

“... quando si parla di cooperative, per quanto si voglia essere distaccati, gli animi non poss[o]no fare a meno, in certi passaggi obbligati, di scaldarsi ed accendersi. Accade ancora oggi, dopo tanti anni, e accadrà anche dopo la riforma”.

A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, 15.

“... eine Theorie, die sich mit Rechtsanwendungs- und Rechtsgestaltungsproblemen befasst, kann eine gute Theorie nur dann sein, wenn sie sich den Problemen der Rechtspraxis verpflichtet weiß”.

K. SCHMIDT, *Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden*, Heidelberg, 1984, 7 (Vorwort).

CAPITOLO PRIMO

IL GRUPPO COOPERATIVO GERARCHICO.
EVOLUZIONE DI UNA FATTISPECIE

SEZIONE PRIMA

Inquadramento della fattispecie

SOMMARIO: 1. Piano e metodologia d'indagine. – 2. Note sul diritto cooperativo riformato. – 3. Il problematico controllo di una società cooperativa (con uno sguardo al gruppo bancario cooperativo). – 4. Il gruppo cooperativo gerarchico come spartiacque tra passato e futuro della cooperazione.

1. *Piano e metodologia d'indagine.* – Obiettivo del presente lavoro è lo studio di una particolare manifestazione del fenomeno dell'integrazione cooperativa, ovvero il gruppo cooperativo gerarchico o eterogeneo, detto così per la coesistenza al suo interno di società con "anime" causali differenti (mutualistica e lucrativa). A differenza delle ampie indagini succedutesi dopo la riforma del 2003 sui gruppi societari in generale, questa specifica tipologia di gruppo non ha ricevuto ad oggi, con l'eccezione di alcuni contributi¹, una trattazione compiuta e sistematica da parte della nostra scienza giuridica. Esula, invece, dalla più diretta trattazione l'esame di altre forme di aggregazione tra società cooperative, come il consorzio di cooperative nelle sue molteplici varianti (*id est*, consorzio di so-

¹ Primo fra tutti, A. ZOPPINI, *I gruppi*, 760 ss.; ID., *Profili*, 1087 ss.; nonché i lavori raccolti in AA.VV., *Cooperative: "vive la différence"*, 313 ss.; AA.VV., *I gruppi cooperativi. Strategie*, 35 ss. Prima della riforma societaria hanno riscosso una diffusa attenzione le seguenti opere collettanee: AA.VV., *I gruppi cooperativi*, 3 ss.; AA.VV., *Cooperative e gruppi di società*, 3 ss.

cietà cooperative; consorzio di cooperative ammissibili ai pubblici appalti; consorzio tra cooperative per il coordinamento della produzione e degli scambi)² ed il gruppo paritetico³.

Pur trattandosi di raggruppamenti cooperativi tutti caratterizzati dalla comune nota funzionale della promozione della mutualità, solo nel gruppo gerarchico si assiste ad un'*autentica* sovraordinazione di una società sulle altre imprese aderenti al sodalizio e soggette all'eterodirezione della prima. Tale circostanza si riverbera in modo rilevante proprio sull'operatività della mutualità nel gruppo, richiedendone un coerente adattamento. È questo il filo conduttore che si snoda lungo tutta la ricerca, con l'obiettivo finale dell'elaborazione di uno statuto generale del gruppo cooperativo gerarchico, volto in particolare alla migliore comprensione del substrato chiave della mutualità di gruppo.

In quest'ottica, lo sforzo ricostruttivo sarà prima di tutto diretto all'inquadramento della fattispecie del gruppo cooperativo gerarchico. Come vedremo, è a tale riguardo che subito emerge il rapporto di tensione corrente tra organizzazione in forma di gruppo eterogeneo e conservazione dell'ossatura portante del tipo cooperativo.

Un primo centrale quesito da affrontare concerne la configurabilità o meno del dominio di una società lucrativa su di una società cooperativa, ove le maggiori criticità investono tanto la specifica fonte dell'attività di direzione e coordinamento (partecipazioni di controllo, clausole statutarie, patti parasociali, contratto di dominio, ecc.), quanto la compatibilità di una siffatta costellazione con la natura mutualistica della cooperativa dipendente. Simili dubbi non si pongono all'evidenza per la fattispecie inversa. Infatti, l'art. 27-*quinquies* della legge Basevi (d.l. C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577) espressamente consente la partecipazione di una società cooperativa ad una società di capitali. Tuttavia, anche una struttura di gruppo con una cooperativa in posizione apicale pone l'interprete davanti a mol-

² Si vedano, rispettivamente, gli artt. 27, 27-*bis* e 27-*ter* della legge c.d. Basevi (d.l. C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577), così come modificata soprattutto dalla legge 17 febbraio 1971, n. 127 (art. 5). Sui consorzi di cooperative cfr., nella nostra dottrina, A. BASSI, *Delle imprese cooperative*, 219 ss.; A. BORGIOLI, *Consorzi*, 477 ss.; V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 322 ss.; G. MARASÀ, *Consorzi*, 1 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *I consorzi*, 317 ss.; e, da ultimo, G.D. MOSCO, *Consorzi*, 1 ss.; per la disciplina anteriore alla c.d. miniriforma del 1971, si veda esaustivamente V. BUONOCORE, *Lo statuto*, 268 ss.

³ Cfr., fra tutti, R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, 1 ss.; ID., sub art. 2545-septies^a, 457 ss.; ID., *Il gruppo cooperativo*, 524 ss.; S. BITOSI-L. STANGHELLINI, *I contratti*, 343 ss.

teplici problematiche. Si tratterà, infatti, di verificare la ricorrenza di eventuali vincoli alla politica di investimento in società lucrative. In altri termini, occorre interrogarsi se, ed eventualmente in quali termini, la partecipazione capitalistica debba porsi in una relazione di strumentalità rispetto allo scopo mutualistico della cooperativa capogruppo. A tale proposito, il vero *punctum dolens* investe il quesito se una tale strumentalità sussista anche di fronte all'esternalizzazione della gestione di servizio in capo alle società eterodirette, con conseguente passaggio da una mutualità nel gruppo ad una mutualità di gruppo. Si deve in proposito appurare, innanzitutto, l'ammissibilità di una mutualità mediata alla stregua del diritto cooperativo italiano e, successivamente, valutare i riflessi di un simile modo di svolgimento indiretto del rapporto mutualistico sulla connotazione causale della cooperativa e delle società figlie controllate.

Nel prosieguo, l'indagine verterà sul tema della tutela della posizione d'interesse del socio cooperatore nelle fasi della costituzione e dell'operatività della cooperativa *holding* (pura o mista). A tal fine, si procederà preliminarmente all'enucleazione della tipologia delle operazioni di c.d. interesse primordiale per l'efficace funzionamento dell'impresa cooperativa. L'attenzione verrà poi focalizzata sul ruolo dell'assemblea dei soci nel momento genetico della "trasformazione" della cooperativa da società monade in *holding*, analizzando opportunamente gli spazi di influenza gestoria attivabili a livello statutario-regolamentare, ovvero disponibili secondo il modello legale di *corporate governance*. Specularmente, con riferimento alla fase dinamica di direzione del gruppo, si esaminerà l'impatto delle operazioni di interesse primordiale deliberate a valle del gruppo sulla perdurante effettività della gestione di servizio mediata dalle società eterodirette.

In conclusione, si intende studiare *ab imis* l'impatto della mediatizzazione della gestione di servizio sul funzionamento dei principi cooperativi della porta aperta e della parità di trattamento, oltre che sul calcolo della prevalenza degli scambi mutualistici e sulle modalità di accertamento e distribuzione dei ristorni, per terminare il lavoro con un esame del *modus operandi* della vigilanza cooperativa in presenza di una cooperativa *holding*.

Metodologicamente si è deciso di seguire un approccio improntato ai canoni ermeneutici di tipo dogmatico-sistematico, storico, comparatistico e funzionale⁴. Nell'analisi comparatistica, il nocciolo duro è rappresenta-

⁴ Su tale approccio metodologico "integrato" cfr., nella più recente letteratura giuridico-commercialistica, M. LIBERTINI, *Diritto civile*, 1 ss.; H. EIDENMÜLLER, *Forschungsperspektiven*, 491 ss.; H. FLEISCHER, *Zur Zukunft*, 500.

to dal raffronto costante con legislazioni cooperative che, per la loro tradizione storica e contiguità socio-culturale, sono risultate particolarmente adatte alla circolazione delle idee giuridiche e dei paradigmi interpretativi (*private legal transplants*) ed alla susseguente migliore conoscibilità del dato normativo interno. Al riguardo, la scelta si è appuntata in primo luogo sui *Genossenschaftsgesetze* tedesco e austriaco e sulla *ley de cooperativas* spagnola. Ampia considerazione ha altresì trovata la comparazione con i *cooperative statutes* dei Paesi nordici (in particolare, Norvegia, Svezia e Finlandia) e della Nuova Zelanda, le cui soluzioni innovative in tema di gruppi cooperativi hanno fornito decisivi spunti di riflessione.

La ricerca empirica, momento importante di verifica fattuale della ricostruzione teorica e occasione di formulazione di *policy implications*⁵, è stata condotta sugli statuti e sui regolamenti interni di diversi gruppi cooperativi presenti in Italia e all'estero, in specie in Germania, Austria, Spagna e Nuova Zelanda⁶. Il campione di indagine è inevitabilmente circo-

⁵ Su questi aspetti si veda, proprio con riferimento al diritto societario, *ex professo* H. HAMANN, *Evidenzbasierte Jurisprudenz*, 1 ss.; G. SPINDLER-S. GERDEMANN, *Rechtstafsachenforschung*, 698 ss.

⁶ Si tratta, in particolare, delle seguenti realtà imprenditoriali: in Italia, i gruppi Manutencoop e SACMI Imola; in Germania, i gruppi REWE e VEDES; in Austria, i gruppi Hagebank Tirol Holding e Volksbank Schwaz Holding; in Spagna, AN S. Coop, Anecoop S. Coop, Mondragón Corporación Cooperativa; in Nuova Zelanda, i gruppi Ravensdown e, secondariamente, Fonterra Co-operative Group e Tatura Co-operative Dairy Company. Tutti i documenti societari sono stati reperiti nella loro ultima versione disponibile presso i competenti registri delle imprese.

È bene sottolineare che le società spagnole appena riferite sono cooperative di secondo grado, talvolta operanti contestualmente come capogruppo (*entidad de cabecera*) di altrettanti gruppi cooperativi paritetici (quale il *Grupo Cooperativo AN S. Coop.* ed il *Grupo Empresarial Cooperativo Anecoop*). A tale proposito, conviene rammentare che in Spagna, anche mediante puntuali provvedimenti di incentivazione (ad esempio, la *Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento e integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*), l'integrazione cooperativa, nei settori maggiormente interessati da questo fenomeno, ovvero quello agroalimentare, bancario e sanitario, si realizza quasi esclusivamente attraverso la costituzione di cooperative di secondo grado e gruppi cooperativi paritetici (taluni parlano, a tale proposito, di *destino "natural"*), fattispecie – come si vedrà ampiamente – dettagliatamente disciplinate sia a livello statale che regionale; per altro verso, si assiste talvolta a casi di demutualizzazione di società cooperative in principio poste a capo di un gruppo cooperativo gerarchico (è il caso della *Mapfre Mutualidad*, mutua assicuratrice controllante la società quotata *Corporación Mapfre*, che nel 2006 si è trasformata in *Mapfre s.a.*). In materia, cfr. AA.VV., *Libro Blanco*, 1 ss.; J.M. EMBID IRUJO-R. ALFONSO SÁNCHEZ, *Formas*, 1014 ss.; R. ALFON-

scritto, ma questo diffuso *Dilemma der Rechtstatsachenforschung*⁷ non sembra poter intaccare la validità delle conclusioni raggiunte.

2. *Note sul diritto cooperativo riformato.* – Il diritto cooperativo italiano ha vissuto una stagione di autentico rinnovamento con la riforma del diritto societario del 2003 (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6). Prima di allora, e volgendo uno sguardo fugace alla scarna regolamentazione contenuta nel codice di commercio del 1882 (artt. 219-228), le cooperative venivano considerate, in virtù del richiamo operato all'art. 76 cod. comm., come semplici società commerciali a capitale variabile e con organizzazione democratica⁸. Anche il codice civile del 1942 si caratterizzava in argomento per un forte appiattimento sulla disciplina delle s.p.a. (art. 2516 c.c., vers. prec.)⁹. Accanto ad esso si rinvenivano poi una miriade di leggi speciali ad impatto perlopiù settoriale, di cui talune però meritevoli di indiscusso rilievo. Si pensi alla legge Basevi del 1947 (d.lgs. C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577), regolante i presupposti di accesso delle cooperative alle agevolazioni fiscali (il noto art. 26) e la vigilanza cooperativa, alla c.d. miniriforma del 1971 (legge 17 febbraio 1971, n. 127) e alle leggi del 19 marzo 1983, n. 72 e del 31 gennaio 1992, n. 59, su cui si tornerà ancora nel prosieguo del lavoro¹⁰.

Mancava, però, una rivisitazione sistematica e organica della materia, contraddistinta dal coraggio del codificatore di occuparsi anche dei principi “alti” della cooperazione, come la mutualità, la porta aperta, la parità di trattamento, i ristorni ecc., appartenenti sì al bagaglio culturale e alla

SO SÁNCHEZ, *Grupos y alianzas*, 727 ss.; ID., *La integración*^a, 265 ss., in part. 407 ss.; ID., *La cooperativa*, 4553 ss.; ID., *Posibilidades*, 19 ss., in part. 25 ss.; J.M. AIZEGA ZUBILLAGA-E. GONZÁLEZ, *Las cooperativas*, 7 ss.; J. ITURRIOZ DEL CAMPO, *La integración*, 57 ss.; J. MIR PIQUERAS, *Grupo*, 247 ss.

⁷ Così il titolo dell'opera di K.F. RÖHL, *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, 1 ss.

⁸ Cfr. T. ASCARELLI, *Appunti*², 391 ss.; C. VIVANTE, *Le società commerciali*⁵, 365 ss.; più recentemente, G. BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, 26 ss.; U. BELVISO, *Scopo mutualistico*, 7 ss.

⁹ Si veda V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 89 ss.; U. BELVISO, *Scopo mutualistico*, 45 ss.

¹⁰ Traccia efficacemente questa evoluzione normativa, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 97 ss.; P. VERRUCOLI, *Per una riforma*, 6 ss.

consapevolezza (talvolta subconscia) degli operatori, ma, salvo rarissime eccezioni¹¹, non trasfusi in disposizioni di legge generale.

Tale ritrosia legislativa ha alimentato il dibattito che più di ogni altro ha acceso gli animi degli studiosi del diritto cooperativo, riguardante, com'è noto, il tema dell'essenza causale di siffatto tipo societario¹². Nella varietà delle posizioni sostenute vi erano così coloro, invero la maggioranza, che già allora identificavano lo scopo mutualistico nella c.d. gestione di servizio, consistente nello svolgimento di un'attività economica con i soci cooperatori diretta al sostegno e al rafforzamento delle relative economie individuali a condizioni (possibilmente) di maggiore favore rispetto a quelle praticate sul mercato¹³; quale appiglio normativo veniva costantemente invocata la *Relazione* del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile, n. 1025¹⁴.

Un'autorevole, seppure minoritaria, corrente dottrinale, riconducibile *in primis* alle elaborazioni del Verrucoli¹⁵ e ad alcune intuizioni di Ascarelli¹⁶ e Vivante¹⁷, sosteneva invece una concezione sociologica della mutualità,

¹¹ Il riferimento corre alla legge 25 giugno 1909, n. 422 e, soprattutto, al r.d. 12 febbraio 1911, n. 278 sui consorzi ammissibili ai pubblici appalti (artt. 3, 7 e 9). Sul punto, cfr. G. BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, 79 ss.; ID., *La società cooperativa*, 40 ss.; V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 44 (“Nel 1909 e nel 1911 videro la luce quelli che ancor oggi possono essere considerati – si allude soprattutto al secondo – come il miglior parto del legislatore italiano in tema di cooperazione”); P. VERRUCOLI, *La società*, 440 s.

¹² Per un puntuale riassunto delle varie tesi affermate in proposito in dottrina si veda, in luogo di molti, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 105 ss.

¹³ Cfr. in questo senso, con diverse sfumature, anzi tutto, G. OPPO, *L'essenza*, 494, 516 ss.; e, a seguire, A. BASSI, *Delle imprese cooperative*, 25 ss.; ID., *Cooperazione*, 59 ss.; G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, 55 ss.; V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 127 ss.; L. BUTTARO, *Sulla “non diversa” natura*, 161 ss.; G. MARASÀ, *Le “società”*, 267 ss.

¹⁴ “Le società cooperative sono state nettamente distinte dalle altre imprese sociali o società propriamente dette. Questa distinzione si fonda sullo scopo prevalentemente mutualistico, consistente nel fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri della organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato ...”.

¹⁵ P. VERRUCOLI, *La società*, in part. 64 ss.; ora similmente orientato, A. MAZZONI, *La porta aperta*, 763 ss.

¹⁶ T. ASCARELLI, *Cooperativa e società*, 419 (“la cooperativa si presenta così come un organismo di categoria; come un'organizzazione di una comunione di interessi preesistente ...”).

¹⁷ C. VIVANTE, *Le società commerciali*⁵, 398 ss., secondo il quale la cooperativa poteva indiscriminatamente trattare anche con i terzi estranei, purché i guadagni sociali ve-

secondo la quale la cooperativa avrebbe la funzione di porsi quale “strumento di attivazione della categoria in un determinato settore economico”¹⁸; proprio “in questa ‘apertura alla categoria’, alla più vasta sfera di soggetti versanti nella medesima situazione”¹⁹, mediante “il loro accoglimento nella società, e/od anche riversando sulla categoria o gruppo medesimo non soltanto il vantaggio indiretto della funzione calmieratrice, ma destinando alla stessa una parte del risultato economico, annuale e finale ... della gestione d’impresa”²⁰, doveva ravvisarsi la cifra distintiva della gestione cooperativa.

Infine, non sono mancati autori che, sul presupposto di un’assenza di indici normativi espressivi di una finalizzazione dell’attività d’impresa al soddisfacimento di specifici bisogni mutualistici, intravedevano il tratto caratterizzante della società cooperativa unicamente nella presenza di taluni elementi strutturali, come la variabilità del capitale sociale o il voto capitario²¹; o addirittura, in un continuo processo di *escalation* abrasiva²², procedevano ad una sostanziale assimilazione tra scopo mutualistico e scopo lucrativo²³.

L’inversione di rotta, come accennato, è stata compiuta nell’ambito della novella societaria del 2003. Con significativo affrancamento dalla disciplina delle società di capitali, il nostro legislatore ha finalmente riconosciuto il *proprium* funzionale e strutturale del modello cooperativo. Si rintraccia così

nissero distribuiti tra coloro che, soci o non soci, avevano contribuito a generarli nella contrattazione con la società. In questo senso anche l’art. 1, comma 1 del progetto di riforma delle società cooperative del 1895, elaborato in seno alla Commissione per la revisione del codice di commercio dalla Sottocommissione per le cooperative presieduta dal Vivante: “La società cooperativa è composta di un numero illimitato di soci. Essa può esercitare qualunque industria o commercio a servizio dei cooperatori, soci e non soci”.

¹⁸ P. VERRUCOLI, *La società*, 111.

¹⁹ P. VERRUCOLI, *La società*, 132.

²⁰ P. VERRUCOLI, *La società*, 109.

²¹ Cfr. E.M. LEO, *La legge*, 552 ss.; E. SIMONETTO, *Il lucro*, 237 ss.; ID., *La cooperativa*, 245 ss., in part. 279.

²² L’espressione è di V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 107.

²³ Cfr. F. MESSINEO, *Di nuovo*, 470 ss.; L.F. PAOLUCCI, *La mutualità*, 84 ss. (differenza tra cooperative e società lucrative unicamente sul piano quantitativo per la limitata possibilità delle prime di distribuire utili d’esercizio); G. FERRI, *La cooperativa*, 252 ss.; ID., *Trasformabilità*, 98 ss., 100 (riconduzione dello scopo mutualistico nell’alveo dell’art. 2247 c.c., con la mutualità relegata ad elemento qualificante l’impresa e non l’organizzazione societaria).

la distinzione tra mutualità prevalente e non, con l'imposizione, a mo' di corollario, di precisi steccati antispeculativi (artt. 2512-2514 c.c.); l'istituto del ristorno quale nucleo portante della gestione di servizio (art. 2545-*sexies* c.c.)²⁴; la positivizzazione dei principi della parità di trattamento (art. 2516 c.c.) e della porta aperta (artt. 2527-2528 c.c.); un'embrionale regolamentazione della *governance* cooperativa (art. 2538 ss. c.c.), con possibile accesso ai codici organizzativi (residuali) della s.p.a. e della s.r.l. (artt. 2519 e 2522, comma 2, c.c.); un arricchimento degli strumenti di finanziamento dell'iniziativa cooperativa (art. 2526 c.c.); una disciplina codicistica dei controlli (art. 2545-*quaterdecies* ss. c.c.) e della trasformazione delle cooperative diverse (art. 2545-*decies* e art. 2545-*undecies* c.c.).

Tuttavia, il maggiore merito da ascrivere alla riforma societaria è dato probabilmente dalla risoluzione dell'antica *querelle* concernente il significato del concetto di mutualità. Sebbene non si rinvenga nella legge una definizione dello scopo mutualistico²⁵, si può oggi asserire il definitivo accoglimento nella fisionomia del tipo cooperativo della gestione di servizio quale destinazione ideal-finalistica dell'attività d'impresa (cfr. artt. 2511 e 2515, comma 2, c.c.)²⁶.

²⁴ Per un'efficace esposizione dei lineamenti tipici del ristorno, si veda A. BASSI, *Principi generali*, 46 ss. Tuttora discusso è se al socio cooperatore spetti o meno un diritto al ristorno: su questo tema sia consentito rinviare a P. AGSTNER, *Il diritto al ristorno*, 310 ss.; e prima ancora alle convincenti riflessioni di V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 127 ss.; in senso contrario al riconoscimento di un diritto soggettivo al ristorno "pena la morte dell'impresa cooperativa", G. BONFANTE, *La società cooperativa*, 148, il quale imputa allo scrivente (ivi nt. 73) la mancata ponderazione di siffatto rischio: in realtà, nello scritto sopra richiamato (in part. p. 316 e ss.), si è proposto *de iure condendo* (!) una modulazione quanti-qualitativa del diritto al ristorno promotrice delle esigenze di sviluppo non-antagonista dell'impresa cooperativa.

²⁵ A livello comparatistico, le scelte legislative sono spesso di segno contrario. Ad esempio, il *GenG* tedesco dispone al § 1, *Abs. 1*, che scopo della *Genossenschaft* è "den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern"; la medesima formulazione adotta il *GenG* austriaco (§ 1) e del tutto similmente si è mosso il legislatore spagnolo, il quale all'art. 1, *ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, statuisce che lo svolgimento dell'attività mutualistica è diretto "a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales".

²⁶ Cfr., in questo senso, A. BASSI, sub *art. 2511*, 3 ss.; ID., *Profili generali*, 565 ss.; ID., *Principi generali*, 31 ss.; G. BONFANTE, *La nuova società*, 30 ss.; V. BUONOCORE, *Rapporto mutualistico*, 596 ss.; F. CASALE, *Scambio*, 86 ss.; R. GENCO-F. VELLA, *Il diritto*, 13 ss.; G. PRESTI, *Cooperative*, 1 ss.; *contra*, U. BELVISO, *Le cooperative*, 653 ss.

Manca, però, ancora oggi una disciplina *specificata e puntuale* del gruppo cooperativo gerarchico o eterogeneo. L'art. 2545-septies c.c. si occupa in modo più o meno compiuto unicamente del gruppo cooperativo paritetico. A tale proposito, è ben vero che un gruppo così congegnato possa vedere in posizione "apicale" una società cooperativa e in posizione "dipendente" anche delle società lucrative²⁷, con conseguente applicazione, nei limiti della compatibilità, della disciplina comune dei gruppi societari²⁸. Rimane, però, come si avrà ulteriormente occasione di approfondire, che il modello del gruppo paritetico presuppone per sua natura, sia secondo le tesi più puriste²⁹ sia in base alle concezioni più spintamente gerarchiche³⁰, un metro di direzione che, per potersi dire rispettoso di una corretta gestione societaria e imprenditoriale, non potrà consentire un'a-

Per talune perplessità manifestate con riferimento alla disciplina *positiva* delle cooperative "diverse", tali da mettere in dubbio l'asserita unitarietà del fenomeno cooperativo e rievocare il temuto dualismo delle forme cooperative, sia consentito rinviare a P. AGSTNER, *Le società cooperative*, 714 ss.; avvertiva già il pericolo di defunzionalizzazione insito nella mancata imposizione normativa di un tasso minimo di mutualità, A. BASSI, *Principi generali*, 82 s. Per una critica di tale ricostruzione, con un parziale travisamento delle conclusioni formulate nel nostro scritto, nient'affatto rivolto alla rinascita "di tesi negazioniste della mutualità" o alla denigrazione delle grandi cooperative, si veda G. BONFANTE, *La società cooperativa*, 179 ss., in part. 181, testo e nt. 190.

²⁷ Di questo avviso, fra diversi, G. BONFANTE, *La società cooperativa*, 418 s.; R. GENCO, *Gruppi cooperativi*, 512; U. TOMBARI, *Società cooperative*, 747; *contra*, R. SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo*, 536; ID., sub art. 2545-septies^b, 503 s., il quale esclude che di un gruppo paritetico possano fare parte enti non cooperativi.

²⁸ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'obbligo di motivazione delle decisioni economiche ex art. 2497-ter c.c., alla postergazione dei finanziamenti infragruppo ex art. 2497-quinquies c.c., ecc.: così, pacificamente, nella nostra dottrina, U. TOMBARI, *Società cooperative*, 751; G. BONFANTE, *La società cooperativa*, 421; R. SANTAGATA, sub art. 2545-septies^a, 472 ss. Per una conferma indiretta a livello legislativo di simili ricorrenti integrazioni di disciplina si veda, in materia di gruppi di imprese sociali, l'art. 4, comma 1, d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155. Nella dottrina tedesca, per analoghe conclusioni, A. REUL, *Das Konzernrecht*, 184 ss.

²⁹ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Organizzazione*, in part. 561 ss.; *ex professo*, R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico, passim*, in part. 15, 66 ss., 71 s., i quali ravvisano la nota qualificante del gruppo paritetico nell'elaborazione *concertata* e su un piano di parità delle decisioni strategiche e della direzione amministrativa delle imprese affiliate mediante un coordinamento equiordinato e non unilaterale rispettoso delle loro istanze autonomistiche e dello scopo mutualistico atomisticamente perseguito.

