aprile 1990, in *Rev. soc.*, 1990, 625 ss. Secondo la dottrina cd. *Rozenblum*, espressa dalla citata giurisprudenza francese, se gli amministratori di una società di gruppo perseguono una politica di gruppo non coperta, all'interno della società, dal principio di discrezionalità imprenditoriale, il loro comportamento non è illegittimo quando: (i) il gruppo è strutturato in maniera stabile; (ii) le società del gruppo sono coinvolte in una politica di gruppo coerente e protesa al medio-lungo termine; (iii) gli amministratori possono ragionevolmente assumere che i danni (compresa la perdita di *chances*) derivanti dalla politica di gruppo sono compensati da equivalenti vantaggi in un periodo di tempo ragionevole; non rientrano fra i danni suscettibili di essere compensati quelli che mettono a repentaglio l'esistenza stessa della società; con riguardo allo standard del *wrongful trading* cfr. GOWER - DAVIES, *Principles of modern company law*, London, 2012, 232; EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *A proposal* (nt. 8), 19, 34: «it is based on the general concept that a company should not run its affairs in a manner that is 'unfairly prejudicial' to the interests of its membership, whether its members in general or part of them. This provision is not specific to the group context but applies to all company affairs. It only protects the shareholders, not the other stakeholders. With respect to creditor protection, the concept of 'wrongful trading' is central [...] This is an example of the general duty of care of directors, meaning that diligent company directors—or diligent businessmen in general—should not have continued to trade and put the company's counterparties in danger when they knew, or ought to have known, that the company was likely to become insolvent and

Infatti, ai sensi dell'art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b. l'assistenza finanziaria può essere concessa: se si può *ragionevolmente* prospettare che il sostegno fornito ponga *sostanziale rimedio alle difficoltà finanziarie* del beneficiario (lett. a); se, conseguentemente, il sostegno è diretto a *preservare* la stabilità finanziaria del gruppo nel suo complesso o *anche solo* di una delle società del gruppo *ed* è nell'interesse della società che lo fornisce (lett. b); se il sostegno non minaccia la stabilità del sistema finanziario, in particolare nello Stato comunitario in cui ha sede la società del gruppo che fornisce il sostegno (lett. f).

Interessante è, poi, analizzare le disposizioni della medesima norma che individuano con precisione l'interesse della società chiamata a fornire il sostegno.

In questo senso, viene disposto che: il corrispettivo delle prestazioni dev'essere determinato conformemente ai criteri indicati nell'accordo (lett. c); vi dev'essere la *ragionevole aspettativa*, «sulla base delle informazioni a disposizione dell'organo amministrativo della società che fornisce il sostegno al momento dell'assunzione della relativa decisione, che sarà pagato un corrispettivo *e rimborsato* il prestito da parte della società beneficiaria [...] ovvero che, nell'ipotesi in cui il sostegno sia fornito in forma di garanzia reale o personale e questa sia escussa, sarà possibile *recuperare per intero*, anche in via di surroga o regresso, capitale, interessi e spese» [enfasi aggiunta] (lett. d); la concessione del sostegno non deve compromettere la *liquidità* o la *solvibilità* della società chiamata a prestarlo e, se anche quest'ultima si trovi eventualmente in una fase di difficoltà finanziaria, è necessario che il sostegno non ne pregiudichi la *risolvibilità* (lett. e, lett. h); in ogni caso, la società che fornisce il sostegno deve rispettare i requisiti patrimoniali previsti dal regolamento CRR e dalla direttiva CRD IV (lett. g).

Mettendo da parte i riferimenti alla stabilità del sistema finanziario e al rispetto della normativa sul patrimonio di vigilanza (lett. g, lett. f), mi sembra che tutte le altre disposizioni regolanti le condizioni per il rilascio del sostegno finanziario mirino a salvaguardare esigenze comuni nell'ambito della gestione dei flussi finanziari di ogni tipo di gruppo riconosciuto dall'ordinamento, in fondo dettando una disciplina analitica idonea a rendere maggiormente effettivo il principio di corretto finanziamento del gruppo al di fuori dei casi dei finanziamenti *downstream* a favore di società sottocapitalizzate di cui all'art. 2497-*quater* c.c.

Ma l'analisi non si arresta qui coinvolgendo anche i profili organizzativi dell'attività di gruppo oltre che quelli *stricto sensu* operativi, con particolare riferimento alla competenza ad approvare gli accordi infra-gruppo e a darvi esecuzione, nonché ai flussi informativi ascendenti e discendenti utili ai fini di un corretto esercizio del potere di direzione strategica.

In controtendenza rispetto al carattere paternalistico della complessiva opera di riforma della legislazione bancaria, avviata nel tentativo di arginare o prevenire crisi sistemiche anche attraverso strategie di *governance* improntate all'accentramento delle funzioni gestorie in capo all'organo con funzioni di supervisione strategica, l'art. 69-*duodecies*, co. 5, lett. a, t.u.b. stabilisce che l'accordo «è sottoscritto da ciascuna parte

would not be able to honour its debts. In case of 'wrongful trading', the creditors' recourse may be extended to the parent, if the latter acted as a 'de facto' or 'shadow' director,¹⁵⁴ being held to the same obligations as the 'de iure' director of the subsidiary. This may happen when the parent became active as a director of the subsidiary though not having been appointed in that capacity and nevertheless actively managing the business of the subsidiary. The additional liability is not specific to group law: even in a small company the main shareholder may incur this liability if he started taking over the management of the company, though not having been formally appointed as director. As a de facto director, he may moreover be liable for 'wrongful trading' by not stopping the activity of the company even though it was bound to fail. In the group context, this liability may co-exist with that of the subsidiary's directors, who, at the demand of the parent, engaged in business activities that were too risky: they should have refused its demand, and if not, they may be held liable».

nell'esercizio della propria autonomia negoziale e in coerenza con le eventuali ¹²⁴ direttive impartite dalla capogruppo».

Il significato della disposizione è chiarito principalmente dal successivo art. 69-*quaterdecies* t.u.b., che attribuisce la competenza ad approvare il progetto di accordo all'assemblea straordinaria di ciascuna società potenzialmente aderente, «unitamente a un parere predisposto dai componenti indipendenti dell'organo amministrativo sull'interesse della società ad aderire all'accordo nonché sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle relative condizioni».

La norma, oltre a ricalcare una delle strade seguite dal Regolamento Consob 2010 in materia di operazioni con parti correlate ¹²⁵, riserva all'assemblea una decisione che – seppur afferendo alla gestione dell'attività in funzione della prevenzione della crisi, ambito in cui più di ogni altro rileva la *tempestività* dell'intervento conformemente al canone di efficienza gestionale – incide sulla struttura finanziaria della società e sugli interessi da essa primariamente toccati, quelli, cioè, dei portatori di pretese residuali sul patrimonio sociale.

Se all'interno delle società bancarie il legislatore rimette alla volontà dei soci una materia così importante per la sana e prudente gestione qual è la stipula di accordi di sostegno finanziario infragruppo, a maggior ragione nelle società di diritto comune, dove più ampio è il raggio di azione riconosciuto ai primi, può non sembrare peregrino affidare la competenza a stipulare contratti di direzione all'assemblea; ciò valendo sia per l'assemblea di società per azioni (art. 2497-*septies* c.c.) che per quella di società cooperativa (art. 2545-*septies* c.c.) ¹²⁶.

¹²⁴ Dato che, a mio avviso, starebbe a indicare la possibilità che l'accordo di gruppo si perfezioni in costanza di attività o, in alternativa, fondi l'attività di direzione e coordinamento; cfr. LAMANDINI, *Il gruppo bancario* (nt. 75), 677. Nello stesso senso espresso nel testo cfr. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 94, secondo cui la prospettiva di «tendenziale impermeabilità gestionale della banca (atomisticamente intesa) rispetto alla potenziale influenza dei suoi soci [...] si sovverte nei casi in cui l'impresa creditizia prenda parte a un gruppo di settore nella veste di società eterodiretta».

¹²⁵ Ci si riferisce all'ipotesi di operazioni con parti correlate di maggiore rilevanza allorché gli amministratori indipendenti abbiano espresso parere negativo sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle operazioni, dovendo in tal caso pronunciarsi l'assemblea col voto favorevole della maggioranza dei soci non correlati (cd. *whitewash*); cfr. artt. 7, 8 e 11 del Reg. Consob n. 17221 del 12 marzo 2010. Con riguardo alla disciplina dei soggetti collegati nelle società bancarie cfr. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 109 ss.

L'equivalenza funzionale tra le disposizioni di cui all'art. 69-*quaterdecies* t.u.b. e quelle di cui al menzionato regolamento dovrebbe trovare conferma all'art. 69-*septiesdecies* t.u.b., che disapplica espressamente alle decisioni di approvazione e di attuazione dell'accordo di finanziamento la disciplina delle operazioni con parti correlate di cui all'art. 2391-*bis* c.c. e del conflitto d'interessi ex art. 53, co. 4, t.u.b.; così sempre SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 117, secondo cui «un ingessamento eccessivo dell'operatività bancaria con soggetti appartenenti al medesimo gruppo potrebbe precludere lo sfruttamento delle opportunità che la comune afferenza alla medesima aggregazione imprenditoriale offre in un sistema creditizio asfittico e sempre più concentrato»; l'autore [148 ss.], tuttavia, attraverso il ricorso alla riduzione teleologica, ritiene comunque di applicare ai gruppi bancari l'obbligo di astensione ex art. 53, co. 4, t.u.b., argomentando la soluzione in virtù della mancanza di tutele alternative nel caso di accordi bancari infragruppo; diversamente, ritengo che la soluzione prescelta dal legislatore nel caso dell'assistenza finanziaria sia quella di garantire una piena autonomia d'impresa esercitata in regime di trasparenza, strada alternativa a quella dell'obbligo di astensione; LAMANDINI, *Il gruppo bancario* (nt. 75), *ibidem*.

Sull'utilizzo della disciplina delle *related party transactions* quale possibile tecnica di regolazione dell'attività di gruppo in ambito comunitario e in diritto comparato, cfr. EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *A proposal* (nt. 8), 20 ss.; ENRIQUES – HERTIG – KANDA, *Related-party transactions, The Anatomy of Corporate Law* (nt. 98), 154 ss.

¹²⁶ Con riferimento alle società cooperative cfr. PINTO, *Le competenze legali* (nt. 15), 61, secondo cui la competenza assembleare è necessaria quando un'operazione implica il rischio «di compromissione delle condizioni di base dell'attività mutualistica, da misurarsi in relazione al criterio *essenzialmente* qualitativo, del rapporto fra la singola operazione e le sorti dell'impresa come gestione di servizio»; *contra*, propendendo a favore della competenza dell'organo amministrativo in virtù della norma residuale di cui all'art. 2380-*bis* c.c., SANTAGATA, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (nt. 3), 472; considera

Il legislatore *speciale*, pertanto, sembra inquadrare l'approvazione del progetto di accordo infragruppo tra le decisioni cd. di interesse primordiale¹²⁷, in grado di incidere sulla struttura della società (in particolare alterando il funzionamento delle regole sul capitale sociale e sulla distribuzione del patrimonio netto) o, in alternativa, tra la decisioni che comportano una modifica sostanziale dell'oggetto sociale (arg. ex art. 2361, co. 1, c.c.): più in generale, tra le *competenze legali (oggi non più¹²⁸) implicite dell'assemblea*.

Il dato di diritto positivo si pone certamente in antitesi alle tesi di chi in materia di accordi di gruppo ha sostenuto, per un verso, la necessaria competenza dell'organo amministrativo in quanto esclusivo responsabile della gestione dell'impresa (art. 2380-*bis* c.c.)¹²⁹; per altro verso, la competenza degli amministratori nel caso in cui il contratto venisse stipulato in presenza di una situazione di controllo preesistente¹³⁰; per altro verso ancora, il semplice dovere dell'organo amministrativo di sottoporre, al fine di evitare di incorrere in responsabilità verso la società, l'accordo all'assemblea ordinaria, fermo restando il riparto di competenze fissato dagli artt. 2364, co.1, n. 5 e 2380-*bis* c.c.

¹³¹

Piuttosto eccezionale può apparire, invece, la negazione del recesso a favore del socio che non abbia concorso all'approvazione assembleare del progetto di accordo, che va spiegata in ragione dell'esigenza di garantire la stabile disponibilità dei fondi raccolti dalle banche partecipanti, non estranea al mondo delle società bancarie, specialmente se cooperative (cfr. art. 28, co. 2-*ter*, t.u.b.); al di fuori di tali ragioni, la stipula di un accordo associativo di tal genere potrebbe nelle società di diritto comune costituire una causa di recesso (cfr. art. 2497-*quater*, lett. c, c.c.).

Una volta approvato l'accordo, da un lato, lo stesso può essere revocato dall'assemblea straordinaria prima del verificarsi dei presupposti per l'intervento precoce¹³², mentre, dall'altro lato, la «competenza a decidere sulla concessione e sull'accettazione del sostegno finanziario spetta all'organo amministrativo», che sarà tenuto a motivare la

opportuno ma non necessario l'intervento dell'assemblea straordinaria LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo* (nt. 17), 1112 ss.; si vedano anche le note successive.

¹²⁷ Con riguardo al problema specifico dei gruppi cfr. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 152 ss.; PORTALE – DACCÒ, *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata* in *Riv. dir. priv.*, III, 2006, 463 ss.; con riguardo al problema generico, a favore delle competenze gestorie implicite dell'assemblea straordinaria cfr. PORTALE, *Rapporti fra organo gestorio e assemblea nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario* (nt. 7), II, 5 ss.; MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nelle s.p.a.* in *Riv. soc.*, 2013, 336 ss., partic. 406 ss.

¹²⁸ *Prima facie* per le sole società bancarie; per quelle di diritto comune, invece, potrebbe continuarsi a parlare di competenza assembleare implicita.

¹²⁹ SANTAGATA, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (nt. 3), *ibidem*; già in ID, *Il gruppo paritetico* (nt. 3), 239 ss., partic. 250-251.

¹³⁰ Cfr. TOMBARI, *Diritto dei gruppi* (nt. 2), 153, che distingue tra accordi stipulati in assenza o in presenza di una situazione di controllo da possesso partecipativo. Nel primo caso, le basi della società (e le condizioni originarie dell'investimento) non sarebbero ancora pregiudicate; spetta quindi all'assemblea pronunciarsi sulla stipula di un patto in grado di alterare profondamente l'organizzazione della società, che subirà così l'ingerenza della (o delle) capogruppo.

¹³¹ Preferiscono ravvisare un dovere, conforme ai principi di buona fede e correttezza, degli amministratori di interpellare l'assemblea ordinaria ai fini di una raccomandazione o di un parere Cfr. ABBADESSA – MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.* in *Riv. dir. soc.*, 2010, 269 ss., partic. 310 ss.; ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione nella società per azioni: dal codice alla riforma*, in *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, a cura di A. Sarcina e J.A. García Cruces, Bari 2010, 73 ss.

¹³² In tal caso, la revoca diverrà efficace solo dopo che sarà stato approvato un piano di risoluzione individuale (se l'appartenenza al gruppo sia derivata dalla sola partecipazione all'accordo) o di gruppo, che tenga conto del mutamento delle circostanze (cioè dello stato di solidità patrimoniale e/o finanziario della banca a seguito dello scioglimento del rapporto negoziale) oppure solo dopo decorsi dodici mesi dalla revoca stessa (art. 69-*quaterdecies*, co. 4, c.c.). Da notare che la norma esclude espressamente il recesso solo per l'approvazione del progetto e non anche per la sua revoca, ragion per cui ci si potrebbe chiedere se quest'ultima dia luogo al recesso ex art. 2497-*quater*, lett. c, c.c.

decisione adottata in concreto tenuto conto sia della presenza o meno delle condizioni previste dall'art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b. sia del più generale obbligo di trasparenza di cui all'art. 2497-*ter* c.c. (cfr. artt. 69-*quaterdecies*, co. 2, e 69-*duodecies*, co. 2, t.u.b.); ciò anche in considerazione del dovere del suddetto organo di riferire all'assemblea annualmente ogni dato utile, sintetico e analitico, in merito all'esecuzione dell'accordo.

Non bisogna, inoltre, dimenticare che la gestione del gruppo implica la predisposizione di flussi informativi adeguati a supportare le valutazioni alla base della concessione di un sostegno finanziario, con particolare riferimento alle informazioni idonee a giustificare un corrispettivo per l'assistenza finanziaria di valore diverso da quello ricavato attraverso l'applicazione di criteri di mercato (art. 69-*duodecies*, co. 5, lett. c, t.u.b.), nonché a quelle utili a ingenerare in capo agli amministratori della società che concede il sostegno la ragionevole aspettativa che le risorse a questa sottratte verranno in futuro restituite entro tempi e modalità tali da non pregiudicare la stabilità della società medesima e, indirettamente, del gruppo (art. 69-*quinquiesdecies*, co. 1, lett. d, t.u.b.).

Proprio per questo motivo, l'art. 69-*duodecies*, co. 5, lett. b, stabilisce che le «parti chiamate a fornire sostegno finanziario devono essere *pienamente informate sulla situazione dei beneficiari*» prima di decidere di prestarlo [corsivo aggiunto].

Il riconoscimento a favore dell'organo amministrativo di una società aderente all'accordo di un diritto a ricevere dalla capogruppo (o dalle altre società se a concedere l'assistenza è proprio la capogruppo) tutte le notizie rilevanti in ordine allo stato, attuale e prospettico, della società potenzialmente destinataria dell'assistenza è strettamente connesso con l'obbligo di riferire periodicamente all'assemblea sull'andamento dell'attività espletata e dei sostegni concessi alle altre società del gruppo.

Non sembra che il diritto/dovere di ricevere (e procurarsi) le informazioni utili per valutare il rispetto delle condizioni che presidiano al corretto esercizio dell'attività di gruppo (*id est* alla corretta realizzazione degli interessi in essa coinvolti) sia temporalmente limitato al momento antecedente alla concessione del finanziamento: l'informazione nel gruppo dev'essere continua, come del resto sostenuto da quella parte della dottrina che ha cercato di allargare le maglie di applicazione dell'art. 2497-*ter* c.c.¹³³; all'autonomia privata è rimesso, poi, il compito di individuare il tipo di informazioni dotate di maggiore significatività e le modalità più efficaci per la gestione delle stesse ai fini del rispetto della disciplina legale.

Vero e proprio carattere di eccezionalità, invece, sembrano rivestire le deroghe contenute all'art. 69-*septiesdecies* t.u.b.

In primo luogo, nel caso di accordi di assistenza finanziaria stipulati tra banche, non si applica la recente regola di matrice istituzionalistica sul conflitto d'interessi nelle società bancarie, che impone agli amministratori e ai soci portatori di un interesse in

¹³³ La norma sull'obbligo di motivazione è strumentale a far emergere l'eventuale mutamento, per effetto della direzione e coordinamento, delle condizioni di rischio originariamente sussistenti all'atto dell'investimento in capitale di rischio o di credito; è, pertanto, mezzo tecnico per verificare che l'agire di gruppo contemperì adeguatamente gli interessi dei soci esterni e dei creditori delle controllate, per valutare, in sintesi, *sia* la correttezza *sia* la convenienza delle situazioni ingeneratesi in virtù dell'appartenenza al gruppo; cfr. PENNISI, *Art 2497-ter c.c.*, in *Le società per azioni* (nt. 5), 3067 ss., partic. 3076 ss., che invoca un obbligo di motivazione a carico sia della capogruppo e delle controllate per qualsiasi decisione *influenzata* dall'attività di gruppo, ritenendo, da un alto, che la violazione dell'obbligo comporti l'eventuale attivazione di rimedi risarcitori e, dall'altro lato, che non tutte le delibere influenzate verranno riportate nella relazione sulla gestione; similmente GIORGI, *Libertà di informazione* (98), 164 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo* in *Riv. dir. civ.*, VI, 2009, 757 ss., 764 ss., 768 ss., che, diversamente dai primi, qualifica la violazione dell'art. 2497-*ter* c.c. come un caso di non conformità della delibera (consiliare o assembleare) alla legge (artt. 2388 e 2377 c.c.); *contra* TOMBARI, *Diritto dei gruppi* (nt. 2), 58 ss., secondo cui la motivazione dell'influenza concerne solo le decisioni potenzialmente contrarie a i principi ex art. 2497 c.c. e relative a operazioni praticate a condizioni diverse da quelle di mercato.

conflitto con quello dell'impresa il dovere di astenersi (art. 53, co. 4, t.u.b.), né quella relativa alle operazioni con parti correlate, emergendo in relazioni a tali profili maggiori spazi di manovra per l'autonomia privata rispetto a quanto può valere per le società bancarie in generale, specie se tenute ad applicare la disciplina ex art. 2391-*bis* c.c.

A sostegno di tale scelta legislativa va evidenziato come non sia possibile ravvisare un interesse istituzionale di gruppo diverso dagli interessi delle società che ne fanno parte, né possa applicarsi il rigido divieto di astensione di cui all'art. 53 t.u.b. in ipotesi in cui il conflitto d'interessi risulterebbe a stretto rigore endemico e fisiologico; mentre, per converso, si applica la disciplina codicistica improntata alla trasparente procedimentalizzazione in sede collegiale di un conflitto originariamente interno e psicologico (art. 2391 c.c.), in coerenza con la maggiore autonomia di cui godono gli amministratori delle società di diritto comune; inoltre, la deroga alla disciplina o.p.c. risulta compensata dalla previsione di soluzioni organizzative alternative quali quelle offerte dall'art. 69-*quaterdecies* t.u.b.

Altro gruppo di norme da disapplicare in presenza di accordi tra banche di sostegno infragruppo è quello concernente la postergazione dei finanziamenti *downstream* di gruppo (artt. 2467 e 2497-*quater* c.c.).

Tuttavia, va ricordato, da un lato, che nelle società bancarie l'applicazione della disciplina sul patrimonio di vigilanza già prevede ordini di rimborso degli strumenti di raccolta dei fondi propri in grado di rimpiazzare efficacemente la regola codicistica della postergazione e, così, rendere ugualmente effettivo il principio di ragionevolezza del conferimento enunciato per le società di diritto comune.

Dall'altro lato e soprattutto, una parte della dottrina ritiene non applicabile l'art. 2497-*quinquies* c.c. ai gruppi contrattuali (o fondati sul controllo esterno), poiché «in mancanza di qualsiasi investimento, diretto o indiretto, nel capitale sociale della entità finanziata, la *holding* contrattuale non subisce alcun incentivo a orientarne le scelte gestorie verso la realizzazione di progetti altamente speculativi, né beneficia di quella asimmetria tra opportunità di profitto [...] e costo dell'insolvenza [...] la cui neutralizzazione costituisce il vero scopo della disciplina dei finanziamenti “anomali” dei soci»¹³⁴; per tali ragioni, potrebbe riconoscersi nella nuova normativa un principio generale in materia di gruppi, volto a disapplicare la regola di postergazione in presenza di accordi contrattuali regolanti il governo della finanza *del e nel* gruppo.

Infine, similmente a quanto stabilito con riferimento alle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, è affermata una totale esenzione da revocatoria ordinaria e fallimentare per tutti quegli atti compiuti in esecuzione dell'accordo¹³⁵.

11. *Conclusioni sul grado di autonomia privata riconosciuto alle società appartenenti a un gruppo bancario e sulla neutralità dei principi di corretta gestione del gruppo bancario (corretto finanziamento, vantaggi compensativi, stabilità) rispetto allo scopo-fine (lucrativo o mutualistico) perseguito da ciascuna entità ad esso aderente.*

Per concludere, è opportuno riportare in sintesi i risultati raggiunti in merito ai gruppi bancari, così da poterli affiancare a quelli riguardanti il gruppo di diritto comune, poter inquadrare meglio l'istituto del g.b.c. all'interno delle cornici sistematiche di

¹³⁴ Così MAUGERI, *Art 2497-quinquies c.c.* (nt. 107), 3113; già in ID, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti soci* in *Riv. dir. comm.*, 2008, 133 ss., partic. 149 ss.

¹³⁵ Con riferimento alla natura delle operazioni infragruppo praticate a condizioni diverse da quelle di mercato nell'ottica di un'eventuale applicazione dello strumento della revocatoria, si ritiene, inoltre, che nessuna di queste possa qualificarsi come atto gratuito, proprio perché il loro compimento avverrà in esecuzione di obblighi dedotti in contratto, trattandosi in un certo senso di atti di adempimento traslativo, il cui perfezionamento è, in presenza delle condizioni di cui all'art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b., doveroso.

riferimento e individuare nella tela disegnata dal legislatore gli spazi bianchi di disciplina che solo l'autonomia privata potrà colmare.

Pertanto, del controllo nelle banche e dei gruppi bancari è possibile predicare le seguenti conclusioni:

(i) la nozione di controllo di cui all'art. 23 t.u.b. include i casi di influenza dominante solitaria, congiunta e concertata;

(ii) l'esistenza di una fattispecie di controllo di cui all'art. 23 t.u.b. è funzionale all'applicazione della disciplina sulle partecipazioni rilevanti di cui all'agli artt. 19 ss. e sui gruppi bancari di cui agli artt. 59 ss. t.u.b.;

(iii) l'applicazione della disciplina sulle partecipazioni rilevanti può presupporre un'influenza dominante congiunta (o concertata), mentre quest'ultima nei gruppi bancari sembra strumentale a imputare il potere di direzione a una sola delle controllanti, ossia quella avente le caratteristiche indicate dall'art. 60 t.u.b.; a conferma di ciò, qualora l'influenza dominante (nei confronti di società strumentali) provenga da due banche o due capogruppo congiuntamente e in base ad accordi, le istruzioni di vigilanza escludono l'esistenza dei presupposti per l'attivazione della vigilanza consolidata;

(iv) se il senso degli artt. 59 ss. t.u.b. va colto nella sana e prudente gestione dell'impresa bancaria esercitata nella forma del gruppo di società, la soluzione più efficiente non può essere in definitiva che quella di individuare un unico referente per la Banca d'Italia che possa garantire il rispetto da parte di tutte le società del gruppo della normativa prudenziale imposta a fini di stabilità e del gruppo e del sistema complessivo;

(v) l'art. 61, co. 4, t.u.b. abilita la capogruppo di un gruppo bancario a emanare direttive vincolanti nei confronti degli amministratori della società etero-gestite comprese nel perimetro della vigilanza delineato dall'art. 65 t.u.b., in esecuzione delle istruzioni di Banca d'Italia, nell'interesse della stabilità del gruppo e nel rispetto dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria di cui all'art. 2497, co. 1, c.c.;

(vi) gli amministratori delle società etero-gestite sono tenuti a prestare la necessaria collaborazione e, in particolare, a fornire ogni dato e informazione utile per garantire un corretto esercizio dell'attività di gruppo anche sul piano degli obiettivi della vigilanza, così come hanno il potere/dovere di ottenere dalla capogruppo tutte le notizie idonee ad assolvere gli adempimenti di cui all'artt. 2497-bis, co. 3 e 4, e 2497-ter c.c. e, se stipulato l'accordo ex art. 69-duodecies t.u.b., a vagliare la presenza delle condizioni indicate dall'art. 69-quinquiesdecies come necessarie ai fini della concessione di un sostegno finanziario infragruppo;

(vii) il vincolo derivante dalle direttive si esprime soprattutto nell'applicazione della disciplina della vigilanza regolamentare, informativa e ispettiva, nonché nell'eventuale assoggettamento della capogruppo e, per converso, delle altre società del gruppo (o viceversa) alle procedure di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa, ancor prima al complesso meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie;

(viii) i poteri riconosciuti dal diritto comune alle società capogruppo (es. i poteri tipici del socio di controllo; i poteri di direttiva e d'ingerenza riconosciuti da un contratto avente efficacia obbligatoria ex art. 1372 c.c.), mantenendo fermi i loro effetti tradizionali, si rivelano nel settore bancario sia presupposti (art. 23 t.u.b.) sia strumenti per assicurare l'effettività della vigilanza consolidata (artt. 66-68 t.u.b.);

(ix) lo spazio di intervento entro il quale è concesso alla capogruppo di emanare direttive vincolanti è sovrapponibile con l'intera area di operatività che forma oggetto della direzione e coordinamento nei termini individuati dal codice civile;

(x) come affermato dalle stesse disposizioni di vigilanza, la normativa *speciale* e quella *generale* vanno integrate, in particolar modo vincolando il perseguimento dell'obiettivo di stabilità del gruppo all'osservanza dei canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale, del principio dei vantaggi compensativi ragionevolmente

prevedibili e accertabili, del principio del corretto finanziamento nell'ottica della liquidità, solvibilità e risolvibilità delle società finanziatrici e di quelle finanziate;

(xii) una conferma di tali conclusioni può ricavarsi dalla disciplina dei piani di risanamento e, soprattutto, degli accordi di sostegno finanziario infragruppo stipulati ai fini di un intervento precoce contenuta agli artt. 69-*quinquies*, 69-*duodecies* ss. t.u.b.;

(xiii) con essa il legislatore – pur ravvisandosi in astratto ragioni idonee a giustificare, da un lato, una maggiore compressione dell'autonomia privata rispetto a quanto potrebbe valere in costanza di esercizio fisiologico dell'attività e, dall'altro lato, l'accentramento dei poteri in ordine al governo della liquidità dell'impresa in capo all'organo di supervisione strategica – ha deciso di rimettere la scelta di aderire a patti di assistenza finanziaria all'assemblea straordinaria, previo parere degli amministratori indipendenti sulla correttezza e convenienza delle relative condizioni, per poi affidarne l'attuazione all'organo amministrativo, considerando la materia degli accordi infragruppo di grande impatto organizzativo, per non dire di “interesse primordiale” per le società bancarie (*a fortiori*, si potrebbe pensare, per le società di capitali di diritto comune, specialmente se s.p.a. o cooperative p.a.¹³⁶);

(xiv) nell'ambito delle misure di intervento precoce il testo unico bancario non solo affida, in sede di programmazione dell'attività di assistenza finanziaria, importanti spazi di manovra all'autonomia *negoziale*, concedendo voce alla compagine sociale in un contesto dove ormai sono stati drasticamente ridimensionati gli interessi degli azionisti (soprattutto in quanto investitori), ma regola altresì in maniera elastica l'espletamento dell'autonomia *operativo-gestionale*, vincolando la medesima al rispetto di ben individuate condizioni di correttezza sostanziale e procedurale;

(xv) in particolare, sia per l'esercizio *a monte* del potere di dirigere e coordinare la liquidità del gruppo sia per l'adozione *a valle* della decisione di concedere o meno il sostegno finanziario a una o più società del gruppo, gli amministratori degli enti in concreto coinvolti devono e possono ottenere tutte quelle informazioni utili a determinare il corrispettivo dell'assistenza, compatibilmente con le condizioni contrattuali, nonché a fondare la ragionevole (e verificabile) aspettativa, per un verso, di un risanamento dello stato di difficoltà della società beneficiaria e, per altro verso, della solidità patrimoniale e finanziaria del concedente in assenza della finanza erogata per effetto del sostegno e fino alla sua restituzione;

(xvi) depurando le disposizioni sul risanamento e sugli interventi precoci nei gruppi bancari da tutti i riferimenti alle finalità della vigilanza, sarebbe possibile ricavare alcuni spunti e soluzioni per interpretare (e, dunque, per meglio regolare e calibrare) non solo la disciplina dei contratti di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497-*septies* c.c., ma anche e soprattutto il più generale statuto dei gruppi di società di cui agli artt. 2497 ss. c.c. (e 2545-*septies* c.c.);

(xvii) invero qualora l'attività condotta attraverso un gruppo – sia esso lucrativo o cooperativo, gerarchico o paritetico – consista nell'accentramento della tesoreria delle società che ne fanno parte, o, ancora, nella produzione e fornitura di beni e servizi strumentali a tutte le società del gruppo a condizioni non di mercato, tenendo a mente che il gruppo è aggregazione solidale di interessi di autonomi centri di profitto in funzione del perseguimento di obiettivi imprenditoriali unitari, non si trovano ragioni per non applicare molte delle regole individuate dal testo unico in materia di accordi infragruppo, ivi compresa quella che sottopone – come accade, per esempio, nella fusione – il progetto di accordo all'assemblea straordinaria dei soci, essendo le stesse

¹³⁶ Il problema andrebbe risolto diversamente nel caso di società a responsabilità limitata, stante la riserva legale di competenza a favore dei soci per tutte le operazioni che modificano sostanzialmente l'oggetto sociale o che incidono in misura rilevante sui loro diritti ex art. 2479, co. 2, nn. 4 e 5, c.c.; così TOMBARI, *Diritto dei gruppi* (nt. 2), 126 ss., 187 ss.

totalmente in linea con i principi codicistici e con una visione comune del diritto dei gruppi prospettata dalla dottrina comparatistica europea;

(*xviii*) con riguardo ai gruppi cooperativi, verosimilmente, bisognerà interrogarsi se le direttive, in particolar modo quelle concernenti la messa a disposizione di risorse a favore di altre società del gruppo, andranno a pregiudicare le esigenze di continuità aziendale o, secondo il linguaggio bancario, di “solvibilità, liquidità e risolvibilità” dell’impresa in rapporto al perseguimento del scopo mutualistico;

(*xix*) guardando alle banche di credito cooperativo, occorrerà verificare se gli svantaggi derivanti dall’agire di gruppo possano pregiudicare irrimediabilmente la parità di trattamento tra i soci (art. 2516 c.c.) o lo scopo di concedere il credito in prevalenza a favore dei soci (art. 35 t.u.b.), nei limiti di quanto inteso dalla legge, dalle disposizioni di vigilanza, dal contratto di coesione e dagli statuti.

CAPITOLO III

LA NATURA DEL GRUPPO BANCARIO COOPERATIVO TRA RAGIONI DI SPECIALITÀ E PRINCIPI DI DIRITTO COMUNE

SOMMARIO: 1. I dubbi sulla natura (gerarchica o paritetica) del “gruppo bancario cooperativo”. Sintesi dei risultati raggiunti nei capitoli precedenti ai fini della risoluzione degli interrogativi posti dall’istituto ex art. 37-bis t.u.b. – 2. Il perimetro del gruppo bancario cooperativo: le ragioni della maggiore rigidità della fattispecie “g.b.c.” rispetto alla fattispecie “gruppo bancario”. Impossibilità di configurare una direzione “paritetica” o “gerarchica” in senso stretto. – 3. Il controllo alla luce dei principi contabili internazionali. La rilevanza multidisciplinare del controllo nel gruppo bancario cooperativo. – 4. I soggetti effettivamente concorrenti all’esercizio della direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo. Ratio della concertazione e possibilità di configurare un potere concertato o congiunto tra b.c.c. e altri soggetti soci della s.p.a. capogruppo. Irrilevanza della concertazione ai fini dell’imputazione del potere di direzione e del controllo. – 5. Il profilo funzionale del gruppo bancario cooperativo: l’oggetto della direzione e coordinamento e l’oggetto sociale della capogruppo. Cenni all’esistenza di una correlazione tra ambito (vigilanza/mutualità) della direzione e coordinamento e disciplina dell’esercizio del potere. – 6. (*segue*) La programmazione della direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo e il principio di proporzionalità. Incidenza del potere sui profili legati alla vigilanza prudenziale e sulla mutualità delle b.c.c. affiliate. – 7. (*segue*) L’attuazione della direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo. Conferma dell’incidenza del potere sugli obiettivi della vigilanza e sulla mutualità delle b.c.c. Interferenze tra il principio di proporzionalità e il principio dei vantaggi compensativi. Prime conclusioni. – 8. Fattispecie e disciplina dei poteri extra-assembleari della capogruppo d’ingerenza nella selezione dei membri degli organi sociali delle b.c.c. affiliate. Strumentalità dei poteri al rafforzamento del vincolo derivante dalla direzione e coordinamento e differenze con le azioni di finanziamento: un primo esempio di “partecipazione esterna” all’attività sociale. Riflessi sul tipo “banca di credito cooperativo”. – 9. Sintesi delle conclusioni raggiunte sulla natura del gruppo bancario cooperativo quale gruppo “paritetico” di diritto “singolare” e riflessi sul diritto comune dei gruppi contrattuali. Problemi aperti in materia di mutualità e di vigilanza sul gruppo bancario cooperativo.

1. *I dubbi sulla natura (gerarchica, paritetica, assenza di un gruppo in senso tecnico) del “gruppo bancario cooperativo”. Sintesi dei risultati raggiunti nei capitoli precedenti ai fini della risoluzione degli interrogativi posti dall’istituto ex art. 37-bis t.u.b.*

In quest’ultimo capitolo si cercherà di identificare la natura del gruppo bancario cooperativo per capire se si tratti di un gruppo *gerarchico* fondato su un contratto di dominio debole, di un’*integrazione legale sostanzialmente* parificabile a un’impresa multidivisionale¹ o, piuttosto, di un gruppo *“ibrido” o paritetico di diritto speciale* fondato su

¹ Si vedano gli intervenuti al Convegno “*Le disposizioni di vigilanza della Banca d’Italia in materia di gruppo bancario cooperativo*”, tenutosi a Napoli il 13 dicembre 2016; cfr. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo* (cap. I, nt. 44), 81 ss., che giustifica il controllo gerarchico in funzione delle mere esigenze della vigilanza, laddove altri, invece, sembrano riconoscere pieni poteri gerarchici alla capogruppo s.p.a. del g.b.c., in quanto vincolati a criteri spesse volte vaghi che ampliano notevolmente i margini di discrezionalità dell’entità posta al vertice del gruppo; si pensi, ad esempio, ai poteri extrassembleari di nomina e revoca degli organi sociali delle b.c.c., la cui analisi è rimandata al par. 8. La seconda posizione è di SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 199 ss., che, *da un lato*, qualifica il gruppo bancario cooperativo in termini di gruppo «solo apparentemente paritetico» o *sui generis* [205 ss.], che non muta la sua natura (*id est* non si trasforma da paritetico in gerarchico) nel momento in cui i poteri della capogruppo accordati dal contratto di coesione sono rafforzati dai diritti portati dalle azioni di finanziamento eventualmente emesse a favore della capogruppo, fondando in ogni caso il medesimo contratto un controllo [202] e, in definitiva, un «dominio debole» [227 ss.]. Sorprende, inoltre, la conclusione [9-16, 199 ss.], cui perviene l’autore citato, che – di fronte (i) all’obbligo di adesione al g.b.c. ai fini del mantenimento della licenza bancaria, (ii) al grado estremamente accentuato di solidarietà finanziaria intercorrente tra i membri del gruppo e derivante dal meccanismo di garanzia incrociata e (iii) all’esclusione espressa del recesso a favore dei soci ex artt. 2437, co. 1, lett. g, e 2497-*quater*, co. 1, lett. c, c.c. – ritiene che il g.b.c. non sia un gruppo «in senso tecnico» [213], rappresentando un «gruppo legale» [235], che «conferma la sensazione che ci si trovi dinanzi a un assetto formalmente di gruppo ma sostanzialmente talmente integrato da risultare (anche finanziariamente) unitario» [167], «un modello ibrido avente le sembianze di una banca unica multidivisionale e delocalizzata» [214], simile al rinnovato modello del gruppo *Rabobank* (su cui vedi il cap. I,

un contratto inquadrabile nella più generale fattispecie negoziale di cui all'art. 2545-*septies* c.c., seppur in grado di configurare, in casi eccezionali, un potere di controllo e, così, dar luogo a sovrapposizioni tra la fattispecie di cui all'art. 2497-*sexies* e quella di cui all'art. 2497-*septies* c.c.²

par. 7) in cui le banche cooperative sono confluite, sul piano giuridico, nell'unica banca cooperativa capogruppo, rinunciando alle rispettive licenze bancarie e divenendo «mere filiali locali dell'entità creditizia unica risultante dalla fusione» [197]. Pur essendo, in linea di principio, accoglibile l'idea che il g.b.c. sia un gruppo *legale*, non si condivide l'impostazione (a mio avviso) *sociologica* adottata da Sacco Ginevri, che nega l'esistenza di un gruppo in senso stretto nel momento in cui il g.b.c. non presenta le caratteristiche tradizionalmente ascritte ai gruppi dalla dottrina; orbene, ritengo che non è gruppo ciò che la dottrina ritiene di essere tale, essendo, semmai, alla legge affidato il compito di sancire cos'è gruppo e cosa, invece, non lo è e dovendo l'interprete cercare di comprendere se, al netto di eventuali ragioni di *specialità* o *eccezionalità*, siano cambiati in virtù dei recenti interventi normativi i confini della fattispecie di gruppo e di direzione e coordinamento, seguendo così un'impostazione *positivistica*. A ciò va aggiunta la sensazione che l'autore non riesca realmente a individuare i profili del g.b.c. che ne impediscono una qualificazione in termini di gruppo in senso stretto, atteso che non costituisce un elemento di novità un modello di gruppo costituito (o, in questo caso, imposto) tra enti giuridicamente indipendenti seppur sostanzialmente emanazione di un'impresa *finanziariamente* unitaria; e infatti, è lo stesso Sacco Ginevri ad affermare [44] che con riguardo al «contenuto essenziale della *direzione unitaria* consentito dall'ordinamento societario generale, si ritiene che esso [...] debba enuclearsi quantomeno in una *programmazione finanziaria unitaria* delle società dirette». Si veda la nota immediatamente successiva, ove sono riportate altre tesi che, sul piano della qualificazione della fattispecie e negli esiti applicativi, ricalcano la tesi di Santagata dell'esistenza di un gruppo *ibrido* dai caratteri spiccatamente *consortili*, che si reputa al momento quella più sviluppata e che, più di tutte le altre, merita di essere oggetto di un'attenta riflessione.

² Aderenti a questa corrente sono molti autori, anche se, in alcuni casi, accolgono soluzioni inclini a ravvisare nei fatti un radicale scolorimento dello scopo mutualistico delle b.c.c. affiliate al gruppo, ritenendo in definitiva che le b.c.c. diventeranno dei meri sportelli operativi della s.p.a. capogruppo; in tal senso, PAOLUCCI, *Più ombre che luci nella riforma delle banche di credito cooperativo*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 23 ss., che, con sospetto, identifica nel g.b.c. «una sorta di consorzio cooperativo in forma di s.p.a.»; GIANNELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo e la governance del gruppo*, ivi, 81 ss., che espressamente riconduce il g.b.c. al gruppo al *genus* dei gruppi paritetici di cui all'art. 2545-*septies* c.c.; TONELLI, *La riforma delle BCC del 2016: nuove (?) forme di integrazione tra imprese cooperative bancarie e vecchi sistemi*, ivi, 127 ss.; VITERBO, *Il contratto di coesione: flessibilità del modello e margini di esercizio di autonomia*, ivi, 141 ss., il quale parla di «modello giuridico-organizzativo che presenta sul piano applicativo un certo margine di flessibilità e complessità, tale da impedirne una sussunzione rigida tanto nel modello del gruppo verticale integrato quanto in quello del gruppo paritetico e da suggerirne piuttosto una collocazione a metà strada tra i due modelli»; CUOMO, *Poteri e doveri della "capogruppo" nel gruppo bancario cooperativo*, ivi, 162 ss., che reputa difficile inquadrare il g.b.c. radicalmente tra i gruppi gerarchici o tra quelli paritetici, preferendo piuttosto parlare di «eterodirezione da credito» scaturente da un contratto assimilabile in parte ai *covenants* finanziari e in parte ai consorzi-fidi, in forza della quale sarebbe possibile emanare direttive volte a stornare liquidità da una all'altra società del gruppo senza necessità di provvedere alla compensazione dei decrementi di ricchezza sofferti dalle controllate, «essendo in un certo senso la compensazione *in re ipsa* nella continuazione del sostegno finanziario, e dell'assistenza manageriale, all'impresa in crisi»; FORMISANI, *Il contratto di coesione: possibili inquadramenti sistematici*, ivi, 177 ss., per il quale il contratto di coesione «realizza un'interessante unione tra i contratti di cui all'art. 2497-*septies* e la tipologia ex n. 3) art. 2359 cod. civ., rendendo con tutta probabilità sussumibile quest'ultimo anche sotto la categoria civilistica del controllo mediante vincoli contrattuali»; COSSU, *L'obiettivo della ripatrimonializzazione nella riforma delle banche di credito cooperativo*, ivi, 191 ss., secondo cui il g.b.c. «presenta connotati consortili, così come profili solidaristici e di garanzia che lo accomunano al modello di gruppo consortile di coordinamento in generale, e al gruppo cooperativo paritetico in particolare, ma nel contempo è anche un modello di gruppo contrattuale non paritetico e asimmetrico nel quale la capogruppo esercita forti poteri di direzione e coordinamento»; AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico* (cap. II, nt. 71), 12 ss.: «Di primo acchito, verrebbe da pensare che trattasi di gruppo bancario gerarchico. Tuttavia, a una più attenta osservazione sembra emergere che l'anzidetta novella configuri la capogruppo capitalistica quale centrale direttiva di un gruppo cooperativo paritetico a carattere speciale ovvero ibrido, analogamente a quanto avviene, con gli opportuni distinguo, in taluni contesti stranieri assunti a modello di riferimento (in particolare, il gruppo olandese *Rabobank*, il gruppo austriaco *Raiffeisen Bankengruppe Österreich* e quelli francesi *Crédit Agricole* e *Banque Populaire et des Caisses d'Épargne*)».

Maggiormente propensi a qualificare il g.b.c. come gruppo paritetico di diritto speciale sono, seppur con diversità di accenti, LAMANDINI, *Nuove riflessioni* (cap. I, nt. 204), 64; LAMANDINI, *Il gruppo bancario* (nt. 75), 684 ss.; SANTAGATA, «*Coesione*» e *autonomia* (cap. I, nt. 43), partic. 30 ss.

L'analisi dovrà tener conto dei risultati raggiunti in precedenza, in particolare delle circostanze: (i) che il codice civile riconosce la legittimità di contratti di gruppo cooperativo paritetico che affidano il potere direzione strategica (anche solamente) a una *cooperativa*, nel rispetto dei principi di corretta gestione e organizzazione dell'attività di cui agli art. 2545-*septies* c.c. e 2497 ss c.c. e rimanendo ferma la meritevolezza di un governo esercitato attraverso un *veicolo societario* con scopo consortile (s.p.a. o s.r.l.); (ii) che l'ordinamento *speciale* bancario, da un lato, presuppone ai fini dell'applicazione della disciplina di cui agli artt. 59 ss. t.u.b. un'imputazione *solitaria* del potere di direzione e coordinamento del gruppo, suscettibile di vincolare gli amministratori delle società figlie nell'interesse della stabilità, in esecuzione delle istruzioni della Banca d'Italia e nel rispetto dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, equità e ragionevolezza; (iii) dall'altro lato e con possibilità di estendere la conclusione sul terreno del diritto societario comune, subordina il governo della struttura finanziaria e della liquidità del gruppo mediante un accordo di assistenza finanziaria infragruppo al rispetto di alcune condizioni minimali di corretta gestione tali da consentire di pregiudicare le società dirette a patto di non lederne le prospettive di "liquidità, solvibilità e risolvibilità"; (iv) che le soluzioni sub. ii e iii prescindono dallo scopo-fine (lucrativo e/o mutualistico) perseguito dalle singole entità aderenti al gruppo.

Tuttavia, non bisogna arrestarsi di fronte a questi dati: non sono solo i *tipi generali*, infatti, a plasmare gli statuti legali dei *tipi speciali*, bensì sono i secondi, il più delle volte a seguito dello sviluppo del diritto vivente, a intervenire sulla struttura dei primi, mantenendone e rinforzandone la tenuta ³.

Occorrerà, piuttosto, verificare: (i) se e in che misura la fattispecie e la disciplina del gruppo bancario cooperativo diverga dal gruppo gerarchico fondato sul controllo azionario o dal gruppo cooperativo paritetico contrattuale; (ii) se e in che misura la distanza tra l'uno e gli altri due più generali istituti debba essere fondata sui caratteri di specialità e di pubblicità che contraddistinguono le istanze sottese all'intervento normativo oggetto di analisi o possa, diversamente e contro ogni apparenza, costituire il tentativo puntuale del legislatore di legittimare l'utilizzo in contesti specifici di strumenti

In particolare il primo inquadra il gruppo bancario cooperativo tra i gruppi paritetici, argomentando la possibilità di affidare la direzione del gruppo a una società di capitali consortile – «purchè [...] partecipata e diretta dalle cooperative aderenti» [corsivo aggiunto] – sulla base, da un lato, della meritevolezza di un contratto di cui all'art. 2497-*septies* c.c. riproduttivo della disciplina del gruppo paritetico a eccezione della disposizione che affida la direzione a una o più cooperative e, dall'altro lato, dello stesso richiamo alla forma consortile contenuto nell'art. 2545-*septies* c.c.

Anche il secondo autore riconosce la possibilità di affidare la direzione di un gruppo cooperativo paritetico a una s.p.a. consortile (sia o meno lo scopo consortile espressamente indicato nella clausola relativa all'oggetto sociale); tuttavia ritiene, a differenza del primo [cfr. LAMANDINI, *Il gruppo bancario* (nt. 75), 685, ove parla di «natura contrattuale e non organica del controllo», che l'affidamento della direzione del gruppo bancario cooperativo (e, in generale, di un gruppo cooperativo *paritetico*) a una s.p.a. con scopo *lato sensu* consortile debba essere bilanciato da una necessaria concertazione delle decisioni strategiche da parte di tutte le b.c.c. etero-gestite e partecipanti al capitale della prima, distinguendo poi, in ragione della specialità della disciplina dettata dal t.u.b., tra ipotesi di direttive unilateralmente imposte poiché conformi alle esigenze della vigilanza e ipotesi di direttive concertate, in assenza di controllo, afferenti ai profili mutualistici della gestione delle singole b.c.c., di cui le stesse istruzioni di vigilanza farebbero salva – a detta dell'autore – l'autonomia.

³ In quest'ottica cfr. DI CATALDO, *Gli statuti speciali* (cap. I, nt. 136), 474, secondo cui la «fioritura di statuti speciali sembra accompagnare la dilatazione dell'ambito di applicazione del tipo azionario, e sembra porsi in funzione vicaria rispetto ad un'evoluzione del tipo generale. La fioritura di statuti speciali si presenta, cioè, come un prezzo da pagare quando si pone il modello azionario [o, nel nostro caso, il modello di gruppo] a disposizione di una fascia molto ampia di imprese. Questo ruolo, peraltro, può volgersi in due direzioni opposte, a seconda che la normativa speciale valga a soddisfare un'esigenza di sviluppo particolare (così che il suo varo viene a precludere, rendendola superflua, una ulteriore evoluzione del tipo generale), o venga, invece, a costituire una sorta di laboratorio per la sperimentazione di regole ed istituti che potrebbero poi essere generalizzati, cioè comunicati al tipo generale».

di per sé già messi a disposizione dell'autonomia privata in sede generale (artt. 1322, 2497, 2497-*septies*, 2545-*septies* c.c.).

Ciò posto, l'indagine non può che basarsi sull'identificazione della fattispecie, prima, e della correlata disciplina, poi.

2. *Il perimetro del gruppo bancario cooperativo: le ragioni della maggiore rigidità della fattispecie "g.b.c." rispetto alla fattispecie "gruppo bancario". Impossibilità di configurare una direzione "paritetica" o "gerarchica" in senso stretto.*

Iniziando dalla fattispecie, va messo subito in evidenza che l'art. 37-*bis* t.u.b. individua con precisione il perimetro del gruppo, affiancando ai già ben noti elementi di cui agli artt. 59 e 60 t.u.b. ulteriori elementi indefettibili, che, indubbiamente, irrigidiscono i contorni dell'aggregazione tra banche di credito cooperativo rispetto a quelli caratterizzanti la generalità dei gruppi bancari, già in sé più ristretti di quelli ricavabili dalla disciplina trans-tipica codicistica.

In tal senso, peculiare risulta la composizione del gruppo bancario cooperativo, poiché in esso il ruolo di capogruppo è rivestito *necessariamente* da una società per azioni autorizzata all'esercizio di attività *bancaria*, mentre la disciplina del gruppo bancario *tout court* si applica anche all'ipotesi in cui la direzione e il coordinamento vengano esercitati da una banca cooperativa o da una società finanziaria.

In verità, una duplice opzione è concessa all'autonomia privata nel caso dei soli gruppi bancari cooperativi cd. *provinciali*, ossia quei gruppi composti da b.c.c. aventi sede legale nelle province autonome di Trento e Bolzano, che possono essere diretti anche da una banca popolare, *fermo restando il limite massimo di attivo pari a otto miliardi a livello consolidato e un collegato limite minimo di duecentocinquanta milioni* (cfr. art. 37, co. 1-*bis*, t.u.b. e le NDVB, Pt. III, Cap. V, Sez. II, punto 5).

Ove si consideri, inoltre, che il requisito *minimo* di patrimonio netto di un gruppo bancario cooperativo è stato in generale fissato a un miliardo di euro, sarebbe possibile sin da adesso ricavare il fondamento di una scelta legislativa così invasiva per l'autonomia delle banche di credito cooperativo.

Infatti, nei gruppi *provinciali*, composti da b.c.c. legate tra loro da interessi omogenei per fattori legati a un comune contesto storico, economico, culturale e territoriale, i limiti imposti all'autonomia privata dal legislatore si rivelano ben più laschi di quelli affermati in relazione ai gruppi di cui all'art. 37-*bis*, co. 1, t.u.b.; ciò vale sia sul piano della scelta a opera dell'autonomia *negoziale* del *tipo* più idoneo all'esercizio della direzione strategica, sia sul piano dell'autonomia *operativa*, giacché il più blando limite minimo di patrimonio netto non esprime solamente una minore serietà dell'iniziativa volta a dar vita a un gruppo ma costituisce, altresì, una soglia minima posta per segnalare un livello adeguato di stabilità patrimoniale e finanziaria durante l'esercizio dell'attività di gruppo ⁴.

Per tutte le altre b.c.c. operanti in territori diversi da quelli di Trento e Bolzano, invece, il limite minimo di patrimonio evoca l'idea di un gruppo dimensionalmente più ampio, composto al suo interno da entità coinvolte in molteplici gestioni mutualistiche (e non solo), tra loro in posizione spesse volte conflittuale.

⁴ Cfr. la lett. f del punto 5 citato nel testo, regolante l'ipotesi di discesa del patrimonio netto al di sotto della soglia di duecentocinquanta milioni di euro. In tal caso l'autorità di vigilanza assegna un termine non superiore a dodici mesi per consentire il ripristino della struttura finanziaria del gruppo in conformità ai requisiti patrimoniali prudenziali. D'altro canto, lo stesso limite massimo fissato per le banche popolari costituisce un freno alla crescita dimensionale del gruppo provinciale.

Per la funzione assolta dai requisiti minimi patrimoniali imposti dalla legge ai fini dell'esercizio dell'impresa bancaria cfr. LA LICATA, *La struttura finanziaria* (cap. I, nt. 49), 106 ss., 173 ss.

Per tali ragioni, di fronte al necessitato – per effetto della riforma di cui alla l. n. 49/2016 – rischio che un cambiamento così repentino e invasivo dell'autonomia privata potesse tradire in radice gli obiettivi al medesimo sottesi – segnatamente quelli di rafforzare la *governance* e la *capacità finanziaria* delle b.c.c. nel tentativo di ridare linfa e vitalità a un modello creditizio reputato in ambito comunitario idoneo a rappresentare i valori del pluralismo bancario e a sostenere il finanziamento ai piccoli risparmiatori e alle pmi – il legislatore ha impedito che il ruolo di capogruppo potesse essere assegnato a una banca cooperativa, di cui sono già stati ampiamente trattati i problemi di carattere organizzativo e finanziario ⁵.

Infatti, una società per azioni assicura un controllo dei soci sulla gestione e tecniche di reperimento dei fondi per l'esercizio dell'attività bancaria più efficienti – *specialmente* ove la legge stabilisca che il capitale della capogruppo dev'essere normalmente posseduto in maggioranza dalle b.c.c. – rispetto a quanto può predicarsi per le società cooperative; inoltre, fino a oggi, l'organizzazione democratica e i tetti posti all'investimento hanno costituito più fattori di debolezza, nell'ottica della sana e prudente gestione creditizia e del cooperativismo di grandi dimensioni, che strumenti di realizzazione degli interessi mutualistici dei soci cooperatori.

Rimane fermo, inoltre, il fatto che la novellata disciplina delle società bancarie ⁶ si propone di impedire la remunerazione degli strumenti di raccolta di capitale primario tutte le volte in cui ciò comporti un abbassamento del patrimonio di vigilanza al di sotto dei livelli di adeguatezza prescritti dall'autorità competente, con ciò minando le funzioni ricondotte al cd. *going-concern capital*.

I profili d'interesse riguardano anche il lato di chi subisce il potere della capogruppo, ossia le banche di credito cooperativo, le quali, per un verso, sono assoggettate alla direzione e coordinamento della s.p.a. sulla base di un contratto e, per altro verso, partecipano al capitale della prima in misura maggioritaria, venendo, così, a configurare non già una *piramide rovesciata di controllo* in cui più società cooperative esercitano influenza dominante nei confronti di una sola entità lucrativa dipendente, bensì *due triangoli sovrapposti*, uno con al vertice la s.p.a. responsabile della direzione del gruppo e l'altro con al vertice le b.c.c. contemporaneamente etero-gestite e socie della prima: attingendo concetti dal mondo delle figure geometriche, sarebbe più corretto parlare di un gruppo a forma di *stella a sei punte tutte equidistanti dal centro*, proprio come se il dato della direzione *formalmente* solitaria fosse compensato da un *sostanziale* coordinamento delle politiche di gruppo tra le b.c.c. entro la società azionaria madre ⁷.

La previsione certamente si giustifica con l'intenzione di garantire un livello minimo d'*interdipendenza* (o *peer monitoring*) ⁸ tra i vari membri del gruppo bancario cooperativo, specie se si consideri che, nella sequenza temporale concernente il processo di costituzione di un gruppo, *prima* le b.c.c. danno vita all'impresa madre, *poi* quest'ultima predispone *unilateralmente* ⁹ il progetto del contratto di coesione con l'annesso accordo di garanzia infragruppo.

⁵ Si rinvia ai par. 1, 5, 6 e 7 del cap. I.

⁶ Si rinvia ai par. 3, 4 e 5 del cap. I.

⁷ Questo è quanto, appunto, sostenuto da SANTAGATA, *“Coesione” e autonomia* (cap. I, nt. 43), 6 ss. Parlano di piramide rovesciata in cui sono le controllate a partecipare nella capogruppo e non viceversa anche GIANNELLI, *La riforma* (nt. 2), 83; AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico* (cap. II, nt. 71), 23, per cui la “capogruppo” svolge più propriamente le funzioni consortili di un *genossenschaftlicher Hilfskonzern*. Così, a proposito delle reti bancarie cooperative austriache e tedesche, SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 194.

⁸ Si rinvia al par. 1 del cap. I.

⁹ Dall'analisi complessiva di quanto previsto dal testo unico bancario (art. 37-ter, co. 3) e dalle NDVB (Pt. III, Cap. V, Sez. V) emerge una deroga rispetto a quanto stabilito in materia di accordi di assistenza finanziaria infragruppo. Infatti, se questi ultimi devono essere approvati dalle assemblee straordinarie delle società del gruppo, il contratto di coesione è stipulato dalle b.c.c. secondo il meccanismo tipico dei contratti per adesione (art. 1332 c.c.), salvo, poi, il dubbio se tale adesione debba

In ragione dei mutati confini del tipo “b.c.c.”, che è ormai *per definizione* un tipo di “società di gruppo” come contrapposto alla “società monade”, l’interprete non si trova, molto banalmente, di fronte a una scelta di libera iniziativa economica privata¹⁰, ma di fronte a una *soluzione imposta* per assolvere ad obiettivi coerenti col progetto di Unione Bancaria Europea¹¹; perciò, la strada prescelta dal legislatore per garantire un ruolo proattivo delle b.c.c. nella gestione del gruppo va a riequilibrare l’invasivo intervento eteronomo che condiziona la sopravvivenza di tali banche all’appartenenza al gruppo medesimo.

Tuttavia, le caratteristiche del gruppo bancario cooperativo non si arrestano qui.

Per un verso, (i) nel g.b.c. sono compresi le società bancarie, finanziarie e strumentali *controllate* dalla capogruppo (art. 59 t.u.b.) ed eventuali *sottogruppi territoriali* facenti capo a una banca s.p.a. (l’equivalente di una *subholding*¹²), composti da b.c.c. aventi sede nella stessa regione o in regioni limitrofe e rappresentanti nel complesso almeno il 10 % dell’attivo del gruppo, rispetto ai quali la normativa di vigilanza non impone alcun vincolo di partecipazione al capitale della sub-capogruppo¹³; (ii) per altro verso, è fortemente ostacolato il rimedio dell’*exit* dal gruppo, ciò valendo sia per il socio (art. 2 l. n. 49/2016) sia per la b.c.c. (NDVB, Pt. IV, Cap. V, Sez. III, p. 2); ancora, (iii) l’art. 37-*bis*, co. 1, t.u.b. afferma che il potere contrattuale della capogruppo deve garantire «l’esistenza di una situazione di controllo come definito dai principi contabili internazionali adottati dall’Unione Europea».

Con riguardo alla prima osservazione (i), può *agevolmente* constatarsi come il gruppo bancario sia, *almeno in parte*, strutturato secondo il modello tradizionale *gerarchico* (artt. 23 e 59 t.u.b.) o, nel caso di sottogruppi, secondo un modello di gruppo contrattuale fondato su una direzione *congiunta* (tra capogruppo del gbc e capogruppo

essere decisa per ciascuna banca dall’organo amministrativo o se, invece, sia rimessa alla scelta dei soci, i quali, in ogni caso, esercitano il voto in ordine alle modifiche statutarie che vengono proposte in funzione del coordinamento dell’organizzazione societaria con l’organizzazione dell’attività di gruppo contenuta nel contratto di coesione e nello statuto della capogruppo s.p.a.

È anche vero che, da un lato, un’eventuale competenza dell’organo amministrativo della b.c.c. ad aderire al gruppo bancario cooperativo potrebbe fondarsi sulla circostanza, di non scarsa rilevanza, che l’essere in gruppo e l’agire come gruppo è profilo oggi intimamente legato al credito cooperativo inteso come *tipo societario* di diritto *speciale*, essendo l’adesione al gruppo condizione per il rilascio dell’autorizzazione amministrativa all’esercizio dell’attività bancaria (cfr. art. 33 t.u.b.); dall’altro lato, l’unilateralità della predisposizione dell’accordo è solo *formale*, poiché il suo contenuto è di fatto *concertato* tra tutte le b.c.c. che saranno verosimilmente le *uniche socie* partecipanti al capitale della s.p.a. *in sede di costituzione*.

Al riguardo, una parte della stampa quotidiana, in relazione alla costituzione dei due gruppi bancari cooperativi nazionali, gruppo diretto da ICCREA e gruppo diretto da Cassa Centrale Trentina), ha parlato di una vera e propria campagna elettorale promossa dalle due potenziali capogruppo per raccogliere il maggior numero di adesioni possibili; ZAPPONINI, *Bcc, tutti i dettagli sulla competizione fra Iccrea e Cassa Centrale*, 30 marzo 2017, reperibile su www.leformiche.net.

¹⁰ Che si riscontra, ad esempio, quando una grande impresa multi-divisionale si scinde in più società per tenere distinti i rischi propri di diversi settori di attività o quando, ancora, più società in origine distinte (sia giuridicamente che economicamente), per effetto del possesso azionario o di un accordo, vengono unitamente gestite secondo un programma imprenditoriale di gruppo.

¹¹ In particolare, si rinvia all’ultimo paragrafo del primo capitolo.

¹² Tant’è vero che la prima versione delle istruzioni di vigilanza, pubblicata in sede di consultazione, parlava espressamente di *subholding*. L’espressione è stata in seguito eliminata poiché ritenuta impropria, stante la presenza di un potere di direzione strategica esercitato sulla base di un contratto e non sulla base della partecipazione azionaria. Cfr. il documento di resoconto sulla consultazione (p. 12 ss.). Sottolinea, poi, la circostanza che nel gruppo bancario cooperativo debbano essere incluse le società controllate ai sensi dell’art. 59 t.u.b. GIANNELLI, *La riforma* (nt. 138), 84.

¹³ A differenza di quanto stabilito per i gruppi provinciali, in cui il capitale dell’impresa madre, banca lucrativa o popolare che sia, dev’essere partecipato per oltre il 50 % dalle b.c.c. (cfr. Pt. III, Cap. V, Sez. II, punto 5, lett. d, NDVB).

del sottogruppo territoriale) *verticale*¹⁴, in cui non necessariamente il capitale della sub-capogruppo è partecipato in misura maggioritaria dalle banche cooperative aderenti: non si può, pertanto, sostenere che ci sia, sul piano *strutturale*, l'esistenza di una direzione puramente paritetica o puramente gerarchica, occorrendo, chiedersi, piuttosto se sia rispettato il *paradigma* dei gruppi *funzionalmente cooperativi*, in cui va preservata la mutualità dei singoli aderenti.

Quest'ultima conclusione potrebbe determinare una preferenza a favore della tesi della natura *ibrida* del g.b.c., considerato anche che l'art. 37-*bis* t.u.b. non contiene espressi rinvii alle norme dedicate ai gruppi contrattuali (artt. 2497-*septies* e 2545-*septies* c.c.).

In realtà i dati di diritto positivo non sono così dirimenti e possono fornire, al contrario, la prova dell'esistenza nell'ordinamento societario di una differenziazione tra le varie fattispecie di gruppo fondata non già sul numero di soggetti abilitati a esercitare la direzione strategica (*ergo* sull'imputazione solitaria, congiunta o concertata del potere) quanto, piuttosto, sugli interessi (*lucrativi* o *mutualistici*) perseguiti da ciascun membro del gruppo che la società dominante è tenuta a tutelare e a bilanciare, ricorrendo ai principi di gestione *transipici* di cui agli artt. 2497 ss. c.c.

In questo senso, non si può negare l'applicabilità dell'art. 2545-*septies* c.c.¹⁵ alle b.c.c. e, dunque la compatibilità del modello di gruppo paritetico con le caratteristiche di tali enti; tuttavia, la supposta compatibilità non risolve *in radice* il problema dei confini della fattispecie "gruppo paritetico" tracciati dal codice civile, che, come dimostrato in precedenza, includono anche ipotesi di direzione solitaria, mirando a fornire una tutela della cooperativa etero-gestita nella generalità dei casi di attività di gruppo¹⁶.

Si conferma, così, un'impressione già manifestata nel capitolo precedente: che, cioè, non è corretto affermare in Italia l'esistenza di un dominio *debole* o di una direzione *concertata* come contrapposti al dominio e alla direzione gerarchica *forti*, implicando ogni ipotesi di gruppo un costante temperamento, in un'ottica di medio-lungo periodo, degli interessi delle singole società affiliate, il che equivale a riconoscere *in ogni caso* un meccanismo di *concertazione* del potere, atteso che gli amministratori delle controllate conservano margini di autonomia e discrezionalità nel perseguimento dell'oggetto sociale.

La seconda osservazione (*ii*), invece, si riferisce alle *eccessive rigidità* che la disciplina del g.b.c. pone *eccezionalmente* al recesso al sorgere del gruppo o durante il suo operare.

In particolare, in sede di prima applicazione della disciplina del gruppo bancario cooperativo è negato ai soci di b.c.c., già "costretti" dai limiti di cui all'art. 28 t.u.b., il recesso ex artt. 2437, lett. a) e c), e 2497-*quater*, lett. c, c.c.; inoltre, le stesse cooperative soggette alla direzione contrattuale – visti, da un lato, il permanere della garanzia per dieci anni dall'uscita dal gruppo e, dall'altro, il necessario *obbligo* di aderire a un altro gruppo vincolandosi a due onerosi meccanismi di *cross-guarantee* – difficilmente troveranno la "strada spianata" per sottrarsi, una volta per tutte, ai danni che la

¹⁴ La versione definitiva delle NDVB, del resto, ammette solo che l'impulso alla costituzione del sottogruppo territoriale possa provenire dalle b.c.c., circostanza esclusa nella versione oggetto di consultazione. Ciò, però, non impedisce che il capitale possa essere partecipato dalla sola capogruppo s.p.a. e che le b.c.c. si pongano rispetto alla sub-capogruppo in posizione di mere controllate non anche in quella di partecipanti in misura maggioritaria al suo capitale, venendo, così, meno la figura della "stella a sei punte equidistanti".

¹⁵ Nello stesso senso, SANTAGATA, "Coesione" e autonomia (cap. I, nt. 43), 34.

¹⁶ Né è dirimente il richiamo da parte dell'art. 37-*bis*, co. 3, t.u.b. ai criteri di equa ripartizione dei costi e dei vantaggi derivanti dall'attività comune, i quali, seguendo la linea avanzata nel presente lavoro, dovrebbero caratterizzare ogni ipotesi di direzione contrattuale, ai fini della tutela dell'interesse alla conservazione della redditività e del valore della partecipazione azionaria o, *in alternativa*, dell'interesse al conseguimento del vantaggio mutualistico.

capogruppo abbia arrecato al perseguimento delle esigenze della mutualità (*bancaria*) prevalente.

Quest'ultima constatazione costituisce, come ha correttamente osservato una parte della dottrina¹⁷, elemento di differenziazione tra il g.b.c. e i gruppi paritetici ex art. 2545-*septies* c.c., in cui la tutela allo scopo mutualistico è garantita *in ultima analisi* dal riconoscimento del recesso “senza spese” a favore della coooperative e da un correlativo obbligo degli amministratori delle prime di attivare detta tutela qualora se ne presentino i presupposti.

Il primo dato, invece, ha condotto un autore¹⁸ a negare nel gruppo bancario cooperativo l'esistenza dei connotati minimi della fattispecie *generale* di direzione e coordinamento, il cui impatto sull'organizzazione delle società controllate è tale da alterare le *condizioni di rischio* sottese all'investimento effettuato per scopi *finanziari* o *mutualistici*, così da mettere i soci in condizione di aderire *liberamente* al gruppo.

A mio avviso, volendo mettere da parte il ricorso a figure d'impronta marcatamente *sociologica* quali i gruppi *atecnici* o “*non-gruppi*” (parificabili sostanzialmente alle imprese multisettoriali), gli ostacoli all'*exit* possono spiegarsi in ragione del carattere *permanente* nonché *tipologicamente essenziale* dell'appartenenza delle banche di credito cooperativo al g.b.c.

Se è vero, infatti, che le evidenziate peculiarità del g.b.c. conducono sicuramente l'interprete a qualificare la fattispecie in termini di gruppo *legale di diritto speciale*, non di meno quest'ultimo non è autorizzato a rinvenire nel caso in esame un'impresa *quasi totalmente* integrata per il sol fatto che l'istituto ex art. 37-*bis* t.u.b. implichi la sterilizzazione dei rimedi di *exit* a tutela della *stabilità patrimoniale e finanziaria* delle banche aderenti.

L'adesione al gruppo è, oggi, *obbligatoria e incidente sulla stessa sopravvivenza* delle b.c.c. aderenti al gruppo, ragion per cui, similmente a quanto accade in occasione di operazioni sul capitale imposte alle società di capitali *a pena di scioglimento* (cfr. artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.), anche in questo caso (seppur per ragioni contingenti di carattere storico) sono vietate *condotte di disinvestimento isolate*: il livello di *consolidamento finanziario* e, così, il conseguimento di un livello *minimo* di stabilità patrimoniale (1 miliardo di euro) come alternativa allo scioglimento o alla *way-out* ricordano non poco il principio “ricapitalizza o liquida” di diritto comune; né d'altronde, la costituzione del gruppo bancario cooperativo può equipararsi a una fusione, rappresentando rispetto alla stessa un *quid minus*, come segnala *anche* l'assenza di un diritto di opposizione a favore dei creditori (art. 2503 c.c.).

Al tempo stesso la disciplina, ove coordinata con quella sugli accordi finanziari di sostegno infragruppo, non impedisce di ritenere le stesse norme che il legislatore *speciale* si premura espressamente di derogare *a contrario* applicabili in sede generale: la stipula di un contratto di «direzione e coordinamento», in tal modo, sarebbe rimessa all'assemblea straordinaria (cfr. artt. 2358 c.c. e 69-*quaterdecies* t.u.b.) e potrebbe dar luogo al recesso ex artt. 2497-*quater*, lett. c, e 2437 c.c.

L'ultima osservazione (*iii*), invece, porta l'interprete a chiedersi in cosa consista la relazione di controllo richiamata dall'art. 37-*bis* t.u.b. e fino a che punto la presenza di questo tipo di controllo precluda la possibilità di configurare nel g.b.c. una fattispecie d'influenza dominante rilevanti per finalità diverse da quelle implicate dal rinvio ai principi contabili internazionali.

¹⁷ SANTAGATA, “*Coesione*” e *autonomia* (cap. I, nt. 43), 34, 44-45. Ma vedi le interessanti considerazioni, anche sulle b.c.c., già in SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (cap. II, nt. 3), 193 ss., partic. 196 ss.

¹⁸ SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 195, 213, 232, ove parla del g.b.c. in termini *gruppo legale atecnico assimilabile a un'impresa multisettoriale totalmente integrata*, come indicato nel testo e spiegato ampiamente alla nota 1,

3. *Il controllo alla luce dei principi contabili internazionali. La rilevanza multidisciplinare del controllo nel gruppo bancario cooperativo.*

Mentre alcuni autori ¹⁹, come già detto in precedenza, facendo leva sull'esistenza nel gruppo bancario cooperativo di una direzione imputata a una s.p.a., sono arrivati alla conclusione che il medesimo sia un gruppo *gerarchico* fondato su un contratto di *dominio debole*, dotato di uno spirito più bancario che mutualistico, la dottrina che, diversamente, lo ha qualificato come gruppo caratterizzato da una direzione fisiologicamente concertata, suscettibile di trasformarsi – in caso di situazioni eccezionali valutate alla luce del principio di rischiosità delle banche aderenti – in direzione gerarchica solitaria, ha invocato l'esistenza di una situazione di controllo di cui ai principi contabili internazionali (10 IFRS) recepiti in ambito comunitario ²⁰.

In tal senso, partendo dal presupposto che il controllo secondo tali principi sarebbe riscontrabile in presenza di un'influenza dominante *anche solamente potenziale* ²¹, il g.b.c. è stato reputato un gruppo caratterizzato, *in costanza di gestione fisiologica*, dall'assenza di influenza gerarchica fondata su un rapporto di dominio/dipendenza: pertanto, laddove non sia necessario intervenire per ridurre la rischiosità di una delle b.c.c., il potere di direzione strategica sarebbe "concertato"; qualora, poi, lo stato di salute di una b.c.c. riveli dei segnali d'allarme in ordine alla sua solidità patrimoniale e finanziaria, l'invasività delle direttive *unilateralmente* imposte e ispirate dalle esigenze di sana e prudente gestione, spesse volte contrastanti con gli interessi mutualistici e le istanze autonomistiche tradizionalmente proprie delle società cooperative, sarebbe comunque commisurata alla "gravità in concreto della situazione di difficoltà finanziaria".

¹⁹ Si rinvia alla nota 1. Si è visto, inoltre (cfr. nota 2), che l'orientamento volto a esaltare la natura gerarchico-bancaria del g.b.c. non si discosta, nei fatti, dalle tesi che, meno radicalmente, tendono a ravvisare nel nuovo istituto un nuovo modello *ibrido* di gruppo contrattuale, per alcuni versi paritetico (appunto perché generato da un accordo) e per altri versi gerarchico (trattandosi di un contratto fondativo di una situazione di controllo); ma nella prospettiva accolta nel presente lavoro (si veda il secondo capitolo), le conclusioni prospettate dalla dottrina non sono incompatibili tra loro, laddove si voglia intendere il gruppo quale modello organizzativo di impresa sorretto da principi adeguabili e al perseguimento dello scopo lucrativo e all'esercizio dello scopo mutualistico, e a una direzione *gerarchica*, solitaria o congiunta (foriera anche di controllo), e a una direzione *paritetica in senso stretto*, ossia concertata; in sintesi, si vuole proporre l'idea di una direzione e coordinamento quale fattispecie trans-tipica.

²⁰ Da ultimo cfr. la direttiva 2013/34/UE, in particolare gli artt. 22 ss. dedicati al bilancio consolidato di gruppo.

Per una compiuta descrizione dei punti salienti della disciplina cfr. PASSADOR, *Appunti sulla nuova nozione di controllo. Tra principi IAS/IFRS e diritto societario* in RDS, I, 2016, 601 ss.; i maggiori spunti esposti nel testo, tuttavia, sono tratti da COLOMBO – OLIVIERI, *Bilancio d'esercizio e consolidato* (cap. II, nt. 27), 576 ss.

²¹ SANTAGATA, "Coesione" e autonomia (cap. I, nt. 43), 13, ove afferma che «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 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 esercitati. 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».

Il rilievo non è di poco conto e ciò è dimostrato dalla circostanza che lo stesso, è stato messo in evidenza, seppur con prospettive ed esiti applicativi diversi, anche dai sostenitori del primo indirizzo sopra indicato ²².

La natura di gruppo *gerarchico* (o *ibrido*) del g.b.c., infatti, non preclude di distinguere, sul *piano funzionale*, tra *segmenti* di attività interessati dal potere della capogruppo *per scopi prudenziali* e aree oggetto di eterogestione *per scopi imprenditoriali*: fermo restando il controllo, i primi prevalgono *automaticamente* sugli interessi mutualistici delle b.c.c. (art. 61, co. 4, c.c.), laddove i secondi *devono necessariamente confrontarsi* con l'autonomia delle banche affiliate.

Può condividersi, *in astratto*, l'idea che la direzione del g.b.c. sia *fisiologicamente* concertata, in quanto soggetta ai *principi di corretta gestione e finanziamento* di gruppo, ed *eccezionalmente* gerarchica, nei casi in cui l'interesse alla *stabilità* del gruppo debba prevalere sul perseguimento dello scopo mutualistico delle singole aderenti, *derogando*, secondo alcuni ²³, al *principio dei vantaggi compensativi*, sul presupposto che il pregiudizio arrecato alla b.c.c. sia *in re ipsa* compensato dalla vantaggiosa appartenenza a un sistema di solidarietà finanziaria volto a impedire il dissesto dei singoli aderenti.

Se, tuttavia, tali osservazioni, che verranno riconsiderate nel prosieguo, attengono al profilo *funzionale* del potere, l'affermazione secondo cui la direzione sia, in assenza di obiettivi prudenziali, *concertata* in quanto imputata al complesso delle b.c.c. affiliate, non soggette a nessun *dominio/dipendenza* della s.p.a., allo stato *solo potenziale*, tira in *ballo* la *dimensione strutturale* del gruppo bancario cooperativo.

Atteso che nell'ambito del gruppo bancario cooperativo è disapplicata la disciplina del controllo, proprio su questo si vuole adesso concentrare l'attenzione, giacché, afferendo ai profili strutturali della disciplina, che verranno discussi anche nel successivo paragrafo, produce riflessi sui soggetti (la s.p.a. o le b.c.c.) ai quali, *in definitiva*, imputare le conseguenze ricollegate dalla legge all'esercizio (*corretto* o *abusivo*) della direzione e coordinamento.

Ciò posto, la tesi della natura "potenziale" del controllo in costanza di gestione fisiologica del g.b.c., non può essere condivisa sulla base di un triplice ordine di considerazioni, la prima coinvolgente direttamente la nozione di controllo richiamata dal comma primo dell'art. 37-*bis* t.u.b., la seconda riguardante il controllo quale fattispecie tipologica d'influenza dominante e la terza relativa alle varie nozioni di controllo riscontrabili, a diversi fini, nel caso del gruppo bancario cooperativo.

Partendo dalla prima prospettiva, è necessario analizzare alcuni tratti del controllo in materia di bilancio consolidato redatto secondo i principi IAS/IFRS, per comprendere sia se ci siano particolari differenze con la più datata fattispecie di controllo ex art. 26 del D.lgs. n. 127/1991 sia quali possano essere verosimilmente le ragioni che hanno ispirato la redazione del principio IFRS n. 10.

In tal senso, quest'ultimo stabilisce che il controllo di un'«entità oggetto di investimento» è ravvisabile in capo al soggetto che (i) è esposto ai rendimenti variabili generati dalla prima o che vanta diritti su tali rendimenti, che (ii) detiene, *in astratto*, il potere di incidere sull'entità e, *in concreto*, (iii) la capacità di esercitare il potere per incidere sull'ammontare dei rendimenti.

I principi contabili internazionali sembrano dare rilievo a una nozione di controllo che, per certi versi, si distanzia da quella del controllo interno di diritto ex art. 2359, co. 1, n. 1, c.c., dato che, nella prima ipotesi, per l'accertamento della situazione di controllo è necessario tener conto di tutti i «fatti e le circostanze» del caso concreto; in

²² Cfr. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 98 ss., 210 ss.

²³ Cfr. CUOMO, *Poteri e doveri* (nt. 2), 166 ss. Inoltre, laddove si ritenga impossibile, come sembra fare l'autore citato, distinguere tra scopi prudenziali e scopi imprenditoriali, la tesi sull'eterodirezione da credito conferirebbe al potere della capogruppo una portata sterminata, tale da far pervenire *realmente* alla conclusione che il g.b.c. non costituisca un gruppo in senso proprio.

realtà, la distanza è solo apparente e di carattere formale, dato che le stesse ipotesi di fonte codicistica possono ben costituire fatti e circostanze idonei a fondare il controllo ai sensi dell'IFRS n. 10.

Ammettendo una soluzione contraria, che dia luogo al solo controllo esistente in fatto, si potrebbe esser tentati di escludere dalla nozione di controllo in esame quella del controllo potenziale; ma il principio n. 10 conferisce, più semplicemente, rilevanza a tutti quei fatti e circostanze in grado di esprimere l'*esposizione ai risultati dell'attività della controllata* e la *capacità di incidere potenzialmente su tali risultati*.

Due dati, però, sono interessanti nella prospettiva del controllo inteso come situazione di influenza dominante *solitaria ed effettiva*: (i) qualora sia riscontrabile un controllo «collettivo» di due o più soggetti, ossia qualora nessuno di questi abbia, da solo, il controllo effettivo senza il coinvolgimento degli altri, non si applica la disciplina del consolidamento contabile ma quella degli accordi a controllo congiunto (IFRS n. 11), che è, da un lato, fattispecie diversa e più ampia del controllo menzionato all'art. 37-bis, co. 1, t.u.b. e, dall'altro lato, più ristretta della concertazione che la dottrina qui criticata assume essere uno degli elementi essenziali della fattispecie di gruppo paritetico (anche se bancario); (ii) se più soggetti contemporaneamente vantano un potere di controllo solitario, è reputato controllante solo chi, tra questi, ha la capacità *attuale* di dirigere «le attività che incidono in maniera più significativa sui rendimenti della partecipata».

Pertanto, pur rilevando in questo caso il controllo potenziale, la mancanza di controllo solitario effettivo – *sia* in ragione del controllo congiunto *sia* quando in astratto possono indentificarsi tanti soggetti tutti potenzialmente controllanti seppur privi di capacità attuale di influire nella gestione altrui – fa venir meno il presupposto per la consolidazione contabile.

Preso atto che il riferimento contenuto nel principio IFRS n. 10 (partic. punti 9 e 13) è a una potenzialità *concreta*, non mi sembra che le caratteristiche del potere in commento si discostino da quelle del controllo individuate dalla legge sul bilancio consolidato redatto secondo i principi contabili nazionali.

Infatti, così come l'art. 26 del D.lgs. n. 127/1991 reputa controllante (anche ai fini della presunzione ex art. 2497-sexies c.c.) l'impresa che vanta, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, la *disponibilità* del diritto di esercitare su altre diverse imprese un'influenza dominante, anche secondo l'IFRS n. 10 «un investitore ha un potere su un'entità oggetto di investimento quando *detiene* validi *diritti* che gli conferiscono la capacità *attuale* di *dirigere le attività rilevanti*» (p. 10), potere che, poi, può derivare da «uno o più *accordi* contrattuali» (p. 11) e che rileva «anche se i diritti di dirigere tali attività *non sono stati ancora esercitati*» (p. 12) [enfasi aggiunta].

A conferma dell'assunto va rilevato come già da tempo autorevole dottrina abbia affermato che «l'esigenza di assicurare un'effettiva *disclosure* [...] debba fare premio su quella, opposta, di non «imporre alle società un'operazione complicata e costosa [qual è la redazione del bilancio consolidato] se non nei casi in cui il gruppo *funzioni* realmente come un'entità economica omogenea», ragion per cui, ai fini della disciplina sui bilanci, risulta «irrilevante [...] l'effettivo esercizio dei poteri spettanti alla capogruppo, essendo [...] sufficiente la mera possibilità che ciò avvenga»²⁴.

²⁴ Cfr. COLOMBO – OLIVIERI, *Bilancio d'esercizio e consolidato* (cap. II, nt. 27), 671 ss., secondo cui «sarebbe giocoforza registrare uno scarto, questa volta per eccesso, tra area di consolidamento e perimetro del gruppo, nel senso che l'obbligo di redigere il bilancio consolidato graverebbe anche su raggruppamenti di imprese privi di quel sia pur minimo grado d'integrazione realizzato attraverso l'esercizio dei poteri spettanti al socio di maggioranza (assoluta o relativa) [...]». Sotto questo profilo, sembra dunque doversi convenire con la tesi che considera irrilevante, per l'applicazione della disciplina del bilancio consolidato, l'*effettivo esercizio* dei poteri spettanti alla capogruppo, essendo a tal fine sufficiente la *mera possibilità* che ciò avvenga; con ciò intendendo che l'obbligo di redazione del bilancio consolidato implichi *sempre* il controllo anche se *non necessariamente* l'esistenza di un'attività di gruppo.

Atteso che controllo e gruppo non sono fattispecie tra loro coincidenti, e ciò, non solo per il fatto che la direzione e il coordinamento è un *quid pluris* rispetto al primo inteso come forma di dipendenza potenzialmente pericolosa, ma anche per chi ritenga di ravvisare il gruppo paritetico *solo e necessariamente* in presenza di una direzione concertata tra più entità indipendenti (e interdipendenti), proprio il richiamo al principio n. 10 IFRS contenuto all'art. 37-*bis*, co. 1, t.u.b. dovrebbe far propendere per la configurabilità del gruppo bancario cooperativo in termini di fattispecie di potere caratterizzata da (e non già priva del) controllo.

A simili conclusioni si deve pervenire anche a seguito del raffronto tra la nozione di controllo fatta propria dai principi contabili internazionali e quella codicistica, funzionale in prima battuta all'applicazione della disciplina delle azioni della controllante possedute dalle controllate.

Invero, si è già mostrato in precedenza come la nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. debba necessariamente intendersi quale espressione tipologica di un potere d'influenza dominante *potenziale*, in sé foriera di rischi che il legislatore cerca di prevenire *ex ante* e non di reprimere *ex post*, laddove, invece, la direzione e coordinamento ex artt. 2497 ss. c.c. rileva in quanto *effettiva influenza nella gestione di una o più società giuridicamente indipendenti in nome di un comune programma economico-imprenditoriale di gruppo*.

Né convince, in quest'ottica visuale, chi²⁵ tenta di configurare nel g.b.c. un controllo a carattere intermittente solo sulla base della natura non immanente dei poteri extra-assembleari (di nomina, opposizione alla nomina e revoca dei componenti degli organi sociali delle b.c.c.) riconosciuti dalla legge e dalle istruzioni di vigilanza alla capogruppo s.p.a. nei confronti delle b.c.c.

Senza addentrarsi nell'analisi specifica di tali poteri – che va rinviata, in ogni caso, al prosieguo, costituendo uno dei tasselli più importanti per capire se il gruppo sia paritetico o gerarchico e assumendo, pertanto, notevole rilevanza in relazione alla natura della direzione strategica – basta per il momento sottolineare che la tesi in esame sembra voler implicitamente presupporre l'esistenza del controllo, dunque della gerarchia, solo in presenza del potere di nominare e revocare i soggetti preposti alle funzioni di amministrazione e controllo delle società dipendenti.

Ma se così è, la conclusione non può essere condivisa, giacché è dato comunemente accolto che il potere di esercitare un'influenza dominante su una o più società, pur sussistendo immediatamente di fronte alla capacità di dirigere il voto nelle delibere di elezione delle cariche sociali, è mediamente strumentale a orientare la gestione delle controllate, *sia* per aggirare la disciplina delle azioni proprie *sia* eventualmente per coordinare secondo una prospettiva di gruppo la direzione strategica delle medesime.

Di conseguenza, non può dirsi che la sussistenza del controllo di cui al principio n. 10 IFRS sia evocativa nel g.b.c. di un controllo gerarchico *intermittente* sol perché *intermittenti* sono i poteri d'ingerenza nella nomina degli esponenti aziendali apicali delle b.c.c. riconosciuti alla s.p.a. capogruppo, giacché il controllo come tipo di fattispecie comune a più discipline settoriali di impresa (*rectius* comune a più nozioni legali di controllo a valenza settoriale) (i) è influenza dominante potenziale nella gestione di altre imprese, (ii) di cui i poteri di *voce* tradizionalmente propri dei soci di maggioranza sono

²⁵ SANTAGATA, "Coesione" e autonomia (cap. I, nt. 43), 23, secondo cui «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 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».

solo una delle possibili manifestazioni e che (iii) si traduce in attività di gruppo solo qualora l'influenza vada effettivamente a incidere sulla gestione strategica delle controllate ²⁶.

Infine, anche volendo seguire la tesi secondo cui il controllo ai sensi degli IAS/IFRS corrisponde a una situazione di influenza *gerarchica* intermittente e non fisiologica, quest'ultima avrebbe a mio avviso una valenza parziale.

Invero, la circostanza che il contratto di coesione debba assicurare il controllo ex 10 IFRS non preclude di identificare nel g.b.c. forme di controllo rilevanti a fini diversi da quelli che informano l'ambito della contabilità consolidata.

Certamente quest'ultima, nel consentire la compensazione contabile dei reciproci rapporti di debito/credito tra società del gruppo, costituisce uno dei vantaggi di tale articolazione imprenditoriale, ragion per cui un gruppo organizzato secondo modalità tali da poter impedire il consolidamento si rivela in concreto uno strumento poco efficiente nella prospettiva di uno stabile e corretto svolgimento dell'attività delle società aggregate ²⁷; si è già detto, tuttavia, che il consolidamento non necessariamente implica l'esistenza di gruppo.

Ma se il controllo ex 10 IFRS è professato in relazione a una realtà espressamente qualificata dall'art. 37-*bis* t.u.b. come gruppo, è ragionevole ritenere che il potere in esso esercitato sia espressione *e* di un'influenza dominante potenziale, soprattutto con riguardo all'elezione delle cariche sociali nelle b.c.c., *e* di un'influenza effettiva nella gestione delle società etero-gestite, come, del resto, è dimostrato dalla disposizione che *in via fisiologica* rimette alla capogruppo s.p.a. il potere/dovere di *individuare* (anche tramite il contratto di coesione) e *attuare* gli indirizzi *strategici* e gli obiettivi *operativi* del gruppo, nonché di *intervenire*, in costanza di attività, *nel governo delle singole b.c.c.* con misure inversamente proporzionali alle condizioni di salute in cui versano nel concreto le medesime (art. 37-*bis*, co. 3, lett. b, n. 1, t.u.b.).

A conferma di quanto detto, basta dare uno sguardo al vastissimo elenco di poteri ulteriori a quelli di elezione delle cariche sociali riconosciuti alla capogruppo del g.b.c. dalle istruzioni di vigilanza (Cap. V, Sez. III), quali, per esempio, quelli previsti in materia di governo societario (1.1), di controlli interni e sistemi informativi (1.3), di requisiti prudenziali e segnalazioni di vigilanza (1.5) e di decisioni di rilievo strategico (1.6), che spaziano dal potere di determinare le modalità di collegamento tra gli organi delle varie società del gruppo, al potere di dettare criteri per lo svolgimento dell'attività delle singole banche controllate in ordine alle politiche di concessione del credito, alle decisioni di investimento in partecipazioni e in immobili, alle politiche di *funding* (approvvigionamento delle provviste finanziarie) e, ancora, al potere di approvare

²⁶ Come riportato alla nota precedente, Santagata riconosce che il potere di nomina e revoca dei membri degli organi sociali costituisce solo la naturale o la principale espressione del controllo; tuttavia, la circostanza che i poteri extra-assembleari della capogruppo del g.b.c. siano solo eccezionali è, per l'autore, sintomo dell'assenza di una direzione fisiologicamente gerarchica e, dunque, di una relazione di controllo. Pur condividendosi, come verrà mostrato in seguito, la premessa dell'eccezionalità dei poteri di ingerenza nelle procedure elettorali delle b.c.c. affiliate, l'interprete, a mio avviso, dovrebbe chiedersi se il controllo nel g.b.c. possa fondarsi su poteri diversi da quelli di nomina, come quello concernente l'approvazione delle operazioni aventi rilevanza strategica o la predisposizione di un piano di sviluppo territoriale (cfr. NDVB, Sez. III del capitolo sul g.b.c.) nonché tutti gli altri poteri di intervento *ex post*; in sintesi, se nel diritto societario comune è il controllo *interno* a fondare solitamente (e a rendere *rilevante*) il potere di direzione e coordinamento; in questo caso è il *contratto* a riconoscere un potere, a certe condizioni (es. rischiosità), giuridicamente *vincolante*, ragion per cui è lo stesso potere di direzione strategica a presupporre il controllo, salva l'impossibilità eventuale di configurare nel g.b.c. relazioni di dipendenza; si rinvia a quanto affermato più avanti nel testo.

²⁷ Non è, poi, un caso che il consolidamento contabile sia escluso per forme di aggregazione tra imprese meno intense e strutturate dei gruppi di società, quali, per esempio, le *joint ventures*, che tradizionalmente esprimono investimenti di durata non eccessivamente lunga o, in ogni caso, di durata determinata, laddove nel controllo, invece, la capacità di esercitare il potere dev'essere attuale, ossia *suscettibile di attivarsi in ogni momento* e per tutta la durata indefinita dell'attività di gruppo (cfr. IFRS 11).

operazioni straordinarie (fusione, scissione, cessione di rapporti giuridici in blocco, ecc.) e il piano di sviluppo territoriale, idoneo ad incidere sulla rete distributiva del credito cooperativo.

Da ultimo, va sottolineato il carattere *sostanzialmente* permanente dell'organizzazione di gruppo che, essendo in grado di condizionare la sopravvivenza stessa della banche di credito cooperativo, può ben legittimare l'inquadramento del g.b.c. all'interno della fattispecie *generale* di controllo *esterno* contrattuale di cui all'art. 2359, n. 3, c.c.²⁸

Pur concordando con la dottrina in merito alla natura non fisiologica dei poteri extra-assembleari di nomina degli organi delle b.c.c., ritengo, dunque, che non ci si trovi di fronte a un controllo meramente potenziale, ma a un controllo effettivo in funzione della direzione e del coordinamento del gruppo.

La *fattispecie* si distingue nettamente da quella della direzione paritetica senza controllo d'ispirazione tedesca e pertanto – in presenza di un'*organizzazione contrattuale* di gruppo idonea a condizionare le decisioni strategiche e gli obiettivi operativi delle affiliate – può risultare compatibile coi confini tracciati dagli artt. 2497-*septies* e 2545-*septies* c.c., non essendo mai imposta dal codice una concertazione *in senso stretto* della direzione contrattuale e potendo sorgere, nel caso di capogruppo azionaria di gruppo contrattuale, i presupposti per l'applicazione della disciplina sul controllo (artt. 2359-*bis* c.c.)

In definitiva, i poteri attribuiti alla capogruppo non sono solo idonei a garantire forme di controllo utili ai soli fini del consolidamento contabile, che presuppone – così come affermato per la nozione codicistica di controllo – come sufficiente un'influenza anche potenziale, ma devono, altresì, avere un contenuto e un'intensità tale per giustificare l'applicazione della disciplina sulla vigilanza consolidata (cfr. artt. 61 ss. t.u.b.), in nome della stabilità del gruppo, e dei requisiti prudenziali consolidati di cui al regolamento CRR (cfr. art. 10).

Il controllo *del* e *nel* gruppo bancario cooperativo è sintomatico di un potere suscettibile di diventare, in qualsiasi momento, effettivo, perché effettiva dev'essere la direzione strategica; esso è tale proprio in virtù della relazione di dipendenza che si instaura tra la società dominante in via solitaria e le banche (non solo di credito cooperativo) assoggettate *lato sensu* al suo dominio.

Il rapporto di subordinazione delle società eterogestite alla capogruppo non è puramente formale²⁹, essendo la s.p.a. referente sostanziale della vigilanza consolidata

²⁸ Concorde sul punto FORMISANI, *Il contratto di coesione* (nt. 2), 185.

²⁹ Cfr. SANTAGATA, *"Coesione" e autonomia* (cap. I, nt. 43), 33, il quale ritiene che la fattispecie del gruppo paritetico bancario possa ricordare, di primo acchito, quella del gruppo gerarchico: «È innegabile che, almeno a prima vista, la tesi ora illustrata [volta a riconoscere la direzione gerarchica nei gruppi paritetici,] sembrerebbe attagliarsi proprio alla nuova figura del gruppo bancario cooperativo, non qualificato dal legislatore "paritetico" e per giunta caratterizzato dal potere solitario di direzione *formalmente* assegnato alla sola "capogruppo" 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» [corsivo aggiunto].

Pur non reputando condivisibile, come verrà mostrato nei successivi paragrafi, l'idea (vedi anche Sacco Ginevri alla nota 1) che tende a distinguere *nettamente* tra poteri gerarchici esercitati in nome di esigenze prudenziali e decisioni concertate nel rispetto dell'autonomia di ciascuna cooperativa aderente al gruppo, già solo il dato dell'esistenza di prerogative attribuite alla s.p.a. in funzione dell'espletamento della vigilanza consolidata è sufficiente per considerare la s.p.a. medesima titolare *sostanziale* del potere di direzione strategica, atteso che è quest'ultima a essere destinataria della disciplina (in particolare quella *sanzionatoria* o *lato sensu cautelare*; cfr. artt. 98 ss. t.u.b.) che informa il corretto esercizio dell'attività di un gruppo bancario.

nei confronti della Banca d'Italia (o della BCE, a seconda delle dimensioni del gruppo); ciò che rileva, in questa prospettiva, è la presenza di presidi organizzativi che assicurino la vincolatività delle direttive emanate nell'esercizio dell'attività di gruppo.

Lo stesso legislatore sembra tenere conto del rischio che le prerogative riconosciute alla capogruppo possano, in via fisiologica, causare una violazione della disciplina sulle azioni proprie; ma poiché l'applicazione degli artt. 2359-*bis* ss. c.c. paralizzerebbe immediatamente il funzionamento dell'assemblea della s.p.a. o, quantomeno, conferirebbe il potere di orientare le deliberazioni a soggetti diversi dalle b.c.c., titolari del 49 % del capitale sociale, è stato stabilito che «[a]lle partecipazioni al capitale della capogruppo delle banche di credito cooperativo e delle banche cui fanno capo i sottogruppo territoriali non si applicano» le regole delle azioni della controllante possedute dalle controllate (art. 37-*bis*, co. 6, t.u.b.).

Il dato di diritto positivo, del resto, non vale solo nell'ipotesi di azioni di finanziamento, con le quali s'instaura un controllo partecipativo interno che mette per la prima volta in discussione l'idea che nell'assemblea di una cooperativa la maggioranza non possa essere, per vizio genetico, predeterminata, con riflessi sul tema della incontendibilità delle società cooperative intesa come tendenziale inamovibilità delle posizioni di potere venutesi a consolidare al loro interno ³⁰.

La portata applicativa della norma in questione, infatti, attiene all'esercizio complessivo dell'attività di direzione e coordinamento e non solamente alle fasi in cui l'intervento della capogruppo è, per ragioni di stabilità, largamente invasivo nei confronti della gestione delle b.c.c. più a rischio (cfr. art. 150-*ter* t.u.b.).

Infine, una norma, in quanto tale, non può avere una valenza *descrittiva*, ma deve necessariamente avere un carattere precettivo: in questa prospettiva, può sostenersi che non avrebbe alcun senso una disposizione che dichiara di non applicare la disciplina del controllo in tutte quelle ipotesi in cui questo non sussiste.

Piuttosto, all'interno del complessivo articolato normativo dedicato al gruppo bancario cooperativo, il senso del comma 7 dell'art. 37-*bis* t.u.b. sembra proprio quello di disapplicare la disciplina del possesso "indiretto" di azioni proprie da parte di società controllate in una situazione in cui sono presenti tutti quei rischi che la disciplina stessa mira a scongiurare: soluzione che si apprezza, guardando alle ragioni *politiche* della riforma e alla specifica ipotesi ex art. 150-*ter* t.u.b., solo ove si consideri che la disattivazione della disciplina *patrimoniale* scongiura *decrementi del patrimonio netto* della s.p.a. derivanti dall'appostamento di *riserve negative* pari al valore delle azioni proprie acquistate indirettamente dalle b.c.c. controllate.

³⁰ Già SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (cap. II, nt. 3), 10, 26 ss., partic. 28, secondo cui in ambito nazionale il modello di gruppo paritetico «rappresenta infatti l'unico possibile strumento di integrazione fra imprese – anche non costituite in forma di società – *strutturalmente incompatibili*, per struttura o statuto, con relazioni di controllo societario interno» [enfasi aggiunta].

L'assunto non può più valere per le banche di credito cooperativo, che possono essere controllate in via partecipativa a seguito dell'emissione di azioni di finanziamento a favore o del fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo o, soprattutto, della società posta a capo del gruppo bancario cooperativo; inoltre, l'art. 150-*ter* t.u.b. consente la cessione delle azioni di finanziamento (e, dunque, del controllo) a terzi, previa delibera consiliare adottata in seno alla società madre; si ritiene, comunque, che la cessione di azioni di finanziamento rientri nelle ipotesi di cui all'art. 19 t.u.b. e sia necessaria l'autorizzazione della Banca d'Italia. Con riguardo alle azioni di finanziamento ex art. 150-*ter* t.u.b. cfr. MARTINA, *Le azioni di finanziamento tra esigenze di patrimonializzazione e natura mutualistica delle banche di credito cooperativo*, in *Nuove opportunità* (nt. 2), 224 ss.; FIENGO, *Sottoscrizione da parte della capogruppo di un Gruppo bancario cooperativo di azioni di finanziamento emesse dalle banche di credito cooperativo affiliate*, ivi, 237 ss.

Non si può, in definitiva, negare che il gruppo bancario cooperativo sia un gruppo non fondato sul mero coordinamento equiordinato contrattuale degli indirizzi strategici delle banche cooperative affiliate, non, dunque, strutturalmente incompatibile con relazioni di controllo esterno, prima, e di controllo interno, poi.

Tutto ciò risulta confermato dalle brevi ma interessanti osservazioni di una parte della dottrina, che, ritenendo che il potere della s.p.a. capogruppo di un gruppo bancario cooperativo presupponga necessariamente il controllo ex art. 2359 c.c., si è chiesta, senza pervenire a una risposta certa, se la deroga operata dalla normativa nazionale non costituisca una violazione dell'art. 28 della Direttiva 2012/30/UE (di rifusione della cd. seconda direttiva sul capitale sociale)³¹.

Pur non essendo rilevante quest'ultima questione ai fini dell'individuazione dei confini della fattispecie del gruppo bancario cooperativo, l'implicita previsione dell'esistenza del controllo ex art. 2359 c.c. conferma quanto sostenuto in precedenza, ossia: (i) che gli artt. 2359 ss. c.c. possono applicarsi anche quando l'influenza dominante nella gestione costituisca l'oggetto (e la causa) del contratto e non solamente l'effetto; (ii) che qualora la controllante sia una s.p.a. deve sempre, salvo deroga espressa, applicarsi la disciplina sulle azioni proprie indirettamente possedute da società controllate, quantomeno nella parte in cui si sterilizza il voto portato dalle azioni proprie; (iii) che la regola vale anche con riferimento al gruppo cooperativo paritetico ex art. 2545-*septies*, tant'è vero che questa disposizione, coerentemente con le premesse assunte, si preoccupa di affermare che la direzione, pur potendo partecipare al gruppo altri enti pubblici o privati, deve essere *sempre* attribuita a uno o più cooperative; (iv) che, pertanto, l'istituzione di una società consortile nel gruppo paritetico può essere uno strumento utile esclusivamente a *veicolare* il potere di direzione ad altri *effettivamente* affidato, pena l'applicazione della disciplina ex artt. 2359-*bis* c.c. che, con riferimento al g.b.c., è, difatti, espressamente derogata.

Ammettendo per ipotesi sin da adesso che la capogruppo del g.b.c. sia una società per azioni con scopo legale consortile³², il tratto di specialità della figura analizzata nel presente lavoro consiste nell'affidamento del potere di direzione strategica (e del controllo) di un gruppo *funzionalmente* cooperativo a una società per azioni, a prescindere dalla circostanza – variabile e, come tale, irrilevante ai fini della qualificazione della fattispecie – che l'influenza delle b.c.c. sulla capogruppo sia concertata, congiunta o anche qualora in astratto tale influenza non sia configurabile³³.

³¹ Cfr. LAMANDINI, *Il gruppo bancario* (cap. II, nt. 75), 687 ss. Egli sottolinea come l'Italia non abbia colto in passato la possibilità di non includere il controllo contrattuale esterno (al quale l'autore, come in precedenza affermato, equipara il controllo derivante dal contratto di coesione) tra le ipotesi di influenza dominante rilevanti ai fini della disciplina di recepimento della direttiva 2012/30/UE (cfr. art. 28, par. 2, lett. a). Essendo oggi, invece, rilevante anche il controllo contrattuale, l'autore lascia intendere che la normativa generale di recepimento della direttiva non possa ammettere eccezioni e che, pertanto, la deroga alle disposizioni codicistiche sul controllo prevista in materia di gruppi bancari cooperativi non abbia fondamento giuridico alcuno.

L'autore, difatti, identifica solo due ragioni sostanziali alla base della scelta legislativa: *da un lato*, l'applicazione degli artt. 2359 ss. c.c. avrebbe in radice paralizzato il funzionamento di questa nuova figura di gruppo; *dall'altro lato*, l'eventuale interposizione di un ente socio unico della capogruppo, partecipato dalle banche etero-gestite, secondo il modello di gruppo cooperativo adottato in Francia da *Credit Agricole*, avrebbe provocato il venir meno dei presupposti prescritti in materia di consolidamento contabile; in quest'ultimo, infatti, la capogruppo azionaria è controllata da un veicolo societario, l'ente *Rue de Boetie*, a sua volta partecipato *ma non controllato* dalle b.c.c.

Si potrebbe, tuttavia, pensare che – proprio perché nel g.b.c. sono previsti presidi organizzativi e operativi idonei a poter sostituire efficacemente i rimedi riconosciuti dal diritto societario comune nel caso di azioni proprie, rimedi rappresentanti uno dei tasselli della disciplina del capitale sociale – la deroga costituisca un caso *puntuale* in cui il legislatore nazionale, per esigenze di interesse pubblico di matrice comunitaria, abbia negato la rilevanza di un controllo diverso da quello partecipativo (o interno).

³² Si rinvia alla note 52, 54, 71 del cap. II e 2 del presente capitolo.

³³ Cfr., ad esempio, l'ipotesi di cui all'art. 37-*bis*, co. 7, lett. b, t.u.b. (riduzione al di sotto del 50,1 % della fetta di capitale della s.p.a. capogruppo posseduta dalle b.c.c.) il cui verificarsi non fa di certo venir meno la qualificazione del gruppo in termini di gruppo bancario cooperativo. Si pensi, ancora, all'ipotesi in cui le decisioni rilevanti dell'assemblea della capogruppo vengano in concreto adottate con maggioranze rappresentate da banche di credito cooperativo e altri soggetti eventualmente titolari fino a un massimo 49 % del capitale sociale. Si veda il paragrafo immediatamente successivo. Nel senso espresso del testo,

4. *I soggetti concorrenti all'esercizio della direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo. Ratio della concertazione e possibilità di configurare un potere concertato o congiunto tra b.c.c. e altri soggetti soci della s.p.a. capogruppo. Irrilevanza della concertazione ai fini dell'imputazione del potere di direzione e del controllo.*

Non è solo sulla nozione di controllo adottata dai principi contabili internazionali che fa leva la dottrina per sostenere che il gruppo bancario cooperativo sia un gruppo di *diritto speciale*, operante secondo meccanismi di direzione *strutturalmente* gerarchica esclusivamente laddove si presenti la necessità di adempiere alle istruzioni di vigilanza o, comunque, di intervenire a sostegno di una o più b.c.c. in difficoltà finanziaria con misure proporzionali alla rischiosità delle banche.

Infatti, partendo dalla premessa – accolta nell'ordinamento tedesco – che la distinzione principale tra contratti di dominio e contratti fondanti gruppi cooperativi risieda nella presenza nei secondi di «un reciproco coordinamento gestionale *equordinato*» della direzione strategica delle società cooperative, che «non genera, per definizione, situazioni di oggettiva dipendenza economica di un'associata all'altra», parte della dottrina³⁴ ha ravvisato nel gruppo bancario cooperativo una natura paritetica proprio per la circostanza che in esso, escluso l'ambito della vigilanza bancaria, il potere sarebbe concertato tra tutte le banche di credito cooperativo aderenti: in sintesi, anche nel g.b.c. varrebbe la regola della direzione strategica coordinata tra più entità giuridicamente autonome e, per effetto del contratto, inter-dipendenti.

Si badi che, accogliendo questa soluzione, che implica l'inclusione della concertazione della direzione strategica tra gli *elementi tipici essenziali* dei gruppi cooperativi paritetici, sarebbe impedito all'autonomia privata di dar vita a un gruppo cooperativo in cui il potere di conduzione dell'attività comune alle società aderenti spetti solo a una (o alcune) di esse; ciò quand'anche la disciplina legale legittimi *testualmente*, da un lato, la stipula di contratti di gruppo paritetico che affidano la direzione a una o più cooperative (art. 2525-*septies*, co. 1, n. 2, c.c.)³⁵ e, dall'altro lato, la costituzione di gruppi contrattuali tra società lucrative, rappresentanti un modello alternativo a (o, eventualmente, concorrente con) quello del gruppo fondato sul controllo azionario, nei limiti in cui il regolamento negoziale rispetti i canoni di corretta gestione professati dagli

ritenendo che la vera novità del gruppo bancario cooperativo quale *species* di gruppo paritetico risiede nell'imputazione del potere di direzione a una s.p.a., in deroga all'art. 2545-*septies*, co. 1, n. 2, c.c., PAOLUCCI, *Più ombre che luci nella riforma delle banche* (nt. 2), 27; FORMISANI, *Il contratto di coesione* (nt. 2), 180.

³⁴ Cfr. alla nota 2 i numerosi autori che propendono, seppur con diverse accezioni, per la qualificazione di gruppo *paritetico* di diritto speciale del g.b.c.; già, SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (cap. II, nt. 3), 6 e nota 10, che, dunque, esclude che il contratto di gruppo paritetico possa generare un controllo esterno ex art. 2359, co.1, n. 3, c.c. Nello stesso senso SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento* (cap. II, nt. 5), 8 e nota 12, 107 ss. e nota 183, ma vedi anche l'opinione espressa dalla stessa autrice alla luce delle disposizioni introdotte dalla riforma del 2003, citata alla nota 20 del cap. II; *contra* GALLETTI, *Il finanziamento delle imprese nel contesto delle reti: problemi e prospettive di regolamentazione*, in *Reti di imprese tra regolazione* (cap. I, nt. 25), 384, nota 14, 389, nota 63; GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo* (cap. II, nt. 2), 513 e 522; già LAMANDINI, *Il "controllo"* (cap. II, nt. 16), 152 ss. Come esposto in precedenza, la disposizione da ultimo citata contempla un requisito minimo ai fini dell'individuazione del controllo contrattuale esterno, essendo necessario che l'influenza dominante esercitata in una relazione di dominio/dipendenza costituisca *almeno* l'effetto del contratto, sia o meno tale effetto afferente alla funzione (*rectius* alla causa) del rapporto contrattuale da cui si presume esser scaturito il controllo.

³⁵ In questo senso, Il portato della tesi in tale sede non condivisa avvalorerebbe un'interpretazione che riduce notevolmente il valore precettivo del disposto di cui all'art. 2545-*septies* c.c. rispetto a quanto sarebbe desumibile dal testo del medesimo, soprattutto qualora quest'ultimo venga coordinato con gli artt. 1322 e 2497-*septies* c.c.; con ciò restringendo, in ragione dell'esigenze di tutela dell'autonomia *gestional-mutualistica* delle singole cooperative affiliate, i limiti che l'autonomia privata *negoziale* incontra nella configurazione dei modelli di impresa di gruppo.

artt. 2497 ss. c.c. e realizzi interessi meritevoli di tutela (art. 1322, co. 2, c.c.) non contrastanti con i confini tipologici delle società coinvolte (art. 2249 c.c.)³⁶.

Certo è che *non si può negare l'intento* del legislatore di *favorire* la concertazione delle b.c.c. all'interno dell'assemblea della capogruppo, come è desumibile dall'art. 37-bis, co. 1 e 2, t.u.b., che impone, salvo alcune eccezioni (co. 7), che il capitale sociale della società per azioni sia detenuto in misura maggioritaria dalle b.c.c. e che sia fissato in via statutaria un tetto massimo al numero di azioni con diritto di voto detenibili da ciascun socio, «direttamente o indirettamente ai sensi dell'art. 22, comma 1».

Tuttavia, in seguito a un attento esame del dato normativo, nel tentativo di individuare una soluzione interpretativa che sia foriera di conseguenze applicative compatibili con gli obiettivi della riforma introdotta con la l. 49/2016, la *concertazione tra tutte le b.c.c. etero-gestite* del governo del gruppo in seno alla capogruppo potrebbe rilevarsi una caratteristica avente un *valore meramente tendenziale* sul piano dell'organizzazione della produzione dell'azione collettiva, come tale plasmabile sia attraverso il ricorso eventuale agli accordi parasociali tra alcuni o tutti soci della s.p.a. sia, e soprattutto, dalle circostanze di fatto afferenti il funzionamento dell'assemblea e, più in generale, dal concreto assetto organizzativo e operativo della capogruppo.

Se così fosse, non sarebbe peregrino ritenere, come già sostenuto in rapporto all'analisi dell'art. 2545-septies c.c., la concertazione del potere tra le società cooperative un elemento della disciplina e non una componente della fattispecie “gruppo bancario cooperativo”, con la conseguenza che quest'ultimo rimarrebbe tale anche qualora le decisioni di vertice del gruppo non vengano adottate di concerto da *tutte* le banche di credito cooperativo, venendo meno il “reciproco coordinamento” degli interessi di cui ciascuna banca affiliata è portatrice.

Orbene ritengo che l'ipotizzata conclusione non si giustifichi solo in ragione di quegli orientamenti che – muovendo dal presupposto che la reciproca interdipendenza tra le imprese aderenti a un gruppo paritetico non ridimensioni la portata della loro dipendenza dal potere di direzione strategica – tendono ad avvicinare il

³⁶ Il ragionamento riportato nel testo può estendersi anche, e specialmente, ai patti parasociali. In questa prospettiva, si condivide la tesi di autorevole dottrina che distingue tra *negoziio* di società e *disciplina* dell'*organizzazione della produzione e dell'imputazione dei risultati dell'attività sociale*, quest'ultima avente una valenza reale, oggettiva e spersonalizzata, che prescinde dalla volontà dei soggetti che ne hanno richiesto l'applicazione con efficacia opponibile all'intero ordinamento giuridico e che, pertanto, si impone anche ad essa in nome della tutela dell'affidamento dei terzi che entrano in contatto con la società. Un esempio di ciò può rinvenirsi nelle disposizioni che ripartiscono le competenze tra gli organi nelle società di capitali; *ex multis*, cfr. ANGELICI, *La società per azioni* (cap. I, nt. 126), 240 ss.

Il patto parasociale, invece, concorre assieme all'atto costitutivo a definire l'operazione negoziale societaria; stante la sua efficacia meramente obbligatoria (art. 1372 c.c.), l'accordo può derogare sul piano dei rapporti tra i contraenti alle regole a rilievo reale dell'organizzazione sociale, purché non vengano alterati i caratteri *funzionali* della società cui l'accordo medesimo si riferisce: si pensi, ad esempio, a un patto parasociale che violi il divieto di patto leonino (art. 2265 c.c.). Contrario alla stipula di patti parasociali che sovvertono il principio del voto capitarario nelle cooperative è AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico* (cap. II, nt. 71), 16-17. Mi chiedo, tuttavia, se non spossano reputarsi validi quei patti che consentano uno stabile consolidamento del potere di voto in mano ai soci cooperatori nei limiti dei vincoli di minoranza posti dalla disciplina delle cooperative. Inoltre, bisogna sottolineare che il diverso effetto promanante da statuti *parasociali* potrebbe, in astratto, portare a validare sindacati di voto non soggetti al vincolo di minoranza, atteso che il voto capitarario più che elemento del *tipo negoziale*, sembra un frammento di *disciplina inderogabile dell'organizzazione sociale*. In questa prospettiva, si è mostrato nel primo capitolo come l'essenza della cooperativa, oggi, sia riconducibile al perseguimento dello scopo mutualistico più che all'organizzazione democratica sociale, come confermano le disposizioni sulle cooperative a mutualità non prevalente, quelle sulle banche cooperative e sul g.b.c. nonché, infine, l'art. 2511 c.c., che individua come caratteri essenziali del tipo cooperativo *esclusivamente* il capitale variabile della *società* e lo scopo mutualistico dell'*impresa*.

gleichordnungskonzern-vertrag ai contratti di dominio³⁷, ma anche in virtù della tesi secondo cui la pariteticità del gruppo esclude *in re ipsa* ogni forma di controllo stabile.

³⁷ Si tratta della tesi sostenuta in Germania da KARSTEN SCHMIDT, *Gleichordnung in Konzern: terra incognita?* In ZHR, 1991 417 ss., partic. 423-424, che distingue, appunto, tra la relazione *orizzontale* intercorrente tra le imprese sottoposte alle direzione comune e la relazione *verticale* tra le imprese coordinate e i centri di produzione (*rectius* i comitati centrali) dell'azione di gruppo, specialmente ove venga adottata la regola di maggioranza, finendo per configurare il gruppo paritetico alla stregua di un gruppo fondato su un contratto di dominio debole; la tesi è condivisa in Italia da LAMANDINI, *Le concentrazioni bancarie* (cap. I, nt. 39), 185; *contra* SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (cap. II, nt. 3), 67 ss., anche alla note 47 e 49, 160 ss., che critica tale soluzione, in linea con quanto affermato dalla prevalente dottrina tedesca, «giacché palesemente contrastante con la scelta di vertice del legislatore tedesco di distinguere fra gruppi verticali ed orizzontali (§ 18, Abs. 1 e 2, *AktG*) e soprattutto – ed è questo l'elemento decisivo – fra contratti di dominazione e contratti di “collegamento paritario” (§ 291, Abs. 1 e 2 *AktG*)».

Tuttavia, si è già sottolineato all'inizio del secondo capitolo che la scelta effettuata dal legislatore italiano si distingue nettamente da quella del legislatore tedesco: la disciplina italiana, infatti, ha valore trans-tipico ed è strumentale alla realizzazione sia dell'esigenza di tutelare i soggetti collocati in posizione di debolezza all'interno del gruppo (*Schutzrecht*) sia dell'esigenza di favorire l'efficiente organizzazione e gestione dell'impresa di gruppo (*Organizationrecht*), senza prevedere differenziazioni tra gruppi orizzontali e verticali o tra gruppi lucrativi e cooperativi, i cui elementi di distinzione, in realtà, vanno colti in discipline speciali ulteriori rispetto a quelle comuni (cfr., da un lato, gli artt. 2497 ss. c.c. e 69-duodecies ss. t.u.b. e, dall'altro lato, gli artt. 2545-septies c.c. e 37-bis ss. t.u.b.).

I suddetti elementi attengono al profilo funzionale del gruppo (*id est* allo scopo-fine dell'organizzazione associativa) non anche al suo profilo strutturale (*id est* alle modalità – mero coordinamento, dominio congiunto o solitario – di produzione della volontà associativa), per cui sarebbero legittimi gruppi “paritetici” diretti da una sola cooperativa nel momento in cui vengano preservati gli interessi mutualistici autonomamente perseguiti dalle singole cooperative aderenti eterogestite, anche ricorrendo al meccanismo dell'equa (e ragionevole) ripartizione dei costi e dei ricavi generati dal gruppo. In questa prospettiva, sono estremamente interessanti le osservazioni di AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico* (cap. II, nt. 71), 19 ss., che si appoggia alla dottrina tedesca e austriaca, la quale «sostiene la legittimità dei predetti (*Teil-Beherrschungsverträge*) sul presupposto che la cooperativa dipendente non sia tenuta a dare esecuzione a direttive in contrasto con il proprio particolare interesse sociale ad un regolare ed efficiente svolgimento della gestione di servizio in favore dei soci cooperatori. In altre parole, secondo questa impostazione, si reputa necessario che vi sia piena compatibilità ovvero, perfino, complementarietà funzionale tra l'oggetto dell'accordo contrattuale e lo scopo mutualistico delle cooperative dominate, le quali, in nessun caso, potrebbero dare legittimamente seguito a direttive pregiudizievoli [...]. Pur non attenendo, conseguentemente, la pariteticità all'esercizio del potere (*Entscheidungsmacht*), quanto piuttosto alla sfera dei criteri inderogabili di decisione (*Entscheidungsmaßstab*), anche i fautori di detta concezione non possono fare a meno di riconoscere che il potere di eterocontrollo spettante alla capogruppo ne esca ineluttabilmente “mutilato”, dovendo infatti operare nel costante rispetto della causa mutualistica propria della cooperativa controllata e secondo meccanismi compensativi del tutto diversi da quelli praticati nei gruppi gerarchici. Insomma, la costituzione di un tale gruppo cooperativo (da qualificarsi, verosimilmente, né gerarchico in senso stretto né paritetico in senso stretto) impone una ponderazione necessariamente equilibrata e preventiva degli interessi in gioco, con finale prevalenza da accordare alle istanze mutualistiche e conseguente obbligo per gli amministratori della cooperativa dipendente di recepire unicamente le direttive gestionali in linea con il criterio di decisione della pariteticità».

Nel condividere le argomentazioni mosse dall'autore, si vuole mettere in evidenza un dato che, a mio avviso, è rimasto in ombra: ossia che un contratto fondativo di un “dominio” di una società consortile di “direzione” nei confronti di una o più società cooperative possa definirsi *ibrido* solo laddove la suddetta natura *sui generis* risieda nell'essere il “gruppo contrattuale gerarchico-cooperativo” un modello a metà (*i*) tra il contratto di *dominio forte* fondante i gruppi di *diritto* e (*ii*) e i contratti di gruppo *paritetici* in senso stretto, fonte di *direzione concertata*; la medesima conclusione, tuttavia, non trova appigli in un ordinamento, qual è quello italiano, che non distingue tra dominio forte, dominio debole e coordinamento concertato ai fini della qualificazione di un gruppo in termini di gruppo gerarchico o di gruppo paritetico, sottoponendo tutte le fattispecie di gruppo contrattuale (lucrativo, cooperativo, eterogeneo; a direzione solitaria, congiunta, concertata) ai medesimi e *neutrali* principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria.

A conferma di quanto appena detto si veda la dottrina comparatistica che, nel panorama europeo, configura tre prototipi di disciplina sui gruppi: (*i*) il modello *tedesco*, improntato sull'esistenza di *rules* di natura organizzativa, volte a legittimare il pieno assoggettamento delle controllate alla volontà della capogruppo, salvo il divieto di causare l'insolvenza delle controllate l'obbligo di corrispondere misure

Va sottolineato che la supposta visione non porta a ravvisare la pariteticità nelle sole ipotesi in cui l'accordo di direzione e coordinamento richieda l'intervento di ogni impresa aderente ai fini della determinazione dell'agire di gruppo, secondo il noto principio di unanimità professato per la modifica delle basi strutturali delle organizzazioni associative (cfr. artt. 1138, co. 4, 2252, 2607, co. 1, c.c.).

È da respingere, infatti, l'idea che il concorso effettivo di tutti i partecipanti alla direzione rappresenti l'unico strumento in grado di preservare l'autonomia di ciascuno di essi all'interno del gruppo; anzi, da più parti è dimostrato come il veto di fatto implicato dal principio unanimistico con molta probabilità ostacoli l'efficiente svolgimento dei fenomeni *associativi*, siano essi caratterizzati dall'accentramento o dalla condivisione tra i membri della collettività del potere di determinare la volontà comune³⁸.

Sul fronte opposto, il principio maggioritario non è necessariamente espressione di una minore o maggiore autoritarità rispetto a quanto professato per l'unanimità, dipendendo il tutto dalla conformazione in concreto della regola, atteso che, anche quando il diritto societario riconosca situazioni di potere, esso non rinuncia a individuare dei limiti idonei a preservare i fini e gli interessi alla base della scelta privata di sottoporsi alla disciplina legale dei negozi associativi in nome di obiettivi comuni o, più esattamente, convergenti (cfr. gli artt. 1175, 1375, 2373 e, per quel che qui interessa, gli artt. 2359, co. 1, nn. 1 e 2, e 2497 ss. c.c.).

Invero, ciò che rileva ai fini della configurazione della concertazione paritetica nell'ambito di decisioni maggioritarie è che la volontà collettiva venga posta in essere secondo *criteri democratici* idonei ad impedire la formazione di maggioranze predeterminate e, così, di un controllo stabile: strumenti paradigmatici sono quelli del voto capitaro nelle società cooperative e nei consorzi o, ancora, dei tetti massimi di voto e dei sistemi proporzionali di nomina delle cariche sociali, che ostacolano nelle società di capitali il consolidamento delle posizioni di potere, stimolando, in concorrenza con le regole sulla collegialità, il ruolo proattivo dei soci di minoranza all'interno dell'organo assembleare.

Qualora la struttura organizzativa di un gruppo paritetico presenti un certo grado di complessità, come nelle ipotesi in cui l'accordo ripartisca le funzioni deliberative e le funzioni esecutive tra due organi "di coordinamento" distinti, assemblea e comitato di

compensative e indennizzi; (ii) il modello francese, caratterizzato dagli *standards* predicati dalla cd. dottrina *Rozenblum* (cfr. la nota 123); (iii) il modello anglosassone, in cui è assente una disciplina speciale sui gruppi, le cui criticità sono risolte ricorrendo ai rimedi di diritto comune (es. *wrongful trading*; *de facto director*; *piercing the corporate veil*, sui quali vedi MATHESON, *The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context*, 87 N.C. L. Rev. 1091 (2009), available at http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/103; BLUMBERG, *The Transformation of Modern Corporation Law: The Law of Corporate Groups*, (2005). Faculty Articles and Papers. 192. http://digitalcommons.uconn.edu/law_papers/192).

Tra questi tre modelli, quello che può più agevolmente accostarsi al modello italiano non è il modello tedesco, bensì quello francese; cfr. EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *A proposal* (cap. II, nt. 8), 19, ove, successivamente all'analisi della dottrina *Rozenblum*, si afferma: «A comparable though somewhat different approach is followed in Italian company law. The Italian system is based on a broader concept, first by obliging companies to identify themselves as belonging to a group, and second by imposing a general duty to manage the company properly and according to the 'principles of fair corporate and business management'. If this standard is violated, the controlling company will be liable to shareholders and creditors for the damage caused to the company's assets or profitability. However, there will be no liability if there is no overall damage, taking into account the overall reciprocal activity of the controlling and controlled companies, or if the damage is eliminated as a consequence of additional action undertaken with a view to compensating for it. Decisions on these matters must be motivated in an analytical way and state the reasons and interests that have influenced the decision».

³⁸ In questo senso cfr. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (cap. II, nt. 3), 150; in una prospettiva più generale, si rinvia a RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Torino, 1927, partic. 113; GIERKE, *Sulla storia del principio di maggioranza* in *Riv. Soc.*, 1961, 1103 ss.; GALGANO, voce *Principio di Maggioranza*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 547 ss.; ID, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Milano 1960, partic. 30 ss.

direzione, è necessario che «ad ogni [impresa] associata sia tendenzialmente riservato un egual numero di seggi, in guisa da compensare eventuali disparità economiche altrimenti suscettibili di trasformare il gruppo paritetico in legame di tipo gerarchico»³⁹.

A maggior ragione, quando venga prevista l'istituzione di una *leitungsgesellschaft*, ossia di una società strumentale a veicolare la direzione del gruppo, «è imprescindibile che partecipanti al suo capitale siano *esclusivamente* imprenditori al contempo aderenti al contratto di collegamento», occorrendo «scongiurare composizioni della compagine sociale o sue alterazioni tali da rendere impossibile la prosecuzione dell'attività programmata, quali l'eventuale ingresso di soggetti non interessati al perseguimento degli obiettivi del sodalizio, ovvero la permanenza dei soci ormai sprovvisti dal necessario requisito oggettivo per la partecipazione, qui rappresentato dalla qualità di parte del contratto di gruppo paritetico».

Anche in questo ultimo caso, pertanto, va imposta «la persistenza di una partecipazione paritaria delle imprese alla società di direzione e ai suoi organi amministrativi, onde precludere il sorgere di relazioni di controllo; il che comporta il riconoscimento di eguali diritti nella designazione dei rappresentanti nell'organo amministrativo della società centrale»⁴⁰.

Pur essendo tali conclusioni in linea di principio condivisibili, non si ritiene possibile riscontrare nelle disposizioni dedicate al gruppo bancario cooperativo una simile struttura di governo.

In *primo luogo*, va evidenziato che l'art. 37-*bis*, co.1, t.u.b. impone con riferimento al capitale della capogruppo azionaria un vincolo di maggioranza a favore delle b.c.c. aderenti al gruppo e soggette alla direzione strategica in virtù del contratto di coesione.

Ciò significa molto chiaramente che, a differenza di quanto sostenuto dalla dottrina che ha indagato il fenomeno della direzione strategica concertata tra società cooperative, non tutti i partecipanti al capitale sono aderenti al patto di coesione e sono quindi assoggettati alle direttive della capogruppo, venendo parzialmente meno il vincolo teleologico tra contratto e società di direzione.

Si consideri, del resto, che la partecipazione al gruppo cooperativo paritetico da parte di enti «pubblici o privati» diversi dalle cooperative etero-gestite risulta già ammessa dal diritto comune, salvo l'incertezza interpretativa legata alla possibilità di riferire l'espressione di cui all'art. 2545-*septies*, co. 1, n. 3, c.c. ai soli enti mutualistici non cooperativi (o con scopi altruistici) o anche a enti aventi scopi lucrativi, in quest'ultimo caso dibattendosi se sia necessario o meno un vincolo minoritario di partecipazione⁴¹.

³⁹ Sono le parole di SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (cap. II, nt. 3), 132 ss.; ID, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (cap. II, nt. 3), 464, secondo cui «la formazione *democratica* della volontà comune è qui garantita, nel modello organizzativo più semplice, dalla presenza di un comitato direttivo di gruppo, composto da un egual numero di rappresentanti delle società associate ed investito di una delicata funzione ponderatoria e compositoria di interessi, potenzialmente divergenti, degli imprenditori aderenti».

⁴⁰ Ancora SANTAGATA, *Il gruppo paritetico* (cap. II, nt. 3), 144 ss., partic. 146, nota 242, ove sono anche indicate le possibili clausole statutarie idonee a fondare un assetto organizzativo democratico, quali «clausole statutarie di gradimento, prelazione o riscatto; clausole, queste, volte da un lato a impedire l'acquisto della qualità di socio da parte di terzi estranei all'originaria cerchia di riferimento, dall'altro a consentire l'automatica acquisizione proporzionale (per accrescimento) delle quote dei possibili soci receduti o esclusi dal contratto di collegamento da parte delle restanti imprese. Frequente è inoltre la previsione statutaria di limiti massimi ai possessi azionari dei soci della società di direzione, nell'ottica di evitare mutamenti del suo assetto proprietario tali da compromettere il mantenimento del sodalizio, di carattere normalmente familiare, con conseguente paralisi dei relativi organi decisionali»; ID, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (cap. II, nt. 3), 465 ss.

⁴¹ A favore del primo orientamento cfr. SANTAGATA, *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies* (cap. II, nt. 3), 469, secondo cui «parti del gruppo cooperativo paritetico [di diritto comune] possono essere, oltreché società cooperative, gli enti mutualistici, pubblici o privati [...]. La norma in commento non par invece lasciar spazio a *gruppi paritetici eterogenei*, cui partecipino cioè società lucrative: la cui inclusione potrebbe *orientare il sodalizio al perseguimento di finalità diverse da quelle mutualistiche*, tradendo così, in definitiva, lo spirito della legge delega»; a favore del secondo orientamento cfr. BONFANTE, *La società*

Non mi sembra, tuttavia, che lo stesso dubbio si debba porre per il gruppo bancario cooperativo, atteso che il vincolo posto dalla normativa primaria riguarda solo la partecipazione maggioritaria delle b.c.c. alla capogruppo; di ciò ne sono una conferma le disposizioni di vigilanza, che raccomandano una «disciplina statutaria [...] tale da non ostacolare l'apertura del capitale a investitori diversi dalle banche di credito cooperativo e la pronta ricapitalizzazione del gruppo attraverso il ricorso al mercato del capitale di rischio ove si renda necessario» (Pt. III, Cap. V, Sez. III, punto 1.1, NDVB).

Ci si dovrebbe, dunque, chiedere se la scelta effettuata dal legislatore per un tipo speciale di società cooperative a mutualità prevalente non possa estendersi a una fattispecie più generale di gruppo cooperativo contrattuale, come tale messa a disposizione anche delle cooperative diverse da quelle di cui agli artt. 2512-2514 c.c. nel tentativo di realizzare obiettivi di competitività per l'impresa cooperativa e non già di equità sociale ⁴².

In *secondo luogo*, il vincolo di maggioranza riconosciuto alle b.c.c. è complessivo e riguarda la quota di capitale inteso come ammontare totale dei conferimenti e non già come la sommatoria dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea, tant'è vero che il comma 2 dell'art. 37-*bis*, co. 2, t.u.b., proprio al fine di evitare il predominio di singoli azionisti all'interno della capogruppo, impone la fissazione di un tetto massimo statutario al numero di azioni con diritto di voto detenibili da parte di ciascun socio.

Ma se così è, *da un lato*, nulla garantisce che tutte le b.c.c. agiscano tutte assieme di concerto in assemblea per orientare il loro voto verso soluzioni condivise e rispettose della loro autonomia; *dall'altro lato*, se fosse ravvisabile una qualche forma di concertazione all'interno della capogruppo essa dovrebbe tutt'al più riguardare l'intera collettività dei soci e non solo le b.c.c., con l'eventualità che alcune di queste potrebbero anche concordare gli interventi in assemblea con soggetti non animati da finalità mutualistiche e non espressione di "capitali pazienti", come diversamente auspicato dalle istituzioni di vertice del mondo del credito cooperativo ⁴³.

In *terzo luogo*, il tetto massimo statutario sembra essere riferito al numero di azioni dotate di diritti di voto *in astratto* e non ai voti *in concreto* espressi dai soci, il cui peso è notoriamente influenzato, in alcuni casi, da circostanze di fatto quali, ad esempio, il numero di membri della compagine sociale intervenuti in assemblea (cfr. artt. 2368-2369 e 2359, co. 1, n. 2, c.c.).

Certamente ritengo improbabile che le banche di credito cooperativo non partecipino all'assemblea della capogruppo, costituendo l'assenteismo immotivato una causa di inadempimento del contratto di coesione oltretutto giusto motivo per la revoca dei soggetti designati dalle prime a presenziare alla vita della seconda e, se diversi da questi ultimi, degli amministratori delle stesse b.c.c. che non hanno compiuto quanto

cooperativa, in *Trattato di diritto commerciale* (cap. I, nt. 1), 418; GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo* (cap. II, nt. 2), 515.

⁴² Secondo l'analisi di Preite, citato alla nota 65 del cap. II.

⁴³ Cfr. *Seminario al Senato*, Traccia del Presidente di Federcasse, avv. Alessandro Azzi, 15 ottobre 2015, in cui viene testualmente dichiarato: «C'è, ancora, il tema fondamentale della patrimonializzazione del nostro sistema, e dunque dell'apertura a capitali esterni. Il nostro patrimonio risulta adeguato se considerato complessivamente, ma questa adeguatezza perde di significato senza un consolidamento dei patrimoni. [...] proponiamo che la Capogruppo possa aprirsi alla partecipazione di capitali esterni sino ad un massimo del 49% del suo capitale sociale. Vogliamo prendere in considerazione investitori scelti tra soggetti omologhi o con finalità analoghe a quelle delle BCC, in una logica di partnership e di sviluppo strategico. Ci interessano essenzialmente "capitali pazienti", capaci di entrare in sintonia con la visione «intergenerazionale» del Credito Cooperativo».

Tutto dipende anche dalla discrezionalità dell'autorità di vigilanza, che, dovendo concedere le autorizzazioni in merito al compimento di fasi vitali per la *governance* del gruppo, potrà allentare in modo più o meno intenso la rispondenza della conformazione del gruppo medesimo agli obiettivi propri del mutualismo o quelli, diversi, della stabilità.

possibile per garantire gli interessi delle singole gestioni mutualistiche coinvolte nell'attività di gruppo.

Al tempo stesso, tuttavia, l'art. 37-*bis*, co. 2, t.u.b. statuisce che ai fini del superamento del limite al possesso delle azioni dotate di voto emesse dalla capogruppo del g.b.c. si tenga conto del solo possesso indiretto di cui all'art. 22, co. 1, t.u.b., ossia di quello ottenuto «tramite [...] società controllate, [...] fiduciarie o per interposta persona», non rilevando affatto la diversa ipotesi degli «accordi in qualsiasi forma conclusi [per] esercitare in modo concertato» i diritti di voto ex artt. 20, co. 2, e 22, co. 1-*bis*, t.u.b.

Il parziale rinvio contenuto nella disciplina del gruppo bancario cooperativo dischiude in tal modo la possibilità che il funzionamento dell'assemblea sia influenzato, per accordi o per fatti concludenti, in via stabile od occasionale, dalla *concertazione* del voto tra alcune sole delle b.c.c. etero-gestite o da gruppi di soci portatori sia di interessi mutualistici che di interessi lucrativi, il che basta già ad escludere la necessità che a concorrere alla formazione delle maggioranze presunte spontanee debbano essere tutte le banche di credito cooperativo aderenti al patto di coesione, elemento quest'ultimo imprescindibile per ravvisare un coordinamento paritetico tra cooperative.

Inoltre, qualora, per ipotesi, l'influenza dovesse assumere i connotati del controllo, non mi sembra che la disciplina dia spazio per poter imputare la direzione a soggetti diversi dalla capogruppo s.p.a. partecipata dalle b.c.c., atteso che solo quest'ultima e non una qualsiasi controllante ai sensi degli artt. 23 e 60 t.u.b. costituisce il termine soggettivo di riferimento per la vigilanza consolidata e, più in generale, per la guida strategica del gruppo: in definitiva, il gruppo bancario cooperativo presuppone la direzione e il controllo della s.p.a. sulle b.c.c. (e sulle altre società controllate ai sensi dell'art. 59 t.u.b.) tramite il contratto di coesione e, eventualmente, le azioni di finanziamento, non fondandosi su uno speculare controllo delle ultime sulla prima e prescindendo, all'opposto, dall'eventualità di un'influenza sulla stessa.

Questa soluzione, del resto, può essere confermata dalla normativa codicistica, che *in re ipsa* esclude il controllo *indiretto* nel caso in cui il legame tra il secondo e il terzo “nodo” della relazione di dipendenza sia fondato su un *contratto* (art. 2359, co. 2, c.c.), dato che, inoltre, può illuminare la tesi volta a legittimare la costituzione nel gruppo paritetico di una società di capitali consortile *diretta, coordinata* – per *statuto* e per *contratto* – e *controllata* da una o più società *cooperative*.

Se, infatti, quest'ultima ipotesi non ammette un controllo “rovesciato” della società di direzione sulle cooperative controllanti, essendo in tal modo garantito il perseguimento dello scopo mutualistico, nel caso in cui le società cooperative *partecipino pariteticamente* nella s.p.a. consortile cui per *statuto* e per *contratto* è attribuita la direzione sarebbe esclusa ogni forma di coordinamento partecipativo *indiretto* (arg. ex art. 2359, co. 2, c.c.) tra le cooperative medesime: a fronte del concreto operare del gruppo, la s.p.a. sarebbe esposta a responsabilità (o al recesso dal contratto) per non aver salvaguardato gli interessi mutualistici delle singole aderenti⁴⁴ e sarebbe configurabile una relazione di controllo rilevante ai fini di cui agli artt. 2359-*bis* ss. c.c.

Ovviamente, quest'ultima soluzione è accoglibile nell'ambito del diritto societario comune solo laddove si ritenga meritevole di *tutela* un gruppo *contrattuale* di società *cooperative* diretto e coordinato da una società *lucrativa* (consortile e non), come sembrerebbe desumibile da una normativa generale *trans-tipica* sui gruppi incentrata *essenzialmente* sulla *tutela degli interessi* (lucrativi, mutualistici) *convergenti* sulle singole *entità patrimoniali* coinvolte nell'organizzazione di gruppo.

⁴⁴ Nella prima ipotesi, invece, ai sensi dell'art. 2545-*septies*, n. 2, c.c., la responsabilità sarebbe imputabile alla (o alle) cooperative capogruppo ex art. 2497, co. 1, c.c. e, solo in un secondo momento, alla società veicolo ex art. 2497, co. 2, c.c.

In *quarto luogo*, mi sembra che la tesi della concertazione applicata all'ipotesi del veicolo societario di direzione poggi implicitamente le proprie basi sull'idea che la sovranità all'interno della società spetti all'assemblea.

Questo assunto, tuttavia, è sconfessato dalle novità introdotte dalla riforma del 2003, che accentrano la gestione in capo all'organo amministrativo, consentendo agli statuti di prevedere eventualmente l'intervento dell'assemblea su materie specifiche e a meri fini autorizzatori e ferma restando la responsabilità degli amministratori per gli atti da questi compiuti (artt. 2380-*bis* e 2364, co. 1, n. 5, c.c.)⁴⁵.

Come esposto nel primo capitolo⁴⁶, la tendenza al progressivo esautoramento delle competenze assembleari in materia di organizzazione e gestione dell'impresa va confermata *a fortiori* per le società bancarie, in cui si assiste a un rigido accentramento delle funzioni afferenti la sana e prudente gestione in capo all'organo di supervisione strategica.

In questo senso, allora, solo le modalità di nomina dei membri degli organi di amministrazione e controllo possono più efficacemente garantire l'influenza concertata tra tutte le banche di credito cooperativo etero-gestite sulla direzione strategica del gruppo bancario.

Andando a esaminare le disposizioni di vigilanza non mi sembra che siano indicati per la selezione dei soggetti preposti alle funzioni imprenditoriali di vertice dei criteri di stampo *democratico* o, in ogni caso, tali da garantire una *rappresentanza proporzionale* di tutte le b.c.c. socie della capogruppo, quanto piuttosto dei requisiti meritocratici parametrati alla *performance* delle gestioni svolte dalle singole aderenti.

Invero queste ultime, oltre a raccomandare, come detto sopra, una disciplina statutaria dei processi di nomina delle cariche sociali in linea con l'obiettivo di una più agevole e tempestiva raccolta di capitale di rischio, impongono, conformemente a quanto stabilito dall'art. 26 t.u.b., assetti statutari idonei a garantire «un elevato livello qualitativo e adeguata diversificazione delle competenze e dei profili professionali dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, [nonché di dedicare] tempo e risorse adeguati all'incarico e che gli esponenti posseggano adeguata autonomia di giudizio».

Pertanto, le norme secondarie sembrano conferire maggiore rilevanza ai profili oggettivi e funzionali dell'amministrazione della capogruppo, ossia agli aspetti della competenza, della professionalità e dell'impegno costante nel tempo e dell'autonomia di giudizio, più che ai profili soggettivi e strutturali concernenti il rapporto tra organi della s.p.a. e le banche di credito cooperativo socie della (nonché controllate contrattualmente dalla) prima; del resto, qualora fosse consentita una totale sovrapposizione tra organi della società dominante e organi delle società dominate verrebbero con maggiore probabilità ostacolate le esigenze di indipendenza e di continuità nello svolgimento dell'incarico professionale.

Ciò non vuol dire che sia escluso ogni legame tra la supervisione strategica del gruppo e le banche cooperative etero-dirette, ma, più semplicemente, che questo non debba essere tale da mettere a repentaglio la stabilità patrimoniale e finanziaria del gruppo e da rendere ineffettiva la direzione strategica sulle b.c.c.⁴⁷

Lo dimostrano le disposizioni di vigilanza, secondo cui «lo statuto della capogruppo[, per un verso,] stabilisce la quota massima dei componenti di ciascun

⁴⁵ Si rinvia ai più ampi riferimenti contenuti negli studi citati alle note 127 e 131 del cap. II, nonché ai par. 3 e 4 del cap. I.

⁴⁶ Si pensi, per esempio, alla circostanza che le Disposizioni di vigilanza impediscono all'assemblea di stabilire quale organo, nel sistema dualistico, debba risultare titolare della funzione di supervisione strategica.

⁴⁷ D'altro canto, così come proposto su un piano più generale, l'assenza o l'irrilevanza di una *strutturale e stabile concertazione* del potere da parte delle b.c.c. non dovrebbe impedire di assoggettare il g.b.c. ai principi *funzionali* rinvenibili nell'art. 2545-*septies* c.c. (e 2497-*septies* c.c.).

organo di amministrazione e controllo destinata a componenti degli organi di amministrazione e controllo o dell'alta direzione delle banche affiliate ovvero a soggetti che abbiano rivestito le medesime cariche nei due esercizi precedenti l'assunzione dell'incarico» e, per altro verso, «prevede specifici criteri di selezione degli esponenti bancari basati sul merito, avendo riguardo alle capacità dimostrate e ai risultati conseguiti nell'attività di amministrazione, direzione e controllo delle banche affiliate nonché alla classificazione del rischio delle medesime» sulla base dei criteri di *early warning*.

Similmente a quanto sostenuto con riguardo alla concertazione in assemblea, dalla disposizione si ricava che negli organi di amministrazione e controllo siederanno anche soggetti espressione di interessi strettamente lucrativi, per cui è molto probabile che il governo della capogruppo sarà caratterizzato da un costante confronto (e dialettica) tra le esigenze del mutualismo e quelle del mercato dei capitali; d'altra parte, non sembra che tutte le b.c.c. eterogestite possano ingerirsi nell'amministrazione della capogruppo, essendo i posti riservati alle banche affiliate più virtuose⁴⁸.

Questa conclusione si giustifica, a mio avviso, per la circostanza che sono proprio quest'ultime a rischiare, in virtù del meccanismo della garanzia incrociata, di esporre il loro patrimonio alle azioni dei creditori delle b.c.c. meno solide e di subire, dunque, la propagazione degli effetti della crisi finanziaria afferente i nodi più deboli del gruppo: in quest'ottica, il *potere* si rivela *più correlato* alla *stabilità patrimoniale* di ciascuna b.c.c. all'interno del gruppo che al possesso di una quantitativo *minimo* di azioni della capogruppo.

Tuttavia, rimane il fatto che la soluzione ragionevolmente prescelta dalla Banca d'Italia può essere al tempo stesso fonte di abusi tradizionalmente noti nell'ambito dei gruppi di società: vi è, infatti, il rischio che i soggetti più economicamente forti e posti alla guida del gruppo dispongano del loro potere di direzione e coordinamento per allocare le passività derivanti dall'attività comune in capo alle banche etero-gestite economicamente più deboli così da ledere in maniera irreversibile gli interessi dei soci e dei creditori di queste ultime; rischio che, invece, sarebbe scongiurato se le politiche strategiche e, più in generale, l'agire di gruppo fossero effettivamente concertati solo tra (tutte) le banche di credito cooperativo e che, inoltre, già gli stessi principi posti per gli accordi di assistenza finanziaria infra-gruppo mirano ad evitare, prescindendo dallo scopo-fine proprio di ciascuna entità coinvolta nel gruppo o dalla natura – solitaria, congiunta o concertata – della direzione.

Se quanto sostenuto risulta per il lettore condivisibile, può meglio comprendersi come l'esistenza di una tendenziale concertazione⁴⁹ tra le b.c.c. – non escludendo, da un

⁴⁸ Esemplare è al riguardo TONELLI, *La riforma* (nt. 2), 139, ove sottolinea l'esistenza di una chiara deroga dal sapore *dirigistico* al principio di proporzionalità tra il rischio assunto dalle b.c.c. partecipanti al capitale della capogruppo e il potere ad esse riconosciuto. L'autore, pur qualificando il gruppo come un gruppo paritetico speciale, non esita a riconoscere il controllo della s.p.a. sulle banche di credito cooperativo.

⁴⁹ Ritiene che la concertazione tra le banche di credito cooperativo nel gruppo bancario cooperativo sia solo tendenziale SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 207 ss., secondo cui «una democraticità effettiva tra le BCC consociate avrebbe richiesto una posizione sostanzialmente equipollente tra le stesse, anche con riguardo al peso decisionale a ciascuna di esse concesso negli organi societari della *holding*. Tale equilibrio fra le parti, pur astrattamente realizzabile in origine, scontrerebbe il rischio di subire variazioni *durante* *societate*, in dipendenza di eventuali deterioramenti delle condizioni patrimoniali e finanziarie delle BCC consociate, a cui conseguirebbe un proporzionale indebolimento sul piano dei diritti partecipativi e dell'autonomia gestionale». L'autore, tuttavia e contrariamente a quanto affermato nel testo, reputa [217] che il tetto statutario di voto ex art. 37-*bis*, co. 2, t.u.b. valga anche per i patti parasociali, conclusione cui si ritiene di non aderire sia per la sostanziale differenza sussistente tra i limiti statuari e i vincoli derivanti da i patti parasociali sia per la circostanza che, impedendo il consolidamento di posizioni di influenza entro la s.p.a. attraverso i patti parasociali, sarebbero le stesse b.c.c. *in primis* a incontrare notevoli ostacoli nel realizzare un'azione concertata.

Si vedano anche VITERBO, *Il contratto di coesione* (nt. 2), 150, che qualifica il g.b.c. come un gruppo caratterizzato da una «struttura interna a *complessità variabile*» [corsivo aggiunto]; FIENGO, *Sottoscrizione da*

lato, il necessario confronto con gli interessi finanziari e lucrativi sottesi all'attività di gruppo e, dall'altro lato, l'eventualità che la direzione venga *stabilmente* riconosciuta alle b.c.c. più virtuose nei confronti delle b.c.c. più deboli e, per tali ragioni, *dependenti* – assume rilevanza non sul piano della fattispecie ma su un piano più fattuale, legato alle contingenze storiche occasionate dalla riforma del credito cooperativo.

In quest'ottica, la concertazione è elemento della disciplina non incidente sulla natura del potere di direzione, che rimane in ogni caso imputato alla capogruppo s.p.a. in via solitaria e a prescindere dai rapporti di forza endosocietari⁵⁰, ma che può ben giustificarsi all'interno di una comunità di soggetti che hanno sempre operato in maniera indipendente e che *ex abrupto* hanno subito, ai fini della loro stessa sopravvivenza, l'ingresso in un'organizzazione di gruppo: la tendenziale pariteticità nell'adozione delle decisioni non soddisfa esigenze di carattere democratico ma esigenze legate all'assenza di rapporti di fiducia tra tutte le b.c.c. del gruppo, specialmente nelle prime fasi di applicazione della nuova disciplina, ove sarà probabile che le uniche partecipanti al capitale della società madre saranno solo (o quasi solamente) banche di credito cooperativo.

L'interdipendenza e l'assenza di controllo (*di alcune socie della s.p.a. su altre b.c.c. affiliate*) verranno, però, meno: (i) quando parteciperanno al capitale della s.p.a. capogruppo anche soggetti diversi dalle b.c.c., il che implica che la concertazione avvenga tra questi, non assoggettati al potere contrattuale di direzione, e le cooperative etero-gestite e non solo tra *tutte* queste ultime; (ii) quando verranno stipulati patti parasociali volti a consolidare il potere di solo alcune tra le b.c.c. detenenti la maggioranza del capitale della capogruppo; (iii) quando le funzioni di supervisione strategica siano stabilmente esercitate da soggetti designati dalle b.c.c. più virtuose e nei confronti di b.c.c. stabilmente deboli; (iv) nei casi, che verranno individuati con decreto del M.E.F. (art. 37-*bis*, co. 7, t.u.b.), in cui la soglia di partecipazione delle b.c.c. al capitale della s.p.a. viene ridotta al di sotto del 50,1 %.⁵¹

Ciò posto, non scorgo dati di diritto positivo che assicurino una stabile concertazione tra *tutte* le b.c.c. soggette alla direzione e coordinamento della s.p.a., il che è sintomo del fatto che l'essenza del gruppo bancario cooperativo, così come del gruppo cooperativo paritetico di diritto comune, non attenga alle modalità (paritetiche) di produzione dell'azione.

parte della capogruppo (nt. 158), 240, la quale evidenzia l'assenza di una stabile concertazione derivante dal «pericolo che una *holding*-società per azioni sia potenzialmente scalabile dall'esterno».

⁵⁰ Non a caso GIANNELLI, *La riforma* (nt. 2), 83, sottolinea che «nel caso della partecipazione delle Bcc, l'eventuale controllo che le stesse potrebbero esercitare in senso civilistico sulla capogruppo [...] sarebbe però *sterilizzato* in forza del contratto di coesione» e, soprattutto, in virtù della scelta discrezionale del legislatore di imputare il potere di direzione e coordinamento e, a monte, il controllo (rilevante ai fini civilistici, neutralizzati, ai fini prudenziali e ai fini contabili) in via solitaria alla società per azioni.

⁵¹ Si deve, pertanto, ribadire che nel gruppo bancario cooperativo l'imputazione del potere di direzione in via *solitaria* alla capogruppo prescinde dall'influenza dominante che sulla stessa esercitano in concreto gli enti, *lucrativi* o *cooperativi*, partecipanti al capitale della s.p.a. Quanto sostenuto, del resto, sembra essere confermato dal recente documento pubblicato a fini di consultazione dalla Banca d'Italia contenente la versione *provvisoria* delle nuove istruzioni di vigilanza sulle b.c.c., di coordinamento con le disposizioni dedicate al gruppo bancario cooperativo. In questo documento, infatti, si legge espressamente che una banca di credito cooperativo «non può assumere partecipazioni o partecipare ad accordi da cui derivi il controllo, esclusivo o congiunto, della propria capogruppo o di una banca a cui fa capo un sottogruppo territoriale. Le banche di credito cooperativo possono invece partecipare, insieme con la propria capogruppo, al controllo congiunto di società strumentali del gruppo bancario cooperativo» (cfr. il punto 4 della Sez. III, NDVB *in consultazione* sulle b.c.c.). Da ciò deriva la conferma dell'impossibilità per le b.c.c. di dirigere e coordinare il gruppo dalla s.p.a., essendo per contratto, per statuto e per legge il potere e il controllo imputati a quest'ultima. Nell'ammettere, poi, il controllo verticale congiunto tra s.p.a. e b.c.c. l'autorità di vigilanza sembra ricalcare il modello di «coordinamento sovraordinato» proprio del MUV (cfr. il cap. I, par. 2).

