

XI CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA
NEL DIRITTO INTERNO E NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE".
Roma, 14-15 febbraio 2020

FERRUCCIO MARIA SBARBARO

La prevenzione della crisi di gruppo tra assetti adeguati e sostegno finanziario. Una possibile lettura sistematica del Testo Unico Bancario alla luce del nuovo Codice della Crisi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'impresa di gruppo nella tradizione giuridica occidentale: cenni. - 3. L'interