

DIRITTO COMMERCIALE INTERNO E INTERNAZIONALE

GIULIA RUGOLO

**LA DIREZIONE UNITARIA
NEL GRUPPO BANCARIO
COOPERATIVO**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Il gruppo bancario cooperativo. Piano dell'indagine.

1. *Il gruppo bancario cooperativo. Piano dell'indagine.* – È noto che il legislatore del 2016¹ abbia rivoluzionato il settore bancario del credito cooperativo², *obbligando* le banche di credito cooperativo – tranne che non ricadano nel territorio dell'Alto Adige³ – ad aderire ad un gruppo di

¹ Il riferimento è alla legge, 8 aprile 2016, n. 49, di conversione del decreto legge 14 febbraio 2016, n. 18, che ha introdotto, nel testo unico bancario, gli artt. 37-*bis* e 37-*ter*.

² Il presente lavoro non si occupa delle banche popolari; sicché, ogni riferimento al credito cooperativo e alla rete bancaria cooperativo, è da intendersi circoscritto alle banche di credito cooperativo. Per un quadro sulla riforma delle banche popolari, cfr., fra gli altri, FIENGO, *Mutualità*, 407 ss.; FIMMANÒ, *Inefficienze e vulnerabilità*, 81 ss.; MIRONE, *Statuto*, 211 ss.; POLI, 302 ss.; ROMANO, *Trasformazione di banca popolare*, 190 ss.; in giurisprudenza, in ordine all'incostituzionalità della riforma per eliminazione del diritto di recesso del socio, v. Corte Costituzionale, 21 marzo 2018, n. 99.

³ Invero, con la legge 17 dicembre 2018, n. 136, di conversione del d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, il legislatore, pur con il “temperamento” introdotto con la legge 17 febbraio 2017, n. 15 (di conversione del d.l. 23 dicembre 2016, n. 237), accorda alle banche di credito cooperativo aventi sede legale nelle province autonome di Trento e Bolzano la facoltà di adottare, in alternativa alla costituzione di un gruppo bancario cooperativo, il sistema di tutela istituzionale, in coerenza con quanto previsto dall'art. 113, paragrafo 7, Regolamento UE n. 575/2013. In conseguenza, nel settore del credito cooperativo italiano, si delinea lo scenario per cui, da un lato, le banche di credito cooperativo aventi sede legale nelle province autonome di Trento e Bolzano possono scegliere (i) se costituire autonomi gruppi bancari composti solo da banche aventi sede e operanti esclusivamente nella medesima provincia autonoma, che comunque non abbiano più di due sportelli siti in province limitrofe, tra cui la corrispondente banca capogruppo, costituita in forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata; o (ii) se adottare il sistema di tutela istituzionale di cui all'art. 113, paragrafo 7, Regolamento UE n. 575/2013 (cioè, l'I.P.S.); dall'altro, tutte le altre banche di credito cooperativo, per continuare ad esercitare l'attività bancaria attraverso il modello della “*governance* cooperativa”, devono costituire uno (o più di un) gruppo bancario cooperativo, a carattere “nazionale”.

società, denominato “gruppo bancario cooperativo”, per continuare (o iniziare) ad esercitare l’attività bancaria in forma cooperativa (c.d. “Bcc affiliate”)⁴. In questo gruppo tra la controllante, costituita in forma di società per azioni, e le Bcc affiliate si instaurano, per il tramite del *contratto di coesione* e del collegato *accordo di garanzia, relazioni giuridiche e finanziarie* di tipo *top-down*, seppur in presenza di una struttura di gruppo di matrice *bottom-up*⁵ (c.d. a piramide invertita).

La rivoluzione attuata dagli artt. 37-*bis* e 37-*ter* t.u.b., come applicati dalle Disposizioni di vigilanza⁶, è bene evidenziata dal fatto che al verti-

⁴ Si consideri in tal senso che: (i) l’adesione a un gruppo bancario cooperativo è condizione per il rilascio dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo, con conseguente impossibilità, in mancanza, di dar corso all’iscrizione nell’albo delle società cooperative di cui all’art. 2512, secondo comma, c.c. (art. 33, commi 1-*bis* e 1-*ter*, t.u.b.); (ii) in caso di recesso o esclusione da un gruppo cooperativo, previa autorizzazione rilasciata dalla Banca d’Italia avendo riguardo alla sana e prudente gestione, la Bcc esclusa o recedente può solo deliberare, alternativamente, la trasformazione in società per azioni o, in mancanza, la liquidazione (art. 36, comma 1-*bis*, t.u.b.); (iii) la possibilità di trasformazione in società per azioni è consentita solo alle banche di credito cooperativo di più rilevanti dimensioni (cioè con oltre duecento milioni di patrimonio) e, comunque, è assoggettata all’obbligo di devoluzione del patrimonio sociale ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione ex art. 17 legge 23 dicembre 2000, n. 388 (art. 150-*bis*, comma 5, t.u.b.); (iv) l’obbligo di devoluzione del patrimonio sociale di cui all’art. 150-*bis*, comma 5, t.u.b. si applica anche in caso di liquidazione, fusione, cessione di rapporti giuridici in blocco e scissione; ma non nell’ipotesi in cui la Bcc opti per il conferimento della propria azienda bancaria ad una società per azioni, anche di nuova costituzione, autorizzata all’esercizio dell’attività bancaria, purché la banca istante o, in caso di istanza congiunta, almeno una delle banche istanti possieda, alla data del 31 dicembre 2015, un patrimonio netto superiore a duecento milioni di euro, come risultante dal bilancio riferito a tale data, su cui il revisore contabile abbia espresso un giudizio senza rilievi. In tal ultima ipotesi, la Bcc conferente deve versare al bilancio dello Stato, all’atto del conferimento, un importo pari al venti per cento del predetto patrimonio netto. Sulle modalità di *way out* e, in particolare, sull’obbligo di devoluzione del patrimonio sociale della Bcc, la Corte di Cassazione, con ordinanza n. 13484 del 2 luglio 2020, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2, commi 3-*bis* e 3-*ter*, d.lgs. n. 18/2016, convertito con modificazioni nella l. n. 49/2016, per contrasto con gli artt. 3, 41, 45, 47 e 53 cost. Con sentenza n. 49 del 9 luglio 2021, la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate: sul punto, v. CAPRIGLIONE-SEPE, *Le bcc*; GESMUNDO, 2 ss.; in argomento, v., anche, CIOCCA, 33 ss.