Va evidenziato, infine, che la tesi della concertazione è foriera di conseguenze contrarie alle finalità della riforma, introdotta proprio per rimediare alle difficoltà di patrimonializzazione delle piccole banche cooperative, notoriamente derivanti dai disincentivi all'investimento e dai problemi di azione collettiva connessi a un'organizzazione sociale *formalmente* democratica seppur *sostanzialmente* idonea a consolidare il potere degli amministratori, come tale totalmente affrancato dal controllo dei soci cooperatori.

Infatti, sostenere che elemento imprescindibile del gruppo bancario cooperativo sia la concertazione tra tutte le b.c.c. etero-dirette in costanza di gestione fisiologica implica la riproposizione all'interno della capogruppo di modelli organizzativi che in tutti questi anni hanno generato i problemi che la riforma mira a risolvere, conclusione che non si ritiene di accogliere, specie se la direzione, per espressa previsione legislativa e con le dovute distinzioni riguardanti i gruppi provinciali, è affidata a una società per azioni e non già a una società cooperativa.

A nulla rileva, poi, il fatto che la s.p.a. capogruppo possa caratterizzarsi per un natura *legale* e *di marca consortile*, poiché la mutualità consortile non stravolge le regole organizzative del tipo societario prescelto – che favoriscono la formazione di maggioranze predeterminate anche per garantire uno stabile monitoraggio sulla gestione dell'attività e che *ex ante* costituiscono una misura per incentivare la raccolta di capitale di rischio – ma, più semplicemente, incide sull'oggetto sociale perseguito, dunque sul fine dell'attività d'impresa⁵².

In linea con la tendenza a indentificare l'essenza della cooperazione – soprattutto se si tiene conto della cooperazione e “creditizia” e “a mutualità non prevalente” – nella sola *funzione mutualistica dell'impresa* a prescindere dalle *forme democratiche* dell'*organizzazione sociale*, bisogna prendere atto che la struttura di governo interna alla capogruppo s.p.a. non conforma la natura della fattispecie di cui all'art. 37-bis t.u.b.

Per tali ragioni, occorre analizzare i caratteri *funzionali* del g.b.c., cercando di scorgere nella *mission* della banca lucrativa madre gli elementi della mutualità, ulteriori rispetto a quello riguardante la natura delle società dominate, idonei ad attribuire al gruppo la natura di gruppo cooperativo oltretutto bancario.

Atteso, infatti, che sussiste il rischio che l'organo di supervisione strategica della s.p.a. abusi dei propri poteri a danno di alcune banche cooperative affiliate – proprio perché composto da soggetti animati da interessi lucrativi o da persone designate dalle b.c.c. più solide, titolari di funzioni in parte autonome rispetto a quelle eventualmente esercitate nelle b.c.c. stante la natura bancaria della capogruppo, come tali incentivati a scaricare i costi dell'impresa di gruppo sulle componenti più deboli – è il contenuto dei doveri degli amministratori dell'impresa madre ad assicurare l'allineamento dell'attività di gruppo agli interessi convergenti sui patrimoni sociali facenti capo alle varie banche di credito cooperative etero-gestite.

⁵² Si è visto, infatti, come la qualificazione di g.b.c. in termini di gruppo *legale* o *consortile* (cfr. par. 2) non ha impedito alla dottrina (cfr. note 1 e 2) di ravvisare in capo alla s.p.a. un controllo *gerarchico*. Contra SANTAGATA, “Coesione” e *autonomia* (cap. I, nt. 43), 36, ove afferma che il perseguimento [degli obiettivi di salvaguardia della mutualità delle singole banche cooperative affiliate] 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 associate al gruppo, la cui situazione patrimoniale e finanziaria non denoti particolari elementi di rischiosità» [corsivo aggiunto].

5. *Il profilo funzionale del gruppo bancario cooperativo: l'oggetto della direzione e coordinamento e l'oggetto sociale della capogruppo. Cenni all'esistenza di una correlazione tra ambito (vigilanza/mutualità) della direzione e coordinamento e disciplina dell'esercizio del potere.*

Concentrando l'attenzione sull'oggetto sociale della capogruppo, idoneo a identificare, in una prospettiva endosocietaria, i limiti all'agire degli amministratori e, in una prospettiva di gruppo, l'ambito della direzione e del coordinamento, va messo in evidenza come dal peculiare contenuto dell'attività della s.p.a. parte della dottrina tragga rilevanti conseguenze concernenti la disciplina del potere nel gruppo bancario cooperativo.

Sia la disciplina primaria che quella secondaria stabilita per il g.b.c., conformemente al precetto di cui all'art. 61, co. 4, t.u.b., conferiscono alla capogruppo il ruolo di garante della stabilità del gruppo e del rispetto della normativa prevista in materia di vigilanza prudenziale consolidata, costituendo in definitiva l'impresa madre, la "cinghia di trasmissione" delle istruzioni della Banca d'Italia (o della BCE).

In considerazione del dato di diritto positivo, che lega indissolubilmente il tipo e l'intensità dei poteri di direzione e coordinamento a un vincolo di proporzionalità rispetto al grado di rischio in concreto in cui può versare una singola banca eterogestita (cfr. l'art. 37-bis, co. 3, lett. b, n. 1, t.u.b. e le NDVB, Pt. III, Cap V, Sez III, punti nn. 1, 1.4, 1.5 e 1.7), sia la dottrina che qualifica il gruppo oggetto della presente analisi quale gruppo a direzione concertata in costanza di gestione fisiologica sia alcuni autori propensi a inquadrare il g.b.c. tra i gruppi gerarchici o i gruppi ibridi, riconoscono, il potere di emanare direttive *lato sensu* «unilaterali» nella sola ipotesi di esercizio delle funzioni di vigilanza in senso stretto⁵³.

Seguendo tale impostazione, pertanto, i poteri d'influenza della capogruppo – in particolare quelli concernenti il patrimonio di vigilanza (ICAAP), quelli di controllo e intervento e quelli sanzionatori – sarebbero *unicamente strumentali* all'osservanza dei requisiti prudenziali, espressione di finalità superiori rispetto all'interesse delle singole banche di credito cooperativo.

Tuttavia, la *centralità* che gli autori attribuiscono alle esigenze *prudenziali* a supporto del potere della s.p.a. madre è foriera di conseguenze *applicative* diverse a seconda della premessa, *strutturale* o *funzionale*, dalla quale si intenda assumere l'analisi dell'istituto.

Iniziando dalla prospettiva *strutturale*, secondo i sostenitori della natura fisiologicamente e strutturalmente paritetica del g.b.c., in mancanza di esigenze della

⁵³ In tal senso SANTAGATA, "Coesione" e autonomia (cap. I, nt. 43), 16 ss.; anche SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 199 ss., 211 ss., sul quale si veda meglio la nota 55. In ogni caso, sembra che detti autori ritengano non necessario l'obbligo della capogruppo di provvedere alla compensazione dei pregiudizi sofferti dalle b.c.c. qualora gli stessi siano stati arrecati per il perseguimento dell'obiettivo della stabilità del gruppo; *contra*, pervenendo a una conclusione più radicale (*id est* la non necessità costante della compensazione) CUOMO, *Poteri e doveri* (nt. 2), 174 ss., che ritiene non configurabile nel g.b.c. un'attività di direzione e coordinamento per la mancanza in capo alla s.p.a. di un interesse imprenditoriale *proprio* e, conseguentemente, di un programma economico-finanziario unitario; secondo tale tesi, il potere della s.p.a. del g.b.c. sarebbe un potere di influenza dominante funzionale a garantire il corretto svolgimento dei rapporti di finanziamento intercorrenti tra le società del gruppo, similmente a quanto accade per i cd. *covenants* finanziari (cd. *eterodirezione da credito* ex art. 2359, co. 1, n. 3, c.c.). Tuttavia, da un lato, la s.p.a. capogruppo esercita anche attività bancaria, profilo che, nei fatti, determinerà il sorgere in capo alla capogruppo di interessi imprenditoriali propri; dall'altro lato, il contratto di coesione non sembra presentare i caratteri di un contratto di scambio o di finanziamento, bensì di un contratto associativo volto a regolare l'esercizio della direzione strategica conformemente ai principi di stabilità e di sana e prudente gestione propri degli enti creditizi e a quelli di corretta gestione imprenditoriale e societaria sanciti per i gruppi in generale; dall'altro lato ancora, l'oggetto del contratto ricorda non poco il contenuto tradizionalmente caratterizzante i contratti *lato sensu* di dominio, ossia il governo della liquidità del gruppo (cd. *cash pooling agreement*).

vigilanza, lo scopo mutualistico delle singole banche aderenti al contratto di coesione non sarebbe intaccabile stante l'assenza «per definizione di rapporti di controllo partecipativo»⁵⁴: conseguentemente, non essendo esercitati i *poteri di nomina* che la legge riconosce alla capogruppo in via *eccezionale* e non essendo effettuati *interventi in esecuzione delle istruzioni di vigilanza*, le b.c.c. riacquisterebbero la loro *autonomia operativa* e il potere di direzione assumerebbe i più flessibili caratteri strutturali della pariteticità, di modo da essere, *da un lato*, imputato alle società affiliate al patto di coesione e da perdere, *dall'altro lato*, gli attribuiti della vincolatività di cui all'art. 61, co. 4, c.c.

Qualora, invece, gli obiettivi perseguiti dalla capogruppo rientrino nell'ambito della vigilanza, il potere di direzione si trasformerebbe da *paritetico* a *gerarchico*, venendo così imputato alla capogruppo e *vincolandosi* ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, di stabilità (artt. 2497 c.c. e 61 t.u.b.) ma, soprattutto, al principio di proporzionalità.

Va ribadito che quest'ultimo caratterizza tutta la normativa prudenziale sinteticamente analizzata nel primo capitolo e, per altro verso – tenuto conto della necessità che le risorse finanziarie della capogruppo⁵⁵ debbano essere messe prontamente a disposizione delle banche cooperative più a rischio, ai fini della sottoscrizione di azioni di finanziamento o di altri strumenti di capitale emessi dalle medesime – sembra evocare il noto principio di *correlazione tra rischio e potere*, oggi richiamato in relazione a un'articolazione imprenditoriale di gruppo in cui il ridimensionamento (e non, si badi bene, la totale scomparsa) dei legami di tipo partecipativo (cfr. art. 150-ter t.u.b.) non dovrebbe in alcun modo rendere la struttura del g.b.c. meno efficace, ai fini dell'esercizio della direzione e coordinamento, dei gruppi fondati sul possesso azionario, ossia i gruppi gerarchici lucrativi *tout court*.

Ciò posto, in questo paragrafo interessa mettere in luce come l'agire della capogruppo azionaria non attenga esclusivamente agli obiettivi della vigilanza ma investa altresì la mutualità delle banche di credito cooperativo, coerentemente con l'assunto secondo cui oggi sarebbero ormai sfumati, se non del tutto venuti meno, i confini tra attività di vigilanza nel gruppo bancario a fini di stabilità e attività di direzione e coordinamento di un gruppo cooperativo nel rispetto dei canoni di corretta gestione fissati agli artt. 2497 ss. e 2545-septies c.c.: in sintesi, il gruppo bancario cooperativo non sarebbe “cooperativo” per l'esistenza di *strutture concertative* del potere, bensì per le attività costituenti l'oggetto sociale della capogruppo oltretutto per la necessaria salvaguardia

⁵⁴ Tuttavia, se la capogruppo può sottoscrivere azioni di finanziamento che attribuiscono il controllo interno ex art. 2359 c.c., da un lato, non possono dirsi assenti “per definizione” rapporti di controllo partecipativo; dall'altro lato, non possono dirsi assenti “per definizione” rapporti di controllo esterno contrattuale; nel senso espresso nel testo cfr. SANTAGATA, “Coesione” e autonomia (cap. I, nt. 43), 16-17, nota 31; secondo cui «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”».

⁵⁵ In materia di garanzia incrociata nel gruppo bancario cooperativo, le disposizioni di vigilanza raccomandano la rimozione di ogni ostacolo giuridico o fattuale al rapido trasferimento di fondi propri e mezzi finanziari nell'ambito del gruppo; sul piano *esterno*, concernente la responsabilità nei confronti dei creditori, ciascun aderente al patto di coesione assume in solido, entro il limite delle risorse eccedenti il livello minimo di PDV richiesto obbligatoriamente dalle legge (cd. *free capital*), le obbligazioni di ogni altro aderente nel caso in cui questo risulti inadempiente verso i propri creditori, ferma restando la necessità che l'accordo preveda «meccanismi tali per cui la capogruppo [sia] chiamata in prima istanza all'adempimento dell'obbligazione di garanzia (o, a seconda dei casi, alla somministrazione dei mezzi necessari per l'adempimento da parte della banca affiliata), con priorità rispetto alle altre banche aderenti» (NDVB, Pt. III, Cap. V, Sez. III, punto 2).

dell'interesse dei soci cooperatori delle b.c.c. al conseguimento del vantaggio mutualistico.

Al tempo stesso, come verrà meglio mostrato nei successivi paragrafi, l'interpretazione che si vuole fornire della disciplina in esame si discosta *parzialmente* da quella della dottrina a sostegno della natura *gerarchica* o *ibrida* del gruppo bancario cooperativo, pur essendo tale ultima corrente accomunata dall'idea, qui condivisa, che il potere solitariamente imputato alla s.p.a. incida anche sulla mutualità.

In tal senso, alcuni ⁵⁶ sembrano propensi a distinguere tra poteri esercitati a *fini di stabilità*, *sempre vincolanti* seppur nel rispetto del principio di "*rischiosità*", e poteri esercitati per *scopi imprenditoriali*, *vincolanti solo* se rispettosi del principio, introdotto dalla riforma del 2003, di coordinamento *gerarchico* degli interessi delle banche affiliate, conformemente agli artt. 2497 ss. e 2545-*septies* c.c.; tesi che, in definitiva, si discosta da quella della natura fisiologicamente paritetica del g.b.c. sol per il fatto che in quest'ultima, nei casi di perseguimento di finalità mutualistiche o non prudenziali, si presuppone un coordinamento equi-ordinato tra le b.c.c. in piena autonomia (operativa).

Altri ⁵⁷, invece, inclini a pensare che il g.b.c. costituisca una forma di *eterodirezione gerarchica da credito* (art. 2359, n. 3, c.c.) non riconducibile alla direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. per mancanza, da parte della s.p.a., di scopi *imprenditoriali propri*, espandono le potenzialità delle prerogative riconosciute dal t.u.b. alla capogruppo, arrivando a sostenere che i *pregiudizi arrecati* ai patrimoni delle b.c.c. e agli interessi dei loro soci e creditori per effetto del potere – *sempre ispirato a esigenze prudenziali* – siano *automaticamente compensati* dalla circostanza dell'appartenenza a un'organizzazione volta a prestare *in via permanente* interventi di risanamento tempestivo in caso di crisi: in questo modo, i pregiudizi non dovrebbero *mai* essere *materialmente compensati*, circostanza che, a mio avviso, provocherebbe un'insanabile frattura tra il gruppo bancario cooperativo e le altre fattispecie di gruppo riconosciute dall'ordinamento ("bancari", "lucrativi/cooperativi/eterogenei", "gerarchici/paritetici").

Tuttavia, tornando, per il momento, all'analisi della tesi secondo cui la legislazione bancaria avrebbe affidato in via solitaria alla capogruppo del g.b.c. la responsabilità per la direzione gerarchica delle b.c.c. *esclusivamente* in funzione della salvaguardia della loro stabilità patrimoniale e finanziaria, va sottolineato che tale conclusione non pare, alla luce del dato di diritto positivo, condivisibile.

Invero, la supposta soluzione ermeneutica finisce col disinteressarsi totalmente ai profili attinenti al mutualismo nell'ottica dell'*agire di gruppo*, in particolare in quei casi in cui una b.c.c. *in bonis* trascuri di erogare il credito *prevalentemente* a favore dei soci (cfr. art. 35 t.u.b. IDVB 1999, Tit. VII, Sez. III, punti 1, 2 e 3).

⁵⁶ SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), *ibidem*, similmente a quanto sostenuto da Santagata citato *supra*, distingue tra obiettivi di natura *prudenziale* e obiettivi di natura prettamente *imprenditoriale*, laddove i primi «legittimano una piena azione dirigitica della capogruppo bancaria, mentre nelle restanti aree di influenza i poteri della stessa dovrebbero essere suscettibili di esplicazione e analisi sul mero piano societario. Donde, l'eterogestione della *holding* non propriamente funzionale al perseguimento degli obiettivi pubblicistici tipici del settore creditizio dovrà essere condotta nel rispetto di politiche interventistiche ben ponderate, che tengano in considerazione le istanze di autonomia degli operatori bancario controllati» [211-212]. In fondo, la differenza tra i due orientamenti risiede non tanto nell'interpretazione della disciplina di cui agli artt. 37-*bis* ss. t.u.b., quanto nella maggiore o minore sfiducia sull'idoneità del nuovo istituto del g.b.c. a rispettare in concreto lo scopo mutualistico e l'autonomia gestionale delle b.c.c. In questa prospettiva, la tesi a sostegno della natura gerarchica del g.b.c. si fonda sulla consapevolezza che, nei fatti, le b.c.c. finiranno per divenire «mere articolazioni periferiche di un organismo centralizzato» [212], come sostengono, d'altronde, molti autori della corrente opposta, inclini a ravvisare nel g.b.c. i caratteri minimi propri dei gruppi paritetici seppur *distorti* dalle esigenze della vigilanza citati alla nota 2.

⁵⁷ Così, espressamente, CUOMO, *Poteri e doveri* (nt. 2), *ibidem*.

D'altronde, la stessa dottrina⁵⁸ che perviene a tali conclusioni non manca né di evidenziare criticamente alcuni tratti di disciplina espressione di un potere esorbitante le esigenze della vigilanza e indipendente da qualsivoglia principio di proporzionalità, né di qualificare, *correttamente*, la società azionaria quale società con scopo consortile, dunque quale strumento idoneo ad agevolare il perseguimento degli scopi imprenditoriali degli aderenti, sia come singoli sia come espressione di un'impresa economicamente unitaria⁵⁹.

È vero, infatti, che gli interessi pubblici sottesi alla disciplina del gruppo bancario cooperativo non si fondano sulla sola presenza di un «contratto imposto»⁶⁰ e di una conseguente attenuazione della volontà privata in ordine alla conformazione del contenuto del regolamento negoziale e delle procedure autorizzative per pervenire alla sua costituzione o modifica, trasparendo piuttosto dalla *complessiva conformazione legale* del gruppo, a cominciare dalla società collocata al vertice.

In questa prospettiva, non va posta in risalto tanto la natura azionaria della capogruppo, espressione di un'efficiente organizzazione del finanziamento dell'impresa, quanto la sua qualità di società *essenzialmente* legale, il cui singolare scopo diverge da quello ricondotto dal diritto comune al tipo s.p.a., che nel caso di specie assume la veste di modello formale prescritto per lo svolgimento di finalità di carattere speciale, ossia la salvaguardia della stabilità del gruppo nel rispetto della mutualità che contraddistingue le banche di credito cooperativo che ne fanno parte.

⁵⁸ Cfr. SANTAGATA, "Coesione" e autonomia (cap. I, nt. 43), 15 ss., 21 ss., 36 ss.; *contra* CUOMO, *Poteri e doveri* (nt. 2), 168, secondo cui i confini delle esigenze di vigilanza tratteggiati dalle disposizioni della Banca d'Italia risultano in definitiva «difficili, se non impossibili, da delimitare», col rischio di determinare «una "funzionalizzazione" dell'attività della capogruppo incompatibile con la sua connotazione imprenditoriale».

⁵⁹ La qualificazione, qui condivisa, della s.p.a. quale società consortile dovrebbe servire, nell'ottica della dottrina qui richiamata, a scongiurare possibili esiti di scolorimento e compressione dello scopo mutualistico delle b.c.c. aderenti. Del resto, l'idea di un'impresa economicamente unitaria sovrapposta a un insieme di enti formalmente indipendenti non è meramente evocativa dei fenomeni di gruppo, trattandosi di un elemento comune alla generalità delle associazioni d'impresa, di cui il consorzio è sicuramente una delle espressioni più importanti.

Tuttavia, non si può escludere la contemporanea applicazione, *per alcuni profili*, della disciplina dei consorzi e, *per altri profili* (es. quello della responsabilità per abusivo esercizio del potere), di quella dei gruppi; questa è, anzi, la soluzione che si vuole proporre, atteso che lo scopo consortile non esclude l'applicazione *in via residuale* l'applicazione della disciplina dei gruppi. Si rinvia ai contributi citati alla nota 60 del cap. II.

Infatti, sebbene l'art. 2602 c.c. sembri conferire maggiore importanza alla strumentalità dell'organizzazione consortile rispetto agli scopi imprenditoriali di ciascun contraente, non si può (né si deve) escludere una maggiore integrazione e convergenza degli interessi dei singoli paciscenti verso obiettivi essenzialmente (e non ancillarmente) comuni;

Tale esito interpretativo non solo si desume dalla natura associativa del contratto di consorzio, dalla possibilità di realizzare la mutualità consortile attraverso un soggetto di diritto (consorzio con attività esterna ex artt. 2612 ss. c.c.) o una società (art. 2615-ter c.c.) o, ancora, da quelle disposizioni sui gruppi aventi una portata tale da poter essere applicate anche ai consorzi (artt. 2497-*septies*, 2545-*septies* c.c.), ma può, altresì, cogliersi con riferimento a una fattispecie *tipica* di contratto con causa consortile di recente introduzione nel nostro ordinamento: il contratto di rete d'impresa, infatti, è stato pensato per consentire agli imprenditori di creare un'organizzazione comune dai contorni flessibili, idonei a preservare l'autonomia degli aderenti, legati tra loro da rapporti di interdipendenza; questi, effettuando apporti all'attività comune di tipo idiosincratico (es. investimenti strategici, *know-how*), perseguono «lo scopo di accrescere, *individualmente e collettivamente*, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato» (art. 3, co. 4-ter, D.l. n. 5/2009 conv. in L. n. 33/2009).

⁶⁰ In questi termini SANTAGATA, "Coesione" e autonomia (cap. I, nt. 43), 12 e 45, per il quale «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».

Nel tentativo di dimostrare come il rispetto del mutualismo delle singole b.c.c. costituisca un limite *interno* all'azione della capogruppo, ossia un obiettivo cui la direzione si deve conformare e non un semplice confine oltrepassato il quale il potere diviene illegittimo, è doveroso esaminare con cura le disposizioni di vigilanza regolanti gli strumenti di cui la s.p.a. può avvalersi per ingerirsi nella gestione delle società del gruppo.

6. (segue) *La programmazione della direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo e il principio di proporzionalità. Incidenza del potere sui profili legati alla vigilanza prudenziale e sulla mutualità delle b.c.c. affiliate.*

La normativa secondaria regola con estremo dettaglio l'esercizio dei poteri della capogruppo, già ben identificati dal comma terzo dell'art. 37-*bis* t.u.b., sinteticamente distinguibili in: (i) poteri di programmazione *ex ante* delle politiche imprenditoriali, consistenti nell'individuazione degli indirizzi strategici e degli obiettivi operativi del gruppo; (ii) poteri di attuazione della politica di gruppo, ivi inclusi i poteri di controllo e d'intervento *ex post* (anche di carattere sanzionatorio), riconosciuti in proporzione alla rischiosità delle banche destinatarie della direzione, ferma restando la necessità di mantenere un «equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune»; (iii) poteri di nomina, opposizione alla nomina e revoca di uno o più membri degli organi di amministrazione e controllo delle società aderenti, esercitabili solo a fronte di assetti organizzativi non adeguati a garantire una selezione dei preposti alle cariche sociali coerente con le esigenze di sana e prudente gestione creditizia (cfr. art. 26 t.u.b.).

In primo luogo, va sottolineato che le disposizioni di vigilanza potrebbero essere viziate da eccesso di delega qualora venissero lette in modo tale da accordare alla capogruppo alcuni poteri senza vincolarne l'esercizio al rispetto del principio di proporzionalità, in contrapposizione al disposto di cui all'art. 37-*bis*, co. 3, t.u.b.: il riferimento è, in particolare, alla disciplina sui controlli interni e sulle decisioni di rilievo strategico (Sez. III, 1.3 e 1.6.)⁶¹.

Le disposizioni, infatti, raccomandano all'impresa madre «al fine di assicurare l'unità del controllo strategico, gestionale e tecnico-operativo sul gruppo nel suo insieme e l'equilibrio gestionale delle [...] banche affiliate» la definizione delle strategie, delle politiche e dei principi di valutazione e misurazione dei rischi (cd. *Risk Appetite Framework*) a livello di gruppo, garantendo la coerenza con essi dei sistemi di controllo interno adottati nelle singole b.c.c. etero-gestite.

La capogruppo, inoltre, *al di fuori del perimetro della vigilanza in senso stretto*⁶², «definisce regole e criteri di svolgimento dell'attività delle banche affiliate, quantomeno con riferimento alle politiche di concessione del credito, all'esposizione a rischi

⁶¹ Il rischio è, prospettato, correttamente, da SANTAGATA, "Coesione" e autonomia (cap. I, nt. 43), 20, nota 36, che ravvisa nella Sez. III, partic. punto 1.6. (decisioni di rilievo strategico) delle NDVB dedicate al g.b.c., «un'applicazione indubbiamente limitata e restrittiva del principio di proporzionalità», e 23, ove, in materia di nomina e revoca degli organi sociali delle b.c.c. affiliate, sostiene che «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». Per le prerogative concernenti le cariche sociali in seno alle b.c.c. si rinvia al paragrafo 8.

⁶² Che mi sembra riguardi di più le procedure di misurazione del rischio (punto 1.3, prima parte), i controlli e gli interventi *ex post* (punto 1.4), specialmente quelli concernenti i requisiti patrimoniali e le segnalazioni di vigilanza (punto 1.5).

finanziari, alle decisioni di investimento in partecipazioni in immobili, alle gestione dei conflitti d'interesse»⁶³.

Il contratto di coesione dovrà necessariamente riconoscere alla s.p.a. il potere di *approvare* tutte le *operazioni* delle banche aderenti al g.b.c. di *rilievo strategico* sul piano patrimoniale o finanziario (es. fusione, scissione, cessione di beni o rapporti giuridici in blocco, acquisto di partecipazioni e immobili, apertura di succursali) nonché la possibilità di emanare «disposizioni *vincolanti* concernenti l'articolazione territoriale e la rete distributiva (anche fuori sede) delle banche del gruppo, volti a *coordinare* e *razionalizzare* la *presenza del territorio* mediante succursali e altri canali distributivi in un'ottica di *efficienza* ed *eliminazione delle duplicazioni*», previa predisposizione di un *piano di sviluppo territoriale* del gruppo, «raccolgiendo e coordinando le proposte delle banche affiliate» [enfasi aggiunta].

Già dall'analisi di questa prima gamma di poteri, per un verso, sarebbe consentito all'interprete di fornire soluzioni tali da scongiurare i rischi di eccesso di delega da parte della legislazione prudenziale; per altro verso, non sarebbe possibile circoscrivere il potere gerarchico di gruppo ad ambiti estranei e per nulla interferenti con l'attività mutualistica delle banche di credito cooperativo.

Dal *primo punto* di vista, il tenore letterale dell'art. 37-*bis*, co. 3, t.u.b. non è così inequivoco, poiché si parla d'individuazione e attuazione d'indirizzi strategici e obiettivi operativi del gruppo «*nonché degli altri poteri necessari per l'attività di direzione e coordinamento, proporzionati alla rischiosità delle banche aderenti*» [enfasi aggiunta], come se il nesso tra rischiosità (delle b.c.c.) e potere (della s.p.a.) riguardasse solo i poteri diversi da quelli riguardanti la fissazione dei *target* della direzione strategica, come sembrano confermare le disposizioni di vigilanza.

A rigor di logica, non è possibile calibrare la portata della fase di programmazione dell'attività (e, in generale, la fase di elaborazione delle politiche strategiche) di gruppo in ragione della rischiosità delle banche sottoposte alla direzione e coordinamento: al contrario, sembra più ragionevole ritenere che la capogruppo sia tenuta ad elaborare *ex ante* una strategia organizzativa, finanziaria e operativa del gruppo unitariamente considerato, al tempo stesso dettando criteri idonei a intervenire *ex post* sulla gestione delle b.c.c. che tengano conto delle condizioni di salute di queste ultime e che consentano, in sede di valutazione della realizzazione degli obiettivi di gruppo, di riadeguare il programma imprenditoriale comune sulla base dell'accertato mutamento delle condizioni (di sana e prudente gestione) di partenza.

⁶³ Le disposizioni individuano tra le aree di attività delle b.c.c. interessate dal potere di programmazione della capogruppo le seguenti: «[a] l'intero processo di concessione del credito e la gestione del relativo rischio (misurazione del rischio, istruttoria, erogazione, valutazione delle garanzie anche immobiliari, controllo andamentale e monitoraggio delle esposizioni, revisione delle linee di credito, classificazione delle posizioni di rischio, interventi in caso di anomalia, criteri di classificazione, politica degli accantonamenti, valutazione e gestione delle esposizioni deteriorate); [b] l'attività e l'organizzazione dell'area finanza, con particolare riferimento a: la politica di *funding* del gruppo e la ripartizione delle diverse forme di provvista fra la capogruppo e le banche affiliate avendo riguardo alle forme tecniche e alle scadenze degli strumenti di raccolta; le politiche di gestione del rischio di liquidità e la gestione accentrata della liquidità delle componenti del gruppo; le politiche e procedure volte a identificare, misurare e gestire tutte le fonti di esposizione a rischi di mercato e i relativi effetti; l'operatività in derivati, in cambi, in prodotti finanziari complessi (nel rispetto delle specifiche disposizioni di vigilanza per le banche di credito cooperativo); [c] le strategie di investimento partecipativo e immobiliare, in coerenza con il RAF di gruppo, la misurazione e gestione dei rischi connessi e i compiti delle funzioni di controllo per la verifica del rispetto delle politiche interne. Spettano *esclusivamente* alla capogruppo le decisioni concernenti gli investimenti partecipativi di maggiore rilevanza (come definiti dalle disposizioni di vigilanza, Parte Terza, Capitolo 1, Sez. VII) e, in ogni caso, quelli per i quali è richiesta l'autorizzazione o la preventiva comunicazione all'autorità di vigilanza; [d] le soluzioni organizzative e di governo societario a presidio dei conflitti d'interesse, con particolare riferimento all'assunzione di attività di rischio e alle altre operazioni con soggetti collegati (ivi incluse le operazioni rilevanti per l'art. 136 TUB), all'assunzione e gestione di partecipazioni, all'acquisizione e gestione di immobili.

I dati normativi a favore di tale conclusione sono vari.

In materia di risoluzione delle crisi bancarie, l'art. 69-*quinquies*, co. 5, t.u.b. affida al piano di risanamento il mero compito di individuare con valutazione prognostica gli eventuali impedimenti di diritto e di fatto idonei a segnalare difficoltà nell'«allocazione tempestiva di fondi propri [o nel] pronto trasferimento di attività [o nel] rimborso di passività fra società del gruppo», coerentemente con l'obiettivo di programmazione della gestione di eventuali crisi di liquidità all'interno del gruppo, al fine di prevenire o attenuare il rischio di propagazione di crisi coinvolgenti singole società affiliate.

Ancora, l'accordo di assistenza finanziaria infragruppo deve prevedere i criteri di determinazione del corrispettivo del sostegno finanziario erogato da una delle società del gruppo ex art. 69-*duodecies*, co. 5, lett. c, t.u.b., così come le disposizioni di vigilanza raccomandano al contratto di coesione di individuare gli indicatori di calcolo del corrispettivo dei servizi resi dalla capogruppo s.p.a., in parte parametrati alla *performance* delle b.c.c. aderenti, il che implicitamente equivale a dire che il valore delle transazioni infragruppo dovrà tener conto della solidità patrimoniale e finanziaria delle imprese controllate (Sez III, punto 1.8).

Infine, non può ignorarsi che la disciplina prudenziale (Sez. III, punto 1.4) impone al contratto di coesione di individuare gli indicatori di *early warning* per classificare il rischio delle banche affiliate e, così, fornire «gli elementi istruttori a supporto delle misure sanzionatorie attivabili dalla capogruppo» in conformità al principio di proporzionalità su menzionato.

Per concludere, la sola previsione a opera della Banca d'Italia di poteri di elaborazione delle politiche strategiche e operative del gruppo *apparentemente* sganciati dalla rischiosità delle banche di credito cooperativo non può costituire un eccesso di delega, giacché in tale fase i criteri utili al rispetto del principio di proporzionalità degli interventi alle condizioni di salute delle società etero-gestite possono essere esclusivamente programmati e non già attuati in concreto.

Dal *secondo punto* di vista, non si può trascurare la natura di cooperative di consumo a mutualità prevalente delle b.c.c.: esse sono tenute a esercitare il credito prevalentemente (*id est* più del 50% del totale delle erogazioni dev'essere) a favore dei soci ai sensi dell'art. 35 t.u.b., anche se, in realtà, le istruzioni di vigilanza ritengono rispettato tale principio quando (i) le attività di rischio a favore di soggetti non soci siano assistite da garanzie personali, incondizionate ed esplicite fornite dai soci o, per quel che qui interessa, (ii) nel caso di *attività a ponderazione zero*⁶⁴.

Tra queste ultime sono senz'altro da ricordare le «esposizioni di una banca [...] verso la propria capogruppo, verso una propria filiazione o verso un'altra filiazione della stessa capogruppo o verso un'impresa legata da una relazione di controllo»⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. Tit. VII, Cap. I, Sez. III, punti nn. 1, 2 e 3 delle IDV 1999, regolanti tutt'oggi l'operatività delle banche di credito cooperativo conformemente a quanto stabilito dall'art. 35 t.u.b., che autorizza la Banca d'Italia a individuare casi in cui il credito è destinato a soggetti diversi dai soci o, più correttamente, estranei all'ambito di attività considerato "prevalente", nonché le ipotesi in cui l'impresa è esercitata al di fuori delle zone di competenza territoriale indicate dagli statuti.

A tale ultimo riguardo, la disciplina prudenziale stabilisce che i soggetti nei cui confronti l'esercizio del credito non possa considerarsi "prevalente" devono comunque risiedere nella zona di competenza territoriale della b.c.c., salvo la facoltà di assumere una quota pari al 5 % del totale delle attività di rischio al di fuori di detta zona.

⁶⁵ Così già le prime istruzioni di vigilanza adottate in occasione del recepimento della direttiva CRD del 2006 e dell'Accordo di Basilea, 5, consultabili sul sito della Banca d'Italia.

Le esposizioni verso società del gruppo rientrano nel concetto di attività prevalente ex art. 35 t.u.b. solo se: a) la controparte sia un soggetto vigilato, una società di partecipazione finanziaria, una società finanziaria, una società di gestione patrimoniale (SGR) o un'impresa di servizi ausiliari cui si applicano requisiti prudenziali; b) la controparte sia consolidata integralmente insieme alla banca finanziatrice; c) la controparte sia soggetta alle stesse procedure di valutazione, misurazione e controllo del rischio della banca finanziatrice; d) la controparte abbia sede in Italia; e) non vi siano impedimenti giuridici o

Pertanto, il perseguimento dello scopo mutualistico della singola banca di credito cooperativo sarà sicuramente influenzato dalla quantità e dalla misura delle operazioni di assistenza finanziaria imposte alle società del gruppo dalla capogruppo del g.b.c.; in definitiva, il vincolo di operatività di cui all'art. 35 t.u.b., oggi, s'intenderà rispettato anche nell'ipotesi in cui il credito sia destinato in prevalenza all'attività infragruppo e non solo quando sia concesso ai soci cooperatori ⁶⁶.

Al di là del nesso tra concessione di finanziamenti infragruppo, inquadrabile tra le attività a ponderazione zero, e ambito dello scopo mutualistico delle banche di credito cooperativo per come circoscritto dall'art. 35 t.u.b. e dalla normativa secondaria, è indubbio che poteri come quelli di individuazione dei criteri di esercizio dell'attività di concessione del credito e delle regole di organizzazione dell'area finanza (es. limiti di operatività in derivati) ⁶⁷ o, ancora, di elaborazione di un piano di sviluppo territoriale per articolare in modo efficiente la rete distributiva del gruppo, impattano direttamente sullo scopo mutualistico delle singole società affiliate.

In particolare, la direzione strategica incide proprio sui due elementi che animano la mutualità delle b.c.c. ⁶⁸: la gestione di servizio a favore dei soci di una singola

sostanziali, attuali o previsti, che ostacolino il rapido trasferimento dei fondi propri o il rimborso di passività da parte della controparte alla banca finanziatrice».

⁶⁶ La previsione, del resto, si giustifica in ragione dell'esigenza di consentire senza particolari impedimenti l'esercizio dell'attività creditizia alle b.c.c. operanti all'interno di un gruppo; infatti, in assenza di una disposizione che includa l'assistenza finanziaria infragruppo nell'ambito dell'attività "prevalente" (in quanto attività a ponderazione zero), le b.c.c. sarebbero tenute a concedere finanziamenti alle altre società del gruppo solo nei limiti del 49,9 % del totale delle attività di rischio, il che, senza dubbio, ostacolerebbe notevolmente l'esigenza di tempestività che deve caratterizzare l'agire del gruppo bancario, soprattutto qualora le banche etero-gestite siano dimensionalmente più modeste. Le disposizioni di vigilanza *in consultazione* sulle b.c.c. di recente pubblicazione (punto 1, Sez. III) confermano gli assunti espressi nel testo, nel momento in cui affermano che «ai fini del calcolo della "prevalenza", sono assimilate alle esposizioni verso i soci le esposizioni verso o garantite da: [...] la capogruppo e altre società del gruppo bancario cooperativo di appartenenza, ivi compresi gli impegni e le garanzie assunti in esecuzione dell'accordo di garanzia in solido. I rapporti di finanziamento con le entità del g.b.c., inoltre, non rientrano nel limite di competenza territoriale.

⁶⁷ A tal proposito si ricorda che le disposizioni di vigilanza stabiliscono che le banche di credito cooperativo «possono svolgere, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria nonché attività connesse e strumentali nel rispetto della disciplina di vigilanza. Lo statuto delle banche di credito cooperativo prevede che: l'attività di negoziazione di valori mobiliari per conto terzi, se autorizzata, può essere svolta *solo a condizione che* il committente anticipi il prezzo in caso di acquisto o consegna preventivamente i titoli in caso di vendita; nell'esercizio dell'attività in cambi e nell'utilizzo di contratti a termine e di altri prodotti derivati le banche di credito cooperativo *non assumono posizioni speculative*. Si vedano, inoltre, le NDVB sull b.c.c. *in consultazione* (punti 3 e 4, Sez. III), che pongono limiti di carattere *qualitativo* all'ambito delle partecipazioni detenibili, dovendo trattarsi di partecipazioni «in categorie di imprese e in settori economici coerenti con la mutualità e il localismo (es. imprese cooperative, PMI, fondi promossi da organismi di categoria)».

Le banche contengono la propria "posizione netta aperta in cambi" entro il 2% del patrimonio di vigilanza. Esse possono offrire contratti a termine (su titoli e valute) e altri prodotti derivati purché tali operazioni realizzino una copertura di rischi connessi ad altre attività» [corsivo aggiunto] (Tit. VII, Cap. I, Sez. III, punto n. 3, IDV 1999).

⁶⁸ Concorde SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 213, laddove pone in risalto «il riconoscimento alla capogruppo di incidere sul *core-business* delle BCC affiliate», esercitando un potere che oltrepassa «la possibilità di adottare misure che – nell'ordinamento bancario – tipicamente giustificano la massima capacità della *holding* di influenzare le scelte delle componenti del gruppo». Tuttavia, come già evidenziato alle note 1, 2 e 56, la tesi di detto autore non si discosta eccessivamente da quella di Santagata nel momento in cui tende a distinguere tra poteri ispirati da obiettivi di carattere prudenziale, in grado di incidere sull'autonomia delle b.c.c. aderenti (*id est* idonei a pregiudicare gli interessi di cui le b.c.c. sono portatrici senza che operi alcun programma compensativo), e prerogative esercitate per realizzare obiettivi imprenditoriali, soggette al vincolo di "equo temperamento degli interessi" di tutti i membri del gruppo; sul piano astratto, entrambi gli orientamenti si contrappongono a soluzioni più radicali come quella avallata da Cuomo (nt. 2). Tuttavia si è già posto in evidenza (nt. 1) come la qualificazione del gruppo bancario cooperativo in termini di gruppo gerarchico fondato su un contratto di dominio debole discenda da considerazioni inerenti all'idoneità in concreto della nuova normativa di preservare

cooperativa risentirà, da un lato, della politica di finanziamento imposta dalla capogruppo a tutte le entità del gruppo bancario cooperativo; il localismo inteso come vincolo di operatività in un ambito territoriale delimitato dall'autonomia statutaria previa autorizzazione della Banca d'Italia sarà plasmato, dall'altro lato, dalla pianificazione dell'articolazione dell'impresa di gruppo all'interno del (complessivo) territorio in cui essa è situata e opera.

A conferma della tesi secondo cui i poteri di direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo riconosciuti *in via solitaria* alla capogruppo s.p.a. attengono non solo ai profili della vigilanza (es. requisiti patrimoniali e ICAAP, controllo dei rischi e RAF) bensì concernono anche la gestione mutualistica *tout court* delle singole b.c.c., può invocarsi l'art. 35 t.u.b.

La disposizione richiamata, infatti, sancisce l'obbligo di prevedere negli statuti delle banche di credito cooperativo i poteri esercitabili dalla capogruppo ai sensi dell'art. 37-bis, co. 3, t.u.b., i quali, come lascia intendere la rubrica della norma, concernono l'*operatività* di tali enti cooperativi, il loro oggetto sociale, dunque, l'attività mutualistica ⁶⁹.

Le prerogative della capogruppo fin qui analizzate non saranno indicate nel solo contratto, ma integreranno in via statutaria le attività costituenti l'oggetto sociale sia delle b.c.c. sia verosimilmente della società azionaria madre, il che dimostra come l'anima cooperativa del g.b.c. debba ravvisarsi nelle funzioni svolte all'interno del gruppo più che nella struttura di questo, che nelle precedenti analisi si è rivelata *ibrida* o, in ogni caso, non fondata su una *necessaria concertazione* di tutte le banche cooperative aderenti al patto di coesione.

Nella stessa prospettiva va ribadita la circostanza che la capogruppo, pur essendo una società per azioni, persegue uno scopo individuato non dall'autonomia privata bensì dalla legge, prima, e precisato dall'autorità di vigilanza, poi ⁷⁰.

L'autonomia delle b.c.c. affiliate; in questo senso, infatti, Sacco Ginevri [215] ravvisa «un depotenziamento eccessivo delle banche associate [ritenendo che] gli aspetti non disciplinati per finalità prudenziali (con riferimento ai quali, pertanto, è fatta salva l'autonomia contrattuale delle banche aderenti) appaiano *residuali*, sotto il profilo strategico, gestionale e finanziario, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo, ove commisurati ai profili del contratto di coesione espressamente disciplinati dal regolatore (in quanto dallo stesso considerati connessi, direttamente o indirettamente, a finalità di natura prudenziale); formula, quest'ultima, che è così ampia da esser stata evocata dall'Autorità di vigilanza, in funzione estensiva, sino a svuotare sostanzialmente di contenuto la rimanente discrezionalità operativa concessa agli enti bancari aderenti al gruppo». Contrariamente a quanto sostenuto da questi autori, si ritiene che la disciplina, pur riconoscendo alla capogruppo poteri orientati *e* al perseguimento di finalità proprie della vigilanza *e* al perseguimento (o, comunque, alla salvaguardia) dello scopo mutualistico (delle b.c.c. affiliate e, così, del gruppo nel complesso, come espressamente affermato dalla legge), non sottragga in alcun modo l'esercizio della direzione strategica – men che meno nel caso dell'attivazione dei meccanismi di garanzia incrociata – ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, di corretto finanziamento e dei vantaggi compensativi, idonei a informare il potere della capogruppo anche se orientato a garantire la stabilità del gruppo (art. 61, co. 4, t.u.b.).

⁶⁹ Oltre a Cuomo (nt. 58) e Sacco Ginevri (nt. 68), confermano la tesi avanzata nel testo le recenti disposizioni di vigilanza *in consultazione* sulle b.c.c., che si preoccupano di coordinare l'ambito della competenza territoriale delle singole b.c.c. con il nuovo assetto di gruppo, incidendo notevolmente sia sul profilo dell'operatività con i non soci (Sez. III), sia su quello dell'operatività al di fuori delle zone di competenza territoriale (punto 4, Sez. II).

⁷⁰ A monte lo stesso gruppo bancario cooperativo costituisce il primo esempio di gruppo *legale* (cfr. nt. 1), di cui vanno colti: *per un verso*, i profili di *specialità*, per non dire di *singularità* (es. l'*obbligatorietà* dell'adesione al gruppo e al meccanismo di garanzia incrociata; l'imputazione del potere di direzione unitaria di un gruppo cooperativo in via solitaria a una s.p.a. a prescindere dalle situazioni effettive di controllo all'interno della capogruppo; la negazione del recesso ai soci cooperatori al momento dell'entrata nel gruppo e la scarsa effettività del rimedio del recesso dal g.b.c., stante il perdurare del vincolo della garanzia successivamente all'uscita dal gruppo), che, pur nell'ambito della cooperazione di credito, ricordano regole di diritto societario di carattere *generale*, come il principio “ricapitalizza, trasformati o liquida” ex art. 2447 c.c. (nel caso di specie “riorganizzati in gruppo, trasformati o liquida”); *per altro verso*, i profili *comuni* al gruppo disciplinato dal codice civile, segnatamente i principi che governano *medio tempore* l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento fondata su un contratto, senza nemmeno escludere la

Quest'ultima sembra orientare l'agire della s.p.a. a finalità inequivocabilmente (seppur non espressamente) consortili laddove afferma che la stessa esercita le proprie attività, *in primis* quella creditizia, con l'obbligo di «riconoscere e salvaguardare le finalità mutualistiche delle [b.c.c.], sostenendone le capacità di sviluppare lo scambio mutualistico con i soci e l'operatività nei territori di competenza», di «mantenere lo spirito cooperativo del gruppo, prescrivendo un esercizio del ruolo e delle funzioni della capogruppo che sia coerente con i principi di mutualità prevalente, solidarietà, parità di trattamento e non discriminazione caratteristici della categoria del credito cooperativo» [corsivo aggiunto] (Tit. IV, Pt. III, Cap. V, Sez. III, punto 1.8)⁷¹.

Condivisibilmente con quanto sostenuto da una parte dalla dottrina⁷², la natura consortile della capogruppo, ossia il suo essere società erogatrice di servizi strumentali attinenti a singole fasi dell'attività espletata dalle banche di credito cooperativo e, tra queste, soprattutto, la fase di direzione strategica, può desumersi dalla previsione del meccanismo di *cross-guarantee*, che rende responsabili solidalmente tutte le entità dell'affiliazione sia per le obbligazioni di ciascun singolo aderente nei confronti dei creditori sociali sia per le obbligazioni contratte nei rapporti infragruppo, similmente a quanto previsto in materia di responsabilità dei consorzi esterni (art. 2615 c.c.).

Del resto, il finanziamento dell'impresa è (i) fase dell'attività d'impresa (art. 2602 c.c.) nonché (ii) competenza di alta amministrazione, giacché l'entità e la natura delle risorse che confluiscono in una società incidono sui volumi *lato sensu* della produzione; non è un caso, allora, che le disposizioni di vigilanza impongano, previa adozione di apposite clausole contrattuali (ed eventualmente statutarie), alla capogruppo di agire «avendo riguardo a obiettivi di equilibrio e corretto funzionamento dell'accordo di garanzia», di «orientare [in positivo] il gruppo verso modelli di *business* coerenti con i principi cooperativi» e di «adottare misure organizzative e assetti di gruppo idonei a limitare i rischi derivanti da attività non riconducibili a finalità mutualistiche svolte dalla stessa capogruppo o da altre società del gruppo»⁷³.

La natura *consortile* della capogruppo, *tuttavia*, non esclude l'applicazione dei principi di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss. e 2545-*septies* c.c. (es. *vantaggi compensativi* parametrati all'interesse mutualistico, principio di corretto finanziamento dell'impresa) e, dunque, l'esposizione della stessa s.p.a. a responsabilità *contrattuale* – precisata, nel caso di specie, dal regolamento concernente la garanzia infragruppo – oltreché agli interventi della vigilanza.

Al tempo stesso, il dato si presta agevole strumento per dimostrare l'inesistenza di un mero *controllo da contratto di credito*, in cui i poteri negoziali riconosciuti alla s.p.a. erogatrice di liquidità sono *esclusivamente funzionali* al recupero dei finanziamenti e non anche al perseguimento di scopi *imprenditoriali* propri⁷⁴.

In primo luogo, sarebbe errato attribuire al contratto di “coesione” natura di contratto di finanziamento: trattasi, in realtà, di un contratto *associativo* causalmente riconducibile ai negozi aventi ad oggetto la «direzione e il coordinamento di società» (art. 2497-*septies* c.c.), stipulabili anche in forma *consortile* (artt. 2545-*septies* e 2602 ss. c.c.); del

possibilità di ricavare dai tratti singolari della normativa opzioni cui l'autonomia privata può ricorrere in via generale; in tal senso, in dottrina si riscontrano sia tesi volte a ritenere replicabile il meccanismo della garanzia incrociata [TONELLI, *La riforma* (nt. 2), 130], sia tesi volte a riconoscere un gruppo cooperativo diretto da una s.p.a. non ex art. 2545-*septies* c.c. bensì ex art. 2497-*septies* c.c. [LAMANDINI, *Nuove riflessioni* (cap. I, nt. 204), 64; ZOPPINI, *I gruppi cooperativi* (nt. 2), 776].

⁷¹ Cfr. anche VITERBO, *Il contratto di coesione* (nt. 138), 155, il quale, mutuando alcuni principi costituzionali espressi in materia di riparto di competenze tra lo Stato e gli Enti territoriali, ritiene che i rapporti «tra capogruppo e singole BCC siano improntati a fiducia, ai principi di democraticità e leale collaborazione e nel rispetto di meccanismi riconducibili al principio di sussidiarietà e di prossimità».

⁷² Cfr. SANTAGATA, “Coesione” e autonomia (cap. I, nt. 43), 42 ss.

⁷³ Si leggano, in tal senso, le NDVB *in consultazione* sull'operatività delle b.c.c.

⁷⁴ Si tratta della già menzionata tesi di CUOMO, *Poteri e doveri* (nt. 2), 168 ss.

resto, l'essenza della *mutualità consortile* è stata individuata, pur senza negare la possibilità di configurare un'attività di gruppo, anche nella figura *atipica* dei finanziamenti *in pool* o "prestiti sindacati"⁷⁵.

In secondo luogo, la s.p.a. non ha *solamente* uno scopo consortile, perseguendo altresì l'*attività creditizia in proprio*, ragion per cui non mi sembra da escludere, in prospettiva evolutiva, il sorgere in capo alla s.p.a. di un interesse imprenditoriale *autonomo, distinto e contrapposto* agli interessi delle singole b.c.c. affiliate, a tal punto da *esigere* un necessario *coordinamento* tra il primo e i secondi.

In terzo luogo, la tesi risulta sorretta da argomentazioni tra loro, a tratti, *contraddittorie* oltreché foriera di conseguenze *inaccettabili* di fronte a un ordinamento fondato sul principio di libera iniziativa economica privata (art. 41 Cost.).

Invero, l'autore⁷⁶ a favore dell'eterodirezione da credito ha individuato in quest'ultima un *tertium genus* a metà tra il *controllo* ex art. 2359, n. 3, c.c. e la *direzione e coordinamento*, soggetto in via *analogica* al regime di responsabilità ex art. 2497 c.c. anche se estraneo al restante statuto dei gruppi di società.

