

Marco Lamandini

---

**IL GRUPPO BANCARIO  
ALLA LUCE DELLE RECENTI  
RIFORME**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## IL GRUPPO BANCARIO ALLA LUCE DELLE RECENTI RIFORME (\*)

SOMMARIO: I. Una breve introduzione sull'evoluzione normativa in tema di gruppo bancario. — 1. La prima disciplina italiana. — 2. Riforma del diritto societario e gruppi bancari. — 3. Rapporto tra disciplina generale di diritto societario sui gruppi e disciplina settoriale. Un rinvio. — II. Le recenti novità legislative che arricchiscono di disciplina il gruppo bancario e l'ambito del nuovo intervento legislativo. — 4. Quattro domande alle quali cercare risposta. — III. Gruppo transnazionale bancario: un regime prudenziale uniforme in area euro o comunque armonizzato nell'Unione e le "trappole nascoste" dei diritti societari e fallimentari nazionali disarmonici. — 5. L'approccio europeo al tema dei gruppi di imprese nella prospettiva societaria generale. — IV. Gruppi bancari e disciplina armonizzata degli accordi di sostegno finanziario intragruppo. — 6. La disciplina europea e il suo recepimento nazionale: questioni generali. — 7. La disciplina europea e il suo recepimento nazionale. Questioni specifiche: *a*) quale grado di libertà nella decisione se aderire all'accordo? — 8. La disciplina europea e il suo recepimento nazionale. Questioni specifiche: *b*) la nuova conformazione dei flussi informativi intragruppo. — 9. La disciplina europea e il suo recepimento nazionale. Questioni specifiche: *c*) vantaggi compensativi e determinazione dei corrispettivi per l'assistenza finanziaria. — 10. La disciplina europea e il suo recepimento nazionale. Questioni specifiche: *d*) le nuove competenze organiche. — 11. La disciplina europea e il suo recepimento nazionale. Questioni specifiche: *e*) quale deferenza per le scelte di erogazione del sostegno finanziario intragruppo in sede di eventuale successivo controllo giudiziario? — 12. La disciplina europea e il suo recepimento nazionale. Questioni specifiche: *f*) il rapporto tra disciplina generale di gruppo, disciplina operazioni con parti correlate, revocatoria, surrogatoria e disciplina penale dell'insolvenza e disciplina speciale degli accordi di sostegno finanziario. — 13. La rilevanza del gruppo nella programmazione del risanamento e della risoluzione. — V. Gruppo contrattuale e gruppo bancario di credito cooperativo. — 14. Il (troppo) lento percorso evolutivo che ha condotto alla disciplina legale del gruppo cooperativo bancario. — 15. I modelli comparati. — 16. I vincoli di diritto europeo e due interrogativi (dalle possibili ricadute giudiziarie?) sull'interferenza tra disciplina societaria e disciplina bancaria.

I. - 1. Sono ormai trascorsi 30 anni dalla legge n. 114 del 1986, di

---

(\*) Testo della relazione, integrata con un corredo minimo di note, alla giornata di studi presso la Scuola Superiore della Magistratura, sul tema "La direzione e il coordinamento dei gruppi di società", Villa Castel Pulci Scandicci, 6 aprile 2016.

recepimento della direttiva 83/350/CEE, che introdusse la vigilanza bancaria su base consolidata e diede così un primo segnale di interesse per il gruppo bancario. Un segnale certo importante: ma molta acqua è passata da allora sotto i ponti. Ne sono trascorsi 23, di anni, dal testo unico bancario, che facendo propria la definizione di gruppo già adottata dal d.lgs. n. 356/90 di attuazione della legge n. 218/1990 (legge Amato), ha composto una prima disciplina organica, a fini prudenziali, del gruppo bancario all'art. 60 ss. E si ricorderà quanto si disquisì allora, specie dopo la legge n. 1 del 1991 sulle SIM, e per quanto tempo a seguire, dei modelli tra loro in concorrenza del gruppo polifunzionale bancario e della banca universale. La norma definitoria del testo unico, come pure si ricorderà, fece molto discutere sul se si fosse con ciò disciplinato (e legittimato) un generale potere di direzione e indirizzo vincolante della capogruppo, seppur solo a valenza settoriale (lo sostenevano Ferro Luzzi e Marchetti) (1), o se viceversa quel potere di direzione fosse strettamente confinato all'ambito delle istruzioni di vigilanza, come una mera forma di trasmissione all'interno del gruppo, per via "privata", dei vincoli prudenziali disposti dall'autorità di vigilanza con riguardo all'intero gruppo (era la posizione più prudente di Costi) (2).

2. Intervenne poi la riforma del diritto societario e il tema dei gruppi è probabilmente quello, o uno di quelli, su cui il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 innovò maggiormente la disciplina previgente. La riforma ebbe riflessi bancari arricchendo di disciplina il modello organizzativo a gruppo polifunzionale e rendendo manifesto che la direzione e coordinamento affidata alla capogruppo bancaria era di carattere generale. La disciplina generale societaria si cumulava infatti, come già in passato, con quella settoriale, ma questa volta dettando una molteplicità di prescrizioni specifiche sul gruppo, o per meglio dire sulle modalità di esercizio, e i limiti, del potere generale di direzione e coordinamento. E il regime generale si applicava anche al soggetto societario autorizzato all'esercizio dell'attività bancaria e al gruppo di società costituenti il gruppo bancario (3). La riforma muoveva dal riconoscimento — non più solo settoriale, ma gene-

---

(1) FERRO LUZZI-MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 462.

(2) COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994, 573.

(3) LAMANDINI, *Gruppi societari e bancari*, in Quaderno ABI, *La riforma del diritto societario e le banche*, Roma, 2003, 45; già prima, PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997; in giurisprudenza, Trib. Biella, 12 marzo 2007, in *Giur. comm.*, 2010, II, 295.

rale — della direzione e coordinamento come una situazione di potere fondante la relazione di gruppo (nozione, quest'ultima, come è noto utilizzata dal legislatore penale del d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61 e viceversa, con singolare determinazione, evitata dal legislatore civile). Secondo quanto si legge nella Relazione di accompagnamento, l'art. 2497 si riferisce, nell'intenzione dei redattori della disciplina, alla direzione e al coordinamento come ad un "fatto", ad un evento cioè di cui il legislatore, secondo il metodo dell'economia, prende atto in quanto risultante dalla stessa natura delle cose. Il "fatto" consiste, ovviamente, nella definizione e trasmissione alle società di gruppo, da parte della capogruppo, di direttive, istruzioni e indirizzi strategici e gestionali i quali riguardino sia l'*impresa* di gruppo sia singole fasi di essa o singole imprese o singoli rami aziendali del gruppo sia infine singoli eventi della *vita societaria* delle componenti il gruppo. Non a caso si richiede che lo svolgimento di questa attività sia conforme ai "principi di corretta gestione *societaria e imprenditoriale* delle società del gruppo". Nel dare "riconoscimento" al fatto, tuttavia, il legislatore definitivamente sancisce, al tempo stesso, che la eterodeterminazione della volontà sociale e dell'attività imprenditoriale non è *di per sé* contraria ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, legittimando così la fattispecie. Permane tuttora, tuttavia, la diversità di vedute sul se la relazione che si instaura è una relazione di mero fatto e di potere, come elegantemente scrive anche di recente Angelici (4), secondo il quale l'esercizio concreto del potere di direzione può aversi « solo se e in quanto gli amministratori della controllata si adeguano alle direttive della controllante (senza, tuttavia) che ciò possa intendersi come adempimento di uno specifico dovere » (la tesi riecheggia le posizioni espresse da Galgano e Sbisà) (5) o se viceversa si sia dinanzi ad un vero e proprio rapporto giuridico (come reputa da tempo Montalenti) (6) nel quadro di ciò che Umberto Tombari correttamente descrive come un « diritto che rende possibile o comunque agevola una determinata sistemazione/organizzazione di interessi che altrimenti non potrebbe

---

(4) ANGELICI, *Noterelle quasi metodologiche in materia di gruppi di società*, *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 377.

(5) GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in questa *Rivista*, 2005, I, 86; SBISÀ, *Direzione e coordinamento*, in *Commentario Marchetti*, Milano, 2012, sub art. 2497.

(6) Del quale v. da ultimo MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, I (ove tutti gli ulteriori riferimenti, anche alla giurisprudenza).

essere realizzata », almeno in quei termini (7). Ciò ha importanti ricadute nel nostro ambito, anzitutto quanto alla legittimità e coercibilità dei regolamenti di gruppo (sui quali essenziale il rinvio a Guerrera) (8), che costituiscono fattispecie di grande rilevanza pratica (e, ora, come si dirà, anche normativa nel quadro delle norme sul risanamento e la risoluzione delle banche). Chi segue la prima tesi, ha infatti negato questi effetti ai regolamenti di gruppo; chi segue la seconda, li afferma (9).