³⁰ Il riferimento corre alle note tesi del Zoppini e del Tombari, sulle quali si tornerà ampiamente *infra* al successivo § 3.

lienazione convenzionale del potere gestorio in termini anche solo lontanamente prossimi a quelli configurabili nell'ambito di una struttura di gruppo verticale. Insomma, perfino il gruppo paritetico a presenza mista (società cooperative e lucrative), nonostante le sicure interferenze di disciplina tra gli artt. 2545-*septies* e 2497 ss. c.c., è sempre un *alterum* rispetto al gruppo cooperativo propriamente gerarchico³¹.

Dal canto loro, le disposizioni di cui agli artt. 2497 ss. c.c., dirette a regolare il fenomeno “della direzione e [del] coordinamento di società” (così la rubrica del Capo IX del Titolo V), hanno, come detto, indubbiamente valenza neutra o transtipica³²; ciò nondimeno, appare innegabile che dette regole, al contempo di responsabilità e di organizzazione, siano principalmente paramtrate sui gruppi societari *omogenei* a connotazione causale lucrativa³³. Difetta, invece, un'adeguata considerazione delle peculiarità della fattispecie del gruppo cooperativo gerarchico dovute alla presenza di società a caratterizzazione causale *eterogenea* (mutualistica e lucrativa). La disciplina “comune” dei gruppi, data l'accennata portata transtipica, si rivela quindi certamente applicabile, ma in ogni modo non esaustiva. Compete, pertanto, all'interprete, anche mediante oculati atti di *Rechtsfortbildung*, colmare in modo sistematicamente coerente le lacune di regolamentazione di tale fenomenologia di gruppo, con una particolare attenzione da rivolgere tanto ai rapporti correnti tra cooperativa capogruppo e soci operatori quanto a quelli esistenti tra capogruppo e società eterodirette.

3. *Il problematico controllo di una società cooperativa (con uno sguardo al gruppo bancario cooperativo)*. – Prima di procedere, occorre però

³¹ Di questo avviso, puntualmente, anche U. TOMBARI, *Società cooperative*, 753, il quale, pur essendo uno dei più strenui difensori della concezione gerarchica della fattispecie di gruppo di cui all'art. 2545-*septies* c.c., afferma, a proposito del gruppo cooperativo eterogeneo, che “la differenza [di quest'ultimo] con il modello del gruppo cooperativo paritetico, sopra esaminato è, in questo senso, netta e non necessita di particolari approfondimenti”; analogamente, M.C. TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, 568.

³² U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, 154; ID., *Società cooperative*, 741 s.; similmente, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 329, a parere del quale “il significato tecnico-giuridico dell'espressione ‘gruppo’ riferito alle imprese non può che essere il medesimo qualunque sia il tipo di impresa cui si riferisce”.

³³ Così anche C. ANGELICI, *Principi e problemi*, 380, testo e nt. 82 (“disciplina [del gruppo di società], di portata generale, ma certamente soprattutto pensata con riferimento alla società per azioni”).

chiarire se una cooperativa possa posizionarsi come società dipendente a valle di un gruppo gerarchico. Infatti, mentre l'ipotesi inversa, come visto, è pacificamente ammissibile in quanto prevista esplicitamente dal dettato normativo, la questione dell'eterodirezione di una società cooperativa è fortemente discussa.

La maggior parte degli ordinamenti giuridici non prende posizione su questo tema delicato. Un'eccezione, tuttavia, è rappresentata dalla decisione presa dal legislatore norvegese di escludere *expressis verbis* la possibilità di un dominio sugli enti cooperativi. Infatti, il *Co-operative Societies Act* norvegese del 29 giugno 2007, n. 81 statuisce alla *sec.* 5.3 che una "cooperative ... can not be a subsidiary"³⁴.

In assenza di analoghe previsioni di legge rinvenibili nel nostro Paese³⁵, spetta all'interprete il compito di fornire una risposta al presente quesito. A tale riguardo, fuori discussione è, prima di tutto, la generica ammissibilità della partecipazione di una società di capitali in una società cooperativa. Infatti, gli artt. 2538, comma 3 e 2542, comma 2, c.c., impiegando la locuzione "soci operatori persone giuridiche", indubbiamente fanno propendere per questa soluzione³⁶. Tuttavia, una cosa è accedere a questa pacifica conclusione, tutt'altra cosa è valutare se un gruppo societario possa vedere una società di capitali esercitare attività di direzione su di una cooperativa dipendente. Detto dilemma, lungi dal potere essere affrontato con un semplicistico approccio basato sul dato formale, impone al contrario di interrogarsi sulla compatibilità di una simile articolazione di gruppo con l'essenza causale della cooperativa partecipata³⁷.

³⁴ In dottrina T. FJØRTOFT-O. GJEMS-ONSTAD, *Cooperative Law*, 127 ("The subsidiary cannot be a cooperative – it will typically be a private company").

³⁵ Un'eccezione, come notato dalla dottrina (G. BONFANTE, *La società cooperativa*, 419, nt. 35), si rinviene nella legislazione speciale delle imprese sociali, ove l'art. 4, commi 3 e 4, d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 esclude che un'impresa lucrativa o un'amministrazione pubblica possa controllare e dirigere un'impresa sociale costituita (eventualmente) in forma cooperativa *ex art.* 1, comma 1, d.lgs. cit. e facente parte di un gruppo paritetico (cfr. art. 4, comma 1, d.lgs. cit.).

³⁶ In dottrina si veda, recentemente, A. ZOPPINI, *I gruppi*, 766; perplessità manifesta A. Bassi, *Delle imprese cooperative*, 409 s. ("il numero delle persone giuridiche non deve essere prevalente rispetto a quello delle persone fisiche"); in giurisprudenza, con riguardo alle speculari disposizioni di cui agli artt. 2532, comma 3 e 2535, comma 1, c.c. nella loro formulazione *ante* riforma, si veda Cass., 7 novembre 1990, n. 10739, con nota di P. MARANO, *Sulla partecipazione*, 946 ss.

³⁷ Per uno spunto in tal senso, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 335 s.

Ma procediamo con ordine.

Generalmente si ritiene che sia la regola del voto capitaro a precludere l'eterodirezione di una società cooperativa³⁸. A tale proposito, preme evidenziare che il dogma del voto capitaro, asseritamente ordinato a presidio della democraticità dei processi decisionali, non risulta più una caratteristica indefettibile del idealtipo cooperativo³⁹, nonostante l'affermazione di principio contenuta nella Dichiarazione di identità cooperativa dell'Alleanza Cooperativa Internazionale del 20-22 settembre 1995⁴⁰. Infatti, mentre la nostra legislazione cooperativa consente di derogare a tale principio in taluni casi tassativamente indicati (artt. 2538, comma 3; 2538, comma 4; 2543, comma 2, c.c.)⁴¹, la situazione differisce parzialmente in altri contesti normativi.

Così, il legislatore tedesco permette di riservare *Mehrstimmrechte* sino ad un massimo di tre voti al socio cooperatore che sostenga l'impresa cooperativa in modo particolare (§ 43, *Abs.* 3, *Nr.* 1, *GenG*). Ciò nondimeno, nelle deliberazioni che richiedono una maggioranza di tre quarti dei voti espressi ovvero una maggioranza più elevata e/o hanno ad oggetto l'eliminazione o la limitazione della clausola statutaria disciplinante il voto plurimo, ogni socio, anche se titolare di un *Mehrstimmrecht*, dispone di un solo voto. Il legislatore austriaco consente invece all'autonomia statu-

³⁸ In questo senso, nella nostra dottrina, G. COTTINO, *L'evoluzione*, 15 ss.; F. GALGANO, *I gruppi*, 194; R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, 28, nt. 60; ID., *Il gruppo cooperativo*, 525; nella dottrina tedesca, V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*¹⁵, § 1, *Rdn.* 129; K. VON DETTEN, *Die eingetragene*, 11; B. GROSSELD-J. BERNDT, *Die eingetragene*, 120; W. MERLE, *Die eingetragene*, 268 ss.; A. REUL, *Das Konzernrecht*, 117 s.; nella dottrina spagnola, R. ALFONSO SÁNCHEZ, *La integración*^a, 118 ss.; J. DUQUE DOMÍNGUEZ, *Grupos*, 117, 119; J.M. EMBID IRUJO, *Introducción*, 148 ss.; ID., *Der Konzern*, 1088 s.

³⁹ Puntualmente, V. BEUTHIEN, *Wieviel Wandel?*, 9, il quale rammenta che il *Kopfstimmrecht* è principio *identitätsförderlich*, ma non *identitätssichernd*.

⁴⁰ Si veda ALLEANZA COOPERATIVA INTERNAZIONALE, *Dichiarazione di identità cooperativa (1995)*, 2° principio (controllo democratico da parte dei soci): "Nelle cooperative di primo grado, i soci hanno gli stessi diritti di voto (una testa, un voto), e anche le cooperative di alto grado sono ugualmente organizzate in modo democratico". Per un commento di detta carta cooperativa adottata dall'ACI in occasione del XXXI congresso di Manchester del 20-23 settembre 1995, cfr. G. BONFANTE, *La società cooperativa*, 16 ss.; A. FICI, *L'identità*, 426 ss.; V. BEUTHIEN, *Rechtsprobleme*, 41 ss.

⁴¹ Da ultimo, per un efficace commento, G. MARASÀ, *Voto plurimo*, 3 ss. Regole particolari valgono poi per i soci finanziatori dotati di diritti amministrativi: cfr. artt. 2526, comma 2; 2542, comma 3, secondo periodo; 2543, comma 3; 2538, comma 2, c.c.

taria di abbandonare del tutto il *Kopfstimmrecht* in favore di una regola capitalistica di voto liberamente modellabile (§ 27, *Abs. 2, GenG*). In Spagna, la *Ley 27/1999 de 16 de Julio, de Cooperativas*, dopo avere statuito all'art. 26.1 che "en la Asamblea General cada socio tendrá un voto", aggiunge che lo statuto possa attribuire il diritto di voto ora anche nelle cooperative di primo grado "en proporción al volumen de la actividad cooperativizada", purché i soci titolari del relativo diritto di voto *plural ponderado* siano cooperative, società da queste controllate o enti pubblici e nessuno possieda più di un terzo del totale dei voti, ovvero nelle cooperative agricole, di servizi, di trasporto e di pesca non più di cinque voti (art. 26.2 e 4)⁴².

Ciò precisato, anche l'eccezione alla predetta regola introdotta dal nostro codificatore per i soci-persone giuridiche e la possibilità di cumulare nella medesima persona le qualità di socio cooperatore e socio finanziatore⁴³, solo eccezionalmente consentiranno di asservire la cooperativa all'altrui *einheitliche Leitung*. Infatti, la dottrina si è sforzata di immaginare fattispecie di gruppo che vedano il controllo delle cooperative aderenti sulla base dell'opzione statutaria attributiva di voti plurimi in favore dei soci cooperatori-persone giuridiche in relazione all'ammontare della quota partecipativa oppure al numero dei loro membri (art. 2538, comma 3, c.c.)⁴⁴.

⁴² Similmente nella legislazione delle *Comunidades Autónomas* si veda, a titolo esemplificativo, la *Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña*, in particolare l'art. 34.1 (nelle cooperative di primo grado, a ciascun socio possono spettare sino ad un massimo di 5 voti, salvo che nelle cooperative di lavoro e di consumo, laddove nessuna deroga è consentita) e 34.3 (nelle cooperative di credito la maggiorazione non può superare il 20% del totale dei voti); la *Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi*, in particolare l'art. 35.2 (attribuzione nelle cooperative di primo grado di un diritto di voto ponderato in favore dei soci società cooperative, società da questa controllate o enti pubblici, purché in misura non superiore ad un terzo del totale dei voti relativamente ai soci non società cooperative).

⁴³ Se detto esito era forse ancora incerto nel vigore della legge 31 gennaio 1992, n. 59, ogni dubbio è stato dissipato con la riforma societaria. Infatti, gli artt. 2514, comma 1, lett. b); 2538, comma 2; 2545-*quinquies*, commi 3 e 4 e 2545-*sexies*, comma 3, c.c. testimoniano che allo stato attuale non ricorre alcun ostacolo all'identificazione soggettiva suddetta. Su questo tema si veda, ampiamente, E. CUSA, *Il socio*, 99 ss.

⁴⁴ G. COTTINO, *L'evoluzione*, 20, prospetta la seguente ipotesi: "quattro cooperative, di nove soci, a ciascuna delle quali partecipino due s.p.a. cui siano stati riservati cinque voti cadauna: che siano perciò in grado di controllare le assemblee delle cooperative partecipate, e che siano a loro volta controllate dalla cooperativa madre".

Pur riconoscendone la fattibilità in linea *teorica*, si è subito dovuto ammettere che raggruppamenti così congegnati, oltre a soffrire di un'intrinseca precarietà a causa dell'operare del principio della porta aperta⁴⁵, sconteranno ulteriormente i limiti competitivi derivanti dalla loro pratica appetibilità per le sole realtà imprenditoriali di ridotte dimensioni.

Il risultato non muta nemmeno in presenza dell'accennata possibile identificazione soggettiva tra socio cooperatore e socio finanziatore, valendo anche per tale figura "spuria" la soglia massima di un terzo dei voti esercitabili in ciascuna assemblea generale (art. 2526, comma 2, c.c.). Diversamente argomentando, si correrebbe il rischio di un inquinamento funzionale della cooperativa⁴⁶, in contrasto con la *ratio* sottesa alla disposizione menzionata, che è quella di favorire una maggiore capitalizzazione (ma) nel perdurante rispetto della specificità dello scopo mutualistico.

A questo punto, verrebbe da chiedersi se una cooperativa possa essere controllata attraverso lo strumento dei patti parasociali, e precisamente a mezzo della stipulazione di un sindacato di voto⁴⁷. Se in linea di prima approssimazione nulla osta alla conclusione di simili accordi contrattuali, questioni di legittimità emergono tuttavia allorquando si vada ad esaminare la loro concreta conciliabilità con taluni principi informatori del diritto cooperativo.