⁵ Per l’analisi dei diversi modelli di reti bancarie cooperative, anche in una prospettiva comparatistica, v., *infra*, Capitolo Secondo, § 1 ss.

⁶ Per esigenze di semplificazione, nel prosieguo nel lavoro, si impiegherà la locuzione “norme regolamentari” per indicare, sebbene in modo atecnico, in quanto trattasi evi-

ce del gruppo bancario cooperativo vi è una società per azioni che, sebbene costituita dal “basso” per risolvere i (paventati) problemi delle banche di credito cooperativo⁷ e dalle stesse partecipata in misura maggioritaria, è dotata per contratto di un potere di direzione unitaria che si presenta pregnante, invasivo e specifico⁸ tanto da non trovare riscontro, per alcuni profili, né sotto il profilo strutturale né sotto quello funzionale, nel potere di direzione unitaria esercitato, nel gruppo di fatto o nel gruppo bancario ordinario, attraverso l’influenza dominante attribuita dal controllo partecipativo *ex art.* 2359 c.c. e art. 61 t.u.b.

Già nella fase dei lavori preparatori, una parte della dottrina aveva evidenziato come questa scelta legislativa – quella cioè dell’affiliazione delle banche di credito cooperativo ad un “organismo centrale” dotato di funzioni di coordinamento e controllo⁹ – non fosse, a ben guardare, imposta dalla necessità di consentire il rafforzamento patrimoniale delle banche di credito cooperativo¹⁰; e, comunque, obliterasse le specificità strut-

dentemente di atti amministrativi, le Disposizioni di vigilanza adottate, in attuazione degli artt. 37-*bis* e 37-*ter* t.u.b., con il 19° aggiornamento della Circolare n. 285 del 2 novembre 2013.

⁷ Per un quadro sul problema delle banche di credito cooperativo prima della riforma del 2016, cfr., *ex multis*, BARBAGALLO, *Il credito cooperativo*, 8 ss.; ID., *La riforma*, 222 ss.; ID., *Le banche locali*, 2 ss.; ID., *Misure urgenti*, 3 ss.; DI COLLI-DI SALVO-LOPEZ, 2 ss. Sul deterioramento della qualità dei prestiti e sulle difficoltà per le Bcc di smaltire i crediti deteriorati, v., nello specifico, BARBAGALLO, *Le banche locali*, 3 ss.; SANTAGATA, “*Coesione*” ed *autonomia*, 431 s.; nonché, per una lettura diversa, SABBATELLI, *Crediti deteriorati*, 96 ss.

⁸ Cfr., ad es., VISCO, *Intervento*, 7, per il quale «le capogruppo devono esercitare con determinazione i poteri di intervento che il nuovo quadro normativo gli riconosce, affrontando in modo incisivo le problematiche delle BCC con debolezze strutturali».

⁹ Parla di “organismo centrale” per designare la struttura posta al “vertice” delle banche di credito cooperativo il Regolamento UE n. 575/2013 del 26 giugno 2013, come integrato dal Regolamento delegato UE n. 241/2014 della Commissione, del 7 gennaio 2014.

¹⁰ Per SEPE, *I nodi irrisolti*, 55 ss., «la riforma sarebbe potuta essere meno incisiva (con riguardo alla limitazione dell’autonomia delle BCC aderenti al gruppo) o lasciare aperta la strada ad altri modelli maggiormente flessibili pure riconosciuti dalla normativa dell’Unione europea», quale: l’*Institutional Protection Scheme* (I.P.S.) – previsto dall’art. 113, par. 7, del Regolamento UE n. 575/2013 – o la possibilità di consentire (attraverso l’introduzione del contratto di dominio) l’ingresso di banche di credito cooperativo in gruppi bancari ordinari. Per l’Autore la preferenza accordata al gruppo bancario cooperativo fortemente integrato è da ricercare nell’esigenza di «completare il processo di trasferimento alla BCE della vigilanza sulla maggioranza del sistema bancario italiano»; e si caratterizza per un “reflusso di dirigismo”, stridente con il principio di libertà d’iniziativa economica. *Contra*, ad es., SABBATELLI, *Crediti deteriorati*, 96 ss. il quale

turali, operative e territoriali di questi intermediari¹¹, cancellando, di fatto, il modello di “*governance* cooperativa” basata sul consenso¹².

La novella legislativa, però, in linea con l’impostazione dottrinale favorevole a riformare il credito cooperativo accordando preferenza ad un modello di gruppo bancario cooperativo fortemente integrato¹³ – e della quale, anzi, rappresenta, seppur con temperamenti, un’importata accreditamento –, introduce gli artt. 37-*bis* e 37-*ter* t.u.b. espressamente rubricati «Gruppo bancario cooperativo» e «Costituzione del gruppo bancario cooperativo»; nonché, proseguendo nella medesima direzione, modifica tutta un’altra serie di disposizioni del testo unico bancario sempre nella logica

nota che la riforma del 2016 sia intervenuta in un momento in cui la redditività delle Bcc era negativa.

¹¹ In questo senso, fra gli altri, CAPRIGLIONE, *Per un nuovo*, 12 s. In particolare, l’Autore osserva che «la riforma è destinata a riflettersi in maniera negativa sulla specificità cooperativa e, dunque, sull’essenza valoriale che da sempre ha connotato l’attività svolta dalle BCC. Conseguentemente si assisterà alla perdita del carattere localistico di tali banche (...). Si attenua, nella migliore delle ipotesi, il ruolo tipicamente proprio delle BCC, quali «agenti integratori» dei distretti industriali, destinati a supportare finanziariamente le PMI»; nonché che l’essenza valoriale – che, fino ad oggi, è stata alla base della cooperazione di credito – «appare ora destinata a vacillare essendo affidata a «colossi dai piedi d’argilla»». Così, anche, MACRÌ, *Bcc e mutualità*, 877 ss.; MICCÙ, 64; PELLEGRINI, *L’ipotesi*, 86 s.; SEPE, *I nodi irrisolti*, 52 ss.; TROIANO, *La riforma delle bcc*, 183 ss.; e, in termini ancora più forti, ONIDA, 237 s. e 238 ss., il quale afferma che la riforma «è una minaccia mortale all’esistenza stessa e alle caratteristiche proprie delle banche di credito cooperativo», tanto da auspicare l’intervento della Corte Costituzionale (quantomeno) per «accertare e rivendicare i diritti violati delle BCC e dei loro soci». Sulla riforma del 2016, v., anche, *infra*, Capitolo Primo, § 1 ss.

¹² Per SEPE, *I nodi irrisolti*, 53 ss., il legislatore della riforma ha reso il modello di “*governance* cooperativa” basato sul consenso, cioè sul voto capitario: (a) subalterno rispetto al modello della società per azioni basato sulla proprietà; (b) accessibile solo alle banche di credito cooperativo che acconsentono a porsi sotto la direzione e il coordinamento di una società per azioni attraverso la sottoscrizione del contratto di coesione. A ciò aggiungasi – nota ancora l’Autore citato – che, in esito all’intervento normativo del 2015 concernente le banche popolari (d.l. n. 3/2015, convertito nella legge n. 33/2015), tale modello di *governance* risulta ora fruibile solo dalle banche popolari con attivi inferiori agli otto miliardi di euro e, quindi, confinato alla “piccola e medio piccola dimensione”.

¹³ BARBAGALLO, *La riforma*, 2 ss., nota che la riforma del 2016 mira a: (a) confermare il ruolo di banche di credito cooperativo quali banche delle comunità e dei territori; (b) migliorare la qualità della *governance* bancaria, semplificandone l’organizzazione interna; (c) assicurare una più efficiente allocazione delle risorse all’interno del sistema; (d) consentire il tempestivo reperimento di capitale in caso di tensioni patrimoniali, anche attraverso l’accesso a capitali esterni al mondo cooperativo; (e) garantire l’unità del sistema per accrescerne la competitività e la stabilità nel medio-lungo periodo.

dell'affiliazione (*alias*, dell'accentramento delle funzioni) delle banche di credito cooperativo (in capo) alla controllante attraverso lo strumento del contratto di coesione¹⁴. La concreta attuazione di tali disposizioni è rimessa poi alla Banca di Italia, sollecitata principalmente ad enucleare il contenuto minimo¹⁵ e necessario del *contratto di coesione astratto*, cui il *contratto di coesione concreto* deve conformarsi¹⁶.

Di riflesso, in dottrina, si è da subito ravvivato il dibattito sull'ammissibilità nel nostro ordinamento del contratto di dominazione di matrice tedesca¹⁷, nella variante forte¹⁸ o debole¹⁹.

¹⁴ Come si dimostrerà nel corso del lavoro, nonostante il nome *iuris* ad esso assegnato, il c.d. contratto di coesione non è un contratto in senso proprio (cioè, una manifestazione di autonomia privata fondata sulla volontà delle parti di concludere un accordo per costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici di carattere patrimoniale, avente una causa, un oggetto e, nei casi previsti dalla legge, una forma particolare), ma piuttosto una sorta di regolamento normativo, delineato nel suo contenuto (apparentemente) minimo dal legislatore e dall'Autorità di Vigilanza, che deve essere sottoscritto dalle banche di credito cooperativo, pena, se già esistenti e non abbiano un patrimonio superiore a duecento milioni, la messa in liquidazione, e per quelle di nuova costituzione, l'impossibilità di ottenere la licenza bancaria.

¹⁵ Parla di contenuto minimo del contratto di coesione, VITERBO, 152 ss.