Nonostante tale premessa implichi la possibilità di configurare una responsabilità *da abuso da controllo*, l'autore sterilizza la portata del principio dei vantaggi *compensativi*, sostenendo che i pregiudizi arrecati al patrimonio delle società controllate non debbano essere *mai compensati*, essendo la compensazione realizzata *in re ipsa* dall'appartenenza al gruppo e al sistema di garanzie incrociate: ciò contraddice la premessa argomentativa, giacché o da un abuso del potere di controllo si desume l'esistenza *effettiva* di un'attività di direzione e coordinamento, con conseguente applicazione di tutti i principi a essa afferenti, o, al contrario, non ci sono i presupposti *minimi* per configurare un gruppo e, pertanto, non è necessario ricorrere al principio dei vantaggi compensativi per ripianare eventuali danni al patrimonio delle controllate.

Sul piano delle *conseguenze*, poi, la tesi, presupponendo *correttamente* uno sconfinamento delle aree d'intervento della vigilanza nell'ambito della mutualità, espande eccessivamente i poteri della capogruppo sin al punto da consentire *nella generalità dei casi* storni di liquidità all'interno del gruppo senza necessità di ripianare nel medio-lungo termine (es. 3 anni, che è periodo di riferimento ricorrente nei piani di investimento) i decrementi patrimoniali subiti dalle b.c.c. dominate⁷⁷.

Seguendo questo percorso interpretativo, tuttavia, si rischia una violazione della normativa sugli enti creditizi (cfr. artt. 61, co. 4, 69-*quinquiesdecies* ss. t.u.b.), che richiama *espressamente*, come verrà spiegato meglio nel paragrafo successivo, il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

In conclusione, accertato che l'ambito della direzione strategica, *per un verso*, riguardando il finanziamento delle società del gruppo in un'ottica di vigilanza prudenziale, incide sullo scopo mutualistico perseguito da ogni b.c.c. aderente in quanto cooperativa di consumo ideata per facilitare le famiglie e le piccole e medie imprese nell'accesso al credito e, *per altro verso*, interferendo con le politiche di concessione del credito e con la competenza territoriale delle banche etero-gestite, coinvolge la mutualità a prescindere dalle specifiche esigenze sottese al principio di sana e prudente gestione, mi sembra non corretto sostenere che il potere nel gruppo bancario cooperativo sia concertato in costanza di gestione fisiologica e che si trasformi in potere gerarchico solo quando sia necessario dar esecuzione alle istruzioni della Banca d'Italia.

Non è infatti rinvenibile, né nel testo unico bancario né nelle istruzioni di vigilanza, disposizione alcuna dal quale ricavare la trasformazione delle strutture di potere del gruppo al variare della natura dell'attività in concreto esercitata dalla capogruppo; né ciò, d'altronde, sembra rispondere a criteri di ragionevolezza.

⁷⁵ Cfr. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Finanziamenti in pool* (cap. II, nt. 107), 164 ss., 225 ss.

⁷⁶ Così CUOMO, *Poteri e doveri* (nt. 2), 169 ss.

⁷⁷ Sempre CUOMO, *Poteri e doveri* (nt. 2), 176.

Invero, una volta constatato che il potere nel gruppo sia concertato tra tutte le banche di credito cooperativo affiliate al contratto di coesione o sia invece – come qui si ritiene – esercitato in via solitaria dalla s.p.a., unico ente cui la legge affida (formalmente e sostanzialmente) la responsabilità per la direzione e il coordinamento del g.b.c., è più logico ritenere che il potere medesimo rimanga *strutturalmente* tale, indipendentemente dal segmento dell'attività nei cui confronti esso in concreto si manifesta; seguendo la tesi opposta, che in prima battuta ravvisa nel gruppo un coordinamento equiordinato tra le società affiliate, non sarebbe spiegabile il perché le prerogative riconosciute alla capogruppo in sede di esercizio delle funzioni di vigilanza o, come si vedrà più avanti, in sede di elezione delle cariche sociali delle banche di credito cooperativo debbano qualificarsi come poteri gerarchici ⁷⁸.

Tale conclusione va confermata anche alla luce del fatto che l'eventuale accoglimento della tesi dell'esistenza nel g.b.c. di una direzione concertata – ossia priva delle caratteristiche del controllo, in costanza di gestione fisiologica – non incide, a mio avviso, sulla disciplina legale della direzione strategica di cui all'art. 37-bis t.u.b.

Ritenere che l'essenza della *pariteticità* del g.b.c. (e dei gruppi cooperativi) risieda nella struttura *democratica* impedirebbe articolazioni del gruppo più idonee ad agevolare il reperimento del capitale di rischio e a scongiurare i pericoli insiti nell'organizzazione tipica delle cooperative che la riforma del credito cooperativo stesso mira a reprimere; sul piano della *responsabilità*, inoltre, il meccanismo *concertativo* potrebbe creare ostacoli nella corretta individuazione e del referente della vigilanza e dell'autore delle direttive impartite alle b.c.c. *in violazione* del loro scopo mutualistico (artt. 2497 e 2545-septies c.c.)

Escludere la concertazione, tuttavia, non comporta necessariamente una *totale* sottomissione delle b.c.c. al volere della capogruppo, qualora si riesca a dimostrare che il potere di direttiva nel g.b.c., *qualsiasi siano le finalità ad esso sottese*, è vincolato al *contemporaneo* rispetto dei principi di gestione dei gruppi “comuni” e dei principi di gestione dei “gruppi bancari fondati su un accordo di assistenza finanziaria”: in tal modo, potrebbe riproporsi l'idea di una necessaria *concertazione* (o coordinamento) all'interno del g.b.c., senza dover, d'altra parte, *nettamente* distinguere tra scopi prudenziali e scopi imprenditoriali ⁷⁹.

Pertanto, il tracciato percorso, afferente ai profili funzionali del gruppo bancario cooperativo, non si arresta qui, essendo adesso doveroso analizzare la disciplina dei poteri della s.p.a. sia in sede di ingerenza *ex post* nell'attività delle b.c.c. (cd. *poteri di attuazione della politica strategica di gruppo*) sia in sede di elezione dei membri degli organi di amministrazione e controllo delle medesime.

⁷⁸ Pertanto, seguendo rigorosamente tale tesi, anche i poteri di programmazione degli obiettivi strategici e operativi, quelli di nomina e revoca, nonché quelli di intervento *ex post* dovrebbero essere poteri sempre concertati all'interno della capogruppo.

⁷⁹ Come, invece, sembra fare SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), *ibidem*, per desumere l'applicazione dei principi in materia di gruppi comuni sono nelle ipotesi in cui la s.p.a. eserciti il potere di direttiva per assolvere a scopi imprenditoriali, estranei alle istruzioni di vigilanza. In senso parzialmente diverso, invece, SANTAGATA, “Coesione” e autonomia (cap. I, nt. 43), *passim*, che, come visto, sostiene l'assenza di un potere *gerarchico* qualora non sia necessario assolvere alle funzioni di vigilanza, ragion per cui, *da un lato*, le b.c.c., sarebbero autonome sul piano operativo, conclusione che, a volte, lascia intendere il riconoscimento di una piena libertà operativa a favore delle b.c.c., come se ci fosse un gruppo “intermittente” e, altre volte, richiama l'idea di una concertazione del potere di gruppo in assenza di forme di subordinazione. Se così fosse, tuttavia, il potere dovrebbe essere *sempre* concertato (cfr. nt. 77) e la responsabilità per la vigilanza e per eventuali abusi dovrebbe essere imputata alle b.c.c., circostanza esclusa dai dati diritto positivo. A ciò si aggiunga che le disposizioni di vigilanza *in consultazione* escludono che la s.p.a. capogruppo possa essere *controllata* dalle b.c.c., senza, però, menzionare gli altri partecipanti al capitale sociale.

7. (segue) *L'attuazione della direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo. Conferma dell'incidenza del potere sugli obiettivi della vigilanza e sulla mutualità delle b.c.c. Interferenze tra il principio di proporzionalità e il principio dei vantaggi compensativi. Prime conclusioni.*

Sono numerose le aree e le fasi dell'attività delle banche di credito cooperativo in cui può manifestarsi l'intervento della capogruppo in *attuazione* degli indirizzi strategici e degli obiettivi operativi del g.b.c. fissati nel contratto di coesione nonché in *esecuzione* delle istruzioni impartite dall'autorità di vigilanza, al fine di garantire la stabilità patrimoniale e finanziaria del gruppo, nel rispetto dell'essenza mutualistica dei suoi principali aderenti.

Per rendersi conto di tale assunto basterebbe esaminare la normativa secondaria nella parte in cui viene enunciato il contenuto minimo del contratto di coesione (Sez. III, punto 1), che riconosce poteri in materia di: (i) governo e organizzazione societaria, tra cui vi rientra il compito di determinare «le modalità di collegamento⁸⁰ tra gli organi delle società del gruppo con la capogruppo», in particolare modo nell'ambito delle funzioni di controllo interno, espletate in regime di esternalizzazione, salvo alcune eccezioni giustificate dall'esigenza di prestare un supporto operativo alle banche eterogestite⁸¹ di rilevanti dimensioni; (ii) attività *stricto sensu* di controllo e intervento, volte all'individuazione e alla tracciabilità dei segnali di allarme in grado di preannunciare eventuali irregolarità e crisi di liquidità di singole società affiliate o del gruppo

⁸⁰ L'espressione lascia intendere che l'influenza dominante e la direzione e coordinamento potranno fondarsi non solo sul contratto di coesione e sull'eventuale sottoscrizione di azioni di finanziamento ex art. 150-ter t.u.b., bensì anche su fenomeni di *interlocking directorates*; il dato, ancora una volta, fa propendere per l'irrilevanza della concertazione e, più in generale, delle modalità strutturali di formazione del potere di direzione strategica ai fini dell'identificazione del gruppo bancario cooperativo quale fattispecie di gruppo cooperativo paritetico di diritto speciale; per la possibilità di combinare i modelli di gruppo orizzontale con quelli di gruppo verticale, nel tentativo di non irrigidire eccessivamente le differenze tra i due paradigmi nella prassi, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento* (cap. II, nt. 5), 226, nota 13.

Rimanendo fermo l'assunto dimostrato in precedenza della non totale coincidenza tra titolari *effettivi* del potere/dovere di direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo e entità soggette al supposto potere sulla base del contratto di coesione, va sottolineato che nei casi di *interlocking directorates* si accrescono i rischi di conflitti d'interesse e di configurazione di un regime di responsabilità poco efficiente.

Ciò in ragione delle difficoltà insite nella necessità di dover scindere tra le funzioni esercitate nella capogruppo e quelle esercitate nelle società affiliate sebbene nei fatti tutte o alcune di queste funzioni potranno essere verosimilmente accentrate presso gli stessi soggetti; nel settore creditizio, inoltre, la conclusione è ancor più valida laddove si consideri la tendenza della disciplina speciale, specialmente quella secondaria contenuta nelle disposizioni di vigilanza, a ridurre l'autonomia organizzativa dell'organo di supervisione strategica in materia di delega di funzioni, con conseguente estensione della responsabilità a tutti i membri del medesimo (cfr. il capitolo precedente).

Per i rischi insiti in una direzione strategica fondata sul collegamento tra gli organi sociali delle società del gruppo cfr. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento* (cap. II, nt. 5), 244, nota 45.

⁸¹ Il punto 1.3., Sez. III, delle NDVB dedicate al g.b.c. statuisce che «le funzioni di controllo interno per le banche di credito cooperativo affiliate sono svolte in regime di esternalizzazione dalla capogruppo o da altre società del gruppo [...], fatta salva la possibilità di mantenere strutture di *supporto operativo* presso le banche affiliate di maggiore dimensione e dotate di adeguati assetti organizzativi. In ogni caso, i referenti o *responsabili* per le funzioni di controllo delle banche affiliate riportano, oltre che agli organi della banca affiliata, anche alle corrispondenti funzioni della capogruppo» [corsivo aggiunto].

Malgrado il tenore letterale della norma – dalla quale sembrerebbe ricavarsi che le *strutture operative incaricate dei controlli interni* non siano altro che mere braccia dominate dall'impresa azionaria al vertice, unica responsabile per le funzioni esercitate in regime di esternalizzazione – ritengo che ciò non precluda di imputare la responsabilità ex art. 2497, co. 1 e co. 2, c.c.; infatti, gli amministratori di ogni società del gruppo mantengono sempre dei margini di autonomia di giudizio in virtù della vigenza dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; cfr., per tutti, VALZER, *Le responsabilità da direzione* (nt. 17), 87 ss.

complessivamente considerato; (iii) vigilanza e controllo sul rispetto dei requisiti patrimoniali prudenziali (ICAAP), che anticipa il controllo esterno rimesso alla Banca d'Italia o alla BCE (SREP); (iv) interventi sanzionatori, ivi inclusa l'esclusione di una b.c.c. dal gruppo in via di *extrema ratio* ⁸².

In tal senso, prescindendo dalla natura che si voglia attribuire al g.b.c. (gerarchica, paritetica, ibrida o *sui generis*), si è detto che la dottrina ha tratto dalla *natura degli scopi* in concreto assolti dal gruppo conseguenze in ordine alla struttura del potere o, diversamente, in ordine all'intensità del vincolo promanante dalle direttive di gruppo.

In particolare, alcuni hanno limitato ai soli casi di perseguimento di finalità di carattere prudenziale, quali la stabilità del gruppo o la sana e prudente gestione dell'impresa, l'esercizio *unilaterale* del potere di direzione strategica, configurando nell'ambito della gestione fisiologica del g.b.c. un potere tipicamente concertato: come se lo stesso non fosse normalmente imputato alla s.p.a. ma alle b.c.c. titolari della maggioranza del capitale sociale della prima e come se, al contrario, per gli interventi effettuati a tutela di esigenze proprie della vigilanza creditizia non rilevassero più le dinamiche interne alla struttura della capogruppo ma unicamente il promanare dell'azione di gruppo dall'ente «formalmente» ⁸³ posto al vertice.

Altri, invece, anche in considerazione della supposta natura di gruppo “atecnico” del g.b.c., hanno circoscritto il rispetto dei principi di “coordinamento” di cui agli artt. 2497 ss. c.c. ai soli casi di direttive emanate dalla s.p.a. per il perseguimento di interessi *puramente imprenditoriali* incidenti sulla mutualità (es. relazioni commerciali) senza tirare in ballo gli obiettivi prudenziali ⁸⁴: in presenza di questi ultimi, il vincolo di direttiva sarebbe *assoluto* (e, perciò, *gerarchico*) e l'attivazione della garanzia solidale incrociata sarebbe *automatica* e *affrancata dai principi di corretto finanziamento posti dalla disciplina degli accordi finanziari infragruppo*.

Considerando, inoltre, che tali ultimi autori finiscono per dilatare in concreto l'ambito del potere *prudenziale* riconosciuto dalla legge alla capogruppo, la tesi, in vista dei suoi risvolti applicativi, si sovrappone all'orientamento ⁸⁵ che, ritenendo impossibile distinguere tra aree proprie della vigilanza e aree proprie della mutualità, ravvisa nel g.b.c. una forma di *eterodirezione da credito* mai soggetta alla regola dei vantaggi compensativi in cui le b.c.c. assumono in ruolo di *mere filiali periferiche della capogruppo*.

⁸² La normativa prudenziale prescrive altresì l'intervento della capogruppo nelle decisioni di rilievo strategico delle banche di credito cooperativo. Come evidenziato nel precedente paragrafo, i poteri concernenti l'approvazione delle operazioni di rilievo strategico o la definizione delle politiche e degli obiettivi operativi del gruppo sono esercitati in via preventiva e non, invece, in forma di intervento correttivo *ex post* sull'operato delle b.c.c.; essi, pertanto, non dovrebbero essere proporzionali alla rischiosità delle banche aderenti, essendo piuttosto necessario che in dette fasi di programmazione e/o autorizzazione all'esercizio dell'attività d'impresa vengano definiti dei criteri di proporzionalità sulla base dei quali intervenire in un momento successivo, qualora si accerti la non conformità degli atti in concreto compiuti all'attività *ex ante* programmata e autorizzata. Non per niente, questi così come gli altri poteri inerenti alle aree indicate al punto 1, Sez. III, delle NDVB sul g.b.c., sono tutti espressamente soggetti al principio di proporzionalità, la cui portata applicativa, pertanto, va intesa diversamente, a seconda delle prerogative di volta in volta esercitate dalla capogruppo.

⁸³ Cfr. SANTAGATA, “Coesione” e autonomia (cap. I, nt. 43), 33, dove parla di titolarità formale del potere della s.p.a. nel g.b.c.

⁸⁴ Cfr. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), già alle pagine 12 ss., 206 ss., 210 ss.

⁸⁵ Si tratta del già esaminato orientamento espresso da CUOMO, *Poteri e doveri* (nt. 2), 171. Come quest'ultimo, anche Sacco Ginevri, in ragione di una valutazione di carattere *fattuale* – del sospetto che, nella pratica, gli interessi mutualistici verranno del tutto oscurati dalle esigenze della vigilanza – ritiene che il gruppo bancario costituisca una singolare ipotesi di “non-gruppo”, la cui struttura organizzativa e operativa, stante l'automatico operare delle garanzie infragruppo, ricorda più quella dell'impresa divisionale; in quest'ottica, le b.c.c. costituiscono dei nodi *operativi e periferici della capogruppo*; cfr. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 161 ss., 197 e, particolarmente, 214, ove, in conclusione, ritiene non possibile distinguere tra poteri attribuiti per realizzare scopi puramente prudenziali e poteri volti a tutelare esclusivamente la mutualità degli aderenti al gruppo.

Ciò posto, la prima tesi potrebbe trovare un supporto nelle disposizioni di vigilanza, secondo cui in relazione alle materie di cui sopra, «rilevanti a fini prudenziali», il principio di proporzionalità che deve informare l'attività dell'impresa madre, *in primis* durante la fase concernente l'emanazione delle direttive ⁸⁶, «è applicato prevedendo nel contratto di coesione l'adozione di un sistema di indicatori di “early warning” e la stretta correlazione dell'azione di controllo, intervento e sanzione [...] all'andamento di tali indicatori».

La normativa, ancora, si spinge espressamente a far salva l'autonomia delle banche aderenti per «gli aspetti non disciplinati per finalità prudenziali», cosicché, a un primo sguardo, l'idea dell'esistenza di un fisiologico coordinamento equiordinato tra le b.c.c., dunque di un'attività co-gestita in piena autonomia e indipendenza di giudizio da tutti gli aderenti, non sembra affatto peregrina.

Tuttavia tale conclusione, che sicuramente mira a *preservare* lo scopo mutualistico delle banche etero-gestite, porta a *svalutare* l'anima mutualistica del gruppo cui le stesse fanno parte, poiché implica necessariamente che il potere venga esercitato a intermittenza e per i soli fini prudenziali, ripristinandosi una situazione di autonomia operativa al di fuori di dette finalità.

Se così fosse, la conclusione medesima sarebbe non condivisibile nonché contraria alla lettera delle disposizioni di vigilanza dedicate espressamente al gruppo bancario cooperativo.

Si è già dimostrato nel precedente paragrafo come risulti difficile distinguere tra aree di attività interessate dai principi di stabilità, di proporzionalità e di sana e prudente gestione e aree meramente rilevanti per il perseguimento del solo scopo mutualistico, tanto più se sono le stesse disposizioni di vigilanza a ripartire i poteri della capogruppo in (i) poteri rispetto ai quali i criteri idonei a garantire gli interventi in proporzione alla rischiosità delle banche aderenti devono solo essere predeterminati *ex ante* e (ii) prerogative che vanno necessariamente attuate *ex post* nel rispetto dei suddetti criteri; ancora, tra (iii) poteri concernenti strettamente i requisiti prudenziali, le segnalazioni di vigilanza o la misurazione dei rischi ⁸⁷ affrontati nell'esercizio dell'attività e (iv) poteri afferenti l'impresa complessivamente considerata in una prospettiva economico-sostanziale, come tali necessariamente vincolati alla salvaguardia degli scambi mutualistici condotti tra b.c.c. e i loro soci.

Infatti, se, da un lato, le direttive volte a imporre a una delle b.c.c. l'assistenza finanziaria a favore (di una o più tra le società) del gruppo incidono sulla concessione del credito da parte delle prime nei confronti dei loro soci, dall'altro lato, la capogruppo dovrebbe garantire il perseguimento dello scopo mutualistico da parte delle b.c.c., evitando che le stesse non rispettino il vincolo di operatività prescritto dall'art. 35 t.u.b. ⁸⁸

⁸⁶ Ma il principio, a mio avviso, deve orientare anche l'attività delle banche di credito cooperativo nella fase di attuazione delle politiche di gruppo, non essendo in astratto necessario che la capogruppo intervenga per correggere la condotta delle banche affiliate; ciò, per esempio, può verificarsi in tutte le occasioni in cui le b.c.c. abbiano correttamente osservato i criteri di proporzionalità dettati dalla società azionaria nella fase di elaborazione delle strategie di gruppo.

⁸⁷ Cfr. Tit. IV, Pt. III, Cap. V, Sez. III, punto 1.4 delle NDVB, secondo cui «[g]li indicatori di *early warning* riguardano almeno le seguenti aree: fondi propri, rischio di credito, redditività, liquidità e raccolta».

⁸⁸ Le conclusioni raggiunte nel testo sono confermate dalle NDVB *in consultazione* sull'operatività delle b.c.c. aderenti ai gruppi bancari cooperativi. Il contenuto delle NDVB si trae già dalla premessa, ove si afferma: «L'ordinamento disciplina le banche di credito cooperativo come intermediari caratterizzati dalla finalità mutualistica e da un'operatività circoscritta ai territori di insediamento. La democraticità di funzionamento dell'organizzazione è assicurata dai limiti di partecipazione del socio e dal principio del voto capitarario. La finalità lucrativa è esclusa dai limiti rigorosi alla distribuzione di utili e dal principio di indivisibilità del patrimonio. Per superare i vincoli normativi e operativi tipici degli organismi costituiti in forma cooperativa – che potrebbero ostacolare una rapida ricapitalizzazione in caso di necessità, anche attraverso l'accesso al mercato dei capitali – e le diseconomie connesse alle ridotte dimensioni aziendali,

In questo senso, non possono nemmeno trascurarsi le norme che statuiscono a carico delle capogruppo bancarie l'attivazione della procedura di amministrazione straordinaria per effetto di gravi irregolarità nella gestione di una o più società del gruppo tali da determinare per queste ultime l'assoggettamento a procedure (giudiziarie o amministrative) concorsuali o, ancora, che impongono alle prime l'amministrazione straordinaria o la liquidazione coatta amministrativa «per gravi inadempienze nell'esercizio dell'attività prevista dall'art. 61, comma 4» t.u.b.

Tra queste ultime, che vanno riferite non solo alle direttive vincolanti a fini di stabilità ex art. 61, co. 4, t.u.b., ma, più in generale, all'attività di direzione e coordinamento richiamata dalla medesima norma, rientrano quelle inerenti alla violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria e dell'equa ripartizione dei vantaggi e dei carichi derivanti dall'attività comune, i quali, se rispettati, permettono alla capogruppo di vincolare le società figlie nei limiti consentiti dallo specifico strumento utilizzato in concreto per esercitare il dominio, dunque nei termini indicati dall'art. 1372 c.c. nel caso in cui il potere tragga fonte da un contratto.

Tale lettura della disciplina mi sembra confermata proprio da quella parte delle disposizioni prudenziali che la dottrina qui esaminata invoca a sostegno dell'autonomia delle b.c.c. al di fuori dei casi di esercizio del potere di direzione strategica nell'interesse della stabilità finanziaria e patrimoniale del gruppo e degli altri obiettivi propri della vigilanza; autonomia che, si badi bene, se fosse assoluta escluderebbe in radice l'esistenza di un gruppo di società, come tale fondato sempre su un potere di ingerenza nella gestione di attività formalmente (e giuridicamente) altrui, e se fosse totalmente assente porterebbe a configurare una disciplina totalmente estranea alle scelte effettuate dal legislatore sia con riguardo ai gruppi di diritto comune (gerarchici e paritetici) sia con riguardo alla generalità dei gruppi bancari, finendo per evocare un gruppo "atipico".

In questo senso, non è corretto ritenere preservata l'autonomia *operativa* delle società affiliate per i profili dell'attività di gruppo estranei alle esigenze prudenziali poiché la normativa secondaria si limita semplicemente a stabilire che per tali aspetti «è salva l'autonomia *contrattuale* delle banche aderenti da esercitarsi nel rispetto dei principi e delle norme stabiliti dalle presenti disposizioni (con riferimento, in particolare, ai *doveri* della capogruppo e ai *criteri di compensazione e distribuzione dei vantaggi*)» [corsivo aggiunto].

È evidente, allora, che il riferimento all'autonomia contrattuale non può essere ricondotto a quegli spazi di libertà (e di discrezionalità, propria degli amministratori) riconosciuti alla società nel raggiungimento del proprio oggetto sociale e nel selezionare le modalità in concreto più idonee per garantire il fisiologico svolgimento dell'attività d'impresa, poiché l'operare all'interno di un'aggregazione di gruppo implica necessariamente che l'adozione delle decisioni gestorie di rilievo strategico subisca l'interferenza della capogruppo, sicché in detti contesti tali spazi di libertà sarebbero *in re ipsa* già circoscritti rispetto a quanto può predicarsi per una società monade.

Una soluzione ermeneutica da seguire in alternativa a quella sopra prospettata potrebbe essere, verosimilmente, quella proposta da chi qualifica il g.b.c. come gruppo

l'ordinamento impone a queste banche l'appartenenza a più ampi gruppi bancari cooperativi quale condizione per l'esercizio dell'attività bancaria. A tutela della mutualità e del localismo, queste banche disciplinano nello statuto le regole di operatività prevalente con i soci, la competenza territoriale e le attività esercitabili, secondo i criteri stabiliti dalla Banca d'Italia e nel rispetto delle norme applicabili. Le presenti disposizioni dettano norme e criteri generali nelle materie, rilevanti per la sana e prudente gestione, che l'ordinamento rimette alla competenza regolamentare della Banca d'Italia nel quadro del gruppo bancario cooperativo. Vi rientrano la struttura del capitale e le categorie di soci, gli statuti e le operazioni straordinarie, la competenza territoriale, l'operatività con i soci, le attività esercitabili. La presente disciplina è volta anche ad assicurare che l'azione dell'autorità di vigilanza bancaria si svolga nel rispetto dei principi posti dall'ordinamento italiano a tutela della cooperazione costituzionalmente riconosciuta».

gerachico o “atecnico”⁸⁹, che tende a diversificare i poteri di direzione e coordinamento del gruppo bancario cooperativo – che, come tali, rimangono *sempre imputati in via solitaria* alla società azionaria madre – a seconda delle finalità che animano l’agire di gruppo, ciò valendo per qualsiasi tipo di area di intervento indicata dalla normativa prudenziale.

Per tali ragioni, l’espressione «autonomia contrattuale» evoca a mio avviso la libertà di cui tutte le banche aderenti a un gruppo bancario cooperativo dispongono nel regolare all’interno del contratto di coesione i poteri esercitabili dalla capogruppo al di fuori dei casi in cui sia necessario dar attuazione alle istruzioni dell’autorità di vigilanza, poteri incidenti sui profili prettamente mutualistici delle b.c.c.; diversamente, non avrebbe avuto senso il vincolo dell’autonomia al rispetto dei doveri della capogruppo (Sez. III, punto 1.8 NDVB sul g.b.c.) di salvaguardia dello spirito cooperativo del gruppo e dei suoi singoli aderenti.

Non appena l’autonomia negoziale si sia espressa, l’autonomia operativa e, specularmente, la soggezione dei membri del g.b.c. al potere della capogruppo, così come l’autonomia di quest’ultima, saranno vincolati al rispetto delle condizioni contrattuali integrate dalle prescrizioni di legge, prima fra tutte quella che impone l’osservanza del principio dei vantaggi compensativi nei casi in cui una determinata direttiva pregiudichi gli interessi delle banche di credito cooperativo della stessa destinatarie, ossia nei casi di lesione degli interessi, da un lato, dei soci al conseguimento del vantaggio mutualistico e, dall’altro lato, dei creditori all’integrità del patrimonio sociale.

Ciò, tuttavia, non deve condurre l’interprete a ritenere che l’autonomia delle b.c.c. sia oggi del tutto stata neutralizzata in nome delle esigenze di stabilità bancaria e di prevenzione dei rischi sistemici o, in ogni caso, piegata al volere di un soggetto animato da scopi di mero profitto.

A ben vedere, tali ultime conseguenze possono costituire gli esiti applicativi degli orientamenti volti a ritenere assoluto il vincolo derivante dalle direttive ispirate a finalità prudenziali, pur essendo (o meno⁹⁰) queste ultime perfettamente *separabili* dagli interessi *puramente* imprenditoriali del gruppo: in particolare, le richieste di assistenza finanziaria provenienti dalla s.p.a., miranti a spostare liquidità tra le banche affiliate a fini di risanamento e di stabilità del g.b.c., sarebbero pienamente vincolanti in virtù dell’automatismo insito nel rigido meccanismo della garanzia solidale, la cui *obbligatorietà* ed *efficacia esterna* renderebbero il gruppo simile a un’impresa totalmente integrata, diversamente da quanto potrebbe accadere nei gruppi fondati su accordi di sostegno finanziario.

Al riguardo, si possono muovere una serie di considerazioni.

In primo luogo, si è detto nel primo capitolo che nelle società bancarie il perseguimento del lucro cd. soggettivo, ossia la sottrazione di risorse sociali ai fini della remunerazione o del rimborso dell’investimento effettuato dai soci, è comunque subordinato agli interessi dell’impresa creditizia, segnatamente quelli di sana e prudente gestione e di stabilità in una prospettiva di continuità aziendale oltreché in vista di un eventuale crisi di liquidità.

Tale dato, inoltre, è da tenere in considerazione sia con riguardo alla società per azioni, in cui lo scopo di profitto sarà per le ragioni su esposte limitato, sia con riguardo alle banche di credito cooperativo, in cui i vincoli gravanti sul governo societario e sul patrimonio di vigilanza non impattano *direttamente* con l’interesse a che il credito venga erogato prevalentemente a favore dei soci⁹¹.

⁸⁹ Si veda la nota 84.

⁹⁰ Cfr. la nota 85.

⁹¹ Con riferimento alla tematica del compenso degli amministratori, pure rilevante, come si è visto nel primo capitolo, per le esigenze di sana e prudente gestione, si vedano le NDVB, Pt. III, Cap. V, Sez. III, punto 1.1., nella parte in cui si impone alla capogruppo s.p.a. di definire «una politica di

In secondo luogo, pur essendo stata posta una società per azioni alla guida del gruppo e pur essendo escluso che la volontà al suo interno sia *stabilmente* concertata tra tutte le b.c.c. soggette al potere di comando per effetto dell'adesione al contratto di coesione, l'impresa madre si rivela una società essenzialmente *legale* quanto alle funzioni perseguite.

Volgendo lo sguardo alle b.c.c., tali funzioni mirano a rendere più agevole la raccolta di risorse finanziarie da stornare alle società etero-gestite in situazioni di difficoltà economica, nell'ambito di un'organizzazione di impresa che – essendo, in assenza di diversa volontà, improntata al principio di correlazione tra rischio e potere – rende il controllo dei soci sulla gestione più efficace di quello espletato in presenza di assetti di governo democratici, tipici delle società cooperative, e che, dunque, incentiva l'investimento medesimo; conseguentemente, le banche di credito cooperativo attraverso questi nuovi canali di finanziamento potrebbero riacquistare la stabilità che in questi anni di crisi è stata compromessa, essendo in ogni caso tenuti a perseguire lo scopo mutualistico in considerazione degli interessi di tutti gli altri partecipanti al gruppo

⁹².

In terzo luogo, non è corretto estremizzare le conseguenze insite nella qualificazione del gruppo bancario cooperativo in termini di gruppo cooperativo fondato su una direzione *principalmente* gerarchica espletata nel rispetto di criteri *e* di *pariteticità* (artt. 2545-*septies*, co. 1, n. 5, c.c. e 37-*bis*, co. 3, lett. c, t.u.b.) *e* di *rischiosità* (art. 37-*bis*, co. 3, lett. b, n. 1, t.u.b.).

Infatti, è la stessa disciplina codicistica ad ammettere che la direzione di un gruppo cooperativo possa essere per contratto affidata a una o più cooperative e che l'attività possa svolgersi per il tramite di una società *veicolo* con scopo consortile (cd. società di direzione), sicché, in quest'ottica visuale, l'elemento di *specialità* del gruppo bancario cooperativo andrebbe ravvisato nella necessaria imputazione della titolarità e dell'esercizio (nonché della responsabilità per scorretto esercizio) delle funzioni di direzione e coordinamento alla s.p.a. capogruppo.

Si tratta, in particolare, di un meccanismo d'imputazione che *prescinde* da quante tra le banche di credito cooperativo etero-gestite dalla s.p.a. (*e non solo*) si trovino in concreto a influenzarne dall'interno l'operato e che risulta in parte affrancato dai criteri indicati dagli artt. 59 e 60 t.u.b. (e dalle relative disposizioni di attuazione) per l'individuazione dei diversi ruoli all'interno dei gruppi bancari; un contrappeso a tale elemento di maggiore rigidità rispetto a quanto prescritto per la generalità di questi ultimi gruppi è costituito dai vincoli di carattere *funzionale* gravanti sulla capogruppo del g.b.c.

Nemmeno bisogna dimenticare che, già da tempo, la dottrina ritiene che nei gruppi gerarchici, diversamente da quanto può valere nei gruppi di diritto tedesco, gli amministratori delle società etero-gestite sono sempre tenuti a valutare la conformità delle direttive impartite dalla capogruppo ai canoni di corretta gestione (oggi, imprenditoriale e societaria), ciò anche in considerazione del fatto che gli oggetti sociali della capogruppo e delle società controllate non sono coincidenti e che la prima non svolge in via mediata l'attività delle seconde: nella disciplina italiana dei gruppi di società sembra essere permanente un obbligo – sia a carico della capogruppo sia a carico delle

remunerazione del gruppo coerente con *il carattere cooperativo del gruppo* e con le finalità mutualistiche delle banche di credito cooperativo». Cfr., inoltre, le ultime NDVB *in consultazione* dedicate all'operatività delle b.c.c., che regolano, similmente a quanto previsto per i soci di banche popolari, il *recesso* dei soci *e* delle b.c.c. affiliate al gruppo bancario cooperativo *contrattuale* e delle cooperative a mutualità prevalente *capogruppo* del gruppo bancario fondato sul *controllo partecipativo* di una s.p.a. bancaria.

⁹² Questa sembra essere la strada intrapresa dalle NDVB *in consultazione* sull'operatività prevalente delle b.c.c. (Sez. III).

controllate – di *lato sensu* concertazione delle direttive nel rispetto delle distinte autonomie partecipanti all'impresa⁹³.

Da un lato, la società madre ha lo scopo di esercitare la direzione strategica del gruppo complessivamente considerato con l'obbligo di coordinare tutti gli interessi di cui sono portatori i partecipanti come singoli; dall'altro lato, ciascuna delle società figlie deve sempre perseguire gli interessi di chi (soci e creditori) avanza pretese sul patrimonio sociale, tenendo conto, ai fini del raggiungimento dell'oggetto sociale, della circostanza che l'attività è condotta in un contesto di gruppo, il quale può giustificare il compimento di atti pregiudizievoli nell'immediato per la redditività della partecipazione sociale, per l'integrità patrimoniale o, nel caso di società cooperative, per i rapporti mutualistici, purché gli stessi vengano compensati da altrettanti vantaggi differiti, ragionevolmente prevedibili e agevolmente accertabili nel corso del tempo.

Tale affermazione non perde di vigore se riproposta nell'ambito delle società bancarie, poiché, pur vigendo in tale settore esigenze di stabilità del gruppo (art. 61, co. 4, t.u.b.), il legislatore e la Banca d'Italia non rinunciano a subordinare l'esercizio della direzione e coordinamento al rispetto dei canoni gestori di cui agli artt. 2497 ss. c.c., anche quando l'attività di gruppo si fonda su un accordo di assistenza finanziaria ex artt. 69-*duodecies* ss. t.u.b., la cui disciplina, come esposto in precedenza, costituisce un importante momento di riconoscimento dell'esistenza nell'ordinamento societario comune di norme espressive del principio di corretto finanziamento dell'impresa di gruppo, rispettose dell'autonomia negoziale (artt. 69-*duodecies*, co. 5, lett. a, e 69-*quaterdecies* t.u.b.) e operativa (art. 69-*quinqüiesdecies* t.u.b.) di tutte le società in esso coinvolte.

D'altronde, gli esiti proposti si ritengono estendibili – contrariamente a quanto ha affermato la dottrina a sostegno della natura gerarchica del g.b.c. – alla garanzia incrociata *infragruppo*, imposta dall'art. 37-*bis* t.u.b. e dettagliatamente regolata nel suo funzionamento dalle disposizioni di vigilanza (Sez. III, Cap. V, Pt. IV NDVB.).

Da un lato, è parziale un giudizio che si riduce a sottolineare le differenze tra la garanzia incrociata e gli accordi di finanziamento *infragruppo*, derivanti dalla circostanza che la prima: (i) è obbligatoria ed è funzionale a garantire il risanamento *tempestivo* delle b.c.c. in condizioni di instabilità; (ii) è necessariamente reciproca e con efficacia esterna, perciò capace di realizzare *in fatto* una confusione patrimoniale tra gli aderenti al gruppo, che, nei limiti del *free capital*, sarebbero sempre tenute, a titolo di *contributo* al sistema (art. 2615-*ter* c.c.) a fornire le somme sufficienti a coprire gli interventi di risanamento *proporzionati* alle condizioni di salute delle banche “a rischio”.

Nella *prospettiva dell'autonomia negoziale*, infatti, è opportuno chiedersi se sia possibile configurare accordi di assistenza finanziaria ex art. 69-*duodecies* ss. t.u.b. dal contenuto simile a quello della garanzia del g.b.c.

In questo senso, il legislatore non esclude affatto che gli accordi possano avere ad oggetto *esclusivo* l'impegno degli aderenti a fornirsi *reciprocamente* le somme necessarie a scongiurare eventuali crisi di liquidità, fermo restando il rispetto dei principi di cui agli artt. 2497 ss. c.c. e di corretto finanziamento ex art. 69-*quinqüiesdecies* t.u.b.

Un regolamento contrattuale di tal genere non mi sembra precluso nemmeno su un piano più generale, atteso, al contrario, che il *nocciolo duro* dell'attività di direzione e coordinamento va tradizionalmente identificato nel governo *sostanzialmente unitario e strategico* della finanza e della liquidità delle singole entità appartenenti al gruppo: non per niente, molti gruppi operanti in concreto esercitano funzioni di *cash-pooling*, ossia di gestione accentrata (*meramente contabile* o *effettiva*) della tesoreria attraverso un meccanismo di “contribuzione a chiamata” guidato dalla *holding*, tenute a rispettare il principio di corretto finanziamento al momento della richiesta di finanziamenti *upstream*.

⁹³ L'osservazione è di SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento* (cap. II, nt. 5), partic. 39 ss.

Certo, non si può trascurare come la garanzia sia *esterna*, opponendosi ai creditori delle singole banche affiliate: tuttavia, tale effetto risulta nel diritto privato solo limitato e non anche *in re ipsa* escluso (cfr. artt. 1272, 1411, 1936, 2901 c.c. e 64 ss. l. fall.), laddove, sul terreno del diritto dell'impresa, il consorzio esterno costituisce un efficace strumento per organizzare un sistema di garanzia *collettiva e solidale* a favore degli aderenti (art. 2615 c.c.), potendo anche rappresentare il centro d'imputazione della responsabilità per abuso da direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.) quando l'attività del consorzio interferisca con gli indirizzi strategici delle società consorziate travalicando l'ambito delle fasi meramente strumentali dell'attività.

Dall'altro lato, è la stessa disciplina *speciale* (primaria e secondaria) della garanzia incrociata (art. 37-*bis*, co. 4, t.u.b.) a sancire il rispetto dei principi vigenti in materia di gruppi bancari e a ricondurre la garanzia tra i «meccanismi di sostegno finanziario intra-gruppo» (punto 2, Sez. III, NDVB sul GBC).

I principi di corretto finanziamento non possono piegarsi alla pur proclamata esigenza «di rimuovere ogni ostacolo giuridico o di fatto al rapido trasferimento di fondi propri e mezzi finanziari nell'ambito del gruppo».

In tal senso, va detto che le soluzioni individuate dall'autorità di vigilanza per consentire misure d'intervento precoce a fini di risanamento risiedono sia nell'individuazione in contratto di *condizioni di equilibrio* tra accanamenti *ex ante* e contributi «a chiamata» *ex post* appostabili a riserva nel bilancio della capogruppo sia nell'inserimento nello statuto delle b.c.c. di una delega all'organo amministrativo ad aumentare il capitale al servizio dell'emissione delle azioni di finanziamento.

Il rispetto delle esigenze di liquidità dei singoli partecipanti al gruppo e, in definitiva, dell'obbligo di garantire sempre alla controllata il recupero (*id est* la compensazione) di quanto stornato per risanare uno o più membri del gruppo, non è impedito dalla prestazione obbligatoria della garanzia solidale: i canoni di corretto finanziamento potranno, infatti, riguardare il *materiale conferimento delle risorse finanziarie* (*id est* l'*escussione della garanzia*), come sembra potersi desumere dall'art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b.; in aggiunta, la disciplina delle azioni di finanziamento, che rappresentano un mezzo per attuare la garanzia incrociata, subordina il loro rimborso al rispetto della specifica «situazione di liquidità, finanziaria e patrimoniale, attuale e prospettica, della singola banca di credito cooperativo emittente e del gruppo nel suo complesso» (art. 150-*ter* t.u.b.)⁹⁴.

Nella *prospettiva della vigilanza bancaria*, infatti, un'interpretazione del meccanismo di garanzia incrociata tesa a garantire un rigido automatismo negli scambi di finanza all'interno del gruppo bancario cooperativo, come se ci si trovasse di fronte a un'unica grande impresa multidivisionale, porterebbe a risultati opposti a quelli perseguiti dal legislatore della riforma, *incrementando le probabilità di diffusione di rischi di dissesto isolati all'interno del gruppo*.

In ultima analisi, le soluzioni fornite dalla dottrina sull'impatto del potere nel g.b.c. e suoi conseguenti spazi di autonomia privata riconosciuti alle b.c.c. affiliate, risultano non condivisibili.

Ciò non solo perché non si ritiene esserci nessun legame tra i motivi dell'intervento della capogruppo e modalità (concertate, congiunte o solitarie) di adozione delle decisioni all'interno della medesima, ma anche per il fatto che il perseguimento di obiettivi di stabilità e di sana e prudente gestione non preclude di per sé una valutazione del rispetto degli interessi di cui si fanno portatrici le banche destinatarie delle direttive, che, stante le finalità sottese alla riforma in commento,

⁹⁴ Ritengo che anche l'emissione delle azioni debba essere subordinata al rispetto di tali esigenze, la cui osservanza è, del resto, rimessa dalla legge alla Banca d'Italia in sede di autorizzazione all'emissione ex art. 150-*ter* t.u.b. Si vedano le NDVB *in consultazione* sulla categoria dei «soci finanziatori» nelle b.c.c. (punto 3.2., Sez. II).

verosimilmente riguarderanno il sostegno finanziario e la gestione della liquidità nel gruppo.

In quest'ottica visuale, gli interventi della capogruppo in esecuzione del programma imprenditoriale comune e delle istruzioni dell'autorità di vigilanza possono (e, nel caso, devono) essere soggetti sia al principio di *rischiosità* (*species* del principio di proporzionalità) sia al meccanismo dei vantaggi compensativi e alle regole di corretto finanziamento delle società bancarie operanti in un gruppo d'impresa.

Pur contribuendo tutti assieme a formare l'armatura legale del gruppo bancario cooperativo, ciascuno di questi elementi è riconducibile a uno specifico e distinto profilo della disciplina in esame, soddisfacendo esigenze ben diverse tra loro, che concorrono a condizionare l'esercizio del potere anche in relazione a un'unitaria vicenda di gruppo, atto o operazione.

A ben vedere, infatti, il principio di proporzionalità dei poteri d'intervento dell'impresa madre s.p.a. alle condizioni di rischio in cui versa l'attività delle società figlie dovrebbe essere funzionale a segnalare il *momento*, le *tempistiche* in generale, le *modalità* e la *misura* degli interventi avendo riguardo alla posizione della b.c.c. bisognosa dell'assistenza ⁹⁵.

Sul fronte opposto, pur essendo vero che le disposizioni di vigilanza riservano alla capogruppo il compito di sostenere *in prima istanza* le società in condizioni di difficoltà economica e finanziaria, non mi sembra che il principio dell'equa distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune debba, di norma ⁹⁶, riferirsi a queste ultime, coinvolgendo semmai le banche di credito cooperativo alle quali la madre chieda eventualmente di intervenire – mediante apporti confluenti in apposti patrimoni separati, fondi o, in alternativa, in riserve destinate alla sottoscrizione di aumenti di

⁹⁵ L'operazione di finanziamento implica, ai sensi dell'artt. 10 e 113, par. 7, lettere c), d) ed e), del Reg. CRR, il riconoscimento a favore del finanziatore ente centrale di poteri di controllo e di istruzione della dirigenza della società affiliata finanziata. In questo senso possono giustificarsi sia i poteri extra-assembleari di nomina, opposizione alla nomina e revoca degli organi sociali delle b.c.c., correlati all'attivazione della garanzia incrociata (art. 4, co. 1, n. 127 del Regolamento), nonché i poteri di designazione riconosciuti in caso di sottoscrizione delle azioni di finanziamento ex art. 150-ter t.u.b., in quanto specifica modalità prevista dalle disposizioni di vigilanza per l'operare della garanzia medesima.

A conferma di quanto dichiarato nel testo si vedano, per esempio, le disposizioni di vigilanza nella parte si dice che «[i]l contratto di garanzia stabilisce, inoltre, i criteri per la prestazione di sostegno finanziario sotto forma di sottoscrizione, da parte della capogruppo, di azioni di finanziamento emesse dalle banche di credito cooperativo affiliate e computabili come CET1 della banca emittente.

Tali criteri prevedono almeno: l'*obbligo* per le banche di credito cooperativo affiliate *di emettere e per la capogruppo di sottoscrivere* le azioni di finanziamento quando si verifichino o si prevedano violazioni dei requisiti patrimoniali obbligatori e come misura di attuazione del piano di risanamento di gruppo o, se presente, del piano di risanamento individuale di una banca affiliata, anche su richiesta dell'autorità competente ai sensi dell'art. 69-noviesdecies del TUB; la *predisposizione*, da parte della banca di credito cooperativo sovvenuta, *di un piano* condiviso e approvato dalla capogruppo, *in cui è stabilito l'orizzonte temporale dell'intervento e sono individuate le misure* che la banca sovvenuta deve adottare, *senza che da ciò possano derivare aspettative di rimborso* dello strumento di capitale; l'attribuzione alla capogruppo, in qualità di socio finanziatore, di diritti di voto nella banca di credito cooperativo sovvenuta *proporzionati al capitale sottoscritto o al numero delle azioni* emesse, in deroga al principio del voto capitaro 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, primo comma, nn. 1) e 2), del codice civile» [enfasi aggiunta].

⁹⁶ Esiste, tuttavia, un'ipotesi in cui la società bisognosa di assistenza finanziaria sia la stessa società destinataria dei vantaggi compensativi, ossia in quei casi in cui lo stato di crisi o, comunque, di prossimità alla crisi di una società, avvertito mediante il ricorso ai criteri di *early warning*, sia dipeso proprio da precedenti storni di liquidità a carico di quest'ultima per effetto di direttive della capogruppo, incaricata della gestione della tesoreria.

In tali occasioni, infatti, il sostegno finanziario costituisce misura compensativa del pregiudizio sofferto dalla società cui è stata già in passato sottratta finanza a tal punto da far venire meno le prospettive di continuità aziendale; si pensi a una compensazione promessa per colmare l'ammancio di risorse di una b.c.c. derivante dal rimborso di azioni di finanziamento richiesto dalla capogruppo.

capitale nella s.p.a. e in tutte le altre banche affiliate – ai fini della risoluzione di crisi nel e del gruppo⁹⁷.

Con riguardo al meccanismo dei vantaggi compensativi nei gruppi cooperativi e, in particolare, alla posizione dei soci cooperatori, tuttavia, sarebbe opportuno comprendere: da un lato, se in detti contesti il pregiudizio rilevante ai fini della compensazione sia un pregiudizio *diretto* al vantaggio mutualistico o costituisca, invece, una lesione alle condizioni di solvibilità e di consistenza patrimoniale tale da compromettere irreversibilmente le prospettive di continuità aziendale e, *indirettamente*, la possibilità per la cooperativa di perseguire il proprio oggetto sociale e realizzare lo scopo mutualistico; dall'altro lato, se la compensazione del pregiudizio sofferto dai cooperatori richieda sempre l'intermediazione della cooperativa in qualità di unica responsabile della corresponsione del vantaggio mutualistico ai primi⁹⁸ o se, in alternativa, sia possibile soddisfare l'interesse di questi mediante l'erogazione dei vantaggi a loro favore direttamente da parte della società azionaria madre.

Si rinviando, tuttavia, al prosieguo le indagini relative agli strumenti di salvaguardia della mutualità nelle b.c.c. aderenti al gruppo bancario cooperativo e alle loro modalità di funzionamento anche nel tentativo di capire se e in quali termini possa configurarsi in via interpretativa un regime di mutualità di gruppo, al fini del presente capitolo, ossia ai fini dell'individuazione dei confini della fattispecie "g.b.c."

Basti, per il momento, sottolineare che anche con riguardo ai poteri di intervento *ex post* in attuazione del programma di gruppo (strategie e obiettivi operativi) e delle istruzioni della vigilanza non sia praticamente possibile scindere le ipotesi di direzione del gruppo animata da finalità prudenziali e condizionata al principio di *rischiosità* dalle ipotesi di direzione del gruppo nell'ottica della salvaguardia della mutualità e dello spirito cooperativo delle b.c.c. aderenti e, pertanto, nel rispetto del principio dei vantaggi

⁹⁷ In tal senso, ancora, le disposizioni di vigilanza (Sez. III, punto 2): «Gli interventi di sostegno a favore delle banche affiliate, sia di capitale sia di liquidità, sono effettuati soltanto dalla capogruppo, anche quando le relative risorse finanziarie siano messe a disposizione dalle banche affiliate in esecuzione dell'accordo di garanzia. In particolare, negli interventi di ripatrimonializzazione di una banca di credito cooperativo affiliata, la sottoscrizione di azioni di finanziamento o di altri strumenti di capitale è riservata alla capogruppo. Allo stesso modo, sono effettuati dalla capogruppo tutti gli interventi di liquidità, garanzia, fornitura di *collateral*, etc.

L'accordo di garanzia è, altresì, conforme all' art. 4, n. 127, CRR che reca la definizione del *cross-guarantee scheme* ai fini del CRR (in particolare l'art. 84, par. 6, concernente il computo degli interessi di minoranza nei fondi propri consolidati in un gruppo di banche affiliate a un organismo centrale). A tali fini, l'accordo di garanzia prevede, fra l'altro: l'attribuzione alla capogruppo dei compiti di cui all'art. 113, par. 7, lettere c), d) ed e), CRR ovvero: il monitoraggio e la classificazione dei rischi delle banche aderenti e del sistema nel suo complesso con corrispondenti capacità di influenza; l'analisi dei rischi e la sua comunicazione alle banche aderenti; la preparazione del bilancio consolidato. Tali attività sono svolte almeno su base annuale e, se del caso, più frequentemente in ragione della rischiosità della banca affiliata; gli obblighi e i meccanismi volti a garantire la capacità di fornire prontamente i mezzi finanziari (capitale e liquidità) necessari per le finalità del meccanismo di sostegno intragruppo.

In particolare, l'accordo di garanzia stabilisce il criterio di ripartizione dei mezzi finanziari prontamente disponibili tra una quota preconstituita *ex ante* presso la capogruppo e una quota che può essere richiamata dalla capogruppo in caso di necessità (quota *ex post*); la quota *ex ante* presso la capogruppo può essere costituita in una delle seguenti forme o in una combinazione delle medesime: o la sottoscrizione di azioni emesse dalla capogruppo computabili come capitale di migliore qualità (CET1); la creazione di fondi dedicati, patrimonialmente separati dagli altri fondi e riserve della capogruppo e delle altre società del gruppo, utilizzabili esclusivamente per interventi di sostegno intra-gruppo.

L'ammontare della sottoscrizione di CET1 della capogruppo o della contribuzione ai fondi dedicati richiesto a ciascuna banca affiliata è determinato in misura proporzionale alle esposizioni ponderate per il rischio di ciascuna banca, con un limite minimo fisso ed entro il limite massimo delle risorse patrimoniali eccedenti i requisiti obbligatori a livello individuale; in caso di recesso o esclusione di una banca dal gruppo, la permanenza per almeno 10 anni degli obblighi reciproci di garanzia esterna in capo alla banca uscente e alle altre banche che rimangono nel gruppo, relativamente alle passività garantite esistenti al momento dell'uscita».

⁹⁸ Al riguardo, si veda anche l'art. 2497, co. 3, c.c.

compensativi, per poi ricavare da ciò conseguenze in ordine alla natura (gerarchica/concertata; di assoluto dominio/di coordinamento) del potere.

Il potere/dovere di direzione e coordinamento è, pertanto, imputato sempre alla s.p.a. e su di essa incombono le conseguenze derivanti da un suo esercizio scorretto e/o abusivo, anche nei casi in cui non sia stata in positivo impedita la violazione delle condizioni di mutualità prevalente da parte di una b.c.c., costretta a contribuire a un intervento di risanamento e di riorganizzazione di una banca affiliata sorella, proporzionale alle condizioni concrete di difficoltà finanziaria di quest'ultima, senza tenere in debita considerazione l'eventualità che il *quantum* e il *quomodo* delle contribuzioni potesse mettere a repentaglio gli interessi incidenti sul patrimonio sociale della società istruita, violando il principio dei vantaggi compensativi, compromettendo il perseguimento dello scopo mutualistico e incrementando i rischi di propagazione della crisi nel gruppo⁹⁹.

Il gruppo oggetto della presente analisi, allora, è un gruppo, per certi versi, *funzionalmente* e *strutturalmente* cooperativo ove si guardi: da un lato, ai doveri della capogruppo e agli interessi di cui sono portatori le banche di credito cooperativo, uniche entità del gruppo assoggettate a un potere di direzione e coordinamento di matrice contrattuale che sempre dev'essere orientato a criteri di pariteticità e obiettivo di medio-lungo periodo; dall'altro lato, alla circostanza della partecipazione delle b.c.c. al capitale della capogruppo che, pur non assicurando stabilmente una concertazione del potere da parte di tutte le b.c.c., favorisce, unitamente alla garanzia incrociata, una relazione patrimoniale e finanziaria *interdipendente* tra l'attività delle seconde e quella della prima, governata pur sempre dai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, di corretto finanziamento e di equa distribuzione dei vantaggi e dei costi derivanti dall'attività comune.

In questo senso, si tratta di *un gruppo cooperativo paritetico*.

Per altri versi, invece, è un gruppo *funzionalmente* e *strutturalmente* bancario giacché – essendo in ogni caso necessario preservare la sana e prudente gestione nonché la solidità patrimoniale e finanziaria delle b.c.c. in quanto cooperative creditizie e implicando il suddetto obiettivo l'esistenza di strumenti tali da agevolare il reperimento

⁹⁹ Di contrario avviso è SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 161 ss., partic. 163-164, che ravvisa una fondamentale differenza tra garanzia incrociata e accordi di sostegno finanziario infragruppo nella circostanza che *solo* la prima è obbligatoria e vincola *solidalmente* tutte le b.c.c. affiliate a una responsabilità per le obbligazioni assunte da ciascun membro nei confronti dei terzi, come se la società tenuta nel caso concreto a fornire assistenza finanziaria non possa sindacare alcunché, essendo automaticamente tenuta ad erogare la liquidità richiestagli dalla capogruppo s.p.a.; il che spiegherebbe, nella prospettiva assunta dall'autore, il perché i poteri espletati conformemente a finalità prudenziali sarebbero *gerarchici*, valendo quest'ultima caratteristica a sottrarre l'attività orientata all'obiettivo di stabilità ai principi di corretto finanziamento e dei vantaggi compensativi. Tuttavia, come evidenziato in precedenza nel testo, nulla impedisce all'autonomia privata di replicare il meccanismo della garanzia incrociata di cui all'art. 37-*bis* t.u.b., atteso che l'accordo di sostegno finanziario infragruppo può avere a oggetto l'impegno a fornire garanzie reciproche e solidali, anche a favore dei terzi creditori (art. 1411 c.c.), operando i principi di cui all'art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b. non al momento della prestazione della garanzia, che coincide con quello della stipula del contratto, bensì al momento dell'erogazione della liquidità in attuazione del meccanismo di garanzia medesima; sarebbero, inoltre, fatti salvi i rimedi di recupero della garanzia patrimoniale ex artt. 2901 c.c. e 64 ss. l. fall. Nel senso espresso nel testo e qui in nota, mi sembra, GIANNELLI, *La riforma* (nt. 138), 85 ss., secondo cui il richiamo al rispetto dei limiti di vigilanza prudenziale «solleva qualche dubbio interpretativo perché sembra che il contratto di coesione debba comunque *circoscrivere* la garanzia solidale di gruppo alle obbligazioni *conformi* ai criteri di gestione prudenziale [appunto, quelli di cui all'art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b.]; con la conseguenza, non di poco conto, che la capogruppo e le altre banche si possano sottrarre all'obbligazione solidale adducendo che le obbligazioni per le quali sono chiamate a rispondere non sono conformi alle regole di vigilanza prudenziale [in quanto non rispettose del principio di proporzionalità e/o di quello dei vantaggi compensativi]; o quantomeno che la violazione delle regole di gestione prudenziale possa essere opposta ai creditori come fatto limitativo della responsabilità rinveniente dal contratto di coesione (con l'applicazione cioè di una regola di condivisione dei rischi che si può già ritenere ricavabile dall'applicazione dell'art. 1227 c.c.)».

dei capitali di primaria qualità ai fini della normativa sul patrimonio di vigilanza e da rendere efficace il monitoraggio dei soci sulla gestione – l'esercizio dell'attività di gruppo è imputato in via solitaria a una società per azioni bancaria con scopo legale consortile, unica referente nei confronti dell'autorità di vigilanza, dotata di poteri ideati per assicurare un'ingerenza nella gestione delle singole affiliate a fini prudenziali di intensità equivalente a quella derivante dal possesso di partecipazioni di controllo, tipico dei gruppi puramente gerarchici e non estraneo nemmeno nei gruppi bancari cooperativi (cfr. art. 150-ter t.u.b.).

In quest'ultimo senso si tratta di *un gruppo paritetico di diritto speciale*, giacché nei gruppi paritetici ex art. 2545-septies c.c., al netto di quanto previsto dall'art. 2497-septies c.c.: (i) la direzione deve necessariamente essere imputata a una o più cooperative, anche quando l'attività venga in concreto esercitata mediante un veicolo societario consortile, mentre nel gruppo bancario cooperativo l'attività è imputata, con notevoli conseguenze sul piano applicativo, a una società per azioni a prescindere da quante società in concreto riescano a influenzare all'interno della prima l'organo di supervisione strategica; (ii) il potere di direttiva e, più in generale, di gestione degli indirizzi strategici delle società aderenti può essere riconosciuto *esclusivamente attraverso il contratto* di cui all'art. 2545-septies c.c. a una, alcune o anche tutte le cooperative laddove, invece, nel gruppo bancario cooperativo il potere scaturisce *concorrentemente* dal contenuto del contratto di coesione, da strutture di *interlocking directorates* (condizionate dalla *performance* delle banche affiliate), da eventuali patti parasociali o alleanze di fatto tra solo alcuni soci (anche tra b.c.c. e soggetti aventi finalità lucrative) della società azionaria, dalla possibilità che la partecipazione delle b.c.c. al capitale della s.p.a. diventi minoritaria nelle ipotesi previste con decreto del M.E.F. e, infine, dall'eventuale sottoscrizione di azioni di finanziamento emesse dalle b.c.c.

8. *Fattispecie e disciplina dei poteri extra-assembleari della capogruppo d'ingerenza nella selezione dei membri degli organi sociali delle b.c.c. affiliate. Strumentalità dei poteri al rafforzamento del vincolo derivante dalla direzione e coordinamento e differenze con le azioni di finanziamento: un primo esempio di "partecipazione esterna" all'attività sociale. Riflessi sul tipo "banca di credito cooperativo".*

Proprio in ragione della struttura ibrida e tendenzialmente gerarchica del g.b.c. e dell'esigenza di garantire strumenti di governo dell'impresa efficaci tanto quanto quelli riconosciuti alle capogruppo controllanti sulla base del possesso di partecipazioni azionarie, si spiegano i poteri di ingerenza della impresa azionaria nei processi di selezione delle cariche sociali all'interno delle banche di credito cooperativo aderenti al contratto di coesione.

I suddetti poteri sono stati introdotti principalmente per assicurare l'esistenza di una situazione di controllo rilevante ai fini della consolidazione dei conti di cui al principio n. 10 IFRS¹⁰⁰, sebbene si sia visto in precedenza come, prescindendo da tali

¹⁰⁰ Si noti che, a differenza di quanto affermato in relazione alla nomina degli organi delle banche affiliate, le disposizioni si preoccupano di precisare che, nell'ipotesi della nomina degli organi in seno alla s.p.a., i criteri di selezione degli esponenti aziendali, basati sul merito e sui risultati conseguiti nelle singole b.c.c., non devono *in ogni caso* pregiudicare «l'esistenza di una situazione di controllo della capogruppo sulle banche affiliate, come definito dai principi contabili internazionali adottati dall'Unione Europea». La norma in questione andrebbe coordinata con quella delle NDVB *in consultazione* che impedisce alle sole banche di credito cooperativo di detenere partecipazioni di controllo nella s.p.a. (Sez. III, punto 4) e con quella che in astratto prevede la possibilità che la partecipazione delle b.c.c. al capitale della capogruppo scenda al di sotto della soglia di maggioranza (art. 37-bis, co. 4, t.u.b.).

Pertanto, anche a voler seguire la tesi secondo cui il controllo rilevante ai fini della configurazione di un gruppo bancario cooperativo è un controllo meramente potenziale, rimarrebbe

prerogative di *voice* esercitabili nei confronti delle b.c.c., siano comunque configurabili ipotesi di influenza dominante rilevanti ai fini della vigilanza bancaria (artt. 23 e 59 ss. t.u.b.) e ai fini delle discipline codicistiche della direzione e coordinamento e delle azioni proprie possedute da controllate (artt. 2497 ss. e 2359-*bis* ss.c.c.), tra cui l'ultima, per ragioni di efficienza e funzionalità del g.b.c., è espressamente derogata dall'art. 37-*bis*, co. 6, t.u.b.

L'importanza degli strumenti in questione ai fini del funzionamento del gruppo bancario cooperativo sia in una prospettiva contabile sia in una prospettiva volta a rafforzare i mezzi di espletamento della vigilanza bancaria consolidata e, più in generale, della direzione strategica dell'impresa aggregata, può, del resto, trarsi dalle variazioni della formula legislativa intervenute – su sollecitazione della Banca d'Italia e della BCE¹⁰¹ – con la l. n. 49/2016, di conversione del D.l. n. 18/2016.

Se nella prima versione dell'articolato normativo il contratto riconosceva alla capogruppo il diritto *extrassembleare* di nominare, opporsi alla nomina o revocare gli organi sociali delle b.c.c. «in casi comunque *motivati* ed *eccezionali*», oggi dette facoltà *non* sono *più* espressamente qualificate come *eccezionali* sebbene il loro esercizio debba fondarsi sempre su un'adeguata motivazione (art. 37-*bis*, co. 3, lett. b, n. 2, t.u.b.) [enfasi aggiunta].

Successivamente a questo cambio di rotta e all'attuazione delle normativa primaria ad opera della Banca d'Italia sono state sollevate in dottrina¹⁰² critiche avverso la previsione nel gruppo bancario cooperativo di poteri d'ingerenza contrattuali così penetranti e, al tempo stesso, affrancati dal principio di rischiosità professato per ogni altro intervento compiuto in attuazione delle politiche di gruppo e delle istruzioni dell'autorità di vigilanza, fino al punto da condurre gli interpreti, spinti dal timore che il solo obbligo di motivazione non sia idoneo a restringere l'ampia discrezionalità della s.p.a., a inquadrare ugualmente tali prerogative entro lo strumentario riconosciuto alla stessa in proporzione alle condizioni (patrimoniali e finanziarie) di salute delle b.c.c., pena l'illegittimità delle disposizioni di vigilanza per eccesso di delega¹⁰³.

La tesi in esame presuppone un'approfondita analisi delle disposizioni di vigilanza, tenendo anche conto che a esser stata modificata con la riforma del D.l. n.

fermo il fatto che nel rapporto tra b.c.c. in qualità di partecipanti in misura maggioritaria al capitale della capogruppo e quest'ultima, la stessa influenza potenziale non sarebbe nemmeno configurabile.

¹⁰¹ Si rinvia all'ultimo paragrafo del cap. I, par. 8, partic. nt. 173.

¹⁰² Il dato è condiviso dalla tutta la dottrina citata alle note 1 e 2 che ha analizzato la figura del gruppo bancario cooperativo e che condotto anche i sostenitori della natura *ibrida* di quest'ultimo a ritenere che le b.c.c. nel futuro diventeranno delle mere filiali operative della s.p.a. capogruppo. Cfr., *ex multis*, SANTAGATA, “*Coesione*” e *autonomia* (cap. I, nt. 43), 23 ss., il quale ritiene che «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 capitaro 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 [...] 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” [...]».

¹⁰³ Ancora SANTAGATA, “*Coesione*” e *autonomia* (cap. I, nt. 43), 22, nota 40, secondo cui «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».

18/2016 non è solo la disposizione sui poteri di nomina della capogruppo, bensì anche e soprattutto la norma di cui all'art. 33, co. 3, t.u.b.: laddove, infatti, in passato la nomina degli organi di amministrazione e controllo delle banche di credito cooperativo spettava «esclusivamente ai competenti organi sociali», oggi tale funzione non è più oggetto di sole competenze endosocietarie essendo espressamente «fatte salve le previsioni degli articoli 150-*ter* [diritto di designazione riconosciuto dalle azioni di finanziamento] e 37-*bis*, comma 3».

Tuttavia, l'orizzonte entro il quale valutare le disposizioni sulla nomina degli organi sociali delle b.c.c. non riguarda tanto il fatto della rilevanza di tali profili – incidenti in prima battuta sull'autonomia organizzativa delle singole società affiliate – per il governo societario dell'impresa di gruppo, quanto la circostanza dell'essere il gruppo bancario cooperativo non espressione del libero esplicarsi di iniziative economiche private in punto di articolazione dell'impresa, bensì elemento tipologico della fattispecie “banca di credito cooperativo”; unico tipo, a quanto mi consta, oggi necessariamente vincolato ad operare all'interno di una struttura di gruppo.

Quanto prospettato costituisce, a mio avviso, la necessaria chiave di lettura che dovrebbe informare l'operazione di qualificazione di tali poteri sul piano *e* della natura della fattispecie *e* dell'effetto legale dalla stessa scaturente, *id est* del rilievo (obbligatorio *e/o* reale) della disciplina dei poteri di “nomina” e delle conseguenze che potrebbero derivare da una sua violazione.

Ciò posto, bisogna in primo luogo evidenziare come il venir meno della riserva di eccezionalità di cui alla prima versione della disciplina primaria non scalfisce la portata eccezionale dei poteri extra-assembleari di *voce* della capogruppo¹⁰⁴, poiché la normativa di vigilanza si ispira espressamente al principio per cui «la nomina degli organi di controllo spetta, *di norma*, all'assemblea dei soci» della b.c.c. e poiché i suddetti poteri sono comunque riconducibili a un'attività che va esercitata nel rispetto dei principi di corretta gestione e (implicitamente) *organizzazione* imprenditoriale e *societaria* (art. 2497 c.c.) [corsivo aggiunto].

Infatti, l'obbligo di motivazione contemplato dalla legge (art. 37-*bis*, co. 3, t.u.b.) pur essendo oggi indipendente dalla rischiosità delle banche aderenti, rimane comunque vincolato all'osservanza di tre criteri, individuati dalle disposizioni di vigilanza nell'*inadeguatezza* dei soggetti preposti all'amministrazione e al controllo delle singole b.c.c. «rispetto [(i)] alle esigenze di unitarietà della *governance* del gruppo o [(ii)] di efficacia dell'attività di direzione e coordinamento della capogruppo» e [(iii)] nell'*inidoneità* degli stessi «ad assicurare la sana e prudente gestione avendo riguardo in particolare al merito individuale comprovato dalle capacità dimostrate e dai risultati conseguiti come esponente aziendale».

Qualora, dunque, venga fornita una motivazione concernente il mancato raggiungimento o la compromissione dei menzionati obiettivi di unitarietà della *governance*, efficacia dell'azione di gruppo e sana e prudente gestione delle singole società e del gruppo complessivamente considerato, che sia, al tempo stesso, *veritiera* in quanto supportata da fatti assodati e chiare risultanze documentali e *seria* in quanto concernente violazioni di non lieve entità (per meglio dire, *gravi irregolarità*), la capogruppo potrà «esercitare il potere di nominare o revocare direttamente i componenti degli organi delle banche affiliate, fino alla maggioranza degli stessi».

¹⁰⁴ Nel senso espresso nel testo, anche SANTAGATA, “*Coesione*” e *autonomia* (cap. I, nt. 43), *ibidem*, sebbene sembri che l'autore subordini l'esercizio eccezionale della nomina, opposizione alla nomina o revoca delle cariche sociali in via extra-assembleare alla presenza di gravi condizioni di rischiosità riguardanti la singola b.c.c. cui le cariche si riferiscono.

Nonostante le espressioni utilizzate possano sembrare vaghe o ridondanti ¹⁰⁵, aprendo notevolmente gli spazi d'intromissione (e la discrezionalità) della capogruppo nell'ambito della relazione inter-organica che tradizionalmente lega i soci agli amministratori e ai titolari delle funzioni di controllo della propria società, il senso dei criteri prescritti dalla disciplina prudenziale a completamento dell'obbligo di mera motivazione di cui alle norme primarie può cogliersi solo se coordinato con gli altri frammenti del complesso mosaico normativo di cui si compone la legislazione bancaria.

In primo luogo, l'inadeguatezza rispetto alle esigenze di unitarietà della *governance* potrebbe essere una condizione riferibile non già alle condotte in concreto tenute da uno o più esponenti aziendali, bensì ai complessivi assetti organizzativi, amministrativi e contabili caratterizzanti le singole banche affiliate.

Atteso, infatti, che un'articolazione delle funzioni imprenditoriali di gruppo tra tutte le società a esso aderenti, basata su criteri omogenei di parità di trattamento nonché di coerenza tra la struttura aziendale, da un lato, e la complessità e le dimensioni dell'ente controllato, dall'altro, costituisce presupposto essenziale per assicurare un'azione di gruppo efficace, potrebbero risultare inadeguati quei soggetti la cui presenza – tenuto conto del numero dei membri operanti per statuto all'interno degli organi di amministrazione e controllo della banca – ostacola il rispetto della disciplina prudenziale nella parte in cui prescrive un'adeguata composizione degli organi sociali, un'adeguata diversificazione al loro interno delle competenze e modelli di *business* conformi ai principi cooperativi idonei a limitare i rischi derivanti dallo svolgimento di attività non mutualistiche all'interno del gruppo ¹⁰⁶.

Verosimilmente, una circostanza del genere potrebbe verificarsi in sede di riorganizzazione delle funzioni aziendali espletate all'interno di una banca di credito cooperativo o, ancora, nell'ipotesi di vero e proprio passaggio da un sistema di amministrazione e controllo a un altro (o nel caso di fusione con altre b.c.c. sorelle); interventi che possono presupporre, a seconda dei casi, una delibera dell'organo amministrativo (art. 2381 c.c.) o dell'assemblea straordinaria della b.c.c. (artt. 2365 e 2519 c.c.) ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Nello stesso senso SANTAGATA, "Coesione" e autonomia (cap. I, nt. 43), *ibidem*, secondo cui «Non può [...] sottacersi che le Istruzioni della Banca d'Italia appaiono alquanto ambigue sull'esercizio di tali prerogative».

¹⁰⁶ In effetti questo raccomanda la disciplina secondaria in materia di *governance* degli enti creditizi, dei gruppi bancari e, nello specifico, del gruppo bancario cooperativo. Si veda il capitolo precedente nella parte in cui si analizza la disciplina del governo degli enti creditizi a seguito dell'entrata in vigore del cd. pacchetto normativo CRD IV.

Da quest'ottica visuale, estremamente interessanti sono le notazioni di COSSU, *L'obiettivo della ripatrimonializzazione* (nt. 138), la quale sottolinea che anche «la Banca d'Italia, del resto, ha più volte rilevato severe limitazioni alla funzionalità degli assetti di governo societario delle banche locali in generale, delle banche di credito in particolare: organi amministrativi pleorici e scarsa dialettica interna, profili professionali inadeguati e poco diversificati, limitato ricambio dei componenti, assenza di contrappesi alle figure apicali, scarsa attenzione ai presidi normativi e al sistema dei controlli sul tema dei conflitti d'interesse. In più di un caso queste carenze sono state all'origine di situazioni di dissesto».

¹⁰⁷ Si pensi all'ipotesi in cui la capogruppo reputi che il numero dei componenti del consiglio di amministrazione di una delle b.c.c. controllate tramite il contratto (o il numero e il tipo di deleghe conferite all'interno del c.d.a.) sia eccessivo rispetto alle dimensioni e all'operatività della banca, ragion per cui la capogruppo stessa potrebbe revocare uno degli amministratori in carica ovvero opporsi alla sua nomina, invocando a fondamento del proprio potere l' inutilità del ruolo dell'amministratore in questione e il rischio che l'esercizio di funzioni concettualmente unitarie venga inefficientemente allocato, frammentato o duplicato. Inoltre, le NDVB in consultazione sulle b.c.c. (Sez. II, punto 5.2) limitano la trasformazione ex art. 36 t.u.b. in banche di *diversa natura*, ossia in società per azioni, nei casi di *extrema ratio*, quando non siano possibili soluzioni alternative come gli interventi di ricapitalizzazione operati dalla capogruppo e/o dai sistemi di garanzia o le fusioni per incorporazione in altre b.c.c. affiliate al gruppo: è evidente che, in tutti questi casi, l'operazione presupporrà un riadeguamento, sottoposto al controllo della capogruppo, degli assetti organizzativi e statutari in modo tale da favorire l'ingerenza nel governo delle b.c.c. da parte di chi è intervenuto nelle ricapitalizzazioni e nel risanamento.

L'inadeguatezza rispetto alle esigenze di efficacia dell'attività di direzione e coordinamento, invece, pare riguardare i profili strettamente operativi dell'agire di gruppo, ossia tutte quelle ipotesi in cui determinati esponenti della struttura aziendale interna alle banche di credito cooperativo abbiano ostacolato in concreto l'attuazione di direttive di gruppo rispettose dei canoni di correttezza gestoria professati dalla legge (cfr. artt. 2497, 2545-*septies*, n. 5, c.c. 61, co. 4, 69-*duodecies* – 69-*quinquiesdecies*, 37-*bis*, co. 3, t.u.b.) o, ancora, abbiano di loro iniziativa perseguito obiettivi in contrasto con i «principi di mutualità prevalente, solidarietà, parità di trattamento e non discriminazione caratteristici della categoria del credito cooperativo»¹⁰⁸.

Una motivazione fondata su tale presupposto potrebbe essere opposta alla b.c.c. quando la condotta dei preposti alle cariche sociali sia riferibile a un atto o a una serie circoscritta di atti, compiuti entro un periodo inferiore all'esercizio sociale, che si presta, più agevolmente, a costituire un parametro di valutazione in relazione alla condizione di cui appresso.

L'inidoneità ad assicurare la sana e prudente gestione della banca etero-gestita – avendo riguardo alle «capacità dimostrate» e ai «risultati conseguiti» dai soggetti preposti alle cariche sociali – è un'eccezione che concerne direttamente la *performance* dei singoli amministratori e sindaci in rapporto agli indirizzi strategici e agli obiettivi operativi fissati dall'organo di supervisione strategica della capogruppo.

Non sembra, pertanto, fuor di luogo pensare che una motivazione del genere possa essere invocata a seguito di un attento e costante monitoraggio sull'operato degli esponenti in una prospettiva diacronica e dinamica, che dia rilievo al risultato dell'attività dagli stessi conseguito nell'arco, per esempio, di un esercizio o, ancora, durante tutta la durata del mandato (tre esercizi) ai fini dell'eventuale rielegibilità.

È vero, come anticipato, che i contorni sfumati di queste fattispecie potrebbero incentivare un esercizio abusivo dei poteri extra-assembleari ad opera della capogruppo, soprattutto ove si tenga conto che, da un lato, la gran parte dei membri dell'organo di supervisione strategica di quest'ultima sarà composta da soggetti scelti dalle b.c.c. più virtuose mentre, dall'altro lato, gli esponenti aziendali delle b.c.c. meno solide che si siano ribellati nel corso del tempo a eventuali direttive aventi scopo predatorio potrebbero essere destituiti dall'incarico con la scusa del mancato raggiungimento dei *target* operativi loro imposti in conformità agli indirizzi strategici del gruppo¹⁰⁹.

Del resto e come visto anche alla nota precedente, una delle ragioni della recente riforma delle b.c.c. risulta essere costituita dalla volontà di rimettere alla capogruppo del g.b.c. una responsabilità che l'autorità di vigilanza in questi anni non è riuscita correttamente a esercitare nei confronti delle piccole banche cooperative italiane, stante il fatto – descritto nel primo capitolo – che il principio di *proporzionalità* tanto professato dalla normativa prudenziale è rimasto un enunciato solo formale, dettando in realtà le disposizioni di vigilanza precetti calibrati sul modello della grande banca mista, possibilmente operante in più stati comunitari.

Conseguentemente i costi derivanti dall'applicazione della normativa secondaria, soprattutto quella dedicata al patrimonio di vigilanza, sono risultati eccessivi o, per meglio dire, *sproporzionati* per le b.c.c., la cui attività è soggetta non solo a limiti di carattere territoriale o legati al mutualismo, ma anche a restrizioni concernenti *la tipologia* di operazioni praticabili, come, ad esempio, le operazioni in prodotti derivati, rispetto alle quali le b.c.c. non possono assumere posizioni speculative.

¹⁰⁸ Principi che una banca di credito cooperativo è tenuta sempre a rispettare, a cominciare dall'organizzazione statutaria dell'attività d'impresa, di cui è confermato il carattere *mutualistico* e *locale* dalle recenti NDVB *in consultazione* sulle b.c.c.: «Lo statuto delle banche di credito cooperativo svolge un ruolo essenziale per la definizione del carattere cooperativo della banca, in particolare le finalità mutualistiche e il localismo. In tale ambito, lo statuto disciplina, fra l'altro, le categorie di soci e i requisiti e le procedure per la loro ammissione, i criteri di operatività prevalente con i soci, la competenza territoriale, le attività consentite» (Sez. II, punto 5.1), condizioni tutte che, attenendo all'oggetto sociale della b.c.c., l'organo di supervisione strategica della banca dovrà far rispettare, a pena di subire intromissioni da parte della capogruppo.

¹⁰⁹ Il dato rimane fermo, nonostante la NDVB *in consultazione* vietino alle b.c.c. di detenere partecipazioni di controllo, solitario o congiunto, o di stipulare accordi per l'ottenimento del controllo

D'altra parte, coerentemente col principio più generale secondo cui all'atto dell'emanazione delle direttive di gruppo la capogruppo è tenuta a fornire tutte le informazioni idonee a permettere agli amministratori delle società etero-gestite l'ottemperamento dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 2497-ter c.c. o, se del caso, il rifiuto motivato di eseguire le istruzioni in quanto contrarie ai canoni ex art. 2497 c.c., la legge impone alla società azionaria madre di motivare l'esercizio dei poteri in esame in modo tale da poter dimostrare che il corretto funzionamento di una b.c.c., considerata sia in sé sia in quanto articolazione del gruppo, è impedito dal concreto operare dei tradizionali sistemi di elezione delle cariche sociali, fondati sull'esclusiva competenza dei soci e sul voto capitario, come tali capaci di alimentare problemi di azione collettiva tra i cooperatori.

Ciò posto, pur non dubitando della natura tendenzialmente eccezionale dei poteri di nomina, opposizione alla nomina e revoca degli amministratori e dei sindaci delle b.c.c. riconosciuti alla s.p.a., non è per niente scontato che il parametro per l'esercizio di tali poteri sarebbe *solo e nuovamente* quello della rischiosità delle banche cooperative affiliate al gruppo bancario cooperativo, stante la presunta riconducibilità dei «casi» di cui all'art. 37-bis, co. 3, lett. b, n. 2, t.u.b. agli interventi di cui al precedente n. 1.

Diverse sono, a mio avviso, le argomentazioni che possono muoversi a sostegno della tesi volta a negare la rilevanza del *solo* principio di rischiosità ai fini dell'esercizio delle prerogative di *voce* nelle elezioni delle cariche sociali delle b.c.c.

In primo luogo, la struttura della disposizione primaria dedicata ai poteri della capogruppo, che contiene un elenco di facoltà raggruppate per lettere, induce l'interprete a classificare le medesime per categoria a seconda del momento e/o area di attività interessata dall'azione di gruppo, sia essa la programmazione, l'attuazione, il controllo, l'ingerenza nelle elezioni o l'estromissione di una b.c.c. dal gruppo.

Ciò posto, nel precedente paragrafo si è cercato di dimostrare che il principio di rischiosità in osservanza del quale il contratto dovrà indicare criteri astratti di *early warning* – i quali riceveranno sia una declinazione più circoscritta in sede di definizione annuale degli indirizzi strategici e degli obiettivi operativi del gruppo sia un'applicazione concreta in sede d'intervento e controllo *ex post* sulle b.c.c. affiliate, anche per scopi sanzionatori (es. esclusione) e previa autorizzazione della Banca d'Italia – coinvolge l'esercizio della direzione tutte le volte in cui questa è destinata a realizzare finalità prudenziali, principalmente in sede di attuazione delle istruzioni di vigilanza nell'interesse della stabilità del gruppo.

La rischiosità è, invece, estranea ai casi in cui (o, meglio, ai profili rispetto ai quali) il potere concerne la mutualità dei singoli enti, il cui contenuto è, secondo le disposizioni di vigilanza, rimesso all'autonomia contrattuale delle banche di credito cooperativo ed è soggetto al meccanismo dell'equa distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune; da ciò è possibile dedurre la *non esclusività del supposto principio* ai fini di un esercizio corretto della direzione e coordinamento, specialmente ove singole e

(punto 4, Sez III): innanzitutto il divieto sembra essere posto solo per le banche di credito cooperativo; in secondo luogo esso non è incompatibile con la clausola dello statuto che riserva un numero *minimo* di posti all'interno dell'organo di supervisione strategica ai soggetti designati dalle b.c.c. affiliate più virtuose e, invece, la restante parte ai soci della capogruppo portatori di interessi lucrativi. Se il contenuto delle NDVB restasse invariato, risulterebbero confermate le conclusioni esposte nel par. 4, dedicato alla concertazione, ove si ammette che: (i) l'imputazione del potere di direzione strategica nel g.b.c. prescinde dalla concertazione del potere di tutte e solo le b.c.c. partecipanti al capitale, che in nessun modo possono controllare la capogruppo; (ii) se davvero vuole ammettersi una concertazione all'interno della s.p.a., la si deve riconoscere nell'ambito dell'organo di supervisione strategica, tra gli esponenti del credito cooperativo e gli esponenti dei soci della s.p.a. portatori di interessi lucrativi, ai quali le NDVB *in consultazione* non pongono divieti di acquisizione del controllo della capogruppo e che, del resto, non sono soggetti al potere di direzione derivante dal contratto di coesione.

tipizzate manifestazioni della stessa siano espressamente agganciate dalle norme secondarie a principi diversi quali l'omogeneità degli assetti di governo delle società del gruppo, l'efficacia dell'azione comune e la sana e prudente gestione delle b.c.c.

In secondo luogo, dall'analisi delle eccezioni invocabili a fondamento dei poteri extra-assembleari d'ingerenza nella selezione delle cariche sociali si è visto come le stesse attengano a vari momenti dell'attività delle b.c.c. aderenti e del gruppo bancario cooperativo, in definitiva essendo strumentali al rafforzamento dell'efficacia di tutti gli altri poteri indicati all'art. 37-*bis*, co. 3, lett. b, n. 1, t.u.b., dunque alla realizzazione di finalità sia di carattere prudenziale sia di carattere mutualistico.

In terzo luogo, anche alla luce della disciplina del testo unico bancario dedicata alla crisi e alle procedure *lato sensu* concorsuali degli enti creditizi, che possono implicare la sterilizzazione delle funzioni degli organi sociali a favore di soggetti estranei alla società anche di fronte alla sola presenza di «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione» (cfr. artt. 69-*octiesdecies* e 80 t.u.b.), sarebbe più ragionevole ritenere che i poteri di *voce* extra-assembleari in sede di elezioni sociali nelle b.c.c. possano essere esercitati per gravi irregolarità nell'organizzazione del governo societario e nell'articolazione delle funzioni amministrative e di controllo, ossia per ipotesi che possono sorgere anche indipendentemente dal livello di stabilità patrimoniale e finanziaria della singola banca e dal rispetto dei requisiti prudenziali patrimoniali (*id est* dalla rischiosità) ¹¹⁰.

In ultimo luogo, è probabile presupporre che una b.c.c. tenuta a subire tali intromissioni, pur versando eventualmente in condizioni di difficoltà economica e finanziaria, non si trovi in una situazione conclamata di dissesto tale da far scattare l'attivazione della garanzia incrociata ai fini del suo tempestivo risanamento.

Infatti, nelle disposizioni di vigilanza si legge che gli interventi della capogruppo in esecuzione del patto di garanzia si fonderanno in buona parte sulla sottoscrizione di azioni di finanziamento, che già riconoscono un diritto di designazione degli organi sociali proporzionato al capitale sottoscritto o al numero di azioni emesse ¹¹¹ e

¹¹⁰ Cfr. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 136, in cui evidenzia la circostanza che i piani di risoluzione predisposti dalla Banca d'Italia «perseguono anche l'obiettivo di ridurre *ex ante* la complessità strutturale degli apparati societari in cui si articola l'attività creditizia e finanziaria, e dunque, *a fortiori*, del gruppo di imprese vigilate qualora l'attività sia svolta in formazione plurisoggettiva», cosicché «all'esito della valutazione, l'autorità può imporre la rimozione degli impedimenti dalla stessa eventualmente riscontrati» [enfasi aggiunta]. Tali considerazioni, concernenti oramai lo statuto legale riformato delle società bancarie, in cui l'obiettivo di prevenzione delle crisi viene attratto nell'orbita del principio di sana e prudente gestione di enti *in bonis*, pilastro della buona *governance* indipendentemente dal sopraggiungere di effettive situazioni di crisi di liquidità e di instabilità patrimoniale, possono estendersi anche alla disciplina della gruppo bancario cooperativo, tant'è vero che è lo stesso Sacco Ginevri [220] a ravvisare in detta normativa «poteri di incidenza così rilevanti in merito alla composizione degli organi sociali bancari e al mantenimento della carica gestoria da parte degli esponenti aziendali che ne fanno parte da trasformare la capogruppo di specie, in tale vicenda, in una sorta di *alter ego* dell'Autorità di vigilanza del settore».

¹¹¹ Il riferimento al numero di azioni emesse come distinto dall'elemento del capitale sottoscritto evoca, a mio avviso, non solo l'ipotesi di aumento di capitale con assegnazione di azioni non proporzionale rispetto ai conferimenti effettuati dai soci ferma restando l'osservanza dell'art. 2346, co. 5, c.c., ma anche quella di un voto attribuito in misura sovra-proporzionale rispetto alla quantità di azioni possedute; invero, in quest'ultima ipotesi le azioni rimangono la misura di riferimento per l'attribuzione del voto ed è confermato il criterio astratto-matematico per valutare il peso dei diritti del socio all'interno dell'organizzazione sociale.

C'è sempre, pertanto, un rapporto di proporzionalità anche nelle azioni a voto plurimo, che attribuiscono fino a un massimo di tre voti *ogni azione*; in particolare, la proporzionalità è relativa alla sola categoria delle azioni a voto plurimo secondo il principio di cui all'art. 2348, co. 2, c.c., laddove la sproporzione, invece, rileva in rapporto alle altre categorie di azioni.

Affermando le disposizioni di vigilanza che l'effetto della sottoscrizione delle azioni di finanziamento è, di norma, l'acquisizione del controllo interno, può accogliersi l'opinione di quella dottrina secondo cui il raggiungimento della soglia di voti fissata dal codice civile in relazione alle azioni di finanziamento emesse da società cooperative (cfr. la soglia massima di un terzo di cui agli artt. 2526, 2538,

conferiscono, di norma, il controllo ex art. 2359, co. 1, nn. 1 e 2, c.c., ragion per cui rappresentano, semmai, queste ultime gli strumenti di cui la capogruppo potrà disporre per intervenire sulla gestione di una b.c.c. in proporzione alla sua rischiosità e per la realizzazione degli obiettivi della vigilanza bancaria (risanamento dell'impresa, tutela del risparmio e mitigazione dei rischi sistemici)¹¹².

Ci si deve ora soffermare sulla parte delle disposizioni di vigilanza dedicata alle modalità di esercizio dei poteri d'ingerenza nelle nomine delle cariche sociali delle b.c.c., profilo disciplinare criticato dalla dottrina¹¹³ in quanto suscettibile di contraddire l'intento del legislatore di salvaguardare il più possibile l'autonomia delle b.c.c. e, nel caso di specie, dei soci cooperatori.

La normativa prudenziale, infatti, derogando all'art. 2364, n. 6, c.c.¹¹⁴, stabilisce che la capogruppo azionaria del g.b.c. «definisce *regolamenti e procedimenti elettorali* delle banche affiliate» [corsivo aggiunto] volti a distinguere, in particolare, all'interno dei procedimenti stessi tre fasi.

La prima fase e la seconda fase sono di particolare interesse per l'interprete giacché registrano l'accoglimento di una peculiare prassi statutaria diffusasi, prima della

2542-2544 c.c.) può essere più facilmente raggiungibile attraverso l'emissione di azioni a voto plurimo; la tesi esposta è applicabile alle azioni di finanziamento ex art. 150-ter t.u.b.; cfr. MARASÀ, *Voto plurimo, voto maggiorato e cooperative* (cap. I, nt. 180), *passim*.

Inoltre, considerato il tenore letterale della norma primaria da ultimo richiamata, che – a differenza di quanto statuito dalle disposizioni della Banca d'Italia – parla non di voti proporzionati alle azioni o ai conferimenti, bensì di «diritto di *designare* [direttamente] uno o più componenti dell'organo amministrativo ed il presidente dell'organo che svolge la funzione di controllo» è possibile immaginare che sul piano dell'organizzazione sociale, come distinto da quello strettamente finanziario concernente la disciplina delle risorse raccolte con l'emissione, i titoli ex art. 150-ter t.u.b. ricevano un trattamento simile a quello degli strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346, co. 6, c.c. ai quali, secondo l'opinione prevalente, non può essere attribuito il voto in assemblea generale, ma deve essere riconosciuto un potere extra-assembleare, che rompe l'unitarietà dell'organo esprimendo la volontà di tutti i soci.

A conferma di ciò sovviene l'art. 33, co. 3, t.u.b., secondo cui la designazione effettuata dai sottoscrittori di azioni di finanziamento non sarebbe tecnicamente oggetto di una prerogativa di uno dei due organi sociali in astratto competenti a eleggere i membri degli organi di amministrazione e controllo nelle cooperative, ossia l'assemblea e il consiglio di sorveglianza.

¹¹² Ciò sembra confermato dalle NDVB in consultazione, nella punto dedicato ai soci finanziatori (Sez. II, punto 5.2.): «Ai sensi dell'art. 150-ter TUB, possono essere soci finanziatori della banca di credito cooperativo soltanto: a) la capogruppo del gruppo bancario cooperativo a cui la banca è affiliata; b) i sistemi di garanzia istituiti tra banche di credito cooperativo; c) i fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione. La sottoscrizione da parte di uno dei soggetti indicati alle lettere b) e c) è consentita – secondo quanto previsto dall'art. 150-ter, comma 1, TUB – *soltanto* se la banca di credito cooperativo versa in una situazione di *inadeguatezza patrimoniale* – intesa come l'inosservanza, attuale o prevista, dei requisiti obbligatori a livello individuale – *oppure* è sottoposta ad *amministrazione straordinaria*. La sottoscrizione da parte della capogruppo è consentita *anche fuori di questi casi* ed è *obbligatoria nei casi previsti dall'accordo di garanzia* in solido intercorrente fra la capogruppo e le banche di credito cooperativo del gruppo». Le prerogative proprie delle azioni di finanziamento, pertanto, sembrano esprimere un potere correlato al governo del risanamento e *proporzionale* al rischio in concreto affrontato dall'ente in dissesto; le prerogative extra-sociali contrattuali, invece, sembrano correlate ai più generali canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale ex art. 2497 c.c., funzionali a ripianare le *criticità puramente organizzative* di modo da prevenire o attenuare situazioni di difficoltà non così gravi da richiedere un intervento di risanamento.

¹¹³ Cfr. SANTAGATA, «*Coesione e autonomia*» (cap. I, nt. 43), *ibidem*: «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 procedimento 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».

¹¹⁴ Secondo cui la collettività dei soci riunita in sede ordinaria può approvare «l'eventuale regolamento dei lavori assembleari» avente ad oggetto il generale funzionamento dell'organo.

riforma in esame, tra le banche di credito cooperativo sottoposte alle procedure di amministrazione straordinaria, che beneficiavano – in forma di finanziamento o di garanzia – interventi dal Fondo di Garanzia del Credito Cooperativo ¹¹⁵.

Invero, così come avvenuto in relazione alle operazioni di risanamento del Fondo e considerato, inoltre, il dato dell'immanente presenza di un meccanismo di garanzia incrociata nel g.b.c., per le banche di credito cooperativo va prevista in via fisiologica una necessaria *fase di consultazione* della s.p.a. sui nominativi presentati per i candidati agli organi di amministrazione e controllo, «da svolgersi con congruo anticipo rispetto alla data prevista per la riunione dell'organo *competente* per la *nomina*» [enfasi aggiunta].

Nella seconda fase, la società madre deve in *via preventiva* assicurarsi che siano rispettate le condizioni di unitarietà, efficacia e idoneità sopra analizzate e, così, che gli organi sociali eletti in seno alla b.c.c. siano composti «in maggioranza da soggetti su cui la [medesima] si è espressa favorevolmente nella precedente fase di consultazione».

Solo nell'eventualità che all'esito delle elezioni il numero di candidati graditi dalla capogruppo sia inferiore alla maggioranza, dunque «insufficiente per la formazione di organi *completi e regolarmente funzionanti*», si aprirà la terza fase che vede la prima esercitare in via esclusiva e diretta i poteri di nomina, opposizione alla nomina e revoca, scavalcando i normali meccanismi assembleari.

Infine, secondo la normativa di vigilanza, il contratto di coesione, a tutela dell'*efficiente ed efficace* esercizio dei poteri della capogruppo, *può* attribuire alla stessa il potere – esercitabile «a propria discrezione e ferma restando la propria responsabilità per il [suo] corretto esercizio» – di disporre *semplificazioni del procedimento di nomina degli esponenti in singole banche affiliate*; fermo restando, in ogni caso, che la nomina, l'opposizione alla nomina e la revoca extra-assembleari, pur non essendo condizionate alla rischiosità, sono subordinate alla ricorrenza di una delle tre circostanze di cui sopra, da indicare nella motivazione trasmessa alla b.c.c. etero-gestita a corredo della direttiva.

A tal riguardo, sembra innanzitutto che la previsione non sia necessaria visto che le disposizioni, da un lato, non si riferiscono a prerogative che il contratto *deve prevedere*, né, dall'altro lato, si limitano a sancire che il contratto *prevede* le medesime.

È possibile, pertanto, che in sede di stesura della proposta di contratto che la Banca d'Italia dovrà approvare ai sensi dell'art. 37-ter, co. 2, t.u.b., il potere di semplificare i procedimenti elettorali non venga attribuito alla capogruppo.

Non si ritiene, tuttavia, che una clausola negoziale di questo tipo possa, di fatto, rendere incondizionati e assoluti i poteri d'ingerenza nella nomina dei membri degli organi di amministrazione e controllo delle b.c.c. affiliate al gruppo.

Invero, la formulazione letterale delle disposizioni sembra evocare non già un potere di *voce* in materia di elezione delle cariche sociali, bensì un potere avente *carattere organizzativo* concernente la modifica *una tantum* della disciplina del funzionamento dei lavori assembleari nell'ambito delle suddette elezioni ¹¹⁶.

Se ciò è condivisibile, è giocoforza concludere che la semplificazione dei procedimenti assembleari, per un verso, non conduce all'elusione dell'obbligo di motivazione posto a carico della capogruppo all'atto dell'esercizio dei poteri ex art. 37-bis, co. 3, lett. b, n. 2, t.u.b.; per altro verso, non intacca l'autonomia delle b.c.c. più di quanto già avverrebbe in assenza di tale previsione nel contratto di coesione, stante il

¹¹⁵ Per ulteriori riferimenti si veda il Trib. Rimini, 12 novembre 2014, n. 1287, citato al capitolo I, 43 ss., nota 159.

¹¹⁶ In senso parzialmente diverso, SANTAGATA, «Coesione» e autonomia (cap. I, nt. 43), 22 ss., che finisce per restringere in via interpretativa l'ampiezza dei poteri riconosciuti alla capogruppo in sede di elezione delle cariche sociali presso le b.c.c. affiliate, in sostanza riconducendo tali prerogative «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*».

fatto che, secondo le disposizioni secondarie, è di per sé la capogruppo e non le b.c.c. a definire i regolamenti e le procedure elettorali delle banche affiliate ¹¹⁷.

Bisogna chiedersi, pertanto, se non siano queste ultime disposizioni citate, nonché quella dedicata al gradimento sulla maggioranza dei candidati alle cariche sociali che la capogruppo è abilitata a esprimere in via immanente in sede di elezioni assembleari, a eccedere i limiti concessi dalla norma del testo unico bancario disciplinante il gruppo bancario cooperativo.

In tal senso, va ricordato che la capogruppo è tenuta a vigilare sull'adeguatezza e sull'unitarietà della struttura di governo societario del gruppo, di modo da coordinare, anche su un piano prettamente procedimentale, le strutture aziendali facenti capo alle singole banche affiliate e favorire, così, l'effettività e l'efficacia della direzione strategica; ben si presta al raggiungimento di questi obiettivi, oltretutto, si è già detto, alla configurazione di una situazione di controllo rilevante ai fini del consolidamento contabile e prudenziale, la facoltà per la società madre di definire, *ex ante*, e eventualmente intervenire, *ex post*, sui regolamenti elettorali delle b.c.c., che si occupano di uno dei più importanti aspetti della *governance* delle società "vigilate" (*lato sensu* finanziarie e/o quotate) ossia la relazione tra soci e funzioni aziendali ai fini del monitoraggio dei primi sul buon esercizio delle seconde, che nel g.b.c. deve avvenire, ovviamente, in una prospettiva di gruppo.

In secondo luogo, la capogruppo è referente dell'autorità di vigilanza e, in qualità di garante della stabilità del gruppo, va considerata per volontà di legge come appaltatrice di molte funzioni notoriamente attribuite alla Banca d'Italia nell'ambito dei controlli prudenziali su base individuale (cfr. art. 53 t.u.b. e le NDVB, Pt. I, Tit. IV).

Tra queste è compresa sicuramente la competenza a valutare l'idoneità degli esponenti aziendali avendo riguardo alla sana e prudente gestione (art. 26 t.u.b.), principio più dettagliatamente declinato nell'ambito del gruppo bancario cooperativo, in cui s'impone alla capogruppo la salvaguardia delle finalità mutualistiche, in particolare promuovendo modelli di *business* coerenti con la mutualità prevalente e assetti di governo adeguati alle dimensioni dell'impresa, fondati su una diversificazione delle competenze e sulla *performance* dei singoli membri degli organi di amministrazione e controllo.

Entro la stessa ottica visuale va collocato il gradimento sui candidati agli organi sociali delle b.c.c., espresso dalla s.p.a. madre in via fisiologica, ossia allorquando non sia necessario far uso degli strumenti di *ingerenza diretta* di cui alla lettera b dell'art. 37-*bis*, co. 3, t.u.b. e sia, pertanto, possibile rispettare la tradizionale competenza dei soci, che, come affermano le disposizioni di vigilanza, rappresenta la «norma».

Per un verso, infatti, la fattispecie del gradimento sembra distinguersi da quelle dei poteri d'ingerenza diretta, poiché il primo non è volto a sostituire la volontà dei soci, innestandosi in un momento della procedura elettorale collocato tra la presentazione delle candidature e la delibera di nomina o di sostituzione ¹¹⁸ dei membri degli organi di amministrazione e controllo.

Prova di ciò è data dalla circostanza che il gradimento espresso a favore della maggioranza dei candidati agli organi sociali non assicura automaticamente che l'assemblea nomini i soggetti proposti o che, quantomeno, costituisca gli organi rispettando le preferenze date dalla capogruppo, essendo in definitiva la stessa libera di esprimere la propria competenza.

¹¹⁷ In sintesi, le disposizioni di vigilanza sembrano riconoscere alla capogruppo la possibilità di semplificare *ex post* la stessa procedura di consultazione, nonché gli altri profili della procedura elettorale già precisati nei regolamenti che la capogruppo definisce *ex ante*.

¹¹⁸ Secondo le disposizioni di vigilanza «[l]a consultazione della capogruppo deve essere prevista sia in caso di rinnovo totale degli organi sia in caso di rinnovo parziale e, ove ammessa, anche nel caso dell'integrazione per cooptazione».

Di certo, si potrebbe ravvisare una compressione indiretta delle prerogative assembleari laddove si ritenga che il gradimento vada a limitare la possibilità di tutti soci di concorrere nella presentazione dei nominativi o di scegliere candidati diversi da quelli proposti, colpendo *mediatamente* la loro libertà di voto ¹¹⁹.

Tuttavia, la replica a questa obiezione si fonda sul fatto che già da tempo l'ordinamento riconosce all'autonomia statutaria la possibilità di configurare un sistema elettorale basato su liste – tra cui una, di regola, proveniente dall'organo amministrativo – *bloccate* sia per quanto riguarda le soglie minime di capitale richieste per la loro presentazione sia sul piano dell'impossibilità di votare soggetti diversi da quelli indicati nelle stesse; è interessante, poi, notare come di tale opzione le società cooperative nei fatti si siano avvalse, spesso volte per arginare i noti problemi di azione collettiva e di autoperpetuazione dei consigli di amministrazione.

La funzione del gradimento prescritto dalle disposizioni prudenziali è, pertanto, non tanto quella di ridimensionare la competenza assembleare in materia di nomina degli organi sociali quanto, quella di introdurre in sede di selezione dei candidati alle cariche amministrative e di controllo un requisito di eleggibilità *ad hoc*.