3. Non mi soffermo oltre, naturalmente, su profili generali di diritto societario, già ben noti. Tornerò tuttavia nel seguito ad accennare ai limiti nei quali il diritto societario generale circoscrive il legittimo esercizio del potere di direzione e coordinamento (cosa che fa imponendo un esercizio *corretto e diligente* del potere, implicitamente riprendendo indicazioni che si leggono da tempo ad esempio al § 309 (1) AktG. tedesca — « bei der Erteilung von Weisungen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter anzuwenden ist » — e ancor più chiaramente al § 317 (2), che rende chiaro che il menzionato criterio va applicato nel senso che non ricorre responsabilità da direzione e coordinamento quando anche il buon amministratore di una società indipendente avrebbe assunto la medesima decisione) e soprattutto ammette la composizione dell'interesse individuale con l'interesse di gruppo (con formule non identiche in ambito civile e penale). Ciò farò per confrontare la scelta italiana del 2003 con quella che si sta discutendo a livello europeo in sede di iniziative della Commissione europea del 2016 in attuazione del Piano di Azione 2012 sul diritto societario e soprattutto con quella adottata nel contesto della direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche.

II. - 4. In effetti, il mio intervento non intende rivolgere lo sguardo al passato, bensì verificare in che misura più recenti e importanti innovazioni normative sono venute ad arricchire il tema del gruppo bancario. In questa prospettiva vorrei toccare, seppur brevemente, quattro punti. Pre-

---

(7) V. TOMBARI, *La tutela dei soci nel gruppo*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. soc.*, 2016 (ne devo la consultazione alla cortesia dell'A.). Lo ricorda anche CHEVALLARD, *Direzione e coordinamento della capogruppo bancaria tra crisi finanziaria e Unione Bancaria*, in corso di pubblicazione *ivi*, 2016 (il cui esame pure devo alla cortesia della A.).

(8) GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, Liber amicorum *Abbadessa*, Torino, 2014, vol. 2, 1551.

(9) Il Trib. Cagliari, 14 aprile 2011 in *Giur. comm.*, 2013, II, 687 con nota di RIVARO sembra aver aderito al secondo indirizzo là dove ha, a mio avviso correttamente, ritenuto che la mancata esecuzione di legittime istruzioni di gruppo integra giusta causa di revoca dell'amministratore della controllata.

metto che sono almeno quattro temi rispetto ai quali il ruolo del giudice nazionale è e sarà assai importante per assicurare una corretta ed efficace attuazione del diritto bancario dell'Unione (10) e che rendono manifesto come, malgrado il processo di marcata uniformazione delle regole introdotto dall'Unione bancaria — con l'istituzione di un regolatore europeo di settore quale l'ABE e un meccanismo di vigilanza unico in area euro, che pur svolge anche funzione di normazione secondaria tutt'altro che trascurabile in relazione alle circa 100 opzioni e discrezioni nazionali pur concesse dal codice prudenziale europeo costituito dalla direttiva 2013/36/UE (CRDIV) e dal regolamento UE N. 575/2013 (CRR) — le disarmonie tuttora esistenti dei diritti nazionali “generalisti” societario e fallimentare disseminano il campo di “trappole nascoste” che spetterà al giudice nazionale sventare. I temi che mi pare necessario almeno accennare sono i seguenti:

a) il gruppo bancario è, e sempre più sarà, un gruppo transnazionale almeno in area euro. In che misura il diritto nazionale sui gruppi o comunque sulle relazioni tra controllante e controllata si applica e reagisce con gli altri diritti nazionali degli stati nei quali le altre società del gruppo sono attive?

b) la direttiva 2014/59/UE sul risanamento e la risoluzione delle banche (BRRD) ha introdotto norme specifiche sugli accordi intragruppo sul sostegno finanziario. Essi offrono un modello di grande interesse per regolamenti di gruppo su un tema, assai complesso, come quello dei trasferimenti di risorse all'interno del gruppo. In che misura quelle disposizioni sono sintomatiche di un regime generale e in che misura vi derogano? Che rapporti intrattiene quel regime con la disciplina delle parti correlate e perché — opportunamente — il legislatore italiano ha inteso chiarire quel rapporto?

c) la medesima direttiva 2014/59/UE ha ugualmente introdotto norme specifiche sulla pianificazione a livello di gruppo dei piani di risanamento. Come si coordina questa disciplina con la disciplina generale di diritto societario dei gruppi, nazionale e degli altri Stati membri?

d) il decreto legge 14 febbraio 2016 n. 18 come da ultimo convertito ha disciplinato, finalmente, il gruppo bancario cooperativo e, così, un modello di gruppo bancario su base contrattuale. Quali sono gli aspetti che meritano una particolare attenzione in una prospettiva giudiziale?

---

(10) Sul quale sia consentito rinviare al mio *Il diritto bancario dell'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 2015, I, 423.

III. - 5. Quanto alla prima questione, la CGUE ha prima d'ora chiarito, con la sentenza 20 giugno 2013, in causa C-186/12, *Impacto Azul* che l'art. 49 TFEU deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che esclude l'applicazione del principio di responsabilità in solido delle controllanti nei confronti dei creditori delle loro controllate a società controllanti con sede nel territorio di un altro Stato membro. Ciò significa che mentre ai fini prudenziali la disciplina di un gruppo bancario significativo e presente in più stati dell'area euro è integralmente affidata (almeno nelle materie indicate all'art. 4 del regolamento UE No. 1024/2013 istitutivo del MUV) al codice prudenziale europeo e alla cura della BCE, come se il rapporto di gruppo fosse un rapporto all'interno di uno stesso stato retto dal diritto unitario europeo (mentre, al di fuori dell'area euro, il codice prudenziale, seppur meno omogeneo perché composto da attuazioni molteplici delle discrezionalità e opzioni nazionali, è applicato dal collegio dei supervisori, che per le componenti euro del gruppo è composto dalla BCE e per le altre componenti del gruppo dai loro supervisori nazionali), ai fini delle regole generali di amministrazione societaria e della responsabilità civile e penale degli amministratori della capogruppo e delle controllate insediate in diversi stati membri, il diritto applicabile è quello nazionale dello stato in cui ha sede la società presso la quale l'amministratore svolge la propria funzione e quel diritto disciplina diritti e doveri dell'amministratore rispetto alle direttive ricevute da altri (se la società è controllata), alle direttive impartite (se la società è controllante, ma con il concorrente potere dello stato di insediamento della controllata di affermare una responsabilità in concorso con l'eventuale illecito dell'amministratore della controllata) e alla valutazione comparativa di interessi che l'amministratore è chiamato a svolgere. Il grado di prossimità dei diritti nazionali sui gruppi, apparentemente avviato a convergenza (come meglio di ogni altra cosa sembrerebbe dimostrare l'assai ben fatto capitolo 16 EMCA - European Model Company Act), è in realtà assai dissonante, specie nelle sue applicazioni concrete. Basti pensare che due ordinamenti strettamente prossimi come quello italiano e francese, che in fondo affermano entrambi di ispirarsi, via la giurisprudenza "Rozenblum", alla teoria dei vantaggi compensativi e dunque ad una possibile composizione, a certe condizioni, tra interesse individuale e interesse di gruppo, leggono le vicende del trasferimento intragruppo di *assets* tra Parmalat e Lactalis in modo diametralmente opposto: il Tribunale di Parma (e, in parte, la Corte di Appello di Bologna) come la doverosa tutela dei soci di minoranza e degli altri *stakeholders* di Parmalat rispetto ad un'operazione con parte corre-