¹⁶ Per esigenze di semplificazione, nel prosieguo del lavoro, si impiegheranno le locuzioni "contratto di coesione astratto o contratto di coesione tipo" e "contratto di coesione concreto" per indicare, rispettivamente, il "tipo" di contratto di coesione delineato da Banca di Italia nelle Disposizioni di vigilanza e il contratto di coesione adottato dall'autonomia privata (cioè, dal GBC Cassa Centrale Banca e dal GBC Iccrea).

¹⁷ Com'è noto, ai sensi dei § 291 ss. *AktG*, il contratto di dominio (o di dominazione o *Beherrschungsvertrag*) è il contratto di impresa in forza del quale la società capogruppo acquista il diritto di impartire alle società dipendenti direttive anche pregiudizievoli per queste ultime, senza alcuna necessità di un c.d. vantaggio compensativo, essendo previste, sia nel momento della conclusione del contratto sia in quello dell'esecuzione, garanzie alternative a favore della società dipendente, dei suoi soci e dei suoi creditori. Sul punto, cfr., anche per i numerosi riferimenti bibliografici, EMMERICH-HABERSACK, 195 ss.; e, nella dottrina italiana, ABBADESSA, *Rapporto di dominio*, 545 ss.; ID., *I gruppi di società*, 103 ss.; ANGELICI, *Notarelle*, 385 ss.; CAMPOBASSO G.F., *Controllo societario*, 785 ss.; CARIELLO, *Aktionaerskonsortium*, 759 ss.; LAMANDINI, *Il controllo*, 180 ss.; MARCHETTI, *Sul controllo*, 1547 ss.; MUSSO, 19 ss.; RORDORF, *I gruppi*, 538 ss.; SPADA, 2175 ss.; TOMBARI, *Il gruppo di società*, 278 ss.; ID., *Autonomia privata*, 3; ID., *Diritto*, 179 ss.; TONELLO, 1078 ss.; VALZER, *Il potere di direzione*, 842 ss., ove, in nt. 22, anche ulteriori riferimenti alla dottrina tedesca.

¹⁸ Nel classico dibattito sull'ammissibilità di tale figura contrattuale nel nostro ordinamento, prevale la tesi negativa, fondata, da una parte, sull'assetto strutturale e regolamentare del diritto societario (es. l'indisponibilità dell'interesse imprenditoriale, dell'autonomia gestionale e decisionale degli organi sociali e la *causa societatis* delle controlla-

Questo dibattito si è incentrato principalmente sul se il contratto di coesione sia riconducibile ad una delle due figure negoziali e, stante la pregnanza dei poteri di direzione unitaria *minimi* assegnati alla controllante, su quale sia il grado di autonomia giuridica che residua in capo alle Bcc affiliate.

Molteplici sono state le posizioni prese, divise tra diverse letture alternative, tese a ricondurre il contratto di coesione: l'una ad un contratto ibrido²⁰;

te) e, dall'altra, sull'assenza di un fondamento normativo e, dunque, di una puntuale disciplina, specie a tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle società dominate e in ordine al regime di pubblicità (prevista invece nell'ordinamento tedesco): in questo senso, cfr. ABBADESSA, *Rapporto di dominio*, 545 ss., ribadendo le conclusioni già raggiunte in ID., *I gruppi di società*, 103 ss.; CAMPOBASSO, *Gruppi e gruppi bancari*, 740 e s.; ID., *Controllo societario*, 798 s.; ID., *Organizzazione di gruppo*, 560 s.; SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese*, 99 ss. Detto altrimenti, l'obiezione principale è che con il contratto di dominazione la pluralità delle società costituenti il gruppo resta solo nominativa, diventando la società dominata una sorta di organo della società dominante, con conseguente «alienazione del governo societario»: SPADA, 2175 ss.

¹⁹ È risaputo che il contratto di dominio debole (o di coordinamento gerarchico) è il contratto diretto a costituire un gruppo gerarchico ovvero il diritto della capogruppo di esercitare l'attività di direzione, coordinamento e controllo sulle società del gruppo impar-tendo direttive vincolanti (e se, “compensate”, anche pregiudizievoli) agli amministratori delle società controllate, col limite sia del costante rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale di cui agli artt. 2497 e ss. c.c., sia dell'assenza di traslazione integrale (e, quindi, dell'esautorazione totale) del governo della società dominata. Per la dottrina prevalente, tale contratto di dominio debole ha trovato un fondamento normativo nell'art. 2497-septies c.c. [così, CERRATO, 147; MONTALENTI, *Direzione*, 330 ss.; PORTALE, *Rapporti fra assemblea*, 31; RORDORF, *I gruppi*, 68 s.; TOMBARI, *Diritto*, 181 ss.; VALZER, *Il potere di direzione*, 870. *Contra*, SANTAGATA, *Autonomia privata*, 799 ss.] e, con precipuo riferimento alle società cooperative, nell'art. 2545-septies c.c. [così, BITOSSI-STAGHELLINI, 349 s.; TOMBARI, *Società cooperative*, 740 ss. *Contra*, SANTAGATA, *Il gruppo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-septies c.c.)*, 532 s., nt. 18; ID., *Dai gruppi (bancari)*, 91 ss.]. Per contro, una parte, ormai minoritaria, della dottrina continua a riconoscere la validità di siffatto contratto di dominio debole sul presupposto che «la presunta debolezza del dominio non avrebbe scongiurato il rischio che l'indirizzo imposto per via contrattuale potesse risolversi in un considerevole sacrificio dell'economicità della gestione della dominata»: SANTAGATA, *Autonomia privata*, 802 ss.

²⁰ Così, SANTAGATA, *Dai gruppi (bancari)*, 98 s., ritiene che il contratto di coesione abbia una natura ibrida e funga da «“regolamento di gruppo” volto a favorire una concertazione delle direttive strategiche, anche tramite le «assemblee territoriali», nel rispetto sì delle istanze della vigilanza prudenziale, ma al contempo dell'autonomia gestionale e dello scopo mutualistico perseguito dalle BCC associate, specie se virtuose: la cui sovranità è ora dal legislatore esplicitamente preservata da ingiustificate o sproporzionate ingerenze della “capogruppo”». Nello stesso senso, ACCETTELLA, 58, per cui il contratto di coesione è un contratto ibrido; AGSTNER, 24 ss.; GIANNELLI, 83; e, TONELLI, 128 ss.

l'altra ad un contratto di collegamento paritetico *sui generis*²¹; l'altra ancora ad un contratto di dominio debole²²; un'altra infine ad una fattispecie che realizza una particolare figura di controllo (es. da credito cooperativo o atipico)²³.

Specularmente, gli interpreti si sono divisi anche sulla riconducibilità del gruppo bancario cooperativo al modello del gruppo gerarchico o del gruppo paritetico – nonché sulla sussumibilità di tale figura nel gruppo bancario ordinario o nel gruppo cooperativo paritetico –, propendendo, alcuni, per la prima²⁴, altri per la seconda²⁵, altri ancora

²¹ In questo senso, SACCO GINEVRI, *I rapporti*, 376 ss.; ID., *La nuova regolazione*, 205 ss., ove l'Autore parla di contratto di dominio debole diverso dai contratti di dominio previsti dall'*Aktiengesetz*.

²² Cfr., CAPRIGLIONE, *Per un nuovo*, 14 s., per il quale «è evidente la natura *sui generis* del contratto in parola, nel quale i penetranti poteri di direzione esterna riservati alla *holding*, di certo valgono a differenziarlo rispetto al modello codicistico definito nell'art. 2545-*septies*. (...) esso appare chiaramente ispirato al "contratto di dominio" disciplinato dai paragrafi 291 e ss. della legge azionaria tedesca (*Aktiengesetz*), atteso che come in quest'ultimo è data facoltà alla capogruppo di impartire alle società affiliate direttive pregiudizievoli per queste senza accordare alcun vantaggio compensativo». Questa conclusione è ribadita da CAPRIGLIONE-SACCO GINEVRI, 399 s.). In questo senso, v. anche MACRÌ, *Bcc e mutualità*, 873; LAMANDINI, *Il gruppo bancario*, 669 e 684 ss.; PAOLONI, 839 ss.; SABBATELLI, *La riforma*, 112 ss.; SANTORO, 377; SEPE, *I nodi irrisolti*, 54 ss., spec. 68, il quale, puntando l'accento sulla garanzia in solido e reciproca tra le Bcc e la capogruppo, riconduce questo contratto al contratto a favore di terzo.

²³ Cfr. BODELLINI, *Attività bancaria*, 224 ss.; CUOMO, 168 ss., il quale ravvisa nella fattispecie in esame una forma di controllo societario da credito e, più precisamente, un'«attività di eterodirezione da credito (su base contrattuale e statutaria)»; FORMISANI, 184 ss., secondo cui il contratto di coesione genererebbe una dipendenza della Bcc associata rilevante ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c.

²⁴ Per questa tesi, v. SACCO GINEVRI, *Le dinamiche di governance*, 253, per cui il contratto di coesione «realizza un coordinamento solo apparentemente paritetico, atteso che esso – pur mutuando taluni connotati del modello codicistico contenuto nell'art. 2545-*septies* cod. civ. – presenta aspetti di originalità particolarmente rilevanti dai quali si desume la specialità di detta fattispecie negoziale»; nonché, SANTORO, 377.

²⁵ Così, CUSA, *I segni distintivi*, 634; SANTAGATA, «*Coesione*» ed *autonomia*, 457 ss.; ID., *Dai gruppi (bancari)*, 98 s., per il quale «la peculiare regolamentazione organizzativa fa assumere (...) al gruppo bancario cooperativo una struttura formale complessa: si da configurare un gruppo paritetico di diritto speciale in costanza di gestione fisiologica delle BCC associate, nel quale si innestano, tuttavia, rapporti gerarchici tra la "capogruppo" e le sole banche cooperative la cui situazione economica e finanziaria richieda, nell'interesse dei loro stessi depositanti ed investitori, l'esercizio di poteri autoritativi a salvaguardia della sana e prudente gestione del gruppo»; TONELLI, 128.

per una terza, *sui generis*, soluzione²⁶.

Come si avrà modo di dimostrare nel corso della presente indagine, la singolarità della direzione unitaria, in uno con l'innovativa struttura organizzativa e funzionale del sodalizio, induce a ritenere che il gruppo bancario cooperativo, lungi dall'essere ricostruibile secondo i classici paradigmi interpretativi e sussumibile nei precedenti sistemi di organizzazione dell'impresa in forma di gruppo, sia un *gruppo gerarchico di matrice contrattuale a geometria variabile*, ove la "variabilità" attiene alla portata del potere di direzione unitaria, la cui "intensità" è inversamente proporzionale, prima che all'efficienza e all'unitarietà della *governance*, alla classe di rischio di appartenenza di ciascuna Bcc affiliata, determinata sulla base delle risultanze dell'*early warning system*.

A ben guardare, infatti, l'attività di direzione unitaria delineata, dal legislatore della novella e dall'Autorità di settore, nel contratto di coesione (e, salvo l'ipotesi di cui all'art. 150-ter, comma 4-bis, t.u.b., non legittimata da vincoli partecipativi)²⁷, consiste non in un "mero" flusso costante di istruzioni e direttive impartite dalla capogruppo (e per essa dal suo organo amministrativo) alle Bcc affiliate (e per esse ai suoi organi direttivi), sulle modalità gestionali, sul reperimento di mezzi finanziari, sulle politiche di bilancio, sulla scelta dei soci, ecc., ma nella gestione indiretta dell'impresa bancaria cooperativa. Invero, nel gruppo bancario cooperativo – diversamente da quanto avviene nel gruppo di fatto e nel gruppo bancario ordinario – l'attività di direzione unitaria si manifesta non solo nella formulazione, nell'attuazione e nel controllo della politica impren-

²⁶ In questo senso, ACCETTELLA, 57 s., per cui il gruppo bancario cooperativo è un «gruppo societario obbligatorio», giacché «l'obiettivo ultimo del legislatore è dunque non semplicemente di autorizzare la costituzione del gruppo, bensì di provocarne la nascita, dal momento che non può esistere una bcc senza che essa faccia parte di un gruppo»; MICIELI, 480 ss. e 490 s., per cui «il gruppo cooperativo che si viene a delineare in forza di un contratto di coesione rappresenta una tipologia di gruppo non pienamente assimilabile al gruppo gerarchico ma, a ben vedere, nemmeno a quello cooperativo paritetico»: si tratta invero di una «fattispecie di controllo "atipica" da parte della società capogruppo e, attraverso essa, delle competenti Autorità di Vigilanza»; PELLEGRINI, *L'ipotesi*, 82; PINTO, 487 s., per cui «il gruppo bancario cooperativo non si esaurisce in un mero strumento di coordinamento fra più imprese, ma integra una nuova forma di organizzazione di un'impresa bancaria plurima, con caratteristiche *sui generis*, difficilmente riducibili a schemi organizzativi già noti all'ordinamento».

²⁷ Sul punto, v., *infra*, Capitolo Terzo, § 24.

ditoriale di direzione strategica e di coordinamento delle imprese delle Bcc affiliate; ma anche nella pianificazione, nella programmazione, nell'organizzazione e nella gestione diretta dell'attività creditizia e dell'assetto strutturale e funzionale delle Bcc affiliate, sia sotto il profilo imprenditoriale sia sotto quello aziendale; nonché, evidentemente, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza prudenziale.

Questa attività di eterodirezione – definibile come *strategica* e di *dettaglio*, che, in sostanza, si risolve in una sorta di gestione indiretta (e, in alcuni casi, diretta delle Bcc affiliate) – rileva per le Bcc affiliate come ciò che connota la loro posizione nell'ambito del gruppo bancario cooperativo e, tramite questo, nel mercato, costruendola in termini di “sudditanza” alla capogruppo. Conformemente alla portata del potere di direzione unitaria, la posizione di sudditanza delle Bcc affiliate alla controllante – che si esprime nella compressione e/o nell'esautorazione loro autonomia organizzativa e gestionale e che le impedisce di concorrere, anche attraverso i luoghi formalmente deputati a ciò (ossia, le c.d. assemblee territoriali), alla creazione di una volontà comune²⁸ – “varia” in base alla rischiosità di ciascuna di esse e alle evenienze da fronteggiare, accrescendosi in relazione alle Bcc affiliate classificate come “peggiori”.

Orbene, nel contesto così delineato, il fine specifico del lavoro è analizzare il potere di direzione unitaria attribuito dal contratto di coesione alla capogruppo, per verificare come questo potere si declini e si inveri nelle relazioni giuridiche e finanziarie da esso instaurate tra la capogruppo e le Bcc affiliate, anche sotto il profilo patologico, differenziandosi, per tal via, dal corrispondente potere di direzione unitaria attribuito alla controllante di un gruppo di fatto o di un gruppo bancario ordinario. Questo fine è perseguito sviluppando l'indagine in tre capitoli.

In primo luogo, lo studio si concentrerà sul potere di direzione unitaria come costruito dal contratto di coesione, analizzandone gli aspetti che lo caratterizzano, rendendolo peculiare e singolare, specie se raffrontato con il potere di direzione unitaria esercitabile negli altri gruppi di società. A tale scopo, si prenderanno in esame il *contratto di coesione tipo* predisposto dall'Autorità di vigilanza, nonché i *contratti di coesione concreti* adottati dalla prassi.

²⁸ V., *infra*, Capitolo Secondo, § 7.

Nel secondo capitolo, prima di entrare nel vivo dell'indagine sulla *portata* e sul *ruolo* della direzione unitaria, si raffronterà il potere di eterodirezione della capogruppo italiana con quello esercitabile dagli altri organismi centrali nelle principali reti bancarie cooperative europee (tedesca, austriaca, francese, finlandese e olandese), per verificare come detto potere si iscriva in tale panorama.

Nel terzo capitolo – alla luce del quadro comparatistico e sempre nella prospettiva così eletta del confronto tra il potere di direzione unitaria assegnato *ex contractu* alla controllante nel gruppo bancario cooperativo e quello esercitato in forza di vincoli partecipativi dalla capogruppo nel gruppo di fatto e nel gruppo bancario ordinario –, si analizzerà il funzionamento (fisiologico e patologico) del “governo” del gruppo bancario cooperativo.

In particolare, nella prima sezione del terzo capitolo, si presterà specifica attenzione al contenuto, alla portata, ai caratteri e alle modalità di esercizio del potere di direzione unitaria, verificando come tale potere incida sulla gestione dell'impresa cooperativa (e lucrativa) organizzata in forma di gruppo gerarchico a geometria variabile e quali siano i conflitti (e le soluzioni) che innesca all'interno del sodalizio, analizzando altresì la nuova dimensione della mutualità che la disciplina schiude.

Nella seconda sezione del terzo capitolo, il discorso si concentrerà sui poteri che la capogruppo esercita sulle Bcc affiliate, con intensità graduata in funzione dell'autonomia (modulata e residua) delle stesse. Si avrà riguardo, più nel dettaglio, all'assetto strutturale della capogruppo e delle Bcc affiliate e alle relazioni, giuridiche-organizzative, fra la controllante e le altre società del gruppo e fra la prima e l'organo amministrativo delle seconde, derivanti dalla programmazione normativa e contrattuale della direzione unitaria, nelle quali si esplica l'esercizio del potere di direzione e coordinamento, con intensità graduata in rapporto alla “virtuosità” delle Bcc affiliate, in un difficile equilibrio con la loro (residua) autonomia.

Nella terza sezione del terzo capitolo, il discorso si incentrerà sul momento dinamico (e patologico) del potere di direzione e coordinamento e, di qui, in specie, sul ruolo della capogruppo nella gestione dei conflitti interni e delle crisi di gruppo. Si cercherà, cioè, da un lato, di enucleare e trattare i profili problematici che l'emersione di conflitti interni e di crisi del gruppo – occasionati, in specie, dalla violazione delle direttive vincolanti della capogruppo e delle altre prescrizioni del contratto di coesione

– determina sulla struttura, sul fondamento e, in definitiva, sulla tenuta “tipologica” del gruppo bancario cooperativo; dall’altro, di analizzare le sanzioni e le tecniche negoziali rimediali previste dal contratto di coesione attuabili dalla capogruppo per prevenire o comunque comporre i predetti conflitti.

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA DELLA DIREZIONE UNITARIA NEL GRUPPO BANCARIO COOPERATIVO

SOMMARIO: 1. Premessa. Introduzione al problema. – 2. *Segue*. Precisazioni preliminari sulla struttura del gruppo bancario cooperativo e sulle relazioni giuridiche e finanziarie che il contratto di coesione e il collegato accordo di garanzia instaurano tra la capogruppo e le Bcc affiliate. – 3. L'impostazione del problema: il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del potere di direzione unitaria. – 4. Lo "statuto minimo" del potere di direzione unitaria: la ricognizione delle fonti. Le norme primarie. – 5. *Segue*. Le norme di vigilanza regolamentare. Una prima conclusione. – 6. L'effetto della forte contrattualizzazione della direzione unitaria: l'accentramento delle funzioni delle Bcc affiliate in capo alla controllante. – 7. *Segue*. Il ruolo della capogruppo alla luce del contratto di coesione. – 8. Il potere di direzione unitaria come perno attorno a cui costruire il gruppo bancario cooperativo quale gruppo gerarchico a geometria variabile.

1. *Premessa. Introduzione al problema.* – La riforma del 2016 ha introdotto nell'ordinamento italiano l'inedita e innovativa disciplina del gruppo bancario cooperativo¹. Detta disciplina segna un mutamento di pro-

¹ Parla espressamente del gruppo bancario cooperativo come modello inedito, AZZI, 26. Per un quadro sulla riforma del 2016, cfr., fra gli altri, BINDELLI, *La governance*, 1 ss.; ID., *La riforma*, 1 ss.; BODELLINI, *Localismo*, 1 ss.; BUTZBACH-DESIATO-ROTONDO, 30 ss.; FIORDIPONTI, 29 ss.; GATTI, 31 ss., con specifico riferimento ai valori ad essa sottesi; GENNARI, 525 ss.; GIACCHÉ, 1 ss.; GUARRACINO, 119 ss., il quale si interroga in particolare sulla sua costituzionalità; MAZZINI, *L'istituto*, 52 ss.; ID., *Un pacchetto*, 52 ss.; PAOLUCCI, 23 ss.; ROSSI, 63 ss.; TROISI, 361 ss.; URBANI, 118 ss.; VISCO, *Banche*, 114 ss.; ID., *Giornata*, 10 s. V., anche, BANCA CENTRALE EUROPEA, *Parere della Banca Centrale Europea del 24 marzo 2016*, 1 ss.; ID., *Parere della Banca Centrale Europea dell'11 settembre 2018*, 1 ss.

spettiva rispetto all'impostazione in materia di gruppi adottata dalla riforma del diritto societario del 2003, atteso che il legislatore del 2016, invece di considerare il gruppo come un "fatto" coincidente con l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, impone alle Bcc, che vogliono continuare o iniziare ad esercitare l'attività bancaria in tale forma giuridica, di concludere, con la società per azioni autorizzata da Banca di Italia², un contratto, c.d. di coesione, costitutivo del gruppo bancario cooperativo, avente ad oggetto l'esercizio della direzione unitaria sulle Bcc affiliate.

Si tratta di un contratto imposto e etero-normato nel contenuto minimo, che fonda, in una prospettiva comparata³, una rete bancaria cooperativa di tipo strategico verticale fortemente integrata; e che innesta tra la capogruppo e le Bcc affiliate relazioni *top-down* secondo un meccanismo costitutivo *bottom-up*. Da tale vincolo contrattuale: (i) sorge il potere di direzione unitaria della capogruppo, il cui esercizio avviene in termini, non fattuali, ma giuridici; (ii) derivano diritti e obblighi per le parti (la capogruppo e le Bcc affiliate) per quanto concerne il compimento di operazioni imprenditoriali, organizzative, gestionali e aziendali.

Questo potere di direzione unitaria si caratterizza per promanare da un vincolo contrattuale (il contratto di coesione) in assenza di una precedente situazione di controllo da attività (*ex art. 2359, n. 1 e 2, c.c.*) o da vincoli partecipativi (*art. 2359, n. 3, c.c.; art. 26, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 127/1991*); e per essere esercitato su soggetti, le Bcc affiliate, che "controllano" – in quanto, di regola, partecipano in misura almeno maggioritaria al capitale della capogruppo – la società che lo esercita (*alias*, la capogruppo). Esso però è così ampio, invasivo e pervasivo che, lungi dal porsi – diversamente da quanto farebbe propendere la genesi dal "basso" del gruppo bancario cooperativo – in una posizione "servente" rispetto agli interessi e alle volontà delle Bcc affiliate, sovrasta le Bcc affiliate, asservendole al "dominio" della capogruppo, cioè della società da esse controllata, ma che a sua volta le controlla.

Come si avrà modo di dimostrare nel corso dell'indagine, il potere di direzione unitaria *ex art. 37-bis t.u.b.* non trova riscontro nel potere di di-

² Cioè, allo stato, con Cassa Centrale Banca – Credito Cooperativo Italiano S.p.A. o con Iccrea Banca S.p.A.

³ V., *infra*, Capitolo Terzo.

reazione unitaria esercitabile negli altri sistemi di organizzazione dell'impresa in forma di gruppo, che si basano sulla naturale evoluzione del controllo da attività (controllo di diritto e controllo di fatto) o su vincoli contrattuali (controllo esterno) o che sussistono in assenza di situazioni di controllo (gruppo paritetico; *interlocking directorates*⁴; contratto di dominazione); sebbene con esso ne condivide il nucleo comune della direzione *strategica* di un'impresa altrui.

Il potere di direzione unitaria in esame non è sussumibile nell'ambito del controllo di diritto, del controllo di fatto e del controllo esterno (cioè nei tre tipi di controllo riuniti nell'art. 2359 c.c.) né è assimilabile al controllo indiretto, inteso come modalità di manifestazione del controllo interno, di diritto o di fatto⁵; e caratterizza il gruppo bancario cooperativo come un "tipo" di gruppo altro rispetto al gruppo di fatto, al gruppo cooperativo paritetico e al gruppo bancario ordinario: *alias*, nell'impostazione qui eletta, come un gruppo gerarchico a geometria variabile.

Guardando alla strutturazione formale del gruppo bancario cooperativo, è possibile rilevare che il legislatore ha previsto, negli artt. 37-*bis* e 37-*ter* t.u.b. (come attuati dalle Disposizioni di vigilanza), proposizioni normative dirette a disciplinare il gruppo in esame come una forma di organizzazione dell'impresa bancaria cooperativa e lucrativa, incidendo per questa via e sullo statuto organizzativo delle banche di credito cooperativo, soggette all'attività di direzione unitaria, e, viceversa, sullo statuto organizzativo della capogruppo società per azioni, esercente l'attività di direzione, coordinamento e controllo. Tali disposizioni disegnano il gruppo bancario cooperativo come un modello di gruppo unico, per *struttura* e *organizzazione*, nel panorama dei gruppi di società, "ibrido", fortemente rigido e vincolante, ad adesione sostanzialmente obbligatoria, con stringenti vincoli solidaristici, nuove ipotesi di responsabilità patrimoniale

⁴ In argomento, cfr. SANTAGATA, *Interlocking directorates*, 310 ss.

⁵ Sul controllo di diritto, di fatto ed esterno, cfr., da ultimo, SPOLIDORO, *Questioni*, 166 ss. In argomento, *ex multis*, ABBADESSA, *I gruppi*, 103 ss.; CAMPOBASSO, *Controllo societario*, 553 ss.; FERRI, 1344 ss.; FIMMANÒ, *I «Gruppi»*, 508 ss.; JAEGHER, 381 ss.; LAMANDINI, *Art. 2359 c.c.*, 749 ss.; ID., *Art. 2497-sexies c.c.*, 3131 ss.; MARCHETTI, *Sul controllo*, 1547 ss.; MUSSO, 19 ss.; NIUTTA, 983 ss.; PAVONE LA ROSA, *Disciplina del "controllo"*, 604 ss.; ID., *Tipologia dei vincoli*, 581 ss.; RIMINI, 3 ss.; SBISÀ, *Controllo contrattuale*, 815 ss.; SCARPA, 696 ss.; SCOGNAMIGLIO, *"Gruppo" e "controllo"*, 98 ss.; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, 457 ss.; ID., *Gruppi di società e gruppi di imprese*, 2193 ss.; VALZER, *Il potere di direzione*, 841 ss.