Occorre, infatti, tenere presente che un sindacato di voto coagulante la maggioranza dei diritti di voto esercitabili in assemblea determina *di fatto* uno svuotamento della regola del voto capitaro e della democraticità dei processi decisionali interni. Infatti, detto precetto – a prescindere dalle diffuse critiche e spinte di superamento in atto – fa sì che la determinazione della volontà sociale avvenga in modo paritario e non plutocrati-

⁴⁵ Infatti, per garantire la stabilità del controllo di voto si sarebbe costretto a sposare un'idea di mutualità chiusa, concependo il carattere aperto della cooperativa come elemento accidentale e, quindi, derogabile ad opera dell'autonomia statutaria. Una simile impostazione non risulta però condivisibile, come si avrà ancora modo di constatare nel prosieguo del lavoro (cap. III, § 2).

⁴⁶ L'espressione è di E. CUSA, *Il socio*, 304.

⁴⁷ Favorevoli al possibile controllo di una cooperativa in forza di patto parasociale, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 332; E. CUSA, sub *art. 2538*, 309 s.; L. SCHIUMA, *Controllo*, 221 ss.; M. LAMANDINI, *Il "controllo"*, 141 (il quale, però, ammette che essi "con tutta evidenza, introducono nel sistema una vera e propria deviazione ideologica rispetto al modello legale, di spiccata ispirazione 'democratica'"); G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo*, 122; G. TATARANO, *L'impresa*, 467; di contrario avviso, R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, 30.

co⁴⁸. Un sindacato di voto del tipo prospettato, invece, muove nella direzione opposta, determinando proprio la formazione di minoranze di soci. È vero, taluno potrebbe obiettare che un simile risultato sia in fondo connaturale allo stesso principio maggioritario di governo dei tipi societari. Se ciò pare difficilmente contestabile, rimane, tuttavia, una differenza decisiva: infatti, mentre in presenza di un sindacato di voto che riunisca la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea la minoranza risulta identificabile già *a priori*, ovvero prima ancora della stessa riunione e deliberazione assembleari, in difetto di simili pattuizioni parasociali il socio cooperatore concorre in assise ad armi pari, possedendo il suo voto il medesimo peso decisivo di quello espresso da un qualunque altro socio⁴⁹.

Si assiste, in tal modo, ad uno *stabile* spostamento del potere corporativo in capo ai soci paciscenti, con sostanziale estromissione dei soci non aderenti dalla conduzione dell'impresa cooperativa. Pare, quindi, doveroso concludere per l'invalidità di questi patti parasociali, in quanto consentono l'attribuzione mediata di un diritto di voto "plurimo" o "maggiorato" in favore dei paciscenti. Diversamente ragionando, si consentirebbe di aggirare la regola del voto capitarario in frode all'art. 2538 c.c. e alle eccezioni ivi tassativamente statuite⁵⁰⁻⁵¹.

⁴⁸ In questo senso si veda, A. BASSI, *Cooperazione*, 124, il quale ben evidenzia che "il sistema ogni socio – un voto consente uno scontro paritario tra i vari interessi".

⁴⁹ Proprio l'auspicata *Stimmrechtsgleichheit* tra i soci cooperatori rappresenta l'obiettivo di *policy* sotteso al principio del voto capitarario: così, V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*¹⁵, § 1, *Rdn.* 41; F. DONATO-SEMINARA, *La speciale*, 66 ss.; V. PINTO, *Le competenze*, 44 ss. Diversa, invece, la situazione, tipica delle società di capitali, in cui opera la regola del voto proporzionale, visto che l'emersione di maggioranze e minoranze è *fisiologicamente* insita in un simile sistema di voto. Per analoghe riflessioni si veda, perspicacemente, G.P. LA SALA, *Principio capitalistico*, 37, testo e in part. nt. 99.

⁵⁰ Nella nostra dottrina, per analoghe conclusioni, G. OPPO, *Mutualità*, 13; similmente, R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, 30; V. SANTORO, *Patti parasociali*, 1234.

Nella dottrina tedesca, per riflessioni particolarmente convincenti nel senso del testo, cfr. A. REUL, *Das Konzernrecht*, 126 ss. (l'A. parla di *Gesetzesumgehung*, con conseguente nullità *ex* § 134 *BGB* dei relativi *Stimmbindungsverträge*); B. GROSSELD-J. BERNDT, *Die eingetragene*, 121; J. LANG-L. WEIDMÜLLER, *Genossenschaftsgesetz*³⁸, § 43, *Rdn.* 46; W. MERLE, *Die eingetragene*, 270 (nullità *ex* § 138 *BGB* per contarietà al buon costume); K. MÜLLER, *Kommentar*², *Anh. nach* § 64c, *Rdn.* 48; H. WESTERMANN, *Rechtsprobleme*, 174; *contra*, V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*¹⁵, § 1, *Rdn.* 130 s. e § 43, *Rdn.* 22; ID., *Die eingetragene*^a, 157, nt. 40, il quale ravvisa un'elusione del § 43, *Abs.* 3, *Satz* 1, *GenG* soltanto in presenza di sindacati di voto riguardanti la totalità delle decisioni assembleari; K. VON DETTEN, *Die eingetragene*, 14 s.

Infine, occorre interrogarsi sull'assoggettabilità di una cooperativa al controllo di una società lucrativa sulla base di un contratto di dominio c.d. debole *ex art. 2497-septies c.c.*, variamente denominato anche contratto di coordinamento o collegamento gerarchico. Come noto, si tratta di un contratto d'impresa determinante l'allocazione del potere di direzione in capo alla società di vertice, il cui contenuto è determinato dagli accordi negoziali di regolamentazione dei reciproci diritti e doveri infra-gruppo e dalle norme di complemento inderogabili di cui agli artt. 2497-2497-quinquies c.c.⁵².

Nella dottrina spagnola, altrettanto persuasivamente, R. ALFONSO SÁNCHEZ, *La integración*^a, 143 ss., la quale sostiene che occorre innanzitutto valutare la "incidencia [del sindacato di voto] en la indentidad morfológica y funcional de la cooperativa" (p. 146), per poi giungere alla conclusione che un *sindicatos de voto*, unicamente ammissibile nelle società cooperative che consentono il *voto ponderado*, altrimenti assistendosi ad un'illegitima "alteración de la causa mutualista cooperativa" per incompatibilità con il *voto por capeza* (p. 147), non potrà raccogliere la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea quando la cooperativa risulti partecipata da *entidades no cooperativas*; J.M. EMBID IRUJO, *Concentración*, 45 ss., il quale afferma che "los citados pactos contravienen el postulado de la decisión conjunta en la Asamblea general de la cooperativa" (p. 46). Addirittura, l'art. 32.2, *Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana* (nella versione antecedente la riforma ad opera della *Ley 8/2003*) sanciva espressamente la nullità di ogni patto di sindacato di voto stipulato tra i soci cooperatori ("será nulo y sin efecto todo pacto de sindicación de votos").

⁵¹ È interessante notare che una parte della dottrina tedesca (in particolare, A. REUL *Das Konzernrecht*, 130 ss.; *contra*, V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*¹⁵, § 1, *Rdn.* 134-135) ritiene che una cooperativa possa essere controllata da un terzo non socio in forza di previsioni statutarie attributive, alternativamente o cumulativamente, *i*) di un diritto di nomina *e* di revoca dell'organo amministrativo ai sensi del § 24, *Abs. 2, Satz 2, GenG*, il quale consente di prevedere per statuto un diverso modo (non assembleare) di elezione dell'organo amministrativo; *ii*) di un diritto di veto (*Zustimmungsrecht*) e/o di istruzione (*Weisungsrecht*) nei confronti dell'organo amministrativo relativamente al compimento di determinati atti di gestione *ex* § 27, *Abs. 1, Satz 2 e Abs. 2, Satz 2, GenG*; e *iii*) di un diritto di veto in presenza di modifiche statutarie *ex* § 16 *Abs. 2, Satz 2; Abs. 3, Satz 3 e Abs. 4, GenG*, ove si consente di subordinare l'adozione di dette delibere alla sussistenza di "weitere o andere Erfordernisse". Nel nostro ordinamento una siffatta conclusione interpretativa non sarebbe certamente accoglibile per la violazione del principio dell'inderogabilità della competenza assembleare in materia di nomina delle cariche sociali: così, in dottrina, G.F. CAMPOBASSO, *Organizzazione*, 558; F. DI SABATO, *Il gruppo polifunzionale*, 427 s. (con riguardo all'art. 2535, comma 3, c.c., vecchio testo); in giurisprudenza, con riferimento ad una banca di credito cooperativo, Trib. Rimini, 12 novembre 2014, con nota di G. SCAGLIA, *L'ingerenza*, 599 ss.

⁵² Su questa tipologia di contratto di dominazione cfr., per tutti, A. VALZER, *Il potere*, 833, in part. 876 ss.; U. TOMBARI, sub *art. 2497-septies*, 3135 ss.; ID., *Società coopera-*

Nella dottrina cooperativistica europea si denota un diffuso orientamento sfavorevole all'ammissibilità di un controllo contrattuale sulle società cooperative. Le ragioni di tale contrarietà vengono generalmente rintracciate nell'incompatibilità di tale strumento di integrazione verticale con le regole democratiche di gestione poste a difesa dello scopo mutualistico. In particolare, si ritiene che un dominio contrattuale provochi l'esautoramento dell'autonomia decisionale della singola cooperativa nel perseguimento del proprio scopo sociale⁵³.

Ciò nonostante, un'altra parte della dottrina, soprattutto d'estrazione germanica ed austriaca, sostiene la legittimità dei predetti (*Teil-Beherrensungsverträge*) 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

tive, 742; e, prima della riforma societaria, M. LAMANDINI, *Il "controllo"*, 170 ss.; U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, 278 ss. Per l'illegittimità dei *Beherrensungsverträge* secondo il diritto italiano dei gruppi, specialmente, R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, 13 ss., 66 ss.; ID., *Autonomia privata*, 799 ss., in part. 805 ss., 821; e ora ID., "*Coesione*", § 2, 5, il quale ravvisa l'essenza e la finalità dell'art. 2497-septies c.c. non nella legittimazione dei contratti di dominazione, bensì nella riferibilità anche al gruppo *cooperativo paritetico* di cui all'art. 2545-septies c.c. della disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento di società; in passato per la soluzione negativa, P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio*, 545 ss., 561; G.F. CAMPOBASSO, *Organizzazione*, 560 s.

In realtà, non si vede per quale ragione la validità dei contratti di dominio possa essere messa in dubbio se si consideri che, una volta rispettate le prescrizioni poste dal legislatore della riforma nel delineare il nostrano *Konzernrecht* (artt. 2497 ss. c.c.), il contratto di dominio conferisce, in modo maggiormente trasparente e tracciabile, semplicemente veste ufficiale alla situazione *fattuale* ed *effettiva* di esercizio della direzione unitaria nell'ambito di un gruppo (altrimenti) di fatto.

⁵³ In questo senso, si veda R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, 15, 30 s.; ID., *Il gruppo cooperativo*, 540; F. SALERNO, *Il governo*, 295 s.; nonché già in precedenza G.F. CAMPOBASSO, *Organizzazione*, 558 ss.; M. MIOLA, *Controllo*, 29 ss. Similmente si è espressa la prevalente dottrina spagnola, la quale rammenta che "en efecto, algunos principios cooperativos, como el de autogestión o el democrático, impiden que la cooperativa pueda aparecer como sociedad dominada en un grupo donde otra entidad, cooperativa o no, actúe como sociedad dominante": di quest'avviso, J.M. EMBID IRUJO-R. ALFONSO SÁNCHEZ, *Formas*, 1042; in senso conforme, cfr. R. ALFONSO SÁNCHEZ, *Grupos y alianzas*, 736 ss.; ID., *La integración*^a, 116, 149 ss., in part. 151; ID.-M. SÁNCHEZ RUIZ, *Aspectos*, 1069; J.M. EMBID IRUJO, *Problemas*, 7 ss., in part. 11-13; ID., *Concentración*, 48 ss.; qualche apertura in ID., *Der Konzern*, 1089; *contra*, invece, J.M. AIZEGA ZUBILLAGA-E. GONZÁLEZ, *Las cooperativas*, 17 ss., 21; J.I. RUIZ PERIS, *Grupos*, 137, 166 s.

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 pregiudizievole⁵⁴.

Nella nostra dottrina si muovono su posizioni fondamentalmente affini coloro che prospettano la strutturazione del gruppo cooperativo di cui all'art. 2545-septies c.c. anche come gruppo gerarchico, con il possibile collocamento al vertice in posizione dominante (addirittura) di una società lucrativa⁵⁵. A parere di siffatta ricostruzione, la disposizione da ultimo citata non configurerebbe la fonte genetica di un modello giuridico predefinito (*recte*, il gruppo cooperativo paritetico in senso stretto), ma una norma di tutela della società cooperativa dipendente e, in particolare, un presidio minimo alla specificità *mutualistica* della medesima⁵⁶. Pur non attenendo, conseguentemente, la pariteticità all'esercizio del potere (*Entscheidungsmacht*), quanto piuttosto alla sfera dei criteri inderogabili di decisione (*Entscheidungsstab*)⁵⁷, anche i fautori di detta concezione

⁵⁴ Cfr., nella dottrina tedesca, V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*¹⁵, § 1, Rdn. 116 ss.; ID., *Die eingetragene*^a, 147 ss.; ID., *Recht*, 73 ss., 84; ID., *Konzernbildung*, 1594 s.; K. VON DETTEN, *Die eingetragene*, 62 ss., in part. 82 ss.; J. LANG-L. WEIDMÜLLER, *Genossenschaftsgesetz*³⁸, § 1, Rdn. 106; A. REUL, *Das Konzernrecht*, 171 ss., 228 ss.; per l'illegittimità, invece, di un siffatto *Teilbeherrschungsvertrag*, B. GROSSFELD-J. BERNDT, *Die eingetragene*, 122; W. MERLE, *Die eingetragene*, 266 s. Nella dottrina austriaca, per l'ammissibilità, H. KREJCI, *Zur Konzernfähigkeit*, 97 ss.; *contra*, W. KASTNER, *Österreichisches Genossenschaftsrecht*, 207; H. KEINERT, *Primärgenossenschaften*, 331 ss. Nella dottrina svizzera esprime perplessità R.B. NATSCH, *Die Genossenschaft*, 74 ss.

⁵⁵ In questo senso, soprattutto, A. ZOPPINI, *I gruppi*, 771 ss., 776; M. LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo*, 1105 ss.; U. TOMBARI, *Società cooperative*, 743 ss., 748 (il quale, tuttavia, dubita che capogruppo possa essere un ente non cooperativo); R. GENCO, *Gruppi cooperativi*, 521 ss.; a ben vedere, A. CETRA, *Tutela delle minoranze*, 1515 ("in detta eventualità, questo soggetto assume la posizione 'dominante' della cooperativa, che è a sua volta 'dipendente', originando il fenomeno di gruppo sotteso all'art. 2545-septies c.c., forse equivocamente rubricato 'gruppo paritetico cooperativo'").

⁵⁶ Così A. ZOPPINI, *I gruppi*, 774; U. TOMBARI, *Società cooperative*, 744, 746.

⁵⁷ Per questa distinzione, specialmente, U. TOMBARI, *Società cooperative*, 744, sulla scia del fondamentale saggio di K. SCHMIDT, *Gleichordnung im Konzern*, 417 ss., il quale rievoca la contrapposizione, tipica del diritto *antitrust*, tra *kooperativen* e *konzentrativen Gleichordnungsverbindungen* e critica l'assunto tratlazio secondo cui il gruppo paritetico *ex* §§ 18, *Abs. 2* e 291, *Abs. 2*, *AktG* sia sempre e necessariamente un "Konzern ohne Abhängigkeit", essendo, secondo la ricostruzione del Maestro, ben possibile anche

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 gerarchici⁵⁸. 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 come sopra specificato⁵⁹.

A ben vedere, non potrebbe neppure essere diversamente se solo si consideri che in materia di gruppi la *Schutznorm* di cui all’art. 2497 c.c. è essenzialmente diretta a tutelare l’interesse dei soci esterni alla massimizzazione dell’investimento effettuato e dei creditori sociali alla conservazione dell’integrità della garanzia patrimoniale. Si tratta di interesse patrimoniale, per sua natura, perfettamente traducibile in termini monetari. Diversamente si atteggia, invece, la posizione dei soci cooperatori, i quali aderiscono al contratto sociale al fine di instaurare scambi mutualistici con la società cooperativa⁶⁰. Pertanto, a nulla varrebbe il ricorso a rimedi

una dipendenza delle società figlie dal *comune* organo di direzione (*gemeinschaftliches Leitungsorgan*). Per riferimenti critici alla ricostruzione schmidiana si veda, nella nostra dottrina, R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, 45, testo e nt. 106, in part. 68 ss.

⁵⁸ Così, espressamente, A. ZOPPINI, *I gruppi*, 772 (“verificare se, e allora *in che termini*, sia possibile rendere il controllo compatibile con la gestione mutualistica, con i principi di autonomia amministrativa che sono caratteristici di questo tipo societario e così pure come ciò si rifletta sulle possibilità e modalità dello scambio mutualistico e sull’interesse gestorio del socio”; corsivo dell’A.); U. TOMBARI, *Società cooperative*, 754 (“liceità di un contratto di collegamento o coordinamento gerarchico, ove tra le regole di ‘corretta gestione societaria’ deve esservi l’obbligo per la capogruppo di rispettare la mutualità delle società dipendenti” e “l’equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall’attività comune”); G. BONFANTE, *La società cooperativa*, 420, 422; nella dottrina tedesca, in una prospettiva più ampia, K. SCHMIDT, *Gleichordnung im Konzern*, 428 ss. (“horizontale Verlustgemeinschaft” e non “vertikale Verlustausgleich”).

⁵⁹ U. TOMBARI, *Società cooperative*, 751 s.

⁶⁰ Su questi profili si veda, bene, V. PINTO, *Le competenze*, 55 (“l’interesse tipico del socio cooperatore si appunta direttamente sullo svolgimento dell’attività e non sulla conservazione o sull’incremento del patrimonio sociale”); nella dottrina tedesca, H. MICHEL, *Die Fördergeschäftsbeziehung*, 39 ss.; G. RINGLE, *Der genossenschaftliche*, 176 ss.

civilistici quale il risarcimento del danno o la reintegrazione in forma specifica. Invero, forme di ristoro di tal genere non assicurano l'anzidetta *Realförderung* del socio cooperatore e non soddisfano l'interesse alla pronta acquisizione del beneficio mutualistico⁶¹.

Tuttavia, la coerenza sistematica e la stessa utilità pratica di una simile regolamentazione dell'attività di direzione e coordinamento è altamente discutibile⁶². Efficacemente è stato scritto che un gruppo gerarchico così inteso è "eine in ihrer Widersinnigkeit wohl einmalige Konstruktion"⁶³. Infatti, il gruppo societario gerarchico, nella sua tipica morfologia strutturale e funzionale, si atteggia quale strumento di promozione e rafforzamento economico delle imprese aderenti mercé l'esercizio di una direzione verticistica dall'alto verso il basso e non viceversa⁶⁴. Per tale ragione, è oramai accreditata la convinzione che la società eterodiretta debba dare esecuzione altresì a direttive pregiudizievoli purché la corrispondente perdita risulti compensata o prospetticamente compensabile⁶⁵. Invece, il contratto di dominio in ambito *cooperativo*, visti i superiori limiti opera-

⁶¹ Si pensi, ad esempio, al socio di una cooperativa di consumo interessato all'acquisto di beni di consumo di prima necessità o al socio di una cooperativa agricola interessato alla commercializzazione dei prodotti agricoli: in simili casi, la responsabilità risarcitoria imposta alla capogruppo per violazione dei doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale *ex art. 2497 c.c.* sarà per il socio di scarsissima utilità, vuoi perché nel frattempo è venuto meno l'interesse all'acquisto di tali beni, vuoi perché i prodotti risultano oramai periti; altro caso immaginabile è quello del socio lavoratore che a causa della politica di gruppo si vede temporaneamente estromesso dal ciclo produttivo, con il prodursi di una serie di possibili effetti pregiudizievoli non facilmente rimediabili in un secondo istante (difficoltà di reinserimento, mancanza di adeguati mezzi finanziari per il sostentamento della propria famiglia, disturbi emotivo-psicologici, ecc.). Si avvede di ciò anche A. ZOPPINI, *I gruppi*, 768.

⁶² Di analogo avviso, K. VON DETTEN, *Die eingetragene*, 88 ("Insoweit scheint der Sinn von Beherrschungsverträgen mit eingetragenen Genossenschaften aus der Sicht eines herrschenden Unternehmers recht fragwürdig"); W. MERLE, *Die eingetragene*, 267 ("Ob er überhaupt einen Sinn haben kann, erscheint fraglich"); R. COSTI, *La vigilanza*, 59 ("marginalità di queste ipotesi"); G.F. CAMPOBASSO, *Organizzazione*, 561; R. GENCO, *Mutualità di gruppo*, 107 ("fenomeno ... del tutto marginale").

⁶³ H. KEINERT, *Genossenschaftsverbund*, 284, 288.

⁶⁴ G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, 227; nella letteratura economica si veda, puntualmente, G. DRAHEIM, *Zur Ökonomisierung*, 153 ("Der Aufbau von unten nach oben ... ist das Gegenteil eines Konzernaufbaus, der ohne herrschendes Unternehmen, d.h. ohne zentrale Kommandostelle und Anordnungen von oben nach unten, nicht auskommt").

⁶⁵ Si veda A. VALZER, *Il potere*, 881.

tivi cui *ontologicamente* soggiace, determina in ultima istanza l'emersione di un'organizzazione di gruppo a piramide rovesciata, ove la "capogruppo" svolge più propriamente le funzioni consortili di un *genossenschaftlicher Hilfskonzern*⁶⁶.

È interessante notare che proprio nel nostro ordinamento giuridico si è recentemente assistito all'implementazione legislativa di un paragonabile modello di gruppo. Il riferimento, evidentemente, è alla riforma delle banche di credito cooperativo ad opera del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito dalla legge 8 aprile 2016, n. 49⁶⁷, revisione – questa – motivata non tanto da particolari convinzioni operative o scientifiche, quanto principalmente dalla necessità di conformazione alle nuove regole di vigilanza prudenziale europea (regolamento CRR e direttiva CRD IV)⁶⁸. Infatti, la "specialità" della fattispecie di gruppo bancario oggi propugnato si spiega proprio in ragione della salvaguardia di questa finalità di tenuta sistemica del mondo creditizio in nome del paradigma "too big to fail"⁶⁹, in linea peraltro con la *ratio* di politica legislativa sottesa al (quasi contestuale) riordino della disciplina delle banche popolari (d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito dalla legge 24 marzo 2015, n. 33).

In questa sede, l'attenzione deve essere specialmente rivolta all'art. 37-*bis* t.u.b. di nuova introduzione. Detta disposizione disciplina la composizione del gruppo bancario cooperativo, prevedendo al comma 1 che ne fanno parte: *a*) la società per azioni capogruppo autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria, alla quale sono attribuiti contrattualmente poteri di dire-

⁶⁶ L'efficace espressione è di V. BEUTHIEN, *Rechtsprobleme*, 52; similmente R. GREVE, *Kooperation*, 114 ("umgestülpter Konzern"); R.B. NATSCH, *Die Genossenschaft*, 75 s.; A. REUL, *Das Konzernrecht*, 244, 251 ("Willensbildung 'von unten nach oben' ... so dass eher eine Abhängigkeit der Zentrale von den Primärgenossenschaften als eine Abhängigkeit der einzelnen Primärgenossenschaft von der Zentrale denkbar erscheint"); R. SANTAGATA, sub *art. 2545-septies*^a, 475, nt. 33 ("compatibilità fra oggetto dell'accordo e scopo mutualistico ... difficilmente accertabile a priori e che in fatto implica la negazione del concetto stesso di 'dominazione'"); ID., *Il gruppo paritetico*, 94 ss.; H. WESTERMANN, *Rechtsprobleme*, 166 s.

⁶⁷ In tema, cfr. M. LAMANDINI, *Il gruppo*, 665, 684 ss.; (*amplius*) R. SANTAGATA, "Coesione", *passim*.

⁶⁸ Così, puntualmente, R. SANTAGATA, "Coesione", § 3, 7 ss.; § 6, 11 ss.

⁶⁹ Sul tema, criticamente, M. BECHT-P. BOLTON-A. RÖELL, *Why bank*, 437 ss., con opportuna differenziazione tra *ownerless banks* (ovvero banche cooperative) e *corporate banks*.

zione e coordinamento del gruppo ed il cui capitale sociale è detenuto in misura maggioritaria dalle BCC appartenenti al gruppo; *b*) le banche di credito cooperativo che aderiscono al contratto e hanno adottato le connesse clausole statutarie; *c*) le società bancarie, finanziarie e strumentali controllate dalla capogruppo, nonché *d*) gli eventuali sottogruppi territoriali facenti capo a una banca costituita in forma di s.p.a. sottoposta a direzione e coordinamento della capogruppo di cui alla lett. *a*) e composti dalle altre società di cui alle lett. *b*) e *c*)⁷⁰.

Alla luce di siffatto disposto, vi è ora da chiedersi quale sia l'architettura di gruppo proposta dal contratto di coesione così ideato, espressione – quest'ultima – bizzarra e senza corrispondenti nell'attuale linguaggio giuridico. Di primo acchito, verrebbe da pensare che trattasi di gruppo bancario gerarchico. Tuttavia, ad 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*⁷¹, ana-

⁷⁰ Per la normativa secondaria di attuazione si veda BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza per le banche. Circolare n. 285 del 17.12.2013, 19° Aggiornamento del 2.11.2016*.

⁷¹ Di questo avviso, R. SANTAGATA, “*Coesione*”, *passim*, in part. § 11, 26, ove l'A. parla di “*gruppo paritetico di diritto speciale* in costanza di [una] *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 richiede ... l'esercizio di poteri autoritativi a salvaguardia della sana e prudente gestione del gruppo”.

In simili termini, si era espressa altresì la dominante dottrina austriaca in sede di interpretazione del § 30a *BWG* nella sua originaria formulazione del 2012. Detta disposizione ha introdotto nella relativa legge bancaria il modello organizzativo del *Kreditinstitute-Verbund*, predisponendo in un primo momento una regolamentazione alquanto prossima a quella prescritta dalla nostra riforma del sistema del credito cooperativo (ad esempio, imposizione di una *cross-guarantee* delle obbligazioni assunte dalle banche aderenti al *Verbund*; previsione di un potere di direzione unilaterale della struttura centrale strumentale al rispetto dei requisiti prudenziali a livello consolidato). Ciò ha indotto talune voci a qualificare il *Kreditinstitute-Verbund* quale *pendant* decentralizzato del classico gruppo a struttura proprietaria piramidale di cui al § 30 *BWG* (così CH. POMPER-P. STEMPKOWSKI, *Bankwesengesetz*⁸, § 30a, *Rdn.* 17; J. FRAGNER-M. SCHIMKA, *Novelle*, 151 ss.). Tuttavia, a seguito delle modifiche apportate nel 2015 al § 30a *BWG*, l'accennata dottrina ritiene essersi verificato un cambio paradigmatico verso una forte gerarchizzazione del *Verbund*, essendo la *Zentralorganisation*, ai sensi dell'*Abs.* 6, ora legittimata ad impartire agli istituti di credito aderenti direttive vincolanti anche per finalità non prudenziali, con una conseguente *generalizzata* preminenza dell'interesse di gruppo sulle istanze autonomistiche delle banche associate: in questo senso, criticando decisamente la predetta evoluzione normativa, CH. POMPER-P. STEMPKOWSKI, *Bankwesengesetz*⁸, § 30a, *Rdn.* 6a;

logamente 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*).

In questo senso depono, innanzitutto, il fatto che l'organo di direzione s.p.a. risulta partecipato in via maggioritaria dalle BCC associate, situazione proprietaria che tipicamente si riscontra in un gruppo paritetico o in strutture federate a "rete", con il relativo organo di gestione designato proprio dalle banche affiliate, le quali concertano per questa via mediata anche la direzione strategica del gruppo "nel rispetto delle finalità mutualistiche" delle singole banche del sodalizio [art. 37-*bis*, comma 3, lett. b)]. Inoltre, i "poteri di influenza sulle banche aderenti" sono "volti ad assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e delle altre disposizioni in materia bancaria e finanziaria applicabili al gruppo e ai suoi componenti" [art. 37-*bis*, comma 3, lett. b), n. 1, t.u.b.], residuando "per gli aspetti non disciplinati per finalità prudenziali ... l'autonomia contrattuale delle banche aderenti" (parte terza, cap. 5, sez. III, § 1, disp. vig. cit.).

Ugualmente significative in questa direzione risultano le ulteriori indicazioni provenienti dalla normativa regolamentare, secondo la quale il contratto di coesione "individua i presidi che assicurano il rispetto dei principi cooperativi", con l'imposizione in particolare di "previsioni volte a: riconoscere e salvaguardare le finalità mutualistiche delle banche di credito cooperativo, sostenendone la capacità di sviluppare lo scambio mutualistico con i soci e l'operatività nei territori di competenza; mantenere lo spirito cooperativo del gruppo, prescrivendo un esercizio del ruolo e delle funzioni di capogruppo che sia coerente con i principi di mutualità prevalente, solidarietà, parità di trattamento e non discriminazione caratteristici della categoria del credito cooperativo" (parte terza, cap. 5, sez. III, § 1.8, disp. vig. cit.). Infine, emblematica appare la previsione secondo cui il contratto di coesione deve indicare, sulla falsariga di quanto già richiesto dall'art. 2545-*septies*, comma 1, n. 5, c.c. per il gruppo paritetico, "i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune" [art. 37-*bis*, comma 3, lett. c), t.u.b.].

Invece, dei poteri di direzione *vincolante* scattano soltanto in casi parti-

P. STEMPKOWSKI, *Der neue § 30a BWG*, 98, ove l'A. asserisce che nella medesima direzione depono la previsione di cui all'*Abs. 5*, secondo cui l'esercizio del diritto di recesso richiede il consenso dell'autorità bancaria di vigilanza. Nella nostra dottrina si veda, per alcuni riferimenti, R. SANTAGATA, "Coesione", § 10, 22, nt. 46.

colari motivati dalla superiore esigenza di assicurare la sana e prudente gestione del gruppo bancario e il rispetto dei requisiti prudenziali applicabili a livello consolidato, con la pervasività dell'influenza amministrativa necessariamente "proporzionat[a] al grado di rischiosità delle banche aderenti" [art. 37-*bis*, comma 3, lett. *b*), n. 1, t.u.b. e parte terza, cap. 5, sez. III, § 1.5, disp. vig. cit.]. A tale proposito, vengono soprattutto in rilievo le prerogative di nomina, opposizione alla nomina e revoca di uno o più componenti, fino a concorrenza della maggioranza, degli organi di amministrazione e di controllo delle BCC aderenti al gruppo [art. 37-*bis*, comma 3, lett. *b*), n. 2, t.u.b.]; nonché il potere di controllo acquisibile dalla "capogruppo" finanziatrice il risanamento di una BCC in crisi, attribuendo le azioni di finanziamento appositamente sottoscritte diritti di voto nella banca 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" (art. 150-*ter*, commi 3 e 4-*bis*, t.u.b. e parte terza, cap. 5, sez. III, § 2, disp. vig. cit.).

Se nell'intenzione del legislatore simili "sopraffazioni" della s.p.a. di vertice potranno aversi unicamente in casi eccezionali e per ragioni di stabilità prudenziale del gruppo, nulla esclude che nella realtà concreta dei nuovi gruppi bancari prevalga alla fine una visione pianamente verticistica del sodalizio; ovviamente, non è questa la sede e nemmeno il momento per poter valutare l'impatto di simili eventuali distorsioni fattuali dal paradigma legale, dovendosi all'uopo attendere la concreta conformazione del contratto di coesione e degli statuti e regolamenti delle banche affiliate, nonché la prassi in atto presso questi soggetti nella fase strategica e operativa del gruppo.

Piena condivisione merita, pertanto, l'osservazione secondo cui "... società di vertice di un gruppo cooperativo possa essere anche una s.p.a. o una s.r.l., purché essa abbia natura consortile e sia partecipata e diretta dalle cooperative aderenti" o, comunque, si sia in presenza di "contratti e clausole statutarie [*ex art. 2497-septies c.c.*] che nella sostanza 'mimino' il paradigma dell'art. 2545-*septies* ponendo tuttavia a vertice del gruppo una società di capitali", raffigurando così piuttosto un contratto di coordinamento equiordinato e (in ogni caso) non propriamente gerarchico⁷².

⁷² Così M. LAMANDINI, *Nuove riflessioni*, 56, 64 s. (testo nella parentesi quadra aggiunto). Non molto diversamente, R. SANTAGATA, "Coesione", § 6, 15, ove l'A. asserisce che

Questo *excursus* nel mondo riformato della cooperazione di credito conferma, anche sul presente piano più *generale*, le superiori asserzioni. Infatti, nel diritto cooperativo la stipulazione di un contratto di dominio con una società di capitali in posizione di vertice trasformerebbe la “capogruppo” in un ente esercente attività di direzione e coordinamento non nell’interesse proprio, ma sostanzialmente a servizio delle “eterodirette”, similmente a quanto avviene nel gruppo paritetico o nel *genossenschaftlichen Hilfskonzern* di tipo consortile.

Non a caso l’attento legislatore spagnolo, proprio con riferimento al *gruppo cooperativo consolidabile* quale “antecedente” del gruppo paritetico di cui all’art. 78, *Ley 27/1999 de 16 de Julio, de Cooperativas*, statuisce all’art. 1.2.2° del *Real Decreto 1345/1992, de 6 de noviembre*, che “la entidad cabeza del grupo de sociedades cooperativas será una sociedad cooperativa o cualquier otra entidad siempre que, en éste último caso, su objeto exclusivo sea el de planificar y coordinar el desarrollo empresarial y las estrategias a largo plazo de las cooperativas que integran el grupo, no pudiendo estar participada por otras personas o entidades diferentes a estas últimas”⁷³.

Si tratta di notazioni fondamentali che nell’insieme dimostrano l’assoluta anomalia concettuale e sistematica di una siffatta nozione di gruppo cooperativo “gerarchico”. Pertanto, legittima appare la scelta epistemologica qui operata di non occuparsi di una simile fattispecie di gruppo, fuoriuscendo essa dall’oggetto d’indagine prescelto, riguardante appunto il gruppo cooperativo *gerarchico in senso proprio*. Invece, uno studio *ex professo* del contratto di dominio c.d. parziale (volendo fare propria la locuzione tedesca di *Teilbeherrschungsvertrag*) presupporrebbe, al contrario, più propriamente un confronto con i suoi veri omologhi, ovvero il consorzio tra società cooperative e non ed il gruppo paritetico (nelle sue diverse declinazioni prospettabili)⁷⁴.

“fuori dai casi patologici previsti dalla legge, la ‘capogruppo’ è investita di una funzione d’indirizzo strategico a carattere prevalentemente programmatico, esplicazione della sua funzione di vigilanza, e partecipa alla gestione strategica delle BCC associate definendo obiettivi generali in un’ottica di pianificazione; la società di vertice non detiene però un potere decisionale pieno ed assoluto, né è legittimata ad impartire agli organi amministrativi di quest’ultime direttive vincolanti invasive della loro funzione gestoria”, cui *adde* § 14, 37 (dattiloscritto).

⁷³ Corsivo nel testo evidenziato. In argomento, si veda J.M. EMBID IRUJO-R. ALFONSO SÁNCHEZ, *Formas*, 1023, 1064 s.

⁷⁴ Per il suggerimento di un simile programma d’indagine si veda, nella nostra dottrina, R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, 94 ss., 102; S. BITOSI-M. SIMION, *Gli stru-*

4. *Il gruppo cooperativo gerarchico come spartiacque tra passato e futuro della cooperazione.* – L'organizzazione della società cooperativa in forma di gruppo eterogeneo rappresenta, nella storia recente del movimento cooperativo, l'argomento di discussione probabilmente più innovativo e complesso⁷⁵. I cultori della materia discutevano accesamente sulla tenuta del tipo cooperativo in presenza di un simile modello di integrazione verticale. Unanimemente si concordava, però, che esso costituisse il vero banco di prova dello sviluppo dell'impresa mutualistica nella sua proiezione verso il futuro.

In questo quadro, vi erano coloro che nutrivano forti sospetti circa la compatibilità del gruppo cooperativo gerarchico con i principi portanti del diritto della cooperazione. La maggiore preoccupazione consisteva nel ravvisato snaturamento mutualistico della *holding* cooperativa, la quale avrebbe giocoforza abdicato alla sua funzione primaria di supporto delle economie individuali dei soci aderenti per mutare, all'opposto, in una struttura funzionalmente assimilabile alle società lucrative⁷⁶.

Sul fronte opposto, invece, voci altrettanto autorevoli non tardavano a rimarcare la spiccata duttilità del gruppo gerarchico quale strumento di crescita competitiva della società cooperativa. Ravvisando in simili forme di aggregazione il “futuro della cooperazione”⁷⁷, i relativi propugna-

menti, 153 ss.; nella dottrina austriaca, R. BORNS-H. HOFINGER, *Der Genossenschaftsverband*, 1 ss.

⁷⁵ G. SCHIANO DI PEPE, *Prefazione*, XIV-XV, ritiene che “la rapida evoluzione di questa forma societaria verso modi di operare assai vicini a quelli propri delle società ordinarie, ma anche – nello stesso tempo – il permanere di aspetti distintivi affatto caratteristici dell'impresa mutualistica, sono i fenomeni che nel modo più generale e astratto possono descrivere la complessità del fenomeno cooperativo ...”.

⁷⁶ G. OPPO, *Mutualità*, 12, riteneva che “il gruppo cooperativo ha senso in quanto siano cooperative le società collegate o controllate. Ciò significa che non è ‘gruppo cooperativo’, neanche concettualmente, quello costituito da società ordinarie ancorché controllato da una cooperativa. È chiaro che una sedicente cooperativa che si limitasse ad operare come capo gruppo di più società ordinarie, e a distribuire ai propri soci l'utile relativo, sarebbe in realtà una società lucrative”. Similmente si era espresso G. COTTINO, *L'evoluzione*, 17, il quale affermava che “proprio su questo terreno, [ovvero della] creazione di gruppi di imprese in tutto e per tutto simili ai normali gruppi operanti sul mercato, si sia voluta forzare la mano, quasi tagliando altri ponti col passato”; ancora recentemente, R. SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo*, 525, ha espresso l'avviso che il “gruppo paritetico rappresent[i], per comune convincimento, l'unico modello d'integrazione effettivamente compatibile con la struttura delle società mutualistiche”.

⁷⁷ V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 328 ss.

tori evidenziavano la necessità di consentire anche al movimento cooperativo l'accesso a siffatte tecniche moderne di organizzazione del sodalizio d'impresa, liberandosi in questo modo dal retaggio tradizionale e ideologico di organismo localistico a servizio dei piccoli imprenditori soggiogati dal potente nemico capitalista ⁷⁸.

A questo punto, si vuole tentare una *summa* in qualche modo conciliativa delle superiori contrapposte posizioni. Infatti, certamente occorre evitare che alla cooperativa venga precluso il ricorso a strumenti di integrazione imprenditoriale di tipo verticale per il timore che una simile (ri-)organizzazione possa risolversi nell'abbandono della forma cooperativa ⁷⁹ o nello svuotamento della causa mutualistica (c.d. demutualizzazione) ⁸⁰. Al contrario, è necessario permettere anche alle società cooperative la piena fruibilità del modello del gruppo cooperativo gerarchico, così evitando di fare scontare loro un *gap* concorrenziale ingiustificato rispetto alle società capitalistiche. Invero, l'aggregazione verticale può rappresentare una fondamentale *chance* di crescita economica dell'impresa mutualistica, inevitabile nella competizione con le omologhe imprese or-

⁷⁸ P. VERRUCOLI, *Per una riforma*, 19, osservava efficacemente che “la cooperazione ... è venuta sempre più acquisendo nelle sue manifestazioni più cospicue (si pensi alle ricordate grandi cooperative di secondo grado e consortili, alle società di capitali tra società cooperative o con partecipazione di queste, ecc.) uno spiccato carattere di strumento suscettibile di operare ad ogni livello di potenzialità economica e quindi in ogni strato sociale; perdendo, forse, qualcosa della sua carica ideologica originaria, ma dimostrando di essere capace di inserirsi nel dialogo tra le imprese capitalistiche ...”; nella medesima direzione argomentava L.F. PAOLUCCI, *La partecipazione*, 14 s., puntualizzando che “la cooperazione non poteva più restare ancorata a un'applicazione ristretta dei principi della mutualità e ... doveva porsi il problema se le strutture avevano (ed hanno) ancora la possibilità di svolgere un ruolo effettivo, proporzionato al nuovo contesto in cui erano (e sono) inserite e quindi di una loro riforma per garantirne una maggiore efficienza sul piano esterno, tale da assicurare una maggiore competitività”; G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, 309, sottolineava che il gruppo cooperativo consente “di dotare il movimento cooperativo nella competizione sul mercato di uno strumento di cui in passato si sono avvantaggiate solo le imprese capitalistiche”, pur nella consapevolezza di dover “concepire il ricorso a questo fenomeno con una certa cautela evitando che si trasformi in un veicolo di transizione di una parte del movimento al di fuori dell'identità cooperativa”.

⁷⁹ Si tenga però presente che una gravosa barriera in uscita dal sistema cooperativo consiste nell'indivisibilità delle riserve in caso di scioglimento o trasformazione della cooperativa (cfr. artt. 2545-ter e 2545-undecies c.c.).

⁸⁰ Cfr., specificamente, H.-H. MÜNKNER, *Typverfremdung*, 262 ss.; ID., *Go public*, 79 ss.; T. BAGER, *Isomorphic*, 35 ss.

dinarie⁸¹, nonché un polo di attrazione di elementi tecnici ed amministrativi particolarmente qualificati⁸².

In quest'ottica, senza doversi soffermare sui vantaggi (economie di scala e di scopo, riduzione dei costi di transazione, parcellizzazione del rischio d'impresa, ecc.)⁸³ e sugli svantaggi (diseconomie di scala, ipertrofia burocratica, conflitti di interesse di vario genere, creazione di intese anticoncorrenziali, ecc.)⁸⁴ che la letteratura giuridico-economica comunemente ricollega alla strutturazione di un'impresa in forma di gruppo⁸⁵, preme piuttosto insistere sulla funzionalità del gruppo gerarchico quale mezzo di risoluzione del classico problema della sottocapitalizzazione delle imprese cooperative.

Si tratta di *cooperative dilemma*⁸⁶ tanto vecchio quanto la stessa storia cooperativa e che ha segnato una considerevole parte degli interventi di politica legislativa susseguitisi a partire dal secondo dopoguerra. Esso è

⁸¹ T. THEURL, *Die Wettbewerbsfähigkeit*, 7 ss., in part. 14 ss.

⁸² Insiste su quest'ultimo aspetto, in particolare, E. BOETTCHER, *Vertikale Integration*, 141 ss.

⁸³ Sul tema si veda, bene, S. BITOSSO, *La crescita*, 35 ss. Per uno studio empirico riferito alle cooperative operanti nel settore della produzione e distribuzione di energia elettrica, M.L. GREER, *A test*, 679 ss., ove si evidenzia che l'integrazione verticale determina il prodursi di un risparmio di spesa (*cost savings*) in media del 40%, e ciò grazie al verificarsi di economie di scala che uno svolgimento non integrato (ovvero orizzontale mediante ricorso al mercato per l'approvvigionamento dei fattori produttivi) non consentirebbe di realizzare; ID., *Can rural*, 487 ss.

⁸⁴ Cfr. D. PREITE, *La destinazione*, 47; A. BASSI, *Mutualità*, 46 s., il quale, con riferimento al caso Valdarno Ipercoop, sottolinea che "il gruppo cooperativo ha posto gravi problemi di antagonismo sociale, con l'aggravante di aver contribuito – involontariamente – ad una inversione dei ruoli storicamente propri della mutualità rispetto alle altre forme produttive organizzate".

⁸⁵ Fondamentali rimangono in materia di *theory of the firm* i rivoluzionari studi di Ronald Coase (R. COASE, *The nature*, 386 ss.) e, a seguire, di Oliver Williamson (O.E. WILLIAMSON, *The Vertical*, 112 ss.; ID., *Markets*, 1 ss.; ID., *The Economic*, 1 ss.) e di Oliver Hart (O. HART, *Firms*, 15 ss.), tutti e tre vincitori del Premio Nobel per l'economia, rispettivamente, nel 1991, 2009 e 2016. Per un efficace riassunto delle categorie concettuali alla base della corrente di ricerca nota come Nuova Economia Istituzionale si veda, nella letteratura cooperativistica, R. GREVE, *Kooperation*, 91 ss., 112 ss.; H. BONUS, *The Cooperative*, 310 ss.

⁸⁶ L'espressione è di H.-H. MÜNKNER, *Go public*, 72; in questo ordine di idee già ID., *Fördermitglieder*, 83 ss.; V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*¹⁵, § 1, Rdn. 82 ("Eigenkapitalschwäche der eG ist rechtsformimmanent"); W. BLOMEYER, *Die institutionelle*, 5 ss.

maggiormente avvertito nel settore della cooperazione di produzione e lavoro, mentre nelle (grandi) cooperative di consumo, soprattutto grazie alla diffusa pratica dei prestiti dei soci, detto *impasse* si riscontra meno diffusamente.

Il fenomeno della sottocapitalizzazione viene generalmente ricondotto alle debolezze strutturali tipiche delle società cooperative, consistenti nella regola del voto capitario; nella variabilità del capitale sociale; nell'indivisibilità delle riserve e nella correlativa inappropriabilità del valore reale del patrimonio sociale intergenerazionale; nella previsione di soglie massime di partecipazione al capitale sociale; nella scarsa redditività dell'investimento di capitale effettuato; nella mancanza di un mercato liquido delle partecipazioni sociali⁸⁷. In realtà, è bene dire che i predetti connotati, pur essendo alla base della scarsa attrattività della cooperativa come canale di raccolta di nuova finanza, mitigano al contempo la *genossenschaftliche Kapitalentartung*. Infatti, da sempre il tipo societario in questione sconta le criticità di un inevitabile *trade-off* tra salvaguardia dell'identità cooperativa e incentivazione di un adeguato sviluppo dimensionale, istanze finalistiche – queste – che secondo taluni si presenterebbero per giunta in termini di inconciliabilità reciproca⁸⁸.

La dottrina cooperativistica più attenta non ha mancato di proporre soluzioni originali a rimedio della segnalata deficienza⁸⁹, poi favorevolmente accolte dalle *New Generation Cooperatives (NGC)*⁹⁰ e da taluni

⁸⁷ Nella letteratura economica, cfr. i classici lavori di E.G. FURUBOTN-S. PEJOVICH, *Property Rights*, 431 ss.; G. DRAHEIM, *Die Genossenschaft*, 85 ss.; J.E. MEADE, *The Theory*, 402 ss.

⁸⁸ Sul difficile equilibrio tra *stabilen Kapitalgrundlage* e *externem Kapital* si vedano, estensivamente, H.-H. MÜNKNER, *Typverfremdung*, 275 ss.; ID., *Ansätze*, 1 ss.; A. MAZZONI, *Tavola rotonda*, 216 ss.; per taluni cenni anche V. BUONOCORE, *I rischi*, 86; R. GENCO, *Finanza*, 442; S. ZAMAGNI, *Su talune condizioni*, 27 ss.

⁸⁹ Cfr. S. FEUERBORN, *Der Beteiligungsfonds*, 1 ss.; R. HENZLER, *Verstärkte*, 39 ss.; H. KLOSE, *Zusatzgrundkapital*, 79 ss.; D. PREITE, *Modificazioni*, 274 ss.; I. WEBER, *Der Beteiligungsfonds*, 1 ss.

⁹⁰ Le *NGCs*, variamente denominate anche *New Age Cooperatives* o *Value Added Cooperatives*, si sono diffuse soprattutto negli Stati Uniti d'America nel settore agro-alimentare. Inizialmente organizzate sotto gli *cooperatives statutes* esistenti, diversi Stati federati (tra cui Iowa, Wisconsin, Minnesota e Tennessee), prendendo atto della popolarità di questo nuovo modello organizzativo, hanno espressamente autorizzato la costituzione di società cooperative con le caratteristiche strutturali tipiche delle *NGCs*, ovvero la struttura associativa chiusa; l'obbligo di un conferimento minimo di capitale socia-

legislatori stranieri (ad esempio, Norvegia e Germania)⁹¹. Nota peculiare di simili proposte riformatrici è la previsione di meccanismi incentivanti l'investimento di capitale di rischio (anche) da parte dei soci cooperatori mediante l'assegnazione di un diritto di partecipazione al valore *intrinseco* del patrimonio sociale⁹². Si intende, in tal guisa, realizzare un maggiore allineamento tra l'orizzonte temporale del socio mediano e l'orizzonte economico del progetto di investimento, il che equivarrebbe secondo un parte della dottrina economica ad eliminare la causa alla base della sottocapitalizzazione delle società cooperative.

In Italia il problema del sotto-investimento ha riscontrato l'attenzione

le determinante, a sua volta, l'ammontare dei *delivery rights* (= diritti di fornitura) di cui il socio cooperatore diviene titolare (meccanismo già noto a G. SANTINI, *Il commercio*, 232, nt. 353); il diritto-obbligo del socio e della cooperativa di effettuare scambi mutualistici; la libera trasferibilità delle partecipazioni sociali, il cui valore di mercato è pari al valore di scambio dei *delivery rights* acquistati dai soci cooperatori al momento dell'ingresso in società o successivamente a titolo di conferimento di ulteriore capitale di rischio. In dottrina, cfr. C.T. AUTRY-R.F. HALL, *The law of cooperatives*, 20 ss.; F.R. CHADDAD-M.L. COOK, *Understanding*, 348 ss.; M.L. COOK-F.R. CHADDAD, *Redesigning*, 1249 ss.; D. COLTRAIN-D. BARTON-M. BOLAND, *Differences*, 1 ss. Per analoghe esperienze in Nuova Zelanda, si veda L.T. EVANS-R.B. MEADE, *The role*, 1 ss.

⁹¹ Nel *Co-operative Societies Act* 81/2007 norvegese, la *sec.* 135.5 consente allo statuto di prevedere la distribuzione in favore dei soci cooperatori attuali e passati del *net capital*, comprensivo altresì del saldo positivo del *pay back-fund* (*sec.* 28: riserva collettiva da utili) e del *members' capital account* (*sec.* 29: riserva individualizzata da ristoranti), secondo un criterio tipicamente mutualistico, ovvero in proporzione all'ammontare delle operazioni mutualistiche avvenute tra socio e società negli ultimi 5 anni o nel periodo più breve stabilito dallo statuto, comunque non inferiore ad 1 anno. Sul punto si veda T. FJØRTOFT-O. GJEMS-ONSTAD, *Norway*, 572 ss.

Il legislatore tedesco, similmente, lascia ampia libertà in ordine alla concreta destinazione del patrimonio netto residuo in caso di scioglimento della cooperativa. Infatti, ai sensi dei §§ 91 e 92 *GenG*, la destinazione altruistica in favore di una determinata persona fisica o giuridica e per un determinato scopo d'utilizzo ovvero, in subordine, del Comune ove ha sede la società, opera unicamente se lo statuto esclude a monte la destinazione egoistica dell'attivo di liquidazione; inoltre, il § 73, *Abs.* 3, *GenG*, introdotto con la novella del 1973, consente allo statuto di optare per la formazione di un *Beteiligungsfond* (riserva da utili), alla cui ripartizione *pro quota* il socio cooperatore ha diritto in caso di *exit* dalla cooperativa.

⁹² In materia rimane tuttora di fondamentale importanza il saggio di B. GROSSFELD, *Genossenschaft*, 8 ss. Di analogo avviso, sottolineando con riguardo all'art. 26 della legge Basevi l'anacronismo "dei congegni normativi operanti come fattori di contenimento o compressione della potenziale capacità economica degli organismi cooperativi", P. VERRUCOLI, *Per una riforma*, 18, 22.

del legislatore storico relativamente tardi⁹³. Si è tentato di reagirvi seriamente per la prima volta con la legge del 19 marzo 1983, n. 72 (c.d. Visentini *bis*) e, soprattutto, con quella del 31 gennaio 1992, n. 59, che a giudizio di autorevole dottrina hanno inaugurato “l’era della ‘ricapitalizzazione’”⁹⁴: si è assistito così ad un’elevazione sia della misura della quota massima sottoscrivibile da ciascun socio sia della misura del dividendo distribuibile ai singoli operatori, ma soprattutto all’introduzione della figura dell’azionista di partecipazione cooperativa (artt. 5 e 6, legge n. 59/1992) e del socio sovventore (art. 4, legge n. 59/1992)⁹⁵.

È risaputo, però, che tali mezzi di finanziamento endogeni non hanno affatto sortito il successo auspicato. Le esigue adesioni a tali proposte di investimento risultano ascrivibili quasi esclusivamente all’iniziativa solidaristica della finanza di sistema, ovvero ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, anch’essi introdotti con la legge del ’92 (artt. 11 e 12)⁹⁶.

La creazione di un omogeneo *level playing field* tra cooperative e società capitalistiche nell’accesso al mercato dei capitali segna poi anche l’ultimo grande sforzo innovatore del nostro riformatore. Difatti, già nella fase preparatoria della riforma societaria si è avuto occasione di evidenziare che i vincoli e le limitazioni antilucrativi caratterizzanti lo statuto delle società cooperative pregiudicavano la possibilità di un’adeguata capitalizzazione e le reali potenzialità di crescita delle imprese mutualistiche, relegando quest’ultime in una posizione di subalternità rispetto ai diretti *competitor* capitalistici⁹⁷. Detto *file rouge* attraversava infine il pro-

⁹³ Per questa constatazione, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 287.