lata che ne avrebbe ingiustamente sacrificato gli interessi (11); la comunità parigina come un deplorable uso protezionistico del diritto (12). Gli effetti sono facilmente prevedibili (e sono in effetti quelli che purtroppo abbiamo già sperimentato, specie nella prima fase della crisi finanziaria): quando la capogruppo dispone il trasferimento di risorse finanziarie da una controllata al centro ovvero a favore di altra controllata posta in diverso stato membro, gli amministratori della controllata che all'interno del gruppo esprime una "pozza di liquidità", rifiutano il trasferimento adducendo che, qualora il finanziamento intragruppo non fosse restituito, ne deriverebbe la loro responsabilità in base al diritto societario (e fallimentare) nazionale. È ciò che nel gergo dei banchieri centrali si è chiamato "ringfencing" e che ha concorso a determinare un marcato arretramento entro gli originari confini nazionali dello sviluppo transfrontaliero dei gruppi bancari europei dal 2008 in poi. È peraltro questione ben nota alla nostra pratica giudiziaria anche al di fuori dei gruppi bancari: in fondo il crack *Cirio*, come forse si ricorderà (la questione fu oggetto anche di un giudizio civile avanti al Tribunale di Milano), fu innescato proprio dal rifiuto della controllata inglese di trasferire alla casa madre italiana disponibilità di cassa esistenti per molte decine di milioni di euro che avrebbero consentito, con un modesto finanziamento bancario integrativo (che, almeno secondo una tesi, era sostanzialmente convenuto con le banche, a condizione che pervenissero i fondi depositati nel Regno Unito), di rifinanziare il *bond* in scadenza. Non pervenendo quelle disponibilità, il *bond* in scadenza andò in *default* ed innescò il *cross-default* di tutti gli altri *bond* emessi. Ma se non si vuole prendere a riferimento il caso *Cirio*, si può citare il caso *Royal Imtech*, manifestatosi tra Olanda e Germania nel 2015. Anche in quel caso vi era un debito in scadenza da rifinanziare — casualmente, come nel caso *Cirio*, di circa 70 milioni. La casa madre olandese aveva convenuto con la banca il rifinanziamento ma la controllata tedesca (che stava costruendo il nuovo aeroporto di Berlino) pretese di ricevere 40 di questi 70 milioni, dovendo diversamente fare istanza di fallimento in proprio secondo il diritto tedesco. Le banche rifiutarono il finanziamento diretto alla controllata tedesca, con la conseguenza che essa fece istanza di fallimento e una settimana dopo altrettanto

---

(11) Sul tema v. ora POMELLI, *Parmalat, yet again! A controversial related-party transaction faces judicial scrutiny*, in corso di pubblicazione in *ECFR*, 2016 (ne devo la consultazione alla cortesia dell'A.).

(12) Club des Juristes, *Towards Recognition of the Group Interest in the EU?*, giugno 2015, 20.



dovette fare la capogruppo. Come si vede, è nelle pieghe del diritto che si nasconde, come sempre, la disarmonia. E da uno studio che sta conducendo il gruppo di esperti ICLEG (Informal Company Law Experts Group) per la Commissione Europea sul riconoscimento dell'interesse di gruppo in Europa e che sarà pubblicato entro l'anno dalla Commissione esce un quadro davvero assai meno convergente e soprattutto "concretamente operativo" di quanto ci si attenderebbe. Il tutto è naturalmente ulteriormente complicato da differenze assai significative dei diritti societari quanto ai regimi di responsabilità, da una totale assenza di armonizzazione quanto alla fattispecie penale e da complessità di natura processuale internazionale ben note. Ma la stessa nozione di controllo, che è come noto "relazionale" alla fattispecie del gruppo, è a livello generale oggetto di una armonizzazione parziale che definisce alcune ipotesi minime obbligatorie e rimette le altre ad opzione nazionale per quanto l'art. 4(16) Regolamento n. 575/13 riesca in parte a porre rimedio a ciò ai fini della perimetrazione del gruppo bancario dettando la definizione di 'subsidiary' (i) da un lato, rinviando allo scopo (alla lettera a), alla nozione di controllo di cui agli articoli 1 e 2 della direttiva 83/349/CEE e, (ii) dall'altro lato, (alla lettera b), rinviando all'art. 1(1) della medesima direttiva aggiungendovi tuttavia che è controllata "ogni altra impresa sulla quale l'impresa madre esercita effettivamente influenza dominante" (i riferimenti alla direttiva 83/349 devono oggi ritenersi sostituiti dal rinvio all'art. 22 della direttiva 2013/34/UE). Diversa è tuttavia la nozione di controllo progressivamente emersa nel contesto dei principi IFRS.

Che fare, dunque? Poiché a me non sembra che vi siano grandi prospettive politiche di armonizzazione europea sul punto, confido nella convergenza spontanea dei giudicati. Nella forza della giustizia del caso concreto e nella circolazione intra-europea dei precedenti. E in un ruolo, assai auspicabile, ma a mio avviso da regolamentare per l'Unione bancaria ad instar di quanto il regolamento n. 1/2003 fa per la cooperazione con i giudici nazionali in materia antitrust e la comunicazione 2009/C 85/01 fa per la cooperazione con i giudici nazionali in materia di aiuti di stato, di interventi della BCE come *amicus curiae*.

IV. - 6. Non sorprende, tuttavia, che a fronte di siffatte gravi incertezze che costituiscono una "trappola nascosta" per il buon funzionamento dell'Unione bancaria il legislatore europeo abbia armonizzato almeno un particolare aspetto dei finanziamenti intra-gruppo: quelli con finalità di sostegno di liquidità a favore di componenti del gruppo in difficoltà ma solvibili. Si tratta di una disciplina di straordinario interesse

e di non minor complessità applicativa (specie in prospettiva giustiziale). Conviene considerare brevemente la direttiva 2014/59/UE, agli articoli 19-26 e il d.lgs. n. 181 del 16 novembre 2015 di modifica del t.u.b. e introduce il capo 02-I, e cioè gli articoli 69-*duedecies*/69-*septiesdecies*. Si tratta di una disciplina la quale, per la prima volta a livello europeo, declina le condizioni di ammissibilità e le regole specifiche di funzionamento di tali accordi, fornendo, come spesso è accaduto in passato al “laboratorio” del diritto bancario e finanziario, un primo importante campo di prova e un assai utile paradigma normativo per la disciplina dei regolamenti di gruppo chiamati a governare *ex ante* le condizioni di assistenza finanziaria intra-gruppo.

a) Sembra tuttavia utile, preliminarmente, svolgere due premesse di carattere generale. La prima attiene alla c.d. *statutory option* e cioè al se, sul piano della politica del diritto, il tema delle condizioni di finanziamento intra-gruppo nel quadro delle misure preventive di gestione della crisi, sia opportuno lasciarlo integralmente a scelte contrattuali (*ex ante o ex post*, a seconda del caso), espressione di autodisciplina, o se debba viceversa poter poggiare su di un sistema di regole eteronome (*statutory*), predefinite *ex ante*. Le incertezze giuridiche che da sempre accompagnano, almeno nel nostro ordinamento, l'utilizzo e la declinazione in concreto dei regolamenti di gruppo e la disomogeneità dei singoli diritti societari nazionali degli Stati membri sul tema del gruppo di società inducono, mi pare, a condividere l'impostazione di fondo seguita dalla direttiva che prefigura una soluzione regolamentare (*statutory*) e armonizzata, volta a definire uniformi condizioni di ammissibilità per i contratti intra-gruppo di assistenza finanziaria, seppur applicabili in relazione a tempi e situazioni ben definitive (di crisi di liquidità e non di insolvenza) inerenti alla stabilità delle componenti del gruppo. Si tratta, peraltro, di regole che, a ben vedere, da un lato, postulano in concreto un esercizio di co-regolazione, giacché si limitano a legittimare la fattispecie definendo il perimetro di ammissibilità della stessa demandando tuttavia all'autonomia contrattuale il completamento in concreto dell'ordito di regole necessario perché i contratti di assistenza finanziaria intra-gruppo possano utilmente operare (ed è questo un ruolo integrativo dell'autonomia contrattuale ovviamente ineliminabile per i noti problemi di incompletezza della regolamentazione). Dall'altro lato, si tratta di scelte eteronome che, in molti casi, finiscono con il recepire e dare contenuto formale di regola, seppur nello specifico contesto, a principi generali in tema di rapporti di gruppo che, pur con le perduranti disarmonie di cui pur si è detto, sono maturati a

livello applicativo in molti Stati membri, sono descritti in letteratura (13) come principi immanenti di diritto dei gruppi nel contesto europeo e anche per questa ragione trovano intelligente declinazione nel modello EMCA. Ne deriva che ove si convenisse che la disciplina speciale costituisce, in verità, il “precipitato” di taluni principi generali di diritto europeo dei gruppi da ritenersi, pur in assenza di una disciplina generale uniforme o armonizzata, ampiamente riconosciuti, ciò dovrebbe consentire di ritenere, in via di interpretazione, che la disciplina dettata dalla direttiva, pur limitandosi a “tipizzare” la fattispecie ai suoi fini specifici, finisca indirettamente anche con il legittimare un più ampio e parallelo utilizzo di tali forme di assistenza finanziaria intra-gruppo pure al di fuori del settore bancario e finanziario. La disciplina settoriale potrebbe presentare, dunque, una indiretta, ma chiara, valenza generale in tema di disciplina dei contratti di assistenza finanziaria di gruppo [tema recentemente ben indagato ad esempio da Abriani (14)].

b) I presupposti perché operi la disciplina “speciale” dell’assistenza finanziaria sono oggetto di armonizzazione massima: occorre, da un lato, (1) un accordo di gruppo per il sostegno finanziario, preventivo all’insorgere delle condizioni al verificarsi delle quali l’accordo prevede il sostegno finanziario (art. 19 BRRD; art. 69-*duodecies*, comma 1°, t.u.b.); (2) la ricorrenza di una condizione di c.d. intervento precoce ai fini di vigilanza nei confronti di almeno una delle componenti del gruppo bancario; tale condizione di intervento precoce è definita all’art. 27 BRRD e 69-*octiesdecies* come una situazione in cui risulta la violazione dei requisiti prudenziali (575/13 CRR; disposizioni di attuazione direttiva 2013/36/UE CRD IV, titolo II direttiva 2014/65 o articoli 3-7 e 14-17, 24-26 regolamento 600/2014) o si preveda la violazione degli stessi anche a causa di un rapido deterioramento della situazione della banca o del gruppo ovvero risultino gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell’amministrazione ovvero situazioni di deterioramento significativo cui le misure di risanamento in attuazione del piano di risanamento non siano sufficienti a porre rimedio. *È particolarmente importante e significativo ai nostri fini osservare dunque che la disciplina ha un ambito oggettivo di applicazione precisamente definito*, con la conse-

---

(13) V. già *Forum Europaeum*, in *Riv. soc.*, 2001, 341; ampiamente, CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 256 ss.; DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012, 163.

(14) ABRIANI, *La responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, 93.

guenza che quelle regole — mentre si sostituiscono alla disciplina generale di diritto societario del gruppo (anche se per molti aspetti vi si ispirano) esclusivamente in relazione alla assistenza finanziaria nelle situazioni di intervento precoce — non derogano affatto alla disciplina generale né nelle situazioni in cui non si versi in situazioni di intervento precoce né ove si provveda comunque al di fuori dei casi previsti dall'accordo. In entrambi i casi, come opportunamente chiarisce l'art. 69-*duodecies*, comma 2°, resta fermo « quanto previsto dal capo IX del titolo V del libro V del codice civile » e « il presente capo non si applica »; nel secondo dei casi menzionati, tuttavia, la lettera *b*) del citato comma 2° richiede che il sostegno finanziario alla società del gruppo che si trovi in difficoltà debba essere comunque « in linea con le politiche del gruppo e finalizzato a preservare la stabilità del gruppo ». Peraltro, poiché una delle condizioni per il sostegno è che « si possa ragionevolmente prospettare che (esso) ponga sostanziale rimedio alle difficoltà finanziarie del beneficiario » ed « (esso) sia diretto a preservare o ripristinare la stabilità finanziaria del gruppo nel suo complesso o di una delle società del gruppo » e infine che « vi è la ragionevole aspettativa che (...) sarà rimborsato il prestito da parte della società beneficiaria » [art. 69-*quinqüesdecies*, comma 1°, lettere *a*) e *b*), *c*)] ciò induce a ritenere che la disciplina dell'assistenza finanziaria intra-gruppo prevista dalla proposta di direttiva sia principalmente disciplina di diritto societario e di diritto dell'impresa bancaria solvente, e non già disciplina della crisi d'impresa (salvo taluni, più residuali, aspetti volti a disciplinare gli effetti di tale assistenza ove l'esito non sia quello atteso).

*c*) Va ulteriormente sottolineato come l'art. 19 BRRD e l'art. 69-*duodecies* di attuazione *consentano* (ma non impongano) alle società del gruppo bancario la sottoscrizione di siffatti accordi di assistenza finanziaria: si legge infatti all'art. 19 (1), che gli Stati membri devono assicurare che le società del gruppo bancario “*may enter*”; la norma italiana usa, del pari, l'espressione « possono concludere un accordo per fornirsi sostegno finanziario ». Si noti anche che il sostegno può ma non deve essere necessariamente reciproco (può dunque essere unidirezionale o pluridirezionale e reciproco) né deve necessariamente interessare tutte le componenti del gruppo (v. 69-*duodecies*, comma 3°). In altri termini l'area dell'accordo non coincide necessariamente con quella del gruppo bancario. Mi pare si debba peraltro ritenere (e questa è ovviamente questione che avrà rilevanza giustiziale) che la sottoscrizione di tali accordi, e la definizione di una adeguata area di rilevanza degli stessi, integri in genere (salvo che non sussistano particolari ragioni nel singolo caso concreto che sconsiglino, per motivi specifici, l'adozione di tale

misura preventiva di governo della crisi di liquidità) i doveri di diligenza degli amministratori, giacché la loro adozione rientra tra le misure normalmente attese dalla vigilanza per la gestione preventiva della crisi; a ben vedere, pertanto, la facoltà finisce per dare comunque luogo in pratica ad un dovere fiduciario, seppur suscettibile di eccezione (in considerazione delle peculiarità del caso concreto). Al tempo stesso l'art. 19 fa divieto agli Stati membri di impedire alle parti la conclusione di siffatti accordi e prevede che «Member States shall remove any legal impediment in national law to intra-group financial support transactions which are undertaken in accordance with the provisions of this chapter». Ciò impone, in sede applicativa (ivi compresa quella giudiziale), una interpretazione del diritto societario che sia conforme all'obiettivo della piena funzionalità di questi accordi, nei limiti ovviamente entro i quali la fattispecie è legislativamente circoscritta dal legislatore europeo.

d) Le forme tecniche di assistenza finanziaria previste sono alquanto ampie. Beninteso, nella più ampia categoria dei c.d. "trasferimenti" intra-gruppo la BRRD fa oggetto di disciplina, e opportunamente, solo quelli che integrano forme di sostegno finanziario, adottando così una nozione più ristretta di quella fatta propria dal modello UNCITRAL (15): si prevede, infatti, che l'assistenza finanziaria consentita dagli accordi possa (esclusivamente) assumere la forma di un finanziamento, una garanzia o la messa a disposizione di *assets* da utilizzare come collaterale, «or any combination of those forms of financial support». Ciò trova traduzione integrale nel nostro ordinamento nell'art. 69-*duodecies*, comma 4°.

e) La disciplina sul sostegno finanziario intragruppo affronta inoltre per la prima volta a livello europeo (1) il tema dell'interesse di gruppo, richiedendo una composizione virtuosa tra le nozioni di interesse sociale individuale e interesse di gruppo [v. art. 19 (7), in specie lettera b); art. 23 (1) lettera b) BRRD; v. art. 69-*quinqüesdecies*, comma 1°, lettera b)], e cioè richiedendo il perseguimento anche del primo nella piena salvezza del secondo; (2) il problema dei poteri interorganici, investendo, in particolare, di un potere di autorizzazione preventiva necessaria l'assemblea dei soci (art. 21); e (3) i doveri degli amministratori in materia, conferendo loro espressamente il potere di decisione circa l'erogazione dell'assistenza

---

(15) UNCITRAL, *Model Law on Cross-Border Insolvency*, disponibile a [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html); su di esso v. almeno *Insolvency and cross border groups: Uncitral recommendations for a European Perspective?*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia, febbraio 2011.

necessaria, una volta che i contratti siano stati debitamente sottoscritti, dettando tuttavia e al contempo, per gli stessi, significativi doveri specifici di motivazione a riguardo (art. 24). Come si vede, vi sono, nella BRRD, molti caratteri assonanti con la disciplina generale dei gruppi adottata dal legislatore italiano (che costituisce senz'altro un modello concettuale tra i più avanzati in Europa, al momento). Permangono tuttavia anche differenze. E vi sono anche, a ben vedere, alcune scelte nazionali che hanno integrato il regime armonizzato e che è bene segnalare. Non è ovviamente possibile trattare in questa sede, con completezza, di ogni aspetto. Mi soffermerò su alcuni punti che mi paiono particolarmente interessanti in una prospettiva di diritto societario nell'ottica di possibili ricadute giudiziali.

7. Vi è anzitutto da chiedersi se la sottoscrizione dell'accordo di sostegno finanziario intragruppo possa essere fatto oggetto di direttiva nell'ambito delle politiche di gruppo o postuli una decisione scevra da condizionamenti di gruppo. L'art. 19 (7), lettera *a*) richiede che « each party must be acting freely in entering into the agreement ». L'art. 69-*duodecies*, comma 5°, lettera *a*) ha previsto che « l'accordo è sottoscritto da ciascuna parte nell'esercizio della propria autonomia negoziale e in coerenza con le eventuali direttive impartite dalla capogruppo ». Si è trattato, come si vede, di un recepimento che ha offerto un'interpretazione — senz'altro ragionevole nella prospettiva prudenziale — dell'espressione “liberamente” adottata dalla direttiva, nel senso che essa vorrebbe esprimere il principio di salvaguardia dell'autonomia negoziale della controllata, seppur nel rispetto di eventuali direttive intragruppo. Anche una diversa interpretazione sarebbe possibile: che cioè gli amministratori della controllata debbano compiere una valutazione non condizionata dalla direzione unitaria di gruppo sulla convenienza e opportunità di sottoporre all'assemblea dei soci l'accordo di sostegno finanziario. Più difficile, mi sembra, voler desumere dall'avverbio “liberamente” anche l'ulteriore conclusione che l'assemblea dei soci, chiamata ad approvare la sottoscrizione dell'accordo, debba votare secondo un meccanismo di *whitewash* che neutralizzi il voto della controllante. Mi pare, in verità, che il recepimento italiano sia più coerente con le finalità perseguite dalla disciplina rispetto alla lettura alternativa pur astrattamente possibile: solo la pratica giudiziaria potrà dire se la questione ha una rilevanza pratica e, nell'affermativa (se del caso previo rinvio pregiudiziale alla CGUE ai sensi dell'art. 267 TFEU), se la scelta legislativa nazionale si è o meno dimostrata pienamente conforme al diritto secondario europeo.

8. La disciplina dell'accordo per il sostegno finanziario intragruppo ha rilevanti implicazioni sul piano dei flussi di informazione entro il gruppo. Mentre infatti fino ad oggi essi erano essenzialmente declinati solo come flussi ascendenti dalle controllate alla capogruppo (vuoi ai fini di consolidamento contabile vuoi a fini dell'esercizio della direzione e coordinamento di gruppo per finalità di vigilanza consolidata), in presenza di accordi di sostegno finanziario che prevedano interventi pluridirezionali non solo in proiezione verticale (reciproca) ma anche orizzontale tra consorelle nel gruppo, diviene necessario che tutte le società del gruppo interessate dall'obbligo di assistenza finanziaria siano in possesso delle informazioni necessarie. Ciò è espressamente previsto come condizione perché possa fornirsi il suddetto sostegno dall'art. 19 (7), lettera c) e dall'art. 69, comma 5°, lettera b); ma esso è un requisito che deve sussistere anche antecedentemente, e cioè al momento della decisione se aderire o meno all'accordo, atteso che la decisione richiede che abbia esito positivo la preventiva valutazione, che deve essere necessariamente informata, sulla ricorrenza o meno di un interesse individuale a ciò, tenuto conto dei vantaggi compensativi (l'art. 19 (7), lettera b) richiede espressamente che ciascuna società « must be acting in its own best interests which may take into account any direct or any indirect benefit that may accrue to a party as a result of provision of the financial support »). Ciò apre la via non solo a complesse dinamiche di circolazione intragruppo delle informazioni che si renderà necessario disciplinare contrattualmente ma anche — per quanto qui interessa in prospettiva giudiziale — a standard accresciuti di diligenza informativa funzionali all'assunzione delle decisioni in materia. Con un effetto interessante: che l'acquisizione delle informazioni necessarie inerenti alla situazione della società del gruppo aderenti all'accordo viene a costituire parte di un dovere positivo specifico non solo per gli amministratori della capogruppo ma per tutti gli amministratori di tutte le società del gruppo aderenti all'accordo in posizione potenzialmente attiva e cioè che possano essere chiamate non già solo a ricevere ma anche a fornire sostegno finanziario.

9. Un punto di emersione concreto dell'importanza della teoria dei vantaggi compensativi e al tempo stesso della difficoltà associata al suo utilizzo è rappresentato, in questo contesto, dalla definizione del corrispettivo per l'assistenza finanziaria prestata. Anche sul punto il regime nazionale, che si legge all'art. 69-*duodecies*, comma 5°, lettera c) dà attuazione interpretativa della corrispondente previsione dell'art. 19 (7), lettere d) ed e): è previsto, non solo che sia l'accordo a fissare i criteri di

calcolo (tema peraltro che è oggetto di armonizzazione a livello secondario attraverso l'intervento dell'ABE), ma soprattutto, per quanto qui interessa, che « ove necessario per conseguire le finalità dell'accordo, i criteri possono non tener conto del prezzo di mercato ». La norma è coraggiosa e assai opportuna, in prospettiva prudenziale, giacché mira a rendere la tenuta dell'accordo impermeabile a contestazioni sul giusto prezzo. Essa declina tuttavia con qualche libertà una previsione europea più laconica e ambigua, sicché anche a riguardo l'applicazione giudiziale forse dirà (se del caso previo rinvio pregiudiziale alla CGUE ai sensi dell'art. 267 TFEU), se la scelta legislativa nazionale si è o meno dimostrata pienamente conforme al diritto secondario europeo. Mi conforta in una prospettiva auspicabilmente positiva il fatto che la nostra giurisprudenza, già in relazione alla disciplina generale della direzione e coordinamento, abbia opportunamente deciso (lo rileva già, opportunamente, Montalenti) (16) per la legittimità di corrispettivi per servizi intragruppo pari al costo (17) o comunque forfetariamente determinati (18).

10. Dal punto di vista delle competenze organiche, la nuova disciplina è particolarmente ricca di spunti. Anche qui la disciplina nazionale dà, a mio avviso condivisibile, attuazione interpretativa e integrativa della disciplina armonizzata. L'art. 21 BRRD impone agli Stati membri di prevedere che il contratto di assistenza finanziaria intra-gruppo, dopo essere stato autorizzato dall'autorità di vigilanza, sia sottoposto all'approvazione degli azionisti di ogni società del gruppo che ne sia parte. L'approvazione da parte degli azionisti costituisce condizione di validità del contratto. Inoltre, l'organo amministrativo riferisce almeno annualmente all'assemblea dell'attuazione dell'accordo e di ciascuna decisione adottata in base allo stesso (art. 18, paragrafo 3). In sede attuativa, la disciplina nazionale (19) ha previsto all'art. 69-*quaterdecies*, comma 1°, che occorra l'approvazione dell'assemblea straordinaria dei soci di ciascuna società che si propone di aderire all'accordo unitamente a un parere predisposto

---

(16) MONTALENTI (nt. 6).

(17) Trib. Milano, 15 aprile 2014, Direct People/DMC Holding.

(18) Trib. Milano, 25 ottobre 2012; Trib. Milano, 25 marzo 2013.

(19) Accogliendo, mi pare, osservazioni che si leggevano già in LAMANDINI, *La proposta di direttiva sulla gestione delle crisi bancarie e i contratti di assistenza finanziaria intragruppo: qualche considerazione di diritto societario*, in *Studi in onore di Abbadessa*, Torino, 2014, 2643; ID., *A margine dei lavori preparatori della Commissione per un EU framework for the crisis management in the financial sector: problemi vecchi e nuovi in tema di gruppi bancari in crisi*, *Studi in memoria di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 381.



dai componenti indipendenti dell'organo amministrativo sull'interesse della società ad aderire nonché sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle relative condizioni. Ciò è, mi pare, condivisibile in quanto investe della decisione su un accordo che può avere significative ripercussioni sul piano allocativo delle risorse di gruppo i soci con le maggioranze rinforzate previste per le decisioni fondamentali e dall'altro lato definisce per tutte le componenti del gruppo, anche se non banche e anche se non quotate, un omogeneo presidio prudenziale ispirato a quello proprio delle operazioni con soggetti collegati (si vedrà come analoga competenza dell'assemblea straordinaria, seppur colà solo per le modifiche statutarie comunque all'uopo necessarie ma non per l'approvazione del contratto di gruppo, siano ora previste dall'art. 37-ter per la costituzione del gruppo bancario cooperativo). È peraltro previsto che l'approvazione dell'accordo non costituisce causa di recesso del socio dalla società (69-*quaterdecies*, comma 5°) e che opportunamente esso sia fatto oggetto di adeguata informativa anche al pubblico (69-*quaterdecies*, comma 6°). L'adesione all'accordo è revocabile, purché non si siano verificate le condizioni di "innesco" dell'accordo (e cioè nessuna società aderente sia in situazione di intervento precoce), e pur sempre con efficacia posticipata di 12 mesi (o precedente, se il piano di risoluzione individuale o di gruppo viene rivisto antecedentemente per tener conto di tale revoca). Una volta che sia stato approvato l'accordo di sostegno finanziario intragruppo, la decisione se, al verificarsi delle condizioni di legge, concedere e accettare il sostegno finanziario in esecuzione dell'accordo "spetta all'organo amministrativo" (art. 69-*quaterdecies*, comma 2°). Anche qui il regime speciale riprende una previsione del regime generale, giacché « la decisione è motivata », e in particolare « indica l'obiettivo del sostegno finanziario e la conformità alle condizioni stabilite dall'art. 69-*quinqüesdecies* ».

11. La concessione del finanziamento è poi soggetta alle precise condizioni che sono indicate nell'art. 23 BRRD e 69-*quinqüesdecies* t.u.b. Il tema meriterebbe ben altro spazio. Basti qui richiamare, ai nostri più limitati fini, come al momento dell'erogazione, la beneficiaria debba, seppur in crisi di liquidità, essere ancora solvibile in base ad una valutazione prognostica ispirata a ragionevolezza sulla base di tutte le informazioni disponibili. L'erogazione del sostegno finanziario deve essere ragionevolmente risolutivo della crisi, diretto a ripristinare o preservare la stabilità individuale o di gruppo, essere nell'interesse individuale di chi eroga il sostegno e non metterne, ovviamente, a repentaglio liquidità o solvibilità né, tanto meno, la risolvibilità, essere fondata sulla ragionevole

aspettativa che il finanziamento sarà restituito o, se il sostegno è fornito nella forma di una garanzia o altrimenti, che sarà possibile recuperare per intero capitale, interessi e spese. Dalla lettura coordinata di tali previsioni con quelle che, come accennato, impongono agli amministratori di adottare una decisione di assistenza finanziaria nel singolo caso concreto che sia debitamente motivata e indichi gli obiettivi di tale assistenza finanziaria e la conformità degli stessi alle suddette condizioni deriva la necessità che l'assistenza finanziaria venga erogata non già in via "estemporanea" come estremo tentativo di tamponare una situazione improvvisamente degradata e dagli esiti incerti bensì in modo fondatamente ragionato sulla base di un adeguato e robusto piano di gestione della crisi che conforti sul carattere reversibile delle difficoltà finanziarie dell'entità beneficiaria una volta che intervenga l'assistenza finanziaria intra-gruppo. Sarà peraltro assai importante, nella prospettiva giudiziale, che il giudice compia una valutazione non affetta dai vizi euristici propri del "senno del poi" (*hindsight*), e si collochi dunque nella prospettiva *ex ante*, senza sostituire il proprio "second guessing" alla scelta di merito effettuata dagli amministratori bensì verificando il rispetto di tutte le cautele informative e procedurali ragionevolmente esigibili da parte dell'organo amministrativo. Non so dire, ormai, se ciò debba declinarsi concettualmente entro le forme del controverso richiamo della *business judgment rule* (20): ciò che conta, tuttavia è che una decisione debitamente istruita, che faccia fondamento se del caso anche su robuste *comfort opinion* di esperti, e che sia conforme dal punto di vista procedimentale con quanto previsto dall'accordo, vada esente da responsabilità anche se, purtroppo, la prognosi fausta per la beneficiaria, ragionevole *ex ante*, sia seguita da un esito infausto. D'altro canto, poiché la decisione è pure soggetta all'opposizione dell'autorità di vigilanza competente (BCE o Banca d'Italia a seconda dei casi, secondo i criteri di ripartizione della competenza fissati dal Regolamento n. 1024/2013), un diverso criterio valutativo avrebbe indesiderati riflessi istituzionali, giacché finirebbe con il veder coinvolgere, da parte degli amministratori in tesi fatti oggetto di azione di responsabilità, anche l'autorità di vigilanza come compartecipe (seppur per omessa opposizione) all'operazione di sostegno: in tal modo generando, oltre che inde-

---

(20) Come è noto, trattandosi di operazione con parte correlata un orientamento lo nega: v. Trib. Milano, 20 marzo 2014; per una critica, MONTALENTI (nt. 6). Per interessanti notazioni sul tema della *business judgement rule* e dell'errore v. anche, assai di recente, SCOTTI CAMUZZI, *Note sull'importazione nel diritto italiano, dal diritto statunitense, della business judgement rule*, in *Foro padano*, 2015, 467-482.

siderati effetti negativi sul piano reputazionale, una naturale propensione al non fare che finirebbe con l'indebolire assai uno strumento che è viceversa assai importante per il tempestivo intervento di sostegno alla liquidità e che, se attuato correttamente, riduce enormemente il rischio che mere crisi transitorie di liquidità possano trasformarsi in crisi di stabilità, spesso dalla portata sistemica.

12. Ciò è del resto quanto la direttiva e, ancor più chiaramente, il decreto legislativo 181/2015 hanno inteso, opportunamente, conseguire. Se ne ha prova, a me pare, nell'art. 669-*septiesdecies* che è norma di raccordo sistematico assai importante, la quale — assai significativamente — disciplina, in relazione sia alla conclusione degli accordi di sostegno sia in relazione alla prestazione del sostegno finanziario in loro esecuzione, la disciplina sulle operazioni con soggetti collegati (53, comma 4°, t.u.b.) e quella con parti correlate (2391-*bis* c.c.) nonché la disciplina sulla postergazione dei finanziamenti del socio (2467 e 2497-*quinquies*), l'azione revocatoria ordinaria e fallimentare e le norme penalistiche di cui agli artt. 216, comma 1°, n. 1 e comma 3° e 217 l.fall. Restano applicabili, invece, a completamento in quanto compatibili, le altre disposizioni in tema di gruppo dettate dall'art. 2497 ss. L'art. 69-*duodecies*, comma 7°, esclude infine che l'accordo possa essere fatto valere da terzi, anche in surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 c.c.

13. Ma l'interesse della fattispecie di gruppo ai fini della recente disciplina del risanamento e della risoluzione delle banche non è circoscritta al solo tema, pur assai rilevante, del sostegno finanziario intra-gruppo. Non è possibile, ovviamente, in questa sede, una rappresentazione completa dei molteplici profili di emersione di esso nel diritto bancario dell'Unione. Mi limito qui a segnalare la rilevanza di esso in rapporto alla programmazione della gestione della crisi, sia in relazione al piano di risanamento che deve essere predisposto dalle banche e, quanto a quello di gruppo, dalla capogruppo, sia quanto ai piani di risoluzione, che sono viceversa predisposti dall'autorità di risoluzione competente (Comitato unito di risoluzione o Banca d'Italia conformemente al riparto di competenze di cui al Regolamento n. 806/2014). I primi due temi sono ora disciplinati, in Italia, in esecuzione della BRRD, nel t.u.b. come novellato dal d.lgs. 181/2015; il terzo nel decreto 16 novembre 2015, n. 180. Pur limitando al minimo indispensabile, di necessità (dato il contenuto del presente intervento) i riferimenti, sembra utile richiamare almeno quanto segue.

a) Ai sensi dell'art. 69-*quinquies* « la capogruppo italiana di un gruppo bancario (che non sia a sua volta attratta nella vigilanza consolidata di altro Stato comunitario) si dota di un piano di risanamento di gruppo che individua misure coordinate e coerenti da attuare per sé, per ogni società del gruppo e, se di interesse non trascurabile per il risanamento del gruppo, per le società italiane ed estere incluse nella vigilanza consolidata indicate nell'art. 69-*ter*, comma 1°, lettera c). Come si vede, qui l'esercizio della direzione e coordinamento assume precisi ed espliciti caratteri di doverosità quanto al compimento di specifici atti di programmazione e di attuazione al fine del risanamento del gruppo. La norma, anche qui, postula una composizione virtuosa tra interesse individuale e di gruppo giacché il comma 3° richiede che il piano di risanamento di gruppo sia « finalizzato a ripristinare l'equilibrio patrimoniale e finanziario del gruppo bancario *nel suo complesso* e delle *singole banche che ne facciano parte* ». Naturalmente esso, ai sensi del comma 4°, ove siano stati conclusi tra le società del gruppo accordi di sostegno finanziario, contempla il ricorso al sostegno finanziario di gruppo. Tuttavia la disciplina prudenziale tiene conto delle difficoltà che si possono originare dall'assenza di un regime armonizzato dei gruppi societari a livello europeo: prevede infatti, sempre al comma 4°, che, da un lato, il piano individui « i possibili ostacoli all'attuazione delle misure di risanamento, inclusi gli impedimenti di fatto e di diritto all'allocazione tempestiva di fondi propri e al pronto trasferimento di attività nonché al rimborso di passività tra società del gruppo », implicitamente (ma chiaramente) avendo presente proprio gli ostacoli derivanti dal diritto societario degli Stati membri; dall'altro lato, all'art. 69-*septies* dispone che, nel coordinamento tra autorità nazionali di vigilanza, l'autorità competente « nella valutazione dei piani di risanamento di gruppo tiene conto del possibile pregiudizio per le singole società del gruppo » e che, sul presupposto che possano esservi discrepanze valutative tra autorità nazionali proprio fondate su questi aspetti, « essa riconosce come valide e applicabili le decisioni prese in conformità delle disposizioni dell'Unione europea » e può « promuovere o partecipare a procedimenti di mediazione in sede ABI ». Insomma, il diritto societario nazionale è qui, all'evidenza, possibile fonte di turbolenza nelle relazioni istituzionali e nei processi deliberativi all'interno dei collegi di supervisione.

b) A sua volta, l'art. 8 del d.lgs. 181/2015 prevede i piani di risoluzione di gruppo. Rispetto ad essi, e alla loro formazione da parte dell'autorità di risoluzione competente, rilevano qui almeno due aspetti. Da un lato, vi è un obbligo di collaborazione informativa della capogruppo e di tutte le società del gruppo ai sensi dell'art. 9 che deve consentire la

formazione di un flusso completo, che viene trasmesso dalla capogruppo all'autorità. Dall'altro lato, all'esito della valutazione della c.d. risolvibilità dei gruppi (di cui all'art. 13), l'autorità di risoluzione può imporre la rimozione degli impedimenti alla risolvibilità ai sensi dell'art. 15. Tali misure possono addirittura incidere sulla struttura del gruppo, per ridurne la complessità e assicurare la separazione di funzioni [art. 16, comma 2°, lettera a)]; e la capogruppo ha qui un compito dapprima di interlocuzione con l'autorità prima dell'assunzione della misura definitiva, potendo proporre osservazioni e misure alternative per superare gli impedimenti (art. 15, comma 3°) e successivamente di attuazione delle misure imposte dall'autorità.

V. - 14. Per concludere mi pare utile almeno accennare brevemente al gruppo cooperativo bancario finalmente previsto dal d.l. 14 febbraio 2016 n. 18 come da ultimo convertito. Come è noto, ciò segna il punto di approdo di un lungo percorso di avvicinamento al gruppo cooperativo che il movimento del credito cooperativo aveva avviato circa 20 anni fa (lo si prefigurerò in termini non molto dissimili dall'attuale forma del gruppo contrattuale, per la prima volta, in un convegno fiorentino della locale Federazione nel 1996); un percorso che aveva condotto in sede di riforma del diritto societario a prevedere l'art. 2545-*septies*, che per singolare eterogenesi dei fini era stato tuttavia reso non applicabile, inizialmente, alle banche di credito cooperativo (l'art. 38 del d.lgs. 28.12.2004, n. 310 ha opportunamente provveduto ad estendere tale tipo normativo anche all'ambito delle cooperative di credito le quali erano invece, almeno testualmente, escluse dall'applicazione delle nuove norme dall'art. 223-*terdecies*, comma 2°), e a prefigurare già una decina di anni or sono un intervento legislativo di modifica del t.u.b. per superare le resistenze autonomistiche di molte banche aderenti al sistema, progressivamente divenute fortemente anacronistiche per la complessità organizzativa e operativa della gestione bancaria, che richiede di conseguenza una dimensione minima superiore a quella media delle banche di credito cooperativo. La crisi, come in molti altri casi, ha consentito oggi di superare gli indugi, per quanto naturalmente resti ampio il dibattito circa le forme più adeguate per conseguire, in via legislativa, le indifferibili esigenze di stabilità prudenziale pur nel rispetto di un ecosistema bancario che non solo rispetti ma pur valorizzi le diversità (giacché proprio una composizione di diversità virtuose determina, su base sistemica, il massimo di resilienza complessiva agli shock). È in questo quadro che si collocano anche le questioni, vivacemente discusse, dell'unicità o molteplicità dei

gruppi cooperativi bancari e della trasformazione in s.p.a. delle banche che adottino una scelta autonomista.

Il gruppo cooperativo bancario è ora previsto, dall'art. 37-*bis*, come un gruppo composto da una società capogruppo s.p.a. autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria e il cui capitale è detenuto in misura maggioritaria dalle banche di credito cooperativo aderenti al gruppo, che esercita attività di direzione e coordinamento sulle società del gruppo in base ad un contratto di coesione che presenta le caratteristiche descritte al comma 3°. Non mi soffermo sugli aspetti tipologici della fattispecie, che sostanzialmente recepiscono un disegno organizzativo che ho fatto oggetto di molteplici studi, pubblicati proprio a partire dal 1996, e da ultimo in un lavoro del 2015 elaborato unitamente a Prometeia cui mi permetto rinviare (21): mi limito solo ad osservare come, in modo interessante ma piuttosto inedito, la direzione e il coordinamento [che si sostanzia in « indirizzi strategici e obiettivi operativi » art. 37-*bis*, comma 3°, lettera b) n. 1]: sia graduata in intensità crescente in relazione alla rischiosità delle banche aderenti e come la nomina della maggioranza dei componenti l'organo di amministrazione sia qui — in coerenza con la natura contrattuale e non organica del controllo — solo eccezionale. Si tratterà così di vedere se questi requisiti saranno ritenuti sufficienti in sede di MUV per riscontrare, in ogni situazione concreta, le condizioni per l'applicazione del regime prudenziale di cui all'art. 10 del regolamento 575/2013 (di cui si dirà *infra*) e in particolare se si potrà sempre dire che « (c) la dirigenza dell'organismo centrale abbia il potere di dare istruzioni alla dirigenza degli enti ad esso affiliati ». Anche in questa prospettiva, mi sembra utile, conclusivamente, soffermarmi su due profili.

15. Il primo attiene alle lezioni che vengono dall'esperienza comparata. I crediti cooperativi stranieri evidenziano, pur nella varietà delle forme organizzative di sistema, una preferenza per l'adozione, da parte dei crediti cooperativi più forti, di modelli di vero e proprio gruppo bancario. Quali sono le pattuizioni statutarie e contrattuali che li disciplinano?

a) Nel caso del gruppo olandese Rabobank, le banche cooperative locali costituiscono il baricentro dell'organizzazione di gruppo; esse sono raccolte a livello regionale in 12 assemblee separate regionali le quali a loro volta designano i partecipanti all'assemblea generale dell'organismo centrale, il quale ha natura cooperativa, Rabobank Nederland. L'organi-

---

(21) *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 56.

simo centrale svolge le funzioni, a pieno titolo, di capogruppo bancaria e, al tempo stesso, svolge attività bancaria, di servizi di pagamento, di servizi di investimento e controlla numerose società specializzate che completano la gamma dei servizi bancari e finanziari offerti dal gruppo. Il sistema Rabobank ha le caratteristiche proprie di un gruppo cooperativo paritetico: l'organismo centrale è partecipato dalle banche locali che provvedono, attraverso il sistema delle assemblee separate, alla nomina degli organi sociali (secondo un modello di *governance* dualistico); a sua volta Rabobank Nederland svolge, oltre che attività bancaria in qualità di cassa centrale delle banche associate, le funzioni di direzione e coordinamento utilizzando diversi *fora* (assemblee generali e separate a livello regionale; comitati tecnici) al fine di assicurare una *governance* multilivello condivisa con le banche locali; ciò avviene sulla base di un accordo di gruppo che definisce precisamente diritti e doveri dei partecipanti al sistema e formalizza un meccanismo di garanzia incrociata (conformemente alle previsioni della sezione 3:111 del codice bancario olandese). Rabobank Nederland svolge altresì funzioni di vigilanza delegata sulle banche locali per conto dell'Autorità di vigilanza e verifica la gestione operativa, i presidi di controllo, l'integrità dei processi operativi, i requisiti di solvibilità e liquidità delle singole banche. Lo statuto di Rabobank Nederland riflette puntualmente queste funzioni e costituisce lo strumento "contrattuale" sulla cui base si fonda l'esercizio della direzione e coordinamento (v. in particolare artt. 3, 4 sull'attività, 14, lettere a)-z) quanto agli obblighi delle banche locali associate, 16 sull'esclusione e gli oneri conseguenti, 17 sulla responsabilità delle banche associate in caso di crisi di Rabobank Nederland, 29-31 sui comitati di coordinamento).

b) Ugualmente significativa è l'esperienza francese del Crédit Agricole. Qui infatti si hanno tre livelli di sistema (banche locali, banche regionali e banca centrale) e l'organismo centrale «opera come una istituzione finanziaria centrale e assicura che il gruppo operi come una entità finanziaria unitaria» [art. 3(1) dello statuto]. In tale veste la capogruppo raccoglie e gestisce la raccolta in eccesso delle banche regionali (*caisses régionales de crédit mutuel*) nonché quella raccolta per suo conto dalle stesse. Al contempo, essa concede finanziamenti alle banche regionali per finanziare gli impieghi a medio e lungo termine e dà attuazione al meccanismo di garanzia degli impegni delle casse regionali. Conformemente alle previsioni del codice monetario e finanziario, nella sua qualità di organismo centrale la capogruppo assicura la coesione della rete del credito agricolo e la conformità da parte delle banche associate alle leggi e alle disposizioni di vigilanza esercitando supervisione amministrativa,

tecnica e finanziaria e garantendo la liquidità e solvibilità della rete e delle singole banche aderenti [art. 3(3) dello statuto]. La capogruppo è tuttavia, come è noto, una società anonima per azioni. E il medesimo modello, incentrato su una capogruppo azionaria autorizzata anch'essa all'attività bancaria, si riscontra altresì nel caso del gruppo BPCE che riunisce le banche popolari e le casse di risparmio francesi e che pure si qualifica, ai sensi dell'art. 2 (1) dello statuto e in conformità agli articoli 511-31 ss. e 512-107 del codice monetario e finanziario francese quale organismo centrale. L'art. 2 dello statuto di BPCE è assai analitico nella descrizione delle funzioni e, al pari di quanto avviene nel caso Rabobank — attribuisce alla capogruppo un ruolo di approvazione del management team della banca locale [art. 2(1) (10° trattino) dello statuto], pur nominato dall'assemblea dei soci di essa.

c) Non diversa nelle linee generali dell'architettura è la struttura organizzativa del gruppo Raiffeisen RZB in Austria, anch'essa costruita su tre livelli in cui 494 banche locali sono associate ad 8 organismi provinciali che partecipano al capitale azionario della capogruppo RZB, la quale, nella sua qualità di "Zentralbank" «gestisce e investe la liquidità delle banche locali, promuove l'attività delle stesse, concedendo prestiti e assistenza di liquidità alle medesime, e assicura uniformità di azione amministrativa e di marketing» [art. 2(2) dello statuto].

16. Come si vede, i modelli di gruppo bancario cooperativo esistenti — sia pure con inevitabili distinguo che sono frutto di preferenze nazionali e costituiscono spesso il lascito della storia — realizzano, mi pare, le condizioni richieste, attualmente, dall'art. 10 del regolamento 575/2013 per « gli enti creditizi affiliati permanentemente ad un organismo centrale preposto al loro controllo » là dove si prevede che: « (a) gli obblighi assunti dall'organismo centrale e dagli enti ad esso affiliati siano garantiti in solido oppure gli impegni degli enti affiliati siano pianamente garantiti dall'organismo centrale; (b) la solvibilità e la liquidità dell'organismo centrale e di tutti gli enti ad esso affiliati siano controllati, nel loro insieme, sulla base dei conti consolidati; (c) la dirigenza dell'organismo centrale abbia il potere di dare istruzioni alla dirigenza degli enti ad esso affiliati ». In relazione a tali ipotesi l'art. 10 dispone che « le autorità competenti possono derogare, in tutto o in parte », ai requisiti prudenziali di cui alle parti II-VIII del regolamento su base individuale in relazione agli enti associati « conformemente alla normativa nazionale » e che gli Stati membri possono mantenere la normativa nazionale e farvi ricorso in ordine all'applicazione della deroga di cui sopra nella misura in cui non configga



con il regolamento 575/2013 e con la direttiva 2013/36/UE. Il secondo profilo, dunque, che mi sembra meritevole di attenzione e con il quale vorrei concludere, attiene a due soli interrogativi che attengono ancora una volta al difficile rapporto tra disciplina societaria e disciplina bancaria, tra norma nazionale e norma europea e che ancora una volta evidenziano la straordinaria complessità del processo di componimento di tutti i tasselli normativi — di diritto societario generale e di diritto bancario — dell'affascinante mosaico del diritto bancario dell'Unione: un diritto peraltro, quello bancario, che recentemente, si è descritto come il vero e proprio catalizzatore di radicali cambiamenti (in atto) dello stesso diritto dell'Unione (22).

a) Il modello di gruppo adottato dal legislatore italiano prevede che le banche controllate partecipino direttamente al capitale della capogruppo s.p.a. In questo si è scelta una forma organizzativa diversa da quella del Credit Agricole francese, in cui la partecipazione al capitale della capogruppo è mediata da un veicolo intermedio partecipato dalle banche di credito cooperativo ma da esso non controllato (la società "Rue de Boetie"). A questo scopo l'art. 37-bis, comma 6°, rende non applicabili gli articoli 2359-bis/quinquies. È ciò ammissibile in relazione alle prescrizioni della II direttiva in materia societaria? La questione ruota intorno all'interpretazione da darsi all'art. 28 della direttiva 2012/30 di refusione della seconda direttiva. Tale articolo estende la disciplina dell'acquisto azioni proprie alle controllate. È certo vero che: (i) l'art. 28 si riferisce alle controllate che siano società di capitali e la banca di credito cooperativo ha forma cooperativa, anche se adotta il modello azionario per rinvio (in quanto compatibile); si tratta dunque di un "ibrido": una cooperativa, sì, ma una cooperativa per azioni per la quale il codice civile prevede l'applicazione analogica della disciplina delle società per azioni. Il secondo periodo dell'art. 28(1) estende l'ambito, per i paesi terzi, alle società « che hanno forma giuridica paragonabile a quella delle società di capitali » e ciò mi pare indicativo della finalità voluta dal legislatore europeo; d'altro canto, la finalità della disciplina sembra essenzialmente protettiva del capitale della società le cui azioni siano detenute dalle controllate e che per tale motivo vengono fatte oggetto di trattamento equivalente alle azioni proprie. In tale prospettiva, la natura giuridica di cooperativa della controllata sembrerebbe poco rilevante. (ii) l'art. 28(2) consente « in mancanza di un coordinamento delle disposizioni nazionali sul diritto dei

---

(22) LAMANDINI, RAMOS MUNOZ, SOLANA, *The ECB as a Catalyst for Change in EU Law*, in corso di pubblicazione su *Columbia Journal of European Law*, 2016.

gruppi » allo Stato membro di definire i casi in cui si presume che una spa possa esercitare un'influenza su un'altra società escludendo il controllo contrattuale (l'ipotesi non rientra tra i casi che lo Stato membro deve necessariamente prevedere come presunzioni di influenza dominante dai due trattini della medesima norma); tuttavia il nostro legislatore non si è avvalso di tale prerogativa in generale (v. 2359 che prevede anche il controllo contrattuale) e mi sembrerebbe davvero singolare che si ritenesse che una società addirittura soggetta a direzione e coordinamento per via contrattuale (ai sensi dell'art. 37-*bis*) a fini prudenziali potesse qualificarsi dallo Stato membro come non soggetta ad influenza dominante ai fini soltanto della disciplina di tutela del capitale dettato dalla direttiva 2012/30. Credo che la preoccupazione che è sottesa alla scelta legislativa del comma 6° sia che, ove si fosse interposta una finanziaria di partecipazione tra le banche di credito cooperativo e la capogruppo, e questa non fosse controllata, tali partecipazioni avrebbero dovuto essere forse deconsolidate, con effetti patrimoniali assai rilevanti. Confesso che non so rispondere al rebus che si pone, ma temo che la conformità al diritto europeo del comma 6° possa richiedere l'interpretazione della CGUE ai sensi dell'art. 267 TFEU.

b) Un ruolo centrale, anche nell'ambito del contratto di coesione, hanno e avranno i vantaggi compensativi, giacché l'accordo deve prevedere « i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune » (art. 37-*bis*, comma 3°, lettera *c*). Si tratterà di una previsione certamente importante anche in una prospettiva giudiziale, anche in relazione all'eventuale conseguenza del recesso conseguente ad abuso della direzione e coordinamento (l'art. 37-*bis*, comma 3°, lettera *d*) non ammette il recesso volontario ma quello di cui all'art. 2497-*quater*, comma 1°, lettera *b*) ha caratteristiche proprie e diverse, e la singola banca di credito cooperativo riveste la qualità di socio della capogruppo ma, una volta ammessa al recesso dalla capogruppo, dovrebbe di necessità anche sciogliersi dal contratto di coesione).

MARCO LAMANDINI