Requisito che risulta calibrato, da un lato, sui complessivi assetti organizzativi del gruppo, sull'efficacia dell'attività di direzione e coordinamento nonché sulla sana e prudente gestione (e sulla *performance*) delle banche affiliate nel rispetto del loro scopo mutualistico e il cui accertamento è rimesso, dall'altro lato, alla capogruppo; ciò in considerazione di esigenze di fluidità nello svolgimento delle funzioni di vigilanza, stante l'obbligo della società azionaria di «verificare, in modo efficiente e tempestivo, il rispetto da parte delle banche affiliate delle disposizioni in materia di requisiti e criteri degli esponenti aziendali delle stesse banche stabiliti ai sensi dell'art. 26 del TUB» ¹²⁰.

Conseguentemente, l'interpretazione della normativa in tale sede proposta porta riconsiderare la tesi secondo cui il gradimento della capogruppo avrebbe un valore di mero *parere obbligatorio non vincolante* ¹²¹, esprimendo una fase del procedimento assembleare che va, a pena di validità della delibera, necessariamente attivata, ma il cui esito non incide sui contenuti della volontà dei soci e, dunque, sugli effetti legali a questa connessi.

Se è vero, infatti, che il gradimento non si sostituisce alla delibera assembleare, è altrettanto vero che i soci delle b.c.c possono formare solo organi di amministrazione e controllo la cui maggioranza abbia ricevuto il *placet* della capogruppo, posto che alla stessa è rimessa la verifica sull'esito delle elezioni al fine dell'eventuale esercizio successivo dei poteri extra-assembleari diretti di nomina, opposizione alla nomina e revoca.

Dubito che l'inosservanza del requisito del gradimento della maggioranza delle cariche sociali si ripercuota sulla validità della delibera, visto che la Banca d'Italia concepisce il rispetto dello stesso come una questione oggetto di discrezionalità della capogruppo nonché, di conseguenza, di «responsabilità per il corretto esercizio dei

¹¹⁹ Così il Trib. Rimini (cap. I, nt. 159).

¹²⁰ A conferma di quanto esposto fin qui nel testo, le disposizioni aggiungono che la capogruppo «sollecita, se necessario, la decadenza, la sostituzione o l'adozione di misure idonee a colmare eventuali lacune dei componenti che non rispettano i requisiti e i criteri previsti da disposizioni di legge o regolamentari o da provvedimenti dall'autorità di vigilanza; in caso di inerzia degli organi aziendali competenti, esercita i poteri attribuiti dal contratto di coesione alla capogruppo in materia di nomina e revoca degli organi delle banche affiliate».

¹²¹ Cfr. SANTAGATA, «Coesione» e autonomia (cap. I, nt. 43), 24, che finisce col «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 sindacare 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» [corsivo aggiunto].

propri poteri», cui si affianca la responsabilità di chi è tenuto a dare esecuzione a quanto deciso dai soci.

Ciò, *da un lato*, non implica che il gradimento non sia vincolante, ma che il vincolo riguardi in prima battuta l'agire della capogruppo, per poi riflettersi in via indiretta sull'assemblea, la cui volontà potrà essere sostituita solo in un secondo ed eventuale momento in virtù dell'esercizio dei poteri d'ingerenza diretta che oltrepassano, per espressa deroga di legge, la riserva di competenza dei soci (e il principio di unitarietà dell'organo assembleare)¹²²; *dall'altro*, non esclude che l'assemblea debba essere messa al corrente dell'eventuale cambiamento della composizione interna agli organi sociali per effetto delle prerogative extra-assembleari della capogruppo, di modo da permettere ai soci di individuare chiaramente i membri, tra amministratori e sindaci, *diretta espressione* della capogruppo, ai fini di un'eventuale azione di responsabilità ex art. 2497 c.c.

Nonostante le riscontrate differenze tra il gradimento, legato a una procedura di consultazione del cui corretto svolgimento gli organi amministrativi e di controllo della capogruppo (e delle b.c.c.) sono i diretti responsabili¹²³, e i poteri di nomina, opposizione alla nomina e revoca idonei a sostituirsi alle delibere assembleari eliminandone gli effetti, è bene notare come entrambe le prerogative abbiano *natura extra-assembleare* e, soprattutto, *sociale*.

La conclusione, se non può trarsi esplicitamente dal testo unico bancario, risulta avvalorata dalla disposizioni di vigilanza nella parte in cui raccomandano di individuare «[i] casi e le modalità di esercizio dei poteri della capogruppo di nomina e revoca degli organi delle banche affiliate [...] nel contratto di coesione (e *negli statuti delle banche* [...])», con ciò conferendo ai poteri in esame il valore *reale* dell'opponibilità che contraddistingue tradizionalmente l'autonomia statutaria una volta che questa sia stata correttamente pubblicizzata secondo le norme di legge.

Il dato non deve stupire laddove si consideri che, come affermato all'inizio del presente paragrafo, sul piano tipologico l'appartenenza delle b.c.c. al gruppo bancario cooperativo costituisce elemento indefettibile della fattispecie; poiché, in fondo, le forme di intervento nella gestione di tali banche di cui la capogruppo s.p.a. può disporre, costituiscono una prima forma giuridicizzata di quella che alcuni autori hanno recentemente qualificato come *partecipazione esterna all'attività sociale*¹²⁴, il cui riconoscimento era stato già promosso alcuni anni fa da un'attenta dottrina proprio ai fini della regolazione dei rapporti tra banche di credito cooperativo e fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo¹²⁵.

In tal senso, la capogruppo s.p.a. è un soggetto *formalmente estraneo alla società bancaria cooperativa* seppur, al tempo stesso, *sostanzialmente partecipante all'attività della complessiva impresa bancaria mutualistica*, soprattutto nell'istante in cui si consideri che ci si trova di fronte a una partecipazione non meramente di tipo organizzativo-amministrativa ma, in prima battuta, finanziaria, stante la previsione del meccanismo di

¹²² Si rinvia ai riferimenti di cui al cap. I, nt. 160.

¹²³ Potrebbe, in tal senso, pensarsi a un caso in cui non sia stato rispettato il requisito del gradimento della maggioranza dei soggetti eletti all'interno degli organi sociali delle b.c.c. e in cui la capogruppo non si attivi per l'esercizio dei poteri extra-assembleari, rimanendo inerte.

Orbene, qualora si riesca a dimostrare che l'inerzia della capogruppo abbia causato un danno alla gestione dell'attività delle b.c.c. (es. per mancato esercizio del potere di revoca di un amministratore poi rivelatosi incapace), non solo potrà configurarsi la responsabilità della prima sia ai sensi della normativa sulla vigilanza sia ai sensi della normativa di diritto societario comune, bensì potrà intervenire l'autorità di vigilanza ai sensi, per esempio, dell'art. 53-*bis* t.u.b., esercitando le prerogative che di fatto sono riconosciute in via primaria alla s.p.a. madre.

¹²⁴ Cfr. PALMIERI, *La partecipazione esterna alle società di capitali*, Milano, 2015, *passim*; cfr. inoltre il datato ma interessante contributo di FERRI, *L'ingerenza dei non soci negli affari della società*, in *Ann. dir. com. e studi legisl.*, 1933, ora in *Scritti Giuridici*, vol. III/2, Napoli, 1990, 771 ss.

¹²⁵ Ci si riferisce a LAMANDINI, *Governance dell'impresa bancaria: un (piccolo) interrogativo sulle prospettive evolutive*, in *Il Governo delle Banche* (cap. I, nt. 99), 107 ss.

garanzia-incrociata cui l'esercizio del potere/dovere di direzione e coordinamento va necessariamente correlato ¹²⁶.

Concludendo, anche in relazione a tale profilo il gruppo bancario cooperativo costituisce un gruppo paritetico di diritto speciale, se non di diritto singolare.

In particolare, il *quid pluris* del gruppo bancario cooperativo *non va tanto* individuato *nel contenuto* dei poteri vantati dalla capogruppo in sede di elezione delle cariche sociali all'interno delle banche di credito cooperative affiliate, quanto *nell'effetto* che da essi scaturisce.

In tal senso, il legislatore (cfr. artt. 35 e 37-*bis* t.u.b. e le NDVB, Pt. IV, Cap. V, Sez. IV, punto 2) impone la previsione di tali poteri nello statuto delle controllate del g.b.c., con ciò conferendo portata *reale* a clausole che, di regola, avrebbero rilievo *parasociale* (o, comunque, *obbligatorio*) ¹²⁷; inoltre, solo nel g.b.c. la violazione dei poteri comporta l'attivazione delle procedure amministrative di *allerta/risanamento* ad opera dell'autorità di vigilanza creditizia.

Sul piano dell'autonomia privata, la previsione di simili poteri d'ingerenza, al netto delle ragioni di specialità che sorreggono la riforma in esame, potrebbe essere contenuta nei contratti di direzione e coordinamento di cooperative, aventi a oggetto specifico il governo della liquidità del gruppo nel rispetto della mutualità dei singoli aderenti ¹²⁸: in tal modo, l'esercizio dei poteri sarebbe, da un lato, limitato alle operazioni di assistenza finanziaria a favore delle società (similmente a quanto accade nei *covenants*) e, dall'altro lato, foriero di effetti meramente *obbligatori* (eventualmente affiancati a quelli derivanti dal possesso di strumenti finanziari ex art. 2526 c.c.), i quali si risolvono nella revoca dei finanziamenti effettuati e delle garanzie promesse nell'esercizio di attività di direzione e coordinamento, elemento che può incidere *e* sulla sopravvivenza delle cooperative (art. 2359, n. 3, c.c.) *e* sulle fasi strategiche dell'impresa mutualistica (artt. 2497-*septies* e 2545-*septies* c.c.).

¹²⁶ Si contraddice, pertanto, SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 209, laddove afferma, da un lato, che nel gruppo bancario cooperativo «si assiste a una abdicazione, significativa e coatta, da parte dei soci delle BCC delle principali prerogative azionarie ad essi fisiologicamente spettanti [...] in favore di una *holding* che, salvo ipotesi particolari, non partecipa al capitale delle singole società affiliate, pur essendo titolare di poteri di influenza e di intervento diretti e così pregnanti che, nella normalità dei casi, dovrebbero costituire prerogativa delle autorità pubbliche» e, dall'altro lato [167], ravvisa nel g.b.c. un così accentuato grado di solidità finanziaria a tal punto da far dubitare l'interprete di trovarsi di fronte a una fattispecie di gruppo in senso stretto; diversamente, a mio avviso, così come la garanzia non opera automaticamente, essendo necessario l'inadempimento del debitore principale e la presenza di condizioni di equilibrio finanziario ex art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b., allo stesso modo i poteri extrassembleari di *voce* potranno essere esercitati dalla capogruppo solo qualora l'organo assembleare di ogni singola b.c.c. non sia riuscito a configurare un sistema di amministrazione e controllo efficace nella prospettiva dell'attività di gruppo; il che risulta evocativo di un diverso (ma pur sempre ragionevole) modo di intendere il principio di correlazione tra rischio e potere.

¹²⁷ Per un'analisi sulla distinzione tra clausole statutarie e clausole parasociali cfr. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)* in *Riv. soc.*, 1991, I, 596 ss.; Nella cooperativa, oggi, potrebbero risultare leciti patti parasociali di gestione volti a conferire in maniera stabile a un certo numero di aderenti la nomina di un terzo dei membri degli organi di amministrazione e controllo.

¹²⁸ Per la precisione, il potere riconosciuto dal contratto alla capogruppo cooperativa (art. 2545-*septies* c.c.) o lucrativa (art. 2497-*septies* c.c.) dovrebbe esercitarsi nel rispetto delle *esigenze finanziarie connesse all'esercizio dell'impresa mutualistica* proprie delle singole società aderenti, pena l'attivazione dei rimedi obbligatori della responsabilità (eventualmente *sub specie* di clausole *penali* o meccanismi volti a predeterminare le condizioni per quantificare i danni e ad individuare gli strumenti di compensazione) e del recesso.

9. *Sintesi delle conclusioni raggiunte sulla natura del gruppo bancario cooperativo quale gruppo “paritetico” di diritto “singolare” e riflessi sul diritto comune dei gruppi contrattuali. Problemi aperti in materia di mutualità e di vigilanza sul gruppo bancario cooperativo.*

È giunto il momento di pervenire alle conclusioni della presente indagine volta a identificare la natura del gruppo bancario cooperativo e i riflessi di questa nuova fattispecie sul diritto “comune” dei gruppi di società.

Partendo da quest’ultimo, di modo da riunire le fila dei ragionamenti mossi nel secondo e nel terzo capitolo, si ritiene in definitiva che:

(i) L’ordinamento italiano riconosce la possibilità di fondare l’attività di gruppo su un contratto di «direzione e coordinamento» che affidi la conduzione dell’aggregazione imprenditoriale a una società lucrativa (art. 2497-*septies* c.c.) o a una società cooperativa (art. 2545-*septies* c.c.) (o, eventualmente, a più società aderenti al patto).

(ii) Diversamente da quanto stabilito nell’ordinamento tedesco, che distingue tra contratti di *dominio “forte”* e contratti di *gruppo paritetico “in senso stretto”*¹²⁹, la fattispecie tipologica di diritto nazionale del “contratto di coordinamento” – al pari di quella relativa in generale all’attività di gruppo (art. 2497 c.c.) – ha carattere *trans tipico*, essendo i precetti contemplati dalla disciplina dei gruppi contrattuali adattabili alle (tra loro alternative) forme che in concreto l’aggregazione venga ad assumere, sia essa strutturata secondo il modello della direzione solitaria o della direzione congiunta (*id est* imputando il potere di direzione strategica a una o ad alcune delle entità componenti il gruppo) o, ancora, della direzione concertata (*id est* imputando il comando indistintamente a tutte le società affiliate).

(iii) Qualora il contratto fondi una direzione solitaria o congiunta, è ragionevole ritenere che dallo stesso derivino i rischi d’ingerenza nella gestione che la disciplina del controllo (artt. 2359-*bis* ss. c.c.) mira a scongiurare, disciplina che andrebbe pertanto applicata nel caso in cui il comando sia assunto da una s.p.a., salvo deroghe espresse (cfr. art. 37-*bis*, co. 6, t.u.b.), soprattutto quando il potere negoziale concerna la liquidità del e nel gruppo (art. 2359, n. 3, c.c.).

(iv) Qualora il gruppo contrattuale sia qualificato dalle parti come gruppo «cooperativo» o «paritetico», l’autonomia privata, a stretto rigore letterale, non potrebbe spingersi sino a prevedere l’affidamento del potere di direzione unitaria a società diverse da quelle cooperative (art. 2545-*septies*, co. 1, n. 2, c.c.), salva l’eventuale costituzione di una società cd. di *direzione* con scopo consortile, strumento idoneo a consentire alla (o alle) cooperativa (o cooperative) capogruppo una più efficiente canalizzazione del potere verso le società eterodirette; in questo caso il potere sarà già affidato per *contratto* (e per *statuto*) a una o più cooperative (art. 2497, co. 1, c.c.), che dovranno detenere il controllo sulla s.p.a. (artt. 2359, nn. 1, 2 e 3, nonché 2497, co. 2, c.c.), pur non impedendo ciò di qualificare il gruppo come gruppo “senza controllo (sulle cooperative)”, stanti le barriere frapposte dall’ordinamento alle catene di controllo fondate in parte sul possesso azionario in parte sui particolari rapporti contrattuali (arg. ex art. 2359, co. 2, c.c.).

(v) Qualora, tuttavia, si ritenga che l’art. 2545-*septies* c.c. si focalizzi non tanto sull’ente posto al comando del gruppo, bensì sulla tutela della cooperativa eterogestita, in fondo riconoscendo nell’ambito della cooperazione gli stessi principi già affermati dal

¹²⁹ Considerato anche che una parte della dottrina tedesca, come confermato da alcuni autori italiani (cfr. la nota 165), ammettono che un gruppo cooperativo possa essere diretto da una società lucrativa con scopo consortile in virtù di un contratto *ibrido*, a cavallo tra il contratto di dominio fondativo dei gruppi di diritto gerarchici e – stante la necessaria salvaguardia dello scopo mutualistico delle singole cooperative affiliate, anche in punto di compensazione dei pregiudizi arrecati ai soci cooperatori – i gruppi paritetici cooperativi “a direzione concertata”.

legislatore con riguardo alla generalità dei gruppi – seppur calibrati non già alla massimizzazione dell’investimento finanziario nella società, bensì al conseguimento del vantaggio mutualistico in occasione del perfezionamento degli scambi tra società e cooperatori – non risulterebbe irragionevole reputare legittimo e meritevole di tutela un contratto fondante la direzione unitaria (e il controllo ex artt. 2359 ss. c.c.) di una società lucrativa su una o più società cooperative¹³⁰, sia nel caso in cui la s.p.a. sia *totalmente indipendente* dalle cooperative sia nella diversa ipotesi in cui sia *partecipata (ma non controllata)* da queste ultime (in sede di costituzione o in un momento successivo)¹³¹.

(v) Tali conclusioni di rilievo generale sembrano confermate dal recente istituto del gruppo bancario cooperativo, in cui i profili di *specialità* (rispetto al gruppo cooperativo paritetico di cui all’art. 2545-*septies* c.c.) vanno ravvisati nella *permanente* imputazione del potere a una società per azioni – caratterizzata da un oggetto sociale *legale* sensibile alla mutualità propria delle banche di credito cooperativo che compongono il gruppo oltretutto alle esigenze di sana e prudente gestione e di stabilità poste dalla normativa degli enti creditizi – e nella tendenziale irrilevanza, ai fini della qualificazione della fattispecie come distinta dalla disciplina¹³², delle vicende che *in concreto* riguardano i rapporti di forza tra le b.c.c. partecipanti al capitale della capogruppo e quest’ultima¹³³.

(vi) Al tempo stesso l’insensibilità della struttura del g.b.c. alla disciplina dei rapporti tra società controllante e società controllate, è compensata da un meccanismo idoneo a garantire un elevato livello di solidarietà patrimoniale e finanziaria tra gli aderenti al gruppo e a fornire tutele alternative a quelle proprie del capitale sociale e al rimedio della postergazione dei finanziamenti (cfr. artt. 2497-*quinquies* c.c. e 69-*septiesdecies* t.u.b.), del cui corretto funzionamento, conforme ai principi di cui agli artt. 2497 c.c. e 69-*quinquiesdecies* t.u.b., è responsabile la capogruppo¹³⁴.

¹³⁰ Si è tentato, così, di dimostrare la validità della tesi Tombari e Zoppini già citati alla nota del cap. I. In particolare ZOPPINI, *I gruppi cooperativi* (nt. 2), 774, che, guardando esclusivamente alla disciplina nazionale dei gruppi, ritiene avere poco senso «distinguere tra gruppo paritetico e contratto di dominazione (forte o debole), atteso che una differenza delle fattispecie si giustificerebbe solo ove potesse sostenersi che effettivamente sussiste una diversità nella disciplina applicabile. Intendo con ciò dire che, quale che sia il contenuto del contratto (paritetico in senso stretto o più propriamente di “dominazione”), necessariamente l’esercizio dei poteri che esso attribuisce deve conciliarsi con il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, con la tutela dei soci c.d. “esterni” al gruppo di controllo nonché dei creditori delle società controllate

¹³¹ Tenuto anche conto, si ripete, che il controllo *contrattuale* sul gruppo cooperativo non può essere ricondotto ad alcuna delle cooperative se all’interno della s.p.a. vige un rigido meccanismo di *concertazione* (arg. ex art. 2359, co. 2, c.c.). In questo caso sarebbe opportuno applicare alla s.p.a. gli artt. 2359-*bis* ss. c.c., non essendoci ragioni legittime per poter differenziare la disciplina del possesso indiretto di azioni proprie sulla base della natura (*lucrativa, cooperativa, eterogenea*) dei gruppi di società; si rinvia al cap. II.

¹³² Nel senso che la norma che prescrive la partecipazione maggioritaria delle b.c.c. al capitale della capogruppo è elemento di disciplina – che, del resto, può nei fatti essere influenzato da numerosi fattori illustrati al par. 4 – non idoneo a identificare nel gruppo bancario cooperativo una *species* di gruppo paritetico o, per meglio dire, di gruppo cooperativo; si veda altresì la nota successiva.

¹³³ A conferma di quanto espresso nel testo si prestano le NDVB *in consultazione* sulle b.c.c., in cui si vieta in modo assoluto (Sez. III, punto 4) che la capogruppo possa subire l’influenza dominante di una, alcune o tutte le b.c.c.; se le disposizioni venissero confermate, le conseguenze sarebbero quelle indicate nel par. 4 ossia: le b.c.c. non potrebbero tra loro concertare la direzione della capogruppo e così controllare la stessa con la maggioranza del capitale; le disposizioni in alcun modo pongono un divieto per i titolari della restante parte del capitale della s.p.a., per cui questi ultimi, forse, potrebbero detenere il controllo, specialmente nell’ipotesi di cui all’art. 37-*bis*, co. 7, lett. b, t.u.b.; sarebbe, pertanto, più ragionevole aspettarsi che la gestione della capogruppo venga concertata tra i soci portatori di interessi lucrativi e le banche di credito cooperativo, le quali faranno a gara tra loro per poter designare una parte dei membri dell’organo di supervisione strategica della s.p.a.

¹³⁴ Non si vuole, tuttavia, sostenere che il meccanismo di garanzia incrociata non sia replicabile in sede di autonomia negozia “comune” (cfr. i parr. 6 e 7 del presente capitolo); più semplicemente, una tale garanzia non dovrebbe escludere, in presenza di rapporti di controllo, l’applicazione degli artt. 2359-*bis* ss.

(viii) In ragione di tali caratteristiche può spiegarsi l'intensità dei poteri della capogruppo d'intervento *sia* sulle condizioni di stabilità patrimoniale e finanziaria delle b.c.c. e, direttamente o indirettamente, sul perseguimento dello scopo mutualistico, aree che possono nel concreto interferire tra loro e che, pertanto, esigono il contestuale rispetto dei principi di proporzionalità alla rischiosità delle banche aderenti, di sana e prudente gestione, di stabilità del gruppo, di corretto finanziamento e dell'equa distribuzione dei costi e dei vantaggi derivanti dall'attività comune, tutti quanti espressivi del più generale canone di corretta gestione imprenditoriale e societaria operante nel settore creditizio.

(ix) Pur aderendo alle opinioni critiche espresse dalla dottrina¹³⁵ in merito agli eccessivi sbarramenti al perseguimento in piena autonomia dello scopo mutualistico da parte delle banche di credito cooperativo, derivanti dall'*obbligatorietà* dell'adesione al gruppo e al meccanismo della garanzia incrociata, dalla *negazione* del recesso al socio cooperatore al momento dell'entrata nell'organizzazione di gruppo e dalle *sostanziali difficoltà di uscita dal gruppo medio tempore* – sia per le b.c.c., stante il perdurare della garanzia per dieci anni dal recesso e/o dall'esclusione del g.b.c., sia per il socio di b.c.c. stanti i recenti limiti al rimborso di cui all'art. 28 t.u.b. – si ritiene di giustificare tali soluzioni in ragione della discrezionalità del legislatore.

Da un lato, tale scelta risulta sicuramente più gradita rispetto alla discrezionalità che avrebbe potuto esercitare l'autorità di vigilanza, i cui poteri di intervento sulla struttura organizzativa, finanziaria e, soprattutto, sulla forma (*id est* sul tipo sociale) delle banche sono stati notevolmente ampliati a seguito delle recenti discipline sulla crisi e risoluzione degli enti creditizi, costituendo, in questo senso, la riforma delle b.c.c. una misura in senso lato di *early intervention*¹³⁶.

Dall'altro lato, l'obbligatorietà dell'adesione al gruppo bancario cooperativo ai fini del mantenimento della licenza bancaria, non solo richiama la regola di diritto societario comune sintetizzabile nella formula “ricapitalizza o trasformati o liquida” (art. 2447 c.c.) – che nello specifico contesto di riferimento può tradursi nella formula alternativa “aderisci al gruppo e alla garanzia solidale o trasformati o liquida” – ma, soprattutto, evoca per la prima volta l'idea della banca di credito cooperativo quale nuovo tipo societario di diritto *singolare*, caratterizzato dalla partecipazione di alcuni “investitori” *esterna* all'organizzazione sociale e al tempo stesso *interna* all'attività imprenditoriale, fondata su un rinnovato principio di correlazione tra rischio (di escussione della garanzia) e potere (d'ingerenza, appunto, extrasociale nella struttura delle singole b.c.c.).

Ciò non significa, tuttavia, che l'autonomia privata non possa predisporre schemi assimilabili a quello del g.b.c., ma, più semplicemente, che la creazione di una tale struttura di potere non potrà mai prescindere dalla volontà dei soci delle società contrattate di aderire o meno all'iniziativa (arg. ex art. 69-*quaterdecies* t.u.b.), anche in prospettiva di eventuali “fughe” dall'impresa (artt. 2437, lett. a e g, e 2497-*quater*, lett. c., c.c.).

c.c.; quanto all'art. 2497-*quinqüies* c.c. potrebbero, in assenza di controllo partecipativo, non sussistere i presupposti di applicazione della norma, stante l'incapacità del controllante di incidere sul rapporto capitale sociale/netto/passivo reale della società controllata e, dunque, sul principio di ragionevole conferimento; questo non esclude, del resto, la vigenza di un principio di corretto finanziamento la cui portata travalica l'ambito del capitale di rischio; cfr. la dottrina citata alla nota 107 del cap. II.

¹³⁵ Cfr., *ex multis*, SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione* (cap. I, nt. 42), 186 ss., 228 ss.; SANTAGATA, “Coesione” e autonomia (cap. I, nt. 43), 43 ss.; CAPRIGLIONE, *Per un'ipotesi di gruppi alternativi. La problematica del recesso nella legge di riforma delle BCC* in www.diritto bancario.it.

¹³⁶ Invero al legislatore è consentito, nel rispetto dei limiti posti dalla Costituzione (art. 41, co. 1 e co. 2, Cost.), di disporre interventi di natura macroprudenziale nel settore economico e finanziario, possibilità che, invece, in un contesto di liberalizzazione del mercato creditizio, dovrebbe essere all'autorità di vigilanza tendenzialmente negata; si vedano, tuttavia, i nuovi poteri riconosciuti alla Banca d'Italia ai sensi degli artt. 53-*bis*, 67-*ter* 69-*sexies*, 69-*terdecies*, 69-*sexiesdecies*, 69-*octiesdecies*, 69-*noviesdecies* t.u.b.

A questo punto, gli ulteriori ambiti d'indagine che occorrerebbe analizzare, quantomeno nel tentativo di dischiudere, seppur in via preliminare e approssimativa¹³⁷, possibili soluzioni interpretative riguardanti la recente disciplina del g.b.c., sono rispettivamente quello della (i) mutualità di gruppo e quello della (ii) vigilanza cooperativa sul gruppo.

Con riguardo al *primo aspetto* (i), secondo l'opinione comune¹³⁸ può configurarsi la mutualità di gruppo in tutte quelle ipotesi in cui lo scopo mutualistico non è direttamente realizzato in ragione degli scambi condotti tra la cooperativa e i suoi soci ma “*attraverso la cooperativa*” ossia sfruttando le relazioni che quest'ultima intrattiene con le altre società del gruppo.

Gli esiti applicativi di questa particolare concezione della mutualità sono duplici¹³⁹: (i) da un lato, la cooperativa potrebbe perseguire il proprio oggetto sociale facendo in modo che gli scambi mutualistici si realizzino tra i soci e altre società del gruppo, solitamente controllate dalla prima nell'ambito di un gruppo *gerarchico* in senso stretto (*mutualità “di” gruppo*); (ii) dall'altro lato, lo svolgimento dell'oggetto sociale potrebbe tener conto dell'appartenenza della società cooperativa al gruppo e, dunque, del compimento di operazioni infragruppo funzionali alla stabilità dell'aggregazione seppur idonee a sottrarre risorse da destinare *altrimenti* ai soci – specialmente nel caso delle cooperative di credito – ai fini del conseguimento del vantaggio mutualistico (*mutualità “nel” gruppo*).

Orbene, una parte della dottrina¹⁴⁰, facendo leva, per un verso, sulla natura *lato sensu* consortile della s.p.a. capogruppo, come tale tenuta a *servire* (finanziariamente) le b.c.c. nel tentativo di rendere le stesse più solide a capaci di realizzare i loro *target* individuali, e, per altro verso, sull'assenza di un'espressa previsione in materia di interesse comune di gruppo e di mutualità di gruppo all'interno degli artt. 37-*bis* ss. t.u.b., nega la configurabilità di quest'ultima nell'ambito del gruppo bancario cooperativo.

Tuttavia, non sarebbe fuor di luogo reconsiderare tali conclusioni alla luce di alcune osservazioni.

In primo luogo, non è esattamente corretto affermare che la riforma delle banche di credito cooperativo si riveli completamente muta in ordine alla disciplina della mutualità di gruppo.

Invero, se nessun accenno a questo tipo di mutualità può ravvisarsi in materia di gruppo bancario cooperativo ex art. 37-*bis* t.u.b., alla stessa conclusione non può pervenirsi nel momento in cui si vada ad analizzare la disciplina della cd. *way-out*, che pure prescrive – specularmente a quanto avviene per il g.b.c. – un modello alternativo (*gerarchico tout court*) di gruppo bancario cooperativo.

In tal senso, l'art. 2 della l. n. 49/2016, di conversione del D.l. n. 18/2016, individua – tra le soluzioni alternative all'obbligatoria adesione al g.b.c. prescritta per il mantenimento della licenza di banca di credito cooperativo – non solo la liquidazione o la trasformazione in società per azioni ex art. 36 t.u.b., ma, soprattutto, il *conferimento*

¹³⁷ Il dichiarato intento di manenere le conclusioni di cui appresso nel testo come provvisorie deriva dalla circostanza che, in prossimità della chiusura del presente lavoro di ricerca, sono state pubblicate delle nuove disposizioni di vigilanza dedicate alle banche di credito cooperativo, volte a precisare in dettaglio le norme di cui agli artt. 33-37 t.u.b. coerentemente con il nuovo istituto del gruppo bancario cooperativo. Il documento sarà, tuttavia, oggetto di consultazione fino al 10 novembre 2017, per cui le proposte interpretative fornite nella tesi si rivelano, al momento, precarie, seppur valide qualora il testo della versione definitiva delle NDVB rimanesse invariato rispetto a quello attuale.

¹³⁸ Si rinvia ancora a ZOPPINI, *I gruppi cooperativi* (nt. 2), 776 ss.

¹³⁹ Per considerazioni simili, oltre a ZOPPINI, *I gruppi cooperativi* (nt. 2), 779, si veda MARANO, *La vigilanza sui gruppi cooperativi tra interessi pubblici e di «sistema»* in AGE, II, 2008, 321 ss., partic. 328 ss.

¹⁴⁰ Così SANTAGATA, “*Coesione*” e *autonomia* (cap. I, nt. 43), 28 ss.

dell'azienda bancaria da parte di una (o più) b.c.c., già dotata di un patrimonio netto superiore a duecento milioni di euro al 31 dicembre 2015, a una società per azioni.

L'operazione di "scorporo", da un lato, presenta il vantaggio di sottrarre i valori conferiti al vincolo di indivisibilità delle riserve e di devoluzione ai fondi mutualistici, con evidente pregiudizio per la mutualità intergenerazionale o di sistema; dall'altro lato, sconta un'imposta indiretta di ammontare elevato, pari al 20 % del valore del patrimonio netto al 31 dicembre 2015.

Quel che più interessa rilevare, ai fini del presente discorso, è il contenuto del disposto di cui al comma 3-*quater* del richiamato art. 2: la novella, infatti, stabilisce che successivamente al conferimento, «la banca di credito cooperativo conferente, che mantiene le riserve indivisibili al netto del versamento di cui al comma 3-*ter*, modifica l'oggetto sociale per escludere l'esercizio dell'attività bancaria e *si obbliga a mantenere le clausole mutualistiche* di cui all'articolo 2514 del codice civile, *nonché ad assicurare ai soci servizi funzionali al mantenimento del rapporto con la società per azioni conferitaria, di formazione informazione sui temi del risparmio e di promozione di programmi di assistenza*» [enfasi aggiunta].

Pertanto, può ben sostenersi che la riforma delle b.c.c. abbia realizzato una vera e propria rivoluzione copernicana non solamente per aver legittimato un gruppo cooperativo caratterizzato da una s.p.a. posta al comando (anche partecipativo ex art. 150-*ter* t.u.b.) di più banche cooperative, ma anche per aver introdotto un tipo alternativo di gruppo bancario cooperativo espressamente fondato sul controllo azionario di una cooperativa a mutualità prevalente su una banca lucrativa e sulla mutualità di gruppo, ossia sul rispetto del requisito di prevalenza per il tramite degli scambi occasionati tra soci cooperatori e s.p.a. controllata¹⁴¹.

In secondo luogo, è stato già messo in evidenza¹⁴² come uno dei doveri *legali* della s.p.a. capogruppo del g.b.c., per espressa previsione delle disposizioni di vigilanza attuative dell'art. 37-*bis* t.u.b., sia quello di «riconoscere e salvaguardare le finalità mutualistiche delle banche di credito cooperativo, sostenendone le capacità di *sviluppare lo scambio mutualistico con i soci*». [enfasi aggiunta].

Il dato di diritto positivo si presta, a mio avviso, a una duplice interpretazione.

Qualora s'intenda quest'ultimo alla luce di quanto stabilito dalle istruzioni di vigilanza relative all'operatività delle b.c.c., che includono ai fini dell'osservanza delle condizioni di prevalenza di cui all'art. 35 t.u.b. anche le operazioni di gruppo in qualità di operazioni "a ponderazione zero", può ritenersi realizzata quantomeno una mutualità nel gruppo bancario cooperativo laddove il perseguimento dello scopo mutualistico dovrà necessariamente tener conto dei finanziamenti effettuati a favore delle banche affiliate al contratto di coesione.

Si pensi, ad esempio, a una b.c.c. che, nell'arco di un esercizio sociale, eroghi almeno il 50,1% del credito a favore di una b.c.c. sorella, la quale, in tal modo sovvenzionata, potrà a sua volta erogare il credito ai propri soci o ad altre società del g.b.c., così dando luogo a una serie di finanziamenti a catena idonei a consentire a tutte le cooperative del gruppo il rispetto della mutualità prevalente in un contesto in cui sempre più urgenti sono diventate le esigenze di sana e prudente gestione e di stabilità; inoltre, malgrado l'estrema genericità della normativa sul tema, il suddetto meccanismo dei finanziamenti a catena potrebbe ricevere compiuta regolazione nei regolamenti dell'attività mutualistica oltreché negli statuti delle b.c.c. e della s.p.a. e nel contratto di coesione.

¹⁴¹ Che anche quest'ultima rappresenti una fattispecie di gruppo bancario cooperativo è dimostrato dalle recenti disposizioni di vigilanza sulle b.c.c., che estendono la disciplina del recesso di cui all'art. 28, co. 1-*ter*, t.u.b., ai soci della cooperativa a mutualità prevalente controllante la s.p.a. conferitaria dell'azienda bancaria.

¹⁴² Si rinvia al par. 6 del presente capitolo.

Certamente non può nascondersi che questa soluzione dia prevalenza alle esigenze proprie del settore bancario, contribuendo nei fatti a scolorire lo scopo mutualistico tradizionalmente inteso come obbligo di creare occasioni di scambio tra società e soci a condizioni migliori di quelle praticate nel mercato ¹⁴³.

Se quest'ultimo orientamento fosse accolto, sarebbero prospettabili per l'interprete due soluzioni, non alternative tra loro, in grado di garantire un rispetto *sostanziale* della mutualità:

Per un verso, non può essere escluso che il riconoscimento del vantaggio mutualistico trovi spazio non tanto nell'ambito dei rapporti strettamente *sociali*, quanto, come suggerisce un'attenta dottrina ¹⁴⁴, nell'ambito *e* dei rapporti precontrattuali (*sub specie* di obbligo a contrarre a certe condizioni e nel rispetto del principio di parità di trattamento ex art. 2516 c.c.) *e* del rapporto negoziale (*sub specie* di obbligo di assistenza e consulenza, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della vessatorietà delle clausole).

Per altro verso, considerato che le disposizioni di vigilanza fanno salva l'autonomia contrattuale per tutti gli aspetti non disciplinati da finalità prudenziali, non sarebbe fuor di luogo pensare – e, se del caso, di tale compito dovranno farsi promotrici le b.c.c. partecipanti al capitale della s.p.a. al momento della predisposizione della bozza del contratto di coesione da inviare alla Banca d'Italia – di replicare in via *negoziale*, *statutaria* e, eventualmente, *regolamentare* meccanismi di mutualità *di* gruppo simili a quelli riconosciuti dal sopra richiamato art. 2, che, forse, finisce col reputare meritevole di tutela (arg ex artt. 1322 e 2497, co. 3, c.c.) una struttura di gruppo *legale* che l'autonomia privata può prendere a riferimento nell'esercizio della propria libera iniziativa economica.

In aggiunta, la mutualità di gruppo, quando i rapporti tra le società affiliate riguardino la *gestione della finanza nell'ottica del perseguimento dello scopo mutualistico*, va riconosciuta anche nei *meccanismi di recupero* (o *compensazione*) a favore delle società figlie delle somme loro sottratte in precedenza dalla capogruppo: ove tale compensazione mancasse, infatti, si attiverebbe il regime ex art. 2497, co. 1, c.c. ¹⁴⁵ e sulla capogruppo incomberebbe l'onere di ripianare le perdite subite dalle controllate per evitare di essere chiamata in giudizio (co. 3); conseguentemente il contratto potrebbe regolare nel dettaglio i tempi entro cui detta compensazione (o un impegno a ripianare le perdite) si debba verificare, *imponendo alla controllante un regime più severo di quello riconosciuto dall'art. 2497 c.c.*, fondato su clausole generali, suscettibili di ampliare eccessivamente l'ambito del dominio.

¹⁴³ Questa scelta, infatti, sembra esser stata confermata dalla Banca d'Italia in sede di stesura delle NDVB in consultazione sulle b.c.c. (cfr. Sez. III, punto 1).

¹⁴⁴ In particolare si veda lo studio di CAPOBIANCO, *Mutualità e scambio nelle banche di credito cooperativo*, in *Nuove opportunità* (nt. 138), 348 ss., partic. 353 ss., ove affronta i problemi legati all'obbligo di concedere credito, all'obbligo di consulenza e assistenza e alle clausole vessatorie, tutti profili afferenti al contratto di finanziamento che dovrebbero risentire del collegamento tra quest'ultimo e il rapporto sociale, dunque dell'inquadramento della concessione di credito nell'ambito dello svolgimento dello scopo mutualistico. Le tesi dell'autore si fondano su i più generali studi di quella recente dottrina, che ha tentato di valorizzare l'utilizzo di rimedi contrattuali come contrapposti a quelli di diritto societario per garantire l'osservanza dello scopo mutualistico; cfr. in tal senso D'AURIA, *Contributo allo studio dei rapporti di scambio nella società: il caso della cooperativa* in *Riv. dir. comm.*, IV, 2015, 699 ss.

¹⁴⁵ I soci cooperatori avrebbero diritto a essere risarciti per il peggioramento delle condizioni riguardanti il rapporto mutualistico condotto con la cooperativa (arg. ex art. 2545-septies c.c.). Tuttavia, tralasciando le difficoltà insite nella qualificazione del danno al "valore dello scambio mutualistico", non si può ignorare come quel danno sia derivato dall'ammancio di liquidità nella cooperativa controllata per effetto della direzione e coordinamento; ammanco che, a sua volta, può essere parametro di riferimento per la quantificazione del danno laddove si consideri che lo storno di risorse finanziarie ordinato dalla controllante a carico delle cooperative può impedire *nel complesso* il perseguimento dello scopo mutualistico e, nei casi di cui agli artt. 2512-2514 c.c., il rispetto *complessivo* delle condizioni di mutualità prevalente.

Se si ipotizza, infine, una struttura di gruppo “a piramide rovesciata” come quella del gruppo bancario cooperativo, fondata su meccanismi di garanzia ed eventuali incroci partecipativi (artt. 37-*bis*, co. 6, e 150-*ter* t.u.b.), l’esistenza di una mutualità di gruppo è confermata dalla circostanza che la responsabilità della capogruppo o l’attivazione “a catena” del meccanismo di garanzia determinerebbero una perdita in tutte le società del gruppo: da tale rischio, conseguentemente, dovrebbe derivare l’incentivo al “monitoraggio reciproco” che costituisce uno degli elementi costanti delle organizzazioni cooperative ¹⁴⁶.

Con riguardo al secondo aspetto, il silenzio della legge sul tema della vigilanza cooperativa ¹⁴⁷ sul g.b.c. complica la risoluzione del problema, in particolar modo ove si pensi, da un lato, alle possibili elusioni alla disciplina delle riserve indivisibili e della devoluzione ai fondi mutualistici che potrebbero derivare da continui spostamenti di ricchezza tra le varie b.c.c. aderenti al gruppo e, dall’altro lato, alle interferenze sussistenti tra vigilanza bancaria a fini di *stabilità* e vigilanza cooperativa posta a *garanzia dello scopo mutualistico* (quantomeno nella prospettiva della fruizione dei benefici fiscali).

È risaputo, infatti, che, ai sensi degli artt. 18 del D.lgs. n. 220/2002, 3 del Decr. Min., 22 dicembre 2005, 28, co. 2, e 35 t.u.b., che la vigilanza sulle banche di credito cooperativo è ripartita, a differenza di quanto previsto per le banche popolari, tra Banca d’Italia e Ministero delle Attività Produttive (o, ex art. 5 Decr. Min., alle associazioni di categoria).

Dal coordinamento delle disposizioni citate si ricava, inoltre, l’idea di una convivenza non paritaria tra le due funzioni vigilanza.

Invero, pur essendo la vigilanza cooperativa finalizzata «all’accertamento dei requisiti mutualistici [tra cui quelli specificamente concernenti i] rapporti mutualistici e, relativamente a questi ultimi, il funzionamento degli organi sociali» (art. 3, co. 1 e 2, Decr. Min.), a «migliorare la gestione e il livello di democrazia interna, al fine di promuovere la reale partecipazione dei soci alla vita sociale» (art. 4, lett. a, Decr. Min.), «[r]estano [in ogni caso] ferme le competenze *generali* di vigilanza, che spettano *in via esclusiva* alla Banca d’Italia ai sensi del t.u.b.»; per tali ragioni, «[l]a vigilanza cooperativa è esercitata tenendo conto di tali competenze nel rispetto del principio di economicità dell’azione amministrativa e al fine di evitare duplicazioni di adempimenti e di controlli e di contenere gli oneri a carico delle banche di credito cooperativo» [enfasi aggiunta] (art. 3, co. 4, Decr. Min.), assumendo, pertanto, una funzione *ancillare* rispetto alla vigilanza prudenziale.

Ciò posto, pur essendo in astratto agevole distinguere tra controlli sul rispetto dai principi cardine del settore creditizio (cfr. artt. 5 e 61, co. 4, t.u.b.) e controlli sul

¹⁴⁶ Se le perdite a catena per TONELLI, *La riforma* (nt. 2), 135 ss., sono un sintomo della debolezza del regime di responsabilità ex art. 2497 c.c. nell’ambito del g.b.c., nel senso proposto nel testo tali effetti si rivelano la prova dell’esistenza di un meccanismo di *peer monitoring* nel gruppo, similmente a quanto avviene nell’organizzazione delle cooperative. La differenza fondamentale tra i due modelli di controllo reciproco risiede nel fatto che: nel primo caso, il filtro del controllo reciproco avviene nell’ambito degli organi amministrativi delle banche del gruppo, i quali dovranno valutare attentamente il rispetto dei principi di corretto finanziamento ex art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b.; nel secondo caso, il controllo reciproco è tradizionalmente avvenuto all’interno di un organo *irresponsabile*, composto da soggetti tendenzialmente disorganizzati, disinformati e, in conclusione, lontani dalla gestione; profilo da cui, si è visto, è derivata l’inefficienza della struttura cooperativa, specie se nell’ottica del cooperativismo di grandi dimensioni e dell’esigenza di reperire capitali per lo svolgimento dell’attività d’impresa.

¹⁴⁷ Sul quale si vedano, senza pretesa di esaustività, MARANO – DE STASIO, *La vigilanza sulla mutualità delle banche di credito cooperativo* in *Bbt*, I, 2006, 699 ss.; BOCCUZZI, *Il modello delle banche cooperative* (cap. I, nt. 1), 437 ss.; CUSA, *Le banche di credito cooperativo*, in *La società cooperativa* (cap. I, nt. I), 505 ss.; ID, *Il diritto delle banche di credito cooperativo* (cap. I, nt. 1), 6 ss. Con riguardo alla vigilanza sul gruppo cooperativo cfr. COSTI, *La vigilanza sul gruppo cooperativo*, in *I gruppi cooperativi* (cap. I, nt. 26), 51 ss.; MARANO, *La vigilanza sui gruppi cooperativi* (nt. 237), *passim*; BITOSSI – STANGHELLINI, *I contratti di gruppo cooperativo* (nt. 2), 367, alla nota 44.

rispetto dello scopo mutualistico e delle condizioni di prevalenza (artt. 2514 c.c. e 35 t.u.b.), nel concreto, come già più volte illustrato, l'osservanza dei requisiti mutualistici per le banche di credito cooperativo deve tenere conto delle transazioni finanziarie infragruppo, il cui perfezionarsi può essere arrestato dall'intervento della Banca d'Italia (arg. ex artt. 69-*terdecies*, 69-*sexiesdecies*, 69-*octiesdecies*, 69-*noviesdecies* t.u.b.).

Inoltre, sono le stesse disposizioni di vigilanza vigenti a occuparsi dello scopo mutualistico, sconfinando, forse, nelle aree di competenza della vigilanza cooperativa al punto da dar luogo a un eccesso di delega, stante il necessario vincolo posto a carico della capogruppo di farsi promotrice della mutualità delle banche cooperative aderenti al g.b.c., anche, a mio avviso, in assenza di condizioni di instabilità, pena il rischio di commettere gravi irregolarità.

Al quesito inerente al *se* la vigilanza cooperativa debba tener conto dell'adesione della banca di credito cooperativo al gruppo bancario cooperativo non si può certamente fornire, oggi, una risposta certa e definitiva; nondimeno, l'interprete non risulta privo di riferimenti *e* normativi *e* dottrinali da cui attingere spunti per addivenire a una soluzione.

Infatti ¹⁴⁸, la legge regionale del Trentino Alto Adige n. 5/2008, a seguito della modifica apportata dall'art. 1, co. 1, della l.r. n. 14/2016, estende la vigilanza cooperativa non solo ai gruppi ex art. 2545-*septies* c.c., ma, più in generale, a tutti gli «enti capogruppo di gruppi cooperativi», tra cui sicuramente rientrerà la capogruppo del gruppo bancario cooperativo provinciale.

A questo punto, ci si dovrebbe chiedere se la disposizione di cui alla citata legge regionale esprima, in realtà, un precetto a valenza generale – idoneo pertanto a fondare una vigilanza sulle entità (anche lucrative) poste al vertice dei gruppi cooperativi – o se, in alternativa, sia comunque possibile oggi espletare la vigilanza cooperativa sulle b.c.c. tenendo conto dell'affiliazione al gruppo bancario cooperativo, di modo da configurare non già una vigilanza *sul* gruppo bensì una vigilanza della cooperativa *di* (o *nel*) gruppo.

La seconda strada prefigurata potrebbe essere percorribile dall'interprete, atteso che, *da un lato*, parte della dottrina ¹⁴⁹ ha già fatto notare come la normativa della vigilanza cooperativa, adeguandosi alle disposizioni codicistiche e costituzionali, non contempli una nozione chiara di mutualità, ragion per cui i controlli amministrativi dovrebbero di volta in volta conformarsi ai modi attraverso i quali lo scambio mutualistico è in concreto attuato; di ciò, dovrebbe tenersi conto ai fini della vigilanza sulle b.c.c., essendo le stesse *obbligate* ad aderire alla complessa struttura del gruppo bancario cooperativo, che delle prime plasma notevolmente sia gli aspetti organizzativi

¹⁴⁸ Sul punto si veda SANTORO, *Conclusioni*, in *Nuove opportunità* (nt. 138), 376 ss., il quale, constatata la presenza di una disciplina sulla mutualità di gruppo contemplata dalla legge regionale del Trentino Alto Adige indicata *supra* nel testo, critica fortemente l'assenza di una simile previsione in ordine alla generalità delle banche di credito cooperativo.

¹⁴⁹ In questo senso MARANO, *La vigilanza sui gruppi cooperativi* (nt. 236), 330 e 334, secondo cui «[l]e disposizioni sulla vigilanza [...] non oppongono un concetto di mutualità “alternativo” a quello desumibile dalle norme sulle società cooperative, in ipotesi ostativo ad accogliere interpretazioni evolutive maturate rispetto a queste ultime. Questa scelta di regolazione – volta a unire insieme il *posterius* della vigilanza al *prius* della disciplina sulla società cooperativa, attraverso il collante della comune nozione di mutualità – postula semmai la necessità che gli strumenti (revisione e ispezione) di vigilanza debbano adeguarsi all'evoluzione di tale concetto, affinché siano sempre in grado di assolvere il compito di garantire il rispetto della mutualità – prevalente e non – da parte della cooperativa [...]. In definitiva, gli strumenti di vigilanza richiedono di essere calibrati [...] per offrire ai revisori e agli ispettori la conoscenza dell'esistenza e della composizione del gruppo, in quanto funzionale all'accertamento dei modi attraverso i quali si svolge la relazione di scambio in cui si risolve lo scopo mutualistico. Essi dovranno verificare, pertanto, se le condizioni dello scambio tra la cooperativa e le altre società rispettano i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi comuni contrattualmente determinati dalla cooperativa (art. 2545 *septies*), senza che ciò avvenga pregiudicando la redditività e il valore della partecipazione sociale delle società che sono soggette alla sua direzione (art. 2497)».

sia, soprattutto, gli aspetti operativi, con notevoli riflessi anche sul contenuto della relazione di cui all'art. 2545 c.c.

A conferma di questa soluzione interpretativa – la cui effettività richiederebbe in ogni caso l'emanazione di una disciplina attuativa idonea ad adattare i protocolli istruttori e il contenuto dei moduli di revisione e ispezione cooperativa al nuovo contesto di gruppo – potrebbe invocarsi il Decreto Ministeriale del 22 dicembre 2005, nella parte in cui, da un lato, *impone* i controlli sulla relazione degli organi sociali sulla gestione cooperativa, sui rapporti mutualistici e sul funzionamento degli organi sociali (art. 3) e, dall'altro, *consente* al revisore di «effettuare sopralluoghi e verifiche anche presso sedi secondarie, succursali o altri luoghi nei quali sia custodita la documentazione aziendale, nonché di sentire i soci della banca, i dipendenti ed eventuali terzi interessati [quali, per esempio, le altre banche aderenti al g.b.c.] (art. 10), anche se, a mio avviso, sarebbe più opportuno inquadrare la suddetta prerogativa nell'ambito dei doveri del revisore più che in quello delle facoltà.

Consapevole dell'attuale precarietà delle soluzioni da ultimo fornite, non resta che attendere gli ulteriori sviluppi della riforma delle banche di credito cooperativo e dei gruppi bancari cooperativi, limitandomi, per il momento, a porre in risalto l'attitudine del recente istituto non solo a confermare, come mostrato nel presente lavoro, l'esistenza di principi dotati di una valenza sistematica generale in materia di gruppi di società e, in particolare, di gruppi contrattuali, bensì a conferire impulso - alla luce di alcuni dati di diritto positivo – all'elaborazione dottrinale con riferimento a due importantissimi profili del diritto della cooperazione, quali la mutualità e la vigilanza *del e nel* gruppo cooperativo.

Pervenendo, in definitiva, alla conclusione che la mutualità *in re ipsa* costituisca un concetto non solo “a geometria (*potenzialmente*) variabile”, ma, anche e soprattutto, “a geometria (*già sostanzialmente e notevolmente*) variata.

BIBLIOGRAFIA

- AAVV, *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, a cura di Fabrizio Cafaggi e Paola Iamiceli, Bologna, 2007.
- AAVV, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, a cura di Fabrizio Cafaggi, Bologna, 2004.
- AAVV, *Il contratto di rete. Commentario*, a cura di Fabrizio Cafaggi, Bologna, 2009.
- AAVV, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi* in *Giur. comm.*, I, 2002, 613 ss.
- ABBADESSA – MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.* in *Riv. dir. soc.*, 2010, 269 ss.
- ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione nella società per azioni: dal codice alla riforma*, in *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, a cura di A. Sarcina e J.A. García Cruces, Bari 2010, 73 ss.
- ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano* in *Bbt*, V, 1999, 545 ss.
- ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Pietro Rescigno, 16/II, Torino, 1985, 5 ss.
- ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Antonio Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 103 ss.
- ABRIANI – MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Gastone Cottino, IV-I, Padova, 2010.
- ADAMS, *Governance and the Financial Crisis* in *ECGI*, Law Working Paper N°. 248/2009.
- AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico*, Torino, 2017.
- ALLEVA, *La riforma del diritto cooperativo italiano* in *contr. e impr.*, I, 2003, 244 ss.
- AMOROSINO, *Modelli ricostruttivi dell'ordinamento delle banche* in *Bbt*, IV, 2016, 391 ss.
- AMOROSINO, *Principi «costituzionali», poteri pubblici e fonti normative: lo jus commune dei mercati finanziari, bancari e assicurativi* in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2007, 335 ss.
- AMOROSINO, *La conformazione regolatoria della governance delle società bancarie da parte della Banca d'Italia*, in *Il Governo delle Banche*, a cura di Angela Principe, Milano, 2015, 43 ss.
- ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società* in *Riv. dir. comm.*, IV, 2013, 377 ss.
- ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu – Messineo*, Milano, 2012.
- ANGELILLIS – VITALI, *Art. 2351*, in *Azioni*, a cura di Mario Notari, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi e Mario Notari, Milano, 2008, 371 ss.
- ANTONUCCI, *Despecializzazione e principio di proporzionalità*, in *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*, a cura di Antonella Brozzetti, 2016, 93 ss.
- ANTONUCCI, *Art 4 t.u.b.*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Concetto Costa, Torino, 2013, 26 ss.
- ARMOUR – HANSMANN – KRAAKMAN, *What is corporate law?*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2009, 1 ss.
- ARMOUR – HERTIG – KANDA, *Transactions with creditors*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2009, 115 ss.

- ASCARELLI, *Considerazioni in tema di Società e Personalità Giuridica*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 129 ss.;
- ASCARELLI, *Riflessioni in tema di consorzi, mutue assicurazioni e società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 273 ss.;
- ASCARELLI, *Contratto plurilaterale, comunione di interessi, società di due soci, morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 325 ss.;
- ASCARELLI, *Principi e problemi delle società anonime*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 3 ss.;
- ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 99 ss.;
- ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 147 ss.;
- ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c.. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Problemi Giuridici*, Milano, 1959, 536 ss.;
- ASCARELLI, *Indivisibilità dell'azione e aumento di capitale*, in *Problemi Giuridici*, Milano, 1959, 633 ss.;
- ASCARELLI, *La riduzione di capitale a zero*, in *Problemi Giuridici*, Milano, 1959, 677 ss.;
- BARCELLONA, *La separazione di proprietà e gestione nelle società di capitali: diritti particolari del quotista e «golden shares» di s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber Amicorum Pietro Abbadessa, Torino, I, 2014, 176 ss.;
- BARCELLONA, *Rischio e potere nel diritto societario riformato (fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.)*, Torino, 2012.
- BARTALENA, *le nuove tipologie di strumenti finanziari* in *Bbtc*, 293 ss.
- BASSI, *Un bilancio della riforma dello scopo mutualistico dieci anni dopo* in *Giur. comm.*, I, 2014, 67 ss.
- BASSI, *Profili generali della riforma delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, Padova, IV, 2007.
- BASSI, *Art. 2511 c.c. Società cooperative*, in *Società cooperative*, a cura di Gaetano Presti, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi e Mario Notari, Milano, 2007, 3 ss.
- BASSI, *Appunti sulla natura giuridica delle cooperative «diverse» da quelle «a mutualità prevalente»* in *Bbtc*, I, 2006, 245 ss.
- BASSI, *Le società cooperative*, Torino, 1995.
- BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1988.
- BEBCHUCK – COHEN – SPAMANN, *The wages of Failure: Executive Compensation at Bear Stearns and Lehman*, in *Yale Journal on Regulation*, 2010, 257.
- BELLANTUONO, *Contratti incompleti e norme sociali* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 261 ss.
- BECCHETTI, *La creazione di valore sociale ed ambientale nelle BCC*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 265 ss.
- BENEDETTI, *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazioni di difficoltà finanziaria* in *Riv. soc.*, 2014, 747 ss.
- BELTRATTI – STULTZ, *The credit crisis around the globe: Why did some banks perform better* in *Journal of Financial Economics*, 2012, 105(1), 1-17.

- BIANCHI, *I «contratti di impresa» (Unternehmensverträge) del diritto dei gruppi tedesco: valutazioni e problemi* in *Riv. soc.*, 1984, 989 ss.
- BIKOULA, *Costo del capitale e creazione di valore nelle BCC*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 383 ss.
- BINDELLI, *La riforma delle BCC contenuta nella legge 8 aprile 2016 n. 49 di conversione del d.l. 14 febbraio 2016 n. 18. Il gruppo bancario cooperativo e il suo processo di costituzione* in www.diritto bancario.it
- BIONE, *Il principio della corrispondenza tra potere e rischio e le azioni a voto plurimo: noterelle sul tema* in *Giur. comm.*, 2, 2015, 266 ss.
- BIONE, *Il voto multiplo: digressioni sul tema* in *Giur. comm.*, 5, 2011, 663 ss.
- BITOSSÌ – STANGHELLINI, *I contratti di gruppo cooperativo paritetico tra regole legali e autonomia negoziale* in *A.g.e.*, II, 2008, 343 ss.
- BLUMBERG, *The Transformation of Modern Corporation Law: The Law of Corporate Groups*, (2005). Faculty Articles and Papers. 192. http://digitalcommons.uconn.edu/law_papers/192.
- BOCCUZZI, *Il modello delle banche cooperative nella riforma societaria e nelle prospettive di evoluzione del settore*, in *Le nuove s.p.a. Le società bancarie*, a cura di Oreste Cagnasso, Bologna, 2015, 319 ss.
- BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Gastone Cottino, Padova, V-III, 2014.
- BONFANTE, *L' "altra mutualità"* in *Giur. comm.*, IV, 2013, 714 ss.
- BONFANTE, *Dal consorzio al gruppo di cooperative*, in *I gruppi cooperativi*, a cura di Vincenzo Buonocore, Milano, 1997, 31 ss.
- BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa* in *Banc. impr. e soc.*, I, 2015, 73 ss.
- BRESCIA MORRA – MELE, *La nuova vigilanza bancaria: i rapporti tra BCE e le autorità nazionali*, reperibile su www.finriskalert.it
- BRESCIA MORRA – MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Tratt. dir. civ. del CNN*, diretto da Pietro Perlingieri, Napoli, 2006.
- BUONOCORE, *Rapporto mutualistico e parità di trattamento* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, Padova, IV, 2007.
- BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali. Artt. 2247-2250*, in *Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 2000.
- BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997.
- BUONOCORE, *Cooperazione e imprese cooperative*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1981, 806 ss.
- BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.* in *Riv. dir. comm.*, III, 2013, 395 ss.
- BUTZBACH – DESIATO – ROTONDO, *La mutualità delle banche di credito cooperativo: performance e istanze di riforma del modello economico*, distribuito al convegno *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, tenutosi a Lecce il 16 e il 17 dicembre 2016;
- BUTZBACH, *Il vantaggio comparativo delle banche cooperative nella letteratura economica*, reperibile su www.academia.edu.
- BUXBAUM, *Is "Network" a Legal Concept?* in *Journal of Institutional and Theoretical Economic*, 1993, 4, 698.

- CAFARO, *La lenta ricostruzione di un modello tra spinte in avanti e false partenze*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 63 ss.
- CAFARO – GATTI, *Il nuovo regime bancario e il ruolo riconosciuto del credito a prevalenza mutualistica*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 87 ss.
- CALANDRA BONAURA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, relazione presentata al convegno *L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi e interessi*, Roma, 2015, reperibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it
- CALANDRA BONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche* in *Banc. impr. e soc.*, I, 2015, 19 ss.
- CALANDRA BONAURA, *L'attività degli intermediari finanziari nella regolamentazione sovranazionale*, 2013, reperibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it.
- CALANDRA BONAURA – SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Gastone Cottino, Padova, 2001.
- CAMPOBASSO G. F., *Organizzazione di gruppo delle banche di credito cooperativo e gruppi (bancari) paritetici* in *Bbtc*, V, 1997, 553 ss.
- CAMPOBASSO G. F., *Le tecniche di formazioni dei gruppi: il controllo contrattuale*, in *Gruppi bancari e banche di credito cooperativo*, Firenze, 1996, 15 ss.
- CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, II, 1996, 785 ss.
- CAMPOBASSO G. F., *Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparata* in *Bbtc*, VI, 1995, 729 ss.
- CAMPOBASSO, *Le partecipazioni delle banche e dei gruppi bancari* in *Bbtc*, III, 1995, 281 ss.
- CAPO, *Fenomenologia cooperative e processi decisionali* in *Giur. comm.*, 2004, 819 ss.
- CAPOBIANCO, *Mutualità e scambio nelle banche di credito cooperativo*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 348 ss.
- CAPOLINO, *Il governo societario delle banche: regole e strumenti nelle disposizioni di vigilanza e nelle norme europee*, in *Il Governo delle Banche*, a cura di Angela Principe, Milano, 2015, 9 ss.
- CAPPIELLO – CAPIZZI, *Prime considerazioni sullo strumento del bail-in: la conversione forzata del debito in capitale* in www.orizzontideldirittocommerciale.it
- CAPRIGLIONE, *La riforma delle "banche popolari"*, in *La Riforma delle Banche Popolari*, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2015, 3 ss.
- CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013.
- CAPRIGLIONE, *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario. Problematiche e prospettive* in *Bbtc*, 2005, 134 ss.
- CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e finanza etica* in *Bbtc*, I, 1997, 21 ss.
- CAPRIGLIONE, *Per un'ipotesi di gruppi alternativi. La problematica del recesso nella legge di riforma delle BCC* in www.dirittobancario.it.
- CAPRIGLIONE, *Approvata la legge di conversione del d.l. n. 18/2016. Un'opzione normativa poco convincente* in www.dirittobancario.it.
- CAPRIGLIONE, *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario. Problematiche e prospettive* in *Bbtc*, 2005, 134 ss.

- CARIELLO, *Art 2497-bis c.c.*, in *Le società per azioni*, diretto da Pietro Abbadessa e Giuseppe B. Portale, Milano, II, 2016, 3033 ss.
- CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società* in *RDS*, II, 2012, 255 ss.
- CARIELLO, *La pubblicità del gruppo la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo* in *RDS*, 2010, 466.
- CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società* in *Riv. soc.*, I, 2007, 1 ss.
- CARIELLO, *Artt. 2497-sexies – 2497-septies c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Giuseppe Niccolini e Alberto Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1894 ss.
- CARIELLO, *Primi appunti sulla cd. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società* in *Riv. dir. civ.*, 2003, 331 ss.
- CARIELLO, *Direzione e Coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi per una riflessione generale* in *Riv. soc.*, 2003, 1230 ss.
- CARIELLO, *Aktionarskonsortium e imputazione del potere di dominio sulla società* in *Riv. soc.*, 1998, 2-3, 759 ss.
- CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, Banca d'Italia - quaderno n. 75/2013, 15 ss.
- CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema* in *Eur. e dir. priv.*, II, 2006, 397 ss.
- CERA, *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche* in *Riv. Soc.*, 2015, 947 ss.
- CERA, *Capogruppo bancaria e nuovo diritto societario. Prime valutazioni* in *Riv. banca merc. fin.*, II, 2004, 171 ss.
- CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, 2001.
- CERRAI – MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze* in *Riv. soc.*, 1993, I, 1 ss.
- CETRA, *Tutela delle minoranze e dei soci nell'impresa cooperativa* in *Riv. dir. civ.*, VI, 2016, 1512 ss.
- CHEVALLARD, *Direzione e coordinamento della capogruppo bancaria tra crisi finanziaria e Unione bancaria* in *RDS*, I, 2016, 97 ss.
- CHIEFFI, *Art. 2529 c.c. Acquisto delle proprie quote o azioni*, in *Società cooperative*, a cura di Gaetano Presti, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi e Mario Notari, Milano, 2007, 255 ss.
- CIRAOLO, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, 2017, reperibile su www.dirittobancario.it.
- CIRCOLARE ASSONIME 32/2015, *La riforma delle banche popolari* in *Riv. soc.*, II-III, 2016, 472 ss.
- CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia* in *Banc. impr. e soc.*, 2003, 39 ss.
- CLARICH – CAMILLI, *Art. 4*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di Mario Porzio, Franco Belli, Giuseppe Losappio, Marilena Rispoli Farina e Vittorio Santoro, Milano, 2010, 29 ss.
- CLARICH - MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico* in *AGE*, II, 2003, 363 ss.
- COLOMBO – OLIVIERI, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato della società per azioni*, diretto da G.E. Colombo. E G.B. Portale, VII, 1994.

- COLOMBO, *Radici, consolidamento e crescita del credito cooperativo tra Ottocento e Novecento*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 23 ss.
- CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete* in *Rivista del diritto commerciale*, 3, 2010, 795 ss.
- CORAPI, *Gli statuti di società per azioni*, Milano, 1971.
- COSSU, *L'obiettivo della ripatrimonializzazione nella riforma delle banche di credito cooperativo*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 191 ss.
- COSTA, *La riforma delle società e le banche cooperative*, in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, Padova, IV, 2007, 1131 ss.
- COSTA – FAUCEGLIA, *I soci, la partecipazione sociale e l'organizzazione societaria* in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 135 ss.
- COSTI, *Verso un'evoluzione capitalistica delle banche popolari* in *Bbtc*, V, 2015, 575 ss.
- COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012.
- COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia* in *Giur. comm.*, VI, 2008, 1270 ss.
- COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche* in *Giur. comm.*, III, 2003, 233 ss.
- COSTI, *Gli strumenti finanziari nelle nuove cooperative* in *Bbtc*, I, 2005, 117 ss.
- COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico* in *Bbtc*, I, 2003, 379 ss.
- COSTI, *Proprietà e impresa cooperative nella riforma del diritto societario* in *Giur. comm.*, I, 2001, 128 ss.
- COSTI, *La vigilanza sul gruppo cooperativo*, in *I gruppi cooperativi*, a cura di Vincenzo Buonocore, Milano, 1997, 51 ss.
- COSTI, *Le relazioni di potere nell'ambito dei gruppi bancari* in *Giur. comm.*, VI, 1995, 885 ss.
- COTTINO, *L'evoluzione dei fenomeni di integrazione fra imprese*, in *I gruppi cooperativi*, a cura di Vincenzo Buonocore, Milano, 1997, 15 ss.
- CUOMO, *Poteri e doveri della "capogruppo" nel gruppo bancario cooperativo*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 162 ss.
- CUSA, *Le banche di credito cooperativo*, in *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Gastone Cottino, Padova, V-III, 2014.
- CUSA, *Sezione II. Banche di credito cooperativo. Art 33 t.u.b.*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Concetto Costa, Torino, 2013, 279 ss.
- CUSA, *Il diritto delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Torino, 2013.
- CUSA, *Società mutualistiche, locali, democratiche e non necessariamente lucrative*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 119 ss.
- CUSA, *Il patrimonio di vigilanza delle banche di credito cooperativo* in *Bbtc*, suppl. 2, 2010.
- CUSA, *Lo scopo mutualistico delle banche di credito cooperativo* in *Bbtc*, 2008, 455 ss.
- CUSA, *Partecipazioni e capitale nelle società cooperative*, 2008, reperibile su www.associazionepreite.it.
- CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006.

- CUSA, *La funzione sociale delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto* in *Coop. e cons.*, III, 2006, 153 ss.
- CUSA, *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico* in *Giur. Comm.*, 2004, 843 ss.
- D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nella società per azioni*, Milano, 2007.
- D'AURIA, *Contributo allo studio dei rapporti di scambio nella società: il caso della cooperativa* in *Riv. dir. comm.*, IV, 2015, 699 ss.
- GOWER - DAVIES, *Principles of modern company law*, London, 2012.
- DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle cooperative* in *Giur. comm.*, 2004, 859 ss.
- DE PRA, *Libera circolazione, diritto di stabilimento e disciplina del soggetto societario: i settori bancario e dell'energia*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, diretto da Massimo Benedettelli e Marco Lamandini, Torino, 2016, 135 ss.
- DE PRA, *Il nuovo governo societario delle banche* in *NLCC*, III, 2015, 525 ss.
- DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi. L'inefficienza delle compensazioni virtuali* in *Giur. comm.*, I, 2000, 327 ss.
- DENOZZA, *L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2010, 9 ss.
- DI CATALDO, *Gli statuti speciali delle società azionarie* in *Giur. comm.*, I, 1991, 468 ss.
- DI SALVO, *La gestione dei rischi finanziari nelle banche di medie e piccole dimensioni. il caso delle banche di credito cooperativo* in *Coop. cred.*, 2001, 59 ss.
- DOLMETTA, *Operazioni delle cooperative sulle proprie «partecipazioni»: la novità della disciplina*, in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, Padova, IV, 2007.
- DOLMETTA, *Cooperative con «applicazione necessaria» della (compatibile) disciplina delle s.p.a. ex art. 2519 c.c. e struttura delle partecipazioni sociali* in *Riv. soc.*, 2005, 187 ss.
- EASTERBROOK – FISCHER, *L'economia delle società per azioni* (trad. it.), Milano, 1996.
- ENRIQUES – HERTIG – KANDA, *Related-party transactions*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2009, 154 ss.
- EBA, *Guidelines specifying the conditions for group financial support under Article 23 of Directive 2014/59/EU*, 2015.
- EBA, *Guidelines on the assessment of the suitability of members of management body and key function holders*, 2012.
- EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *A proposal for the reform of Group Law in Europe*, in *Eur Bus Org Law Rev* (2017) 18:1–49.
- FAHLENBRACH – STULTZ, *Bank CEO Incentives and the Credit Crisis* in *Journal of Financial Economics*, 2010, 99(1), 11 ss.
- FAUCEGLIA – COSTA, *I soci, la partecipazione sociale e l'organizzazione societaria*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 135 ss.
- FAUCEGLIA, *Il glossario delle Istruzioni di Vigilanza sul "Governo societario": verso l'amministrativizzazione del diritto dell'impresa?* in *Il Governo delle Banche*, a cura di Angela Principe, Milano, 2015, 129 ss.
- FAUCEGLIA, *L'organizzazione di «gruppo» nell'esperienza delle casse rurali e delle banche di credito cooperativo* in *Riv. dir. comm.*, I, 1997, 895 ss.

- FAUCEGLIA, *Il gruppo creditizio cooperativo*, in *I gruppi cooperativi*, a cura di Vincenzo Buonocore, Milano, 1997, 91 ss.
- FERRAN, *European Banking Union: Imperfect, but it can work*, Legal Studies Research, Paper Series, University of Cambridge, n. 30/2014.
- FERRARINI – SIRI, *Il governo societario delle banche dopo la crisi finanziaria*, in *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il “futuribile”*, a cura di Antonella Brozzetti, 2016, 93 ss.
- FERRI, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti attività bancaria* in *Bbt*, I, 1975, 1 ss.
- FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, 1971.
- FERRI, voce «*Banca popolare*», in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 13 ss.
- FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze* in *Riv. dir. comm.*, I, 1934, ora anche in *Scritti Giuridici*, vol. III/1, Napoli, 1991, 88 ss.
- FERRI, *L'ingerenza dei non soci negli affari della società*, in *Ann. dir. com. e studi legisl.*, 1933., ora in *Scritti Giuridici*, vol. III/2, Napoli, 1990, 771 ss.
- FERRI JR., *La struttura finanziaria delle società in crisi* in *RDS*, III, 2012, 477 ss.
- FERRI JR., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001.
- FERRI JR., *Autonomia statutaria e mercato a confronto* in *Riv. dir. comm.*, 1999, 919 ss.
- FERRO LUZZI – MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio* in *Giur. comm.*, III, 1994, 419 ss.
- FERRO LUZZI, *Indipendente...da chi; da cosa?* in *Riv. soc.*, 2008, 204 ss.
- FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa* in *Riv. dir. comm.*, 2005, 673 ss.
- FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001.
- FIENGO, *Sottoscrizione da parte della capogruppo di un Gruppo bancario cooperativo di azioni di finanziamento emesse dalle banche di credito cooperativo affiliate*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 237 ss.
- FIENGO, *Il riassetto della disciplina delle banche popolari* in *Giur. comm.*, II, 2016, 234 ss.
- FIORDIPONTI, *Banche di credito cooperativo: una riforma a due velocità* in www.diritto bancario.it
- FIORDIPONTI, *Lo scopo mutualistico: un'assenza certificata* in *Dir. banc. merc. fin.*, 2015, 417 ss.
- FORMISANI, *Il contratto di coesione: possibili inquadramenti sistematici*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 177 ss.
- FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di organo con funzione di supervisione strategica* in *Bbt*, IV, 2015, 487 ss.
- FRIGENI, *Natura e funzioni del «capitale» delle banche nella nuova regolamentazione* in *Banc. impr. e soc.*, I, 2015, 53 ss.
- FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III. Struttura patrimoniale e finanziaria*, Milano, 2013.

- GALGANO – SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società (artt. 2497 – 2497-septies)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di Giorgio De Nova, Bologna, 2014.
- GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu – Messineo*, Milano, 2007.
- GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari* in *Bbt*, 2005, 86 ss.
- GALGANO, voce *Principio di Maggioranza*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 547 ss.;
- GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Milano 1960, partic. 30 ss.
- GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987.
- GARDELLA, *Il Bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico* in *Bbt*, V, 2015, 587 ss.
- GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico* in *Giur. comm.*, I, 2005, 508 ss.
- GIANNELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo e la governance del gruppo*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 81 ss.
- GIARDINO, *Un caso: il gruppo creditizio ICCREA*, in *I gruppi cooperativi*, a cura di Vincenzo Buonocore, Milano, 1997, 121 ss.
- GIERKE, *Sulla storia del principio di maggioranza* in *Riv. Soc.*, 1961, 1103 ss.
- GIORGI, *Art. 2533 c.c. Esclusione del socio*, in *Società cooperative*, a cura di Gaetano Presti, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi e Mario Notari, Milano, 2007, 279 ss.
- GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005.
- GOBBO, *La governance delle banche. Il passato, il presente, il futuro*, in *Le nuove s.p.a. Le società bancarie*, a cura di Oreste Cagnasso, Bologna, 2015, 133 ss.
- GOWER & DAVIES, *Principles of modern company law*, Paul L. Davies and Sarah Worthington, by Thomson Reuters, 2012.
- GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1957.
- GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu – Messineo*, Milano, 2011.
- GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, II, 2014, 1551 ss.
- GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società* in *Riv. dir. comm.*, IV, 2012, 589 ss.
- GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete* in *Contr. e impr.*, 2, 2012, 348 ss.
- HANSMANN, *All firms are cooperatives– and so are governments* in *JEOD*, II-2, 2013, 1 ss., reperibile su www.ssrn.com
- HANSMANN, *La proprietà dell'impresa* (trad. it.), Bologna, 2005.
- HANSMANN, *Ownership of the firm* in *Journal of Law, Economics, and Organization*, IV-2, 1988, 267 ss., reperibile su www.ssrn.com
- HART – MOORE, *Cooperatives VS Outside Ownership*, discussion paper No. Te/98/346, January 1998, reperibile su www.ssrn.com
- HILL, *Corporate Groups, Creditor Protection and Cross Guarantees - Some Australian Perspectives*, 1995, 24, *Canadian Business Law journal*, reperibile su www.ssrn.com.

- HOPT, *Groups of Companies. A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups* in ECGI, Law Working Paper N° 286/2015.
- HOPT, *Corporate Governance of Banks and Other Financial Institutions after the Financial Crisis - Regulation in the Light of Empiry and Theory* in JCLS, XIII-2, 2013, 219 ss.
- HOPT, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis*, in, eds., *Financial Regulation and Supervision, A post-crisis analysis*, Wymeersch, K. J. Hopt, G. Ferrarini, Oxford University Press 2012, 337 ss., reperibile su www.ssrn.com
- INZITARI, *Brrd, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. 180-2015)* in www.dirittobancario.it
- IRACE, *sub art. 2497-sexies*, in *La riforma delle società*, a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, Torino, 2003, 347 ss.
- IRACE, *sub art. 2497-sexies*, in *La riforma delle società*, a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, Torino, 2007, 149 ss.
- IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)* in *Riv. soc.*, 2015, 801 ss.;
- IRTI, *Un diritto incalcolabile* in *Riv. dir. civ.*, I, 2015, 11 ss.;
- IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie* in *Riv. dir. civ.*, V, 2014, 987 ss
- JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, II, 1996, 1425 ss.
- JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964.
- JOHANNISON-MATTSON, "Interorganizational Relations in Industrial Systems: A Network Approach Compared with the Transaction-Cost Approach" in *International Studies of Managment and Organization*, 1987, 17, 34-48.
- JOHANNISON, "Beyond process and structure: Social Exchange Networks" in *International Studies of Managment and Organization*, 1987, 17, 3 – 23.
- KARSTEN SCHMIDT, *Gleichordnung in Konzern: terra incognita?* In *ZHR*, 1991 417 ss.
- LA LICATA, *La struttura finanziaria della società bancaria: patrimonio, patrimonio netto, patrimonio di vigilanza*, Torino, 2008.
- LA SALA, *Principio capitalistico e voto non proporzionale nella società per azioni*, Torino, 2011.
- LAMANDINI, *Art. 2359*, in *Le società per azioni*, Commentario diretto da Pietro Abbadessa e Giuseppe Portale, Milano, I, 2016, 745 ss.
- LAMANDINI, *Art 2497-sexies c.c.*, in *Le società per azioni*, diretto da Pietro Abbadessa e Giuseppe B. Portale, Milano, II, 2016, 3131 ss.
- LAMANDINI, *Il gruppo bancario alla luce delle recenti riforme* in *Bbtc*, VI, 2016, 665 ss.
- LAMANDINI, *Governance dell'impresa bancaria: un (piccolo) interrogativo sulle prospettive evolutive* in *Il Governo delle Banche*, a cura di Angela Principe, Milano, 2015, 107 ss.
- LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'unione* in *Bbtc*, IV, 2015, 423 ss.
- LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale* in *Giur. comm.*, I, 2015, 56 ss.
- 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*, Torino, III, 2014, 2643 ss.

- LAMANDINI, *Gli strumenti finanziari della cooperativa. Art. 2526*, in *Società cooperative* a cura di Gaetano Presti, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006.
- LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico “semplice” e “qualificato” (bancario). Prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, Padova, IV, 2007, 1103 ss..
- LAMANDINI, *Il gruppo bancario paritetico. Profili di diritto societario e di diritto antitrust* in *Bbtc*, IV, 2003, 388 ss.
- LAMANDINI, *I profili giuridici del sistema a rete e dell'outsourcing dei servizi nel credito cooperativo* in *Bbtc*, V, 2000, 697 ss.
- LAMANDINI, *Le concentrazioni bancarie. Concorrenza e stabilità nell'ordinamento bancario*, Bologna, 1998.
- LAMANDINI, *Organizzazione di gruppo e disciplina antimonopolistica*, in *Gruppi bancari e banche di credito cooperativo*, Firenze, 1996, 51 ss.
- LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1995.
- LEMME, *Il diritto dei gruppi di società*, Bologna, 2013.
- LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari* in *Bbtc*, III, 2016, 287 ss.
- LENER, *Le nuove regole in materia di supervisione strategica e di gestione delle banche* in *Il Governo delle Banche*, a cura di Angela Principe, Milano, 2015, 111 ss.
- LEO, *La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza delle cooperative* in *Riv. soc.*, 1966, 552 ss.
- LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale” (Appunti per una discussione)* in *Riv. dir. comm.*, 2006, 541 ss.
- 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*, Milano, II, 1996, 1489 ss.
- LOCATELLI, *Lo scollamento tra credito e cooperazione negli anni tra primo dopoguerra e anni Cinquanta*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 39 ss.
- LUTTER - ZÖLLNER, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, I, 1996, 245 ss.
- LUTTER, *I gruppi di imprese nel diritto tedesco (konzern) e nel futuro del diritto europeo* in *Riv. soc.*, I, 1974, 1 ss.
- LUTTER, *Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un'esperienza* in *Riv. soc.*, 1975, 1295 ss.
- MACEY – O'HARA, *The corporate governance of banks* in *FRBNY Economic Policy Review*, April 2003, 91 ss.
- MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla direzione e coordinamento di società* in *Giur. comm.*, V, 2013, 743 ss.
- MAFFEIS, *Regole di vigilanza prudenziale comuni al mondo TUB e al mondo TUF: il conflitto di interessi degli amministratori nel decreto di attuazione della direttiva UE CRD IV e del regolamento UE 525 del 2013*, reperibile su www.diritto bancario.it.
- MALVAGNA, *Autorizzazione ex art. 136 t.u.b. e operazioni di banca* in *Bbtc*, 2016, 587 ss.
- MARANO, *La vigilanza sui gruppi cooperativi tra interessi pubblici e di «sistema»* in *AGE*, II, 2008, 321 ss.
- MARANO – DE STASIO, *La vigilanza sulla mutualità delle banche di credito cooperativo* in *Bbtc*, I, 2006, 699 ss.
- MARASÀ, *Voto plurimo, voto maggiorato e cooperative* in *Bbtc*, I, 2016, 1 ss.
- MARASÀ, *L'odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, II, 2014, 2001 ss.

- MARASÀ, *Governo e "controllo" delle Popolari prima e dopo le recenti modifiche del t.u.b. e del t.u.i.f. (art. 23-quater, L. 221/2012)* in *Bbitc*, V, 2013, 517 ss.
- MARASÀ, *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese. (Riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo)* in *Giur. comm.*, I, 2012, 197 ss.
- MARASÀ, *Art. 2520 c.c. Leggi speciali*, in *Società cooperative*, a cura di Gaetano Presti, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi e Mario Notari, Milano, 2007, 123 ss.
- MARASÀ, *Le società*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, 1991.
- MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984.
- MARCHETTI, *L'autonomia statutaria nella società per azioni* in *Riv. Soc.*, 2000, 562 ss.
- MARCHISIO, *Il valore del gruppo e il valore nel gruppo* in *Giur. comm.*, V, 2015, 808 ss.
- MAROCCHI, *Sull'attualità della correlazione tra potere e rischio nella s.p.a. riformata* in *Contr. e impr.*, 2014, I, 221 ss.
- MARTINA, *Le azioni di finanziamento tra esigenze di patrimonializzazione e natura mutualistica delle banche di credito cooperativo*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 224 ss.
- MARZO – ZAGAGLIA, *Lo stress testing e le procedure di controllo nel sistema bancario: un modello per il credito cooperativo*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 343 ss.
- MATHESON, *The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context*, 87 N.C. L. Rev. 1091 (2009), available at http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/103.
- MAZZAMUTO, *La riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto* in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 1 ss.
- MAZZOLI, *La rilevanza macroeconomica del credito cooperativo in Italia*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 293 ss.
- MAUGERI, *Art 2497-quinquies c.c.*, in *Le società per azioni*, diretto da Pietro Abbadessa e Giuseppe B. Portale, Milano, II, 2016, 3103 ss.
- MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nelle s.p.a.* in *Riv. soc.*, 2013, 336 ss.
- MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo* in *Giur. comm.*, I, 2012, 66 ss.
- MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010.
- MAUGERI, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti soci* in *Riv. dir. comm.*, 2008, 133 ss.
- MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 435 ss.
- MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, III, 2014, 2693 ss.
- MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive* in *Riv. soc.*, 2012, 237 ss.
- MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali*, Studi in onore di Giovanni E. Colombo, Torino, 2011, 36 ss.

- MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto delle società di capitali* in *Riv. soc.*, 2005, 1199 ss.
- MIOLA, *Controllo contrattuale e capogruppo di un gruppo bancario*, in *Gruppi bancari e banche di credito cooperativo*, Firenze, 1996, 29 ss.
- MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993.
- MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960.
- MINERVINI, *La capogruppo e il «governo» del gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, II, 1996, 1565 ss.
- MIRRA – FIAMMA, *Il gruppo bancario e l'attività di direzione e coordinamento della capogruppo*, in *Le nuove s.p.a. Le società bancarie*, a cura di Oreste Cagnasso, Bologna, 2015, 319 ss.
- MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi e giurisprudenza* in *Giur. comm.*, II, 2016, 111 ss.
- MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario* in *Bbt*, VI, 2015, 706 ss.
- MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in *Società, banche e crisi di impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, III, Torino, 2014, 2167 ss.
- MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi* in *Riv. soc.*, II-III, 2007, 317 ss.
- MONTEDORO, *Riforma delle banche popolari e profili costituzionali della cooperazione di credito*, in *La Riforma delle Banche Popolari*, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2015, 27 ss.
- MOZZARELLI, *Attività di direzione e coordinamento e allocazione del rischio di gestione*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber Amicorum Pietro Abbadessa, Torino, II, 2014 1607 ss.
- MUCCIARELLI, *Coordinamento fra società. Art. 2497-septies*, in *Direzione e coordinamento di società* a cura di Giuseppe Sbisà, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2012, 379 ss.
- MÜLBERT, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis - Theory, Evidence, Reforms* in *ECGI*, Law Working Paper N°151/2010.
- NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema* in *Giur. comm.*, IV, 2004, 983 ss.
- NIUTTA, *Il finanziamento intragruppo*, Milano 2000.
- NOTARI – BERTONE, *Art. 2359*, in *Azioni*, a cura di Mario Notari, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi e Mario Notari, Milano, 2008, 665 ss.;
- NOTARI, *Art. 2348*, in *Azioni*, a cura di Mario Notari, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi e Mario Notari, Milano, 2008, 153 ss.
- OPPO, *La banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale* in *Riv. dir. civ.*, 2004, 751 ss.
- OPPO, *Mutualità e integrazione cooperativa* in *Riv. dir. civ.*, III, 1997, 357 ss.
- OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche* in *Riv. dir. civ.*, 1994, 653 ss.;
- OPPO, *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"* in *Riv. dir. civ.*, 1994, 463 ss.

- OPPO, *L'essenza della cooperativa e gli studi recenti*, in *Scritti Giuridici, Diritto delle società*, Padova, 1992, 494 ss.
- OPPO, *L'essenza della società cooperativa e i progetti di riforma*, in *Scritti Giuridici, Diritto delle società*, Padova, 1992, 557 ss.;
- OPPO, *Futuro della cooperativa e futuro della cooperazione*, in *Scritti Giuridici, Diritto delle società*, Padova, 1992, 569 ss.
- PAGANI, *La riforma del credito cooperativo in una prospettiva comparata* in *Banc. impr. e soc.*, II, 2016, 203 ss.
- PALMIERI, *La partecipazione esterna alle società di capitali*, Milano, 2015.
- PAOLINI, *Il gruppo cooperativo* in *Contr. e impr.*, 2, 2003, 619 ss.
- PAOLUCCI, *Più ombre che luci nella riforma delle banche di credito cooperativo*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 23 ss.
- PASSADOR, *Appunti sulla nuova nozione di controllo. Tra principi IAS/IFRS e diritto societario* in *RDS*, I, 2016, 601 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari* in *Riv. soc.*, 2003, 765 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato della società per azioni*, diretto da G.E. Colombo. E G.B. Portale, II-2, 1991, 581 ss.
- PELLEGRINI, *Il decreto legge n. 3 del 2015. Un'occasione mancata per la ridefinizione della "cooperazione di credito"*, in *La Riforma delle Banche Popolari*, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2015, 55 ss.
- PELLEGRINI, *Art. 33 t.u.b.*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Francesco Capriglione, Padova, 2012, I, 388 ss.
- PENNISI, *Art 2497-ter c.c.*, in *Le società per azioni*, diretto da Pietro Abbadessa e Giuseppe B. Portale, Milano, II, 2016, 3067 ss.
- PENNISI, *Sezione I. Gruppo bancario. Artt. 60-61 t.u.b.*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Concetto Costa, Torino, 2013, 691 ss.
- PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997.
- PERIN, *La ripartizione di competenze nei procedimenti sanzionatori tra la BCE e le National Competent Authorities all'interno del Meccanismo Unico di Vigilanza* in www.diritto bancario.it
- PETRELLI, *Le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, I, 2005, 403 ss.
- 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, 39 ss.
- PIRAS, *Profili mutualistici della governance delle società cooperative*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, II, 2014, 2019 ss.
- PIRAS, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano* in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Antonio Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 239 ss.
- PISANI, *Protocolli di autonomia gestionale e gruppi finanziari* in *Bbt*, II, 1995, 184 ss.
- PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete* in *Riv. dir. priv.*, 2012, 353 ss.
- POMELLI, *L'armonizzazione europea del diritto delle società di capitali: i profili organizzativi*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, diretto da Massimo Benedettelli e Marco Lamandini, Torino, 2016, 219 ss.

- PORTALE – DACCÒ, *Accentrimento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata* in *Riv. dir. priv.*, III, 2006, 463 ss.
- PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie* in *Riv. soc.*, I, 2016, 48 ss.
- PORTALE, *Rapporti fra organo gestorio e assemblea nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, II, Torino, 2007, 5 ss.
- PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo. E G.B. Portale, I-2, 2004, 3 ss.
- PORTALE, *Gruppi e capitale sociale*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, III, 1996, 1823 ss.
- PORZIO, *La banca etica*, in *Società, banche e crisi di impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, III, Torino, 2014, 2193 ss.
- PORZIO, *I soci del gruppo bancario* in *Dir. e giur.*, III-IV, 1995, 281 ss.
- PREITE, *L'“Abuso” della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni*, Milano, 1992.
- PREITE, *Modificazioni dell'ordinamento delle imprese cooperative al fine di favorirne la funzione di efficienza ed equità*, in *Cooperazione, Benessere e Organizzazione Economica*, a cura di Elena Granaglia e Lorenzo Sacconi, Milano, 1992, 241 ss.
- PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988.
- PRESTI, *Concordato preventivo e nuovi modelli di regolazione della crisi*, relazione presentata al convegno *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, tenutosi a Courmayeur, 23-24 settembre 2016.
- PRESTI, *Il bail-in* in *Banc. impr. e soc.*, III, 2015, 339 ss.
- PRESTI, *Mezzi e fini della nuova regolazione finanziaria* in *Bbtc*, II, 2010, 208 ss., reperibile anche su www.associazionepreite.it
- PRESTI, *Le agenzie di rating: dalla protezione alla regolazione* in *Jus*, 2009, 65 ss.
- PRESTI, *Amministrazione e controllo nelle cooperative*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, IV, Torino, 2007, 969 ss.
- PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico* in *Coop. cred.*, 2003, 39 ss.
- PRESTI, *Riforma della s.p.a. e scalini normativi* in *Soc.*, II-bis, 2003, 323 ss.
- PRESTI, *Gli assetti di governo delle Banche di credito cooperativo: l'inquadramento giuridico contrattuale* in *Coop. Cred.*, 1998, 183 ss.;
- PRESTI, *Il governo delle banche popolari e delle banche di credito cooperativo* in *Banca, impr. e soc.*, 1998, 147 ss.
- PRESTI, *Le banche cooperative nell'attuale contesto giuridico ed economico*, in *Le banche cooperative. Funzione economica e forma giuridica*, Milano, 1999, 3 ss.
- PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo* in *Bbtc*, II, 1994, 167 ss.
- PRESTI – CERA, *Commento breve al Documento di Banca d'Italia «Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo delle banche»* in *AGE*, II, 2007, 605 ss.
- POGLIAGHI - VANDALI, *Rischio di credito e Basilea II: implicazioni gestionali nell'esperienza di una banca di credito cooperativo* in *Coop. cred.*, 2003, 181 ss.

- RACUGNO, *Il governo delle società cooperative. Il voto, i patti parasociali, i covenants* in *Riv. soc.*, 2014, 153 ss.
- RACUGNO, *I nuovi strumenti finanziari delle società cooperative* in *Bbtc*, 559 ss.
- REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, Padova, II, 2007, 385 ss.
- RESCIGNO, *Gli strumenti finanziari emessi da società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, Padova, IV, 2006.
- RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)* in *Riv. soc.*, 1991, I, 596 ss.
- RIMINI, *Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, III, 1996, 1903 ss.
- RINELLA – SALVINI – BRESCIA MORRA – LAMANDINI, *Promozione e controlli*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 191 ss.
- RISTUCCIA, *Azioni di banche “ex” popolari e diritto di voto* in *Riv. crit. dir. priv.*, II, 2015, 275 ss.
- RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Renzo Costi, Torino, 2015.
- ROMANO, *la riforma delle Banche Popolari tra “argomenti” di diritto interno e “ragioni” di diritto europeo*, relazione presentata al convegno *L’influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi e interessi*, Roma, 2015, reperibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it.
- RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 2009, 591 ss.
- RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999.
- ROSSI ST., *Intervento di apertura*, in *Dal testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, Banca d’Italia - quaderno n. 75/2013, 7 ss.
- RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Torino, 1927.
- SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione del gruppo bancario*, Torino, 2017.
- SALAMONE, *Le Banche Popolari ovvero: «la mutualità che visse due volte» (evoluzione, diritto vigente, tipologia sociale tra «forma» e «sostanza» di società cooperativa)* in *Bbtc*, I, 2004, 594 ss.
- SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società: per un’applicazione alla funzione amministrativa di s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d’impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, I, Torino, 2014, 561 ss.
- SANFILIPPO, *Clausole di «designazione» di amministratori di società cooperativa da parte di «diverse categorie di soci» e poteri del giudice del registro* in *Giur. Comm.*, 2002, II, 467 ss.
- SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000.
- SANTAGATA C. – SANTAGATA R., *Le fusioni* in *Trattato della società per azioni*, diretto da G.E. Colombo. E G.B. Portale, VII-2/I, 2004.
- SANTAGATA R., *“Coesione” e autonomia nel gruppo bancario cooperativo*, 2017, relazione presentata al Convegno *Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti*, Roma, 17-18 febbraio 2017, reperibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it.
- SANTAGATA R., *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)* in *Riv. dir. civ.*, 3, 2011, 323 ss.
- SANTAGATA R., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, Padova, III, 2007, 797 ss.

- SANTAGATA R., *Gruppo cooperativo paritetico. Art. 2545-septies*, in *Società cooperative* a cura di Gaetano Presti, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, 457 ss.
- SANTAGATA R., *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.
- SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979.
- SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali* in *Riv. dir. civ.*, 1973, 151 ss.
- SANTONI, *La governance delle banche popolari* in *Bbct*, I, 2013, 505 ss.
- SANTORO, *Conclusioni*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 376.
- SANTORO, *Amministratori di cooperative e interessi dei soci*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, II, 2014, 2033 ss.
- SANTORO, *Art. 33*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di Mario Porzio, Franco Belli, Giuseppe Losappio, Marilena Rispoli Farina e Vittorio Santoro, Milano, 2010, 326 ss.
- SANTORO, *Sezione II. Banche di credito cooperativo*, in *Commento al d.lgs 1 settembre 1993, n. 385*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, Bologna, 2007, 503 ss.
- SANTORO – ROMANO, *L'ultimo atto di riforma delle banche popolari* in *NLCC*, II, 2016, 210 ss.
- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma* in *Giur. comm.*, 2003, 661 ss.
- SACCHI, *Sui gruppi nel Progetto Mirone* in *Giur. comm.*, 2000, 358 ss.
- SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato)*, reperibile su www.associazionepreite.it
- SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società* in *Riv. dir. priv.*, 2011, 517 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2010, 115 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni* in *Riv. dir. impr.*, 2002, 577 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Gruppi bancari e non: legge e autonomia privata nella configurazione dei modelli organizzativi* in *Riv. dir. comm.*, 1999, 693 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.
- SENA, *Il voto nell'assemblea della società per azioni*, Milano, 1961.
- SEPE, *Finalità e disciplina del recesso nella riforma delle banche popolari: prime riflessioni*, in *La Riforma delle Banche Popolari*, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2015, 109 ss.
- SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?* in *Riv. trim. dir. ec.*, IV, 2014, 81 ss.
- SIMONETTO, *La cooperativa e lo scopo mutualistico* in *Riv. soc.*, 1971, 245 ss.
- SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, III, 1996, 2175 ss.
- SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.
- SQUIRE, *Strategic liability in the Corporate Group*, 78 U. Chi. L. Rev. 605 (2011).

- STANGHELLINI, *L'organizzazione di gruppo nelle esperienze straniere*, in *Gruppi bancari e banche di credito cooperativo*, Firenze, 1996, 67 ss.
- STIGLITZ, *Peer monitoring in credit markets* in *World bank economic review*, 1990, 351 ss.
- SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.
- TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, oggi da Piero Schlesinger, Milano, 2011.
- TEUBNER, *Coincidentia oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization*, 2006, reperibile su www.ssrn.com.
- TOMBARI, *Art 2497-septies c.c.*, in *Le società per azioni*, diretto da Pietro Abbadessa e Giuseppe B. Portale, Milano, II, 2016, 3135 ss.
- TOMBARI, *La tutela dei soci nel gruppo di società* in *RDS*, I, 2016, 115 ss.
- TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.
- TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi d'impresa (Contratto di "coordinamento gerarchico", "contratti di servizio" infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)*, Studio CNN 248-2009/I, reperibile su www.notariato.it
- TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)* in *Riv. soc.*, 2009, 122 ss.
- TOMBARI, *Governo dell'impresa e sistema dualistico nelle società cooperative* in *AGE*, II, 2008, 399 ss.
- TOMBARI, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)* in *Giur. comm.*, 2007, 739 ss.
- TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese* in *Giur. comm.*, I, 2004, 61 ss.
- TONELLI, *La riforma delle BCC del 2016: nuove (?) forme di integrazione tra imprese cooperative bancarie e vecchi sistemi*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 127 ss.
- TROIANO, *Le misure urgenti di intervento sulle banche popolari: limite dimensionale e governance*, in *La Riforma delle Banche Popolari*, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2015, 73 ss.
- VALZER, *Art 2497 c.c.*, in *Le società per azioni*, diretto da Pietro Abbadessa e Giuseppe B. Portale, Milano, II, 2016, 3008 ss.;
- VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011.
- VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, Padova, III, 2006, 831 ss.
- VARIAN, *Monitoring agents with other agents*, CREST Working paper, n. 89-18, June 1989.
- VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri* in *Riv.soc.*, II-III, 2016, 363 ss.
- VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958.
- VERZARO - TORRE, *Il sistema del credito cooperativo*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 171 ss.
- VITERBO, *Il contratto di coesione: flessibilità del modello e margini di esercizio di autonomia*, bozza di relazione contenuta in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo*, 2017, 141 ss.
- WILLIAMSON, *L'organizzazione economica*, Bologna, 1991.

ZOPPINI, *Profili della mutualità di gruppo*, in *Il nuovo diritto societario*, in Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, Padova, IV, 2007, 1099 ss.

ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)* in *Riv. soc.*, 2005, 439 ss.

ZOPPINI, *Il nuovo diritto delle società cooperative: un'analisi economica* in *Riv. dir. civ.*, 2004, 439 ss.

ZAMAGNI, *Cooperazione di credito e sviluppo civile: come esaltare il potenziale identitario delle BCC*, in *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, a cura di Alessandra Carretta, Bologna, 2011, 235 ss.

GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 19 luglio 2016, c-526-14, reperibile su www.diritto bancario.it.

Cour cass., 3 aprile 1990, in *Rev. soc.*, 1990, 625 ss.

Cour cass., 4 febbraio 1985, in *Rev. trim. dr. com.*, 1985, 827 ss.;

Cass., 7 settembre 2016, n. 17687.

Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737.

Cass., 12 dicembre 2005, 27387, in *Giur. comm.*, 2007, I, 85 ss.

Cass., 5 febbraio 2009, n. 2745.

Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, II, 329 ss.

Cons. St. (Ord.), 2 dicembre 2016.

Trib. Catania, 26 febbraio 2015 – Pres. Puglisi – Est. L. De Bernardin – Finaria S.p.a. c. Alitalia – Compagnia Aerea Italiana S.p.a., in *Soc.*, I, 2016, 73 ss.

Trib. Milano, 22 settembre 2015, n. 40552.

Trib. Bologna, 11 marzo 2014, n. 899, in *Giur. comm.*, V, 2015, 1072 ss.

Trib. Milano (ord.), 28 novembre 2014, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Trib. Roma, 14 maggio 2014, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Trib. Rimini, 12 novembre 2014, n. 1287, in *Bbt*, VI, 2016, 596 ss.;

Trib. Milano, 28 febbraio 2012, in *Giur. it.*, 2585;

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 31 maggio 2012, in *Bbt*, II, 2014, 61 ss.

Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, 3184;

Trib. Palermo, 3 giugno 2010, in *Foro it.*, III, 2011, 931.

Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Riv. dir. priv.*, II, 2009, 115;

Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Foro it.*, I, 2008, 2326.

Trib. Catania, 26 novembre 2001 (decr.), in *Giur. comm.*, 2002, II, 467 ss.

ULTERIORI MATERIALI

AGSTNER - BORDIGA, *Legge sulle società per azioni della Repubblica Federale Tedesca*, Milano, 2014.

AZZI, *Seminario istituzionale sulle tematiche relative alla riforma del settore delle banche di credito cooperativo*, Intervento presso il Senato della Repubblica Roma, 15 ottobre 2015.

BANCA CENTRALE EUROPEA, Parere del 24 marzo 2016 sulla riforma delle banche di credito cooperativo, su un sistema di garanzia per cartolarizzazione delle sofferenze e sull'autorizzazione dei fondi d'investimento alternativi a investire in crediti (CON/2016/17), reperibile su www.ecb.europa.eu.

BANCA D'ITALIA, *Che cosa cambia nella gestione delle crisi bancarie*, Roma, 8 luglio 2015, reperibile sul sito della Banca d'Italia.

BARBAGALLO, *Misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo e altre misure in materia bancaria*, audizione presso la Commissione VI (Finanze) della Camera dei Deputati, 1 marzo 2016.

BARBAGALLO, l'intervento presso la Fondazione Italiani Europei, *La riforma del Credito Cooperativo nel quadro delle nuove regole europee e dell'Unione bancaria*, 21 marzo 2016, reperibile sul sito della Banca d'Italia.

BARBAGALLO, *Seminario istituzionale sulle tematiche relative alla riforma del settore delle banche di credito cooperativo*, Intervento presso il Senato della Repubblica Roma, 15 ottobre 2015.

BARBAGALLO, *Il rapporto tra BCE e Autorità Nazionali nell'esercizio della vigilanza*, relazione presentata al convegno "Unione bancaria: istituti, poteri e impatti economici" tenutosi presso l'Università LUISS Guido Carli il 26 febbraio 2014.

BINDELLI, *Riforma Bcc si rischia svendita ai grandi gruppi internazionali*, 1 febbraio 2016, reperibile su www.wallstreetitalia.com.

CIRCOLARE N. 285/2013, recante le Disposizioni di vigilanza per le banche emanate da Banca d'Italia, ivi compreso l'ultimo aggiornamento attualmente in consultazione, integralmente sostitutivo delle disposizioni contenute nel Titolo VII, Capitolo 1, della Circolare n. 229/1999.

ZAPPONINI, *Bcc, tutti i dettagli sulla competizione fra Iccrea e Cassa Centrale*, 30 marzo 2017, reperibile su www.leformiche.net.