⁹⁴ V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 120.

⁹⁵ Su detti temi cfr., fra i tanti, G. BONFANTE, *La società cooperativa*, 277 ss.; R. COSTI, *La riforma*, 935 ss.; ID., *Mutualità*, 151 ss.; L.F. PAOLUCCI, *I soci*, 98 ss.

⁹⁶ Lo ricorda, puntualmente, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, 235, 289 (“sono state confermate le previsioni di chi preconizzava un deludente se non nullo impatto applicativo di questa parte della riforma; ed è oltre tutto acclarato che le poche iniziative di applicazione degli artt. 4 e 5 della legge n. 59 del ’92 provengono dall’interno del mondo cooperativo”).

⁹⁷ Cfr., in particolare, la proposta di legge Veltroni, 10 febbraio 2000, n. 6751 (“l’attuale disciplina delle società cooperative è caratterizzata da vincoli e limitazioni che rischiano di pregiudicare le possibilità per queste imprese di operare in condizioni di efficienza e di competitività”); e la proposta di legge Fassino, 20 giugno 2000, n. 7123 (“vigente disciplina è inadeguata sotto diversi profili in quanto non consente alle imprese in forma cooperativa di

getto Mirone (art. 5) e la legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366 (art. 5), con finale gestazione ad opera della riforma del 2003 degli strumenti finanziari di cui all'art. 2526 c.c.⁹⁸, emettibili tanto dalla cooperativa-s.p.a. quanto ora anche dalla cooperativa-s.r.l.⁹⁹.

Senza dovere in questa sede riesaminare gli aspetti di disciplina maggiormente controversi della relativa fattispecie¹⁰⁰, interessa piuttosto ri-

acquisire capitale di rischio nella misura necessaria per far fronte alle esigenze che i mercati in cui operano pongono a tutte le imprese"). Entrambe si possono leggere in AA.VV., *La riforma*, 341 ss. (proposta di legge Veltroni) e 381 ss. (proposta di legge Fassino).

⁹⁸Nella generale concorrenza tra ordinamenti giuridici, la legittima presenza nella più ampia compagine sociale di soci finanziatori è oramai una costante a livello comparatistico: ad esempio, il *GenG* tedesco, a seguito delle modifiche apportate nel 2006 con il *Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts*, consente allo statuto di ammettere anche *investierende Mitglieder*, definiti al § 8, *Abs. 2* come "Personen, die für die Nutzung oder Produktion der Güter und die Nutzung oder Erbringung der Dienste der Genossenschaft nicht in Frage kommen", ovvero come soggetti inidonei o disinteressati a partecipare alla gestione mutualistica. Prima di allora, la dottrina tedesca, dato l'indissolubile binomio socio-utente (non eludibile, ai sensi del § 9, *Abs. 2*, *GenG*, neanche in sede di nomina del *Vorstand* e dell'*Aufsichtsrat*, salvo il ricorso nella prassi, specialmente da parte delle cooperative di grandi dimensioni, ai c.d. *fördernde Mitglieder*), è stata costretta a qualificare l'investitore esterno come associato in partecipazione (*stiller Gesellschafter*) o titolare di buoni di godimento (*Genussscheine*), incorporanti semplici diritti di credito e giammai un diritto corporativo. Ripercorre bene le tappe di quest'evoluzione, V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*¹⁵, § 9, *Rdn. 13*; ID., *Die atypisch*, 849 ss.; M. WACHTER, *Die Investierende*, 63 ss. Nella medesima direzione si sono mossi i legislatori austriaco (§ 5a, *Abs. 2*, *GenG*), spagnolo (art. 14, *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*), francese (art. 3 *bis*, *loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947*, come modificato dalla *loi n° 92-643 du 13 juillet 1992*) e – ora – svedese (1° *kap.*, § 1a della recente *lag 2016:108*); per la Società cooperativa europea (SCE), si veda l'art. 14, comma 1, cpv. 2, Reg. (CE) n. 1435/2003. Si rinvencono, tuttavia, anche scelte di segno opposto: è il caso del *Co-operative Societies Act* norvegese, il quale esclude ogni possibilità di finanziamento di rischio esogeno.

⁹⁹Se l'art. 2526, ult. comma, c.c. prevede che "la cooperativa cui si applicano le norme sulla società a responsabilità limitata può offrire in sottoscrizione strumenti privi di diritti di amministrazione solo a investitori qualificati", il decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, ha provveduto ad un'interpretazione autentica di siffatta disposizione, prevedendo che il limite all'emissione di strumenti finanziari si riferisce esclusivamente ai titoli di debito (così l'art. 11, comma 3-*bis*).

¹⁰⁰Si veda, *ex professo*, E. CUSA, *Il socio, passim*. In particolare, discussa è la configurabilità, accanto a strumenti finanziari partecipativi del tipo di quelli previsti dagli art. 2346, comma 6 e 2349, comma 2, c.c., di azioni c.d. lucrative: sul punto si può rinviare ai lucidi contributi di G. PRESTI, *Gli strumenti*, 3521 ss.; M. LAMANDINI, *sub artt. 2526 e*

marcare che la lunga marcia verso il mercato¹⁰¹, ancora una volta, non ha portato all'esito sperato. Infatti, le partecipazioni di rischio dei soci finanziatori non hanno trovato il supporto di un mercato secondario efficiente e liquido¹⁰², e ciò nonostante l'astratta quotabilità delle azioni "lucrative" nei mercati regolamentati laddove l'emittente presenti i requisiti richiesti dai regolamenti di ammissione¹⁰³.

L'insuccesso è probabilmente riconducibile all'imposizione di pesanti vincoli patrimoniali [art. 2526, comma 2, periodo 2, c.c. e, per i sottoscrittori-soci cooperatori, art. 2514, comma 1, lett. b), c.c.¹⁰⁴] e amministrativi (art. 2526, comma 2, ult. periodo, c.c.; artt. 2542, comma 3, ult. periodo e 2543, comma 3, c.c.¹⁰⁵). La ragione di siffatte limitazioni, non aggirabili nemmeno dal regolamento di emissione nell'esercizio dell'(altrimenti) ampia autonomia statutaria, si coglie nel volto tipologicamente mutualistico delle società cooperative. Infatti, l'ingresso in società di portatori di finalità prettamente lucrative (*recte*, i soci finanziatori) è stato congegnato in modo da evitare un'erosione della preminenza dello scopo mutualistico. In altre parole, l'emissione di strumenti finanziari, seppure implicante una commistione causale, non potrà determinare un'abdicazione della mutualità (a questo punto) a colorazione lucrativa in favore di una lucratività a colorazione mutualistica. Di fronte ad una simile disparità di posizioni (amministrativa e patrimoniale) diviene comprensibilmente difficile immaginare una spiccata propensione all'investimento da parte di soggetti mossi unicamente da uno scopo lucrativo¹⁰⁶.

2541, 203, 212 ss.; ID., *Autonomia negoziale*, 519 ss.; ID., sub art. 2526, 207 ss., entrambi orientati in senso favorevole alla configurabilità anche di azioni "lucrative".

¹⁰¹ L'espressione è di R. GENCO, *Finanza*, 448.

¹⁰² Dello stesso parere, F. BARACHINI, *Il problema della partecipazione*, 321.

¹⁰³ In argomento si veda M. LAMANDINI, sub artt. 2526 e 2541, 221 ss.; R. GENCO, *Finanza*, 454 ss.

¹⁰⁴ Dette disposizioni precludono che i privilegi previsti nella ripartizione degli utili e nel rimborso del capitale si estendano alle riserve indivisibili a norma dell'art. 2545-ter c.c. e che gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori possano essere remunerati in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi.

¹⁰⁵ Si tratta delle previsioni secondo le quali ai soci finanziatori non può essere attribuito più di un terzo dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti ovvero rappresentati in ciascuna assemblea generale, né il diritto di eleggere più di un terzo dei componenti degli organi amministrativo e/o di controllo.

¹⁰⁶ Similmente, G. BONFANTE, *La società cooperativa*, 296 s. ("... la patrimonializzazione di tali strumenti sconta in termini quantitativi una certa qual minorità rispetto all'in-

A questo punto, vista l'esigua appetibilità dei tradizionali strumenti di capitalizzazione via via escogitati dal legislatore italiano, occorre interrogarsi sull'idoneità del gruppo cooperativo eterogeneo a fungere da dispositivo di rafforzamento patrimoniale dell'impresa. Sarebbe illusorio intendere detto modello come la panacea di tutti i mali¹⁰⁷, ma difficile appare negare che esso possa rappresentare, se correttamente strutturato¹⁰⁸, un'alternativa ed efficiente via di accesso al mercato del capitale di rischio. Non per nulla, nel panorama nazionale ed internazionale si rintracciano taluni esempi evidentemente ispirati a questa specifica finalità.

È il caso delle maggiori latterie irlandesi in forma cooperativa, le quali

vestimento in un'ordinaria società capitalistica"); nella dottrina tedesca, H.-H. MÜNKNER, *Typverfremdung*, 276 s. ("Es erweist sich als schwierig, die Förderung der Nutzer zu betonen und zugleich die Kapitalbeteiligung für Investoren attraktiv zu machen"). Più ottimistico, invece, R. GENCO, *Finanza*, 454 ("pressoché totale equiparazione nelle opportunità di finanziamento tra la società lucrativa e la cooperativa ..."), il quale avanza una proposta interessante per colmare l'impatto dovuta alla preclusa "appropriazione" del patrimonio indivisibile ex art. 2526, comma 2, periodo 2, c.c., suggerendo di optare per l'esclusione del sovrapprezzo di emissione di detti strumenti finanziari.

Ciò sembra confermato, almeno implicitamente, anche da una recente indagine empirica condotta da Confcooperative su un totale di 5.760 cooperative, dalla quale emerge che gli strumenti di finanziamento diversi dai prestiti bancario e sociale non sembrano trovare ancora ampio utilizzo. Infatti, nel periodo in esame (2007-2015), il totale dei prestiti obbligazionari e il totale dei prestiti da altri finanziatori (non soci e non bancari) incidevano per meno del 5% rispetto al totale dell'indebitamento finanziario. Tra l'altro, dal 2012 al 2015, si è assistito ad una riduzione, pari al -10,8%, dell'ammontare complessivo di queste tipologie di finanziamento. Per queste informazioni si veda FONDO SVILUPPO, *Confcooperative: capitale proprio*, 5; in senso conforme i dati forniti da ALLEANZA COOPERATIVE ITALIANE, *Le grandi cooperative*, 13. Si tenga presente che l'apporto effettuato dal socio finanziatore ex art. 2526 c.c. viene spesso appostato a patrimonio netto, rappresentando quindi una posta di c.d. quasi capitale irredimibile. Ciò non toglie, a mio avviso, che le informazioni statistiche appena riportate denotino, al di fuori del classico approvvigionamento attraverso il ricorso al canale bancario, una ridottissima disponibilità dei soggetti terzi a finanziare una società cooperativa.

¹⁰⁷ Icasticamente in questo senso, S. BITOSI-M. SIMION, *Gli strumenti*, 168, i quali evidenziano che "oggi esistono grandissime imprese cooperative divenute tali attraverso la crescita per linee interne, così come vi sono grandi gruppi societari con holding cooperative: l'analisi empirica dimostra quindi che non esiste in linea di principio 'la modalità migliore' a cui affidare la crescita dell'impresa".

¹⁰⁸ Le maggiori criticità investono indubbiamente la gestione dei rapporti di interesse tra soci cooperatori e soci azionisti puri, una cui sistemazione ordinata ed equilibrata spetterà all'autonomia statutaria. Sul punto si veda, per qualche cenno, V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*¹⁵, § 1, Rdn. 84.

hanno implementato una tale struttura mediante la costituzione di una controllata nella forma di s.p.a. (*PLC*) e conferimento in essa dell'azienda, operazione seguita dall'emissione di due categorie di azioni, ovvero: i) non trasferibili *B-shares* attribuite alla cooperativa capogruppo, con la previsione statutaria che la quota di partecipazione da esse rappresentata non possa scendere al di sotto del 50% del capitale sociale della *PLC*; ii) *A-shares* quotate sul mercato regolamentato, dapprima offerte ai soci cooperatori in proporzione delle rispettive quote di capitale, ai dipendenti e fornitori e, successivamente, collocate in borsa. Lo statuto della *PLC* prevede, inoltre, che in nessun caso le *B-shares* possano ricevere dividendi in misura superiore a quelli pagati alle *A-shares*¹⁰⁹.

Un percorso simile è stato intrapreso da Coopservice società cooperativa attraverso la quotazione in borsa delle azioni della società controllata Servizi Italia s.p.a. Anche Manutencoop società cooperativa aveva perseguito il medesimo obiettivo, progettando di quotare in borsa la società controllata Manutencoop Facility Management s.p.a., risultata da una previa operazione di scorporo dell'azienda da parte della cooperativa capogruppo; ad oggi, detto disegno è rimasto incompiuto, fermo restando però che la figlia abbia comunque attratto finanziamenti esterni grazie alla sottoscrizione da parte di fondi di *private equity* del 21% del capitale sociale di Manutencoop Facility Management s.p.a.¹¹⁰.

¹⁰⁹ L'esempio è riportato da H.-H. MÜNKNER, *Typverfremdung*, 279; ID., *Go public*, 79 ss.

¹¹⁰ Per queste notizie si veda A. CAMELLINI, *Modelli*, 461 ss., in part. 465 e 467 ss.; per un recente progetto di riorganizzazione del gruppo Manutencoop volto alla liquidazione dei fondi di *private equity*, si veda la notizia in *Il Sole 24 Ore*, 22.6.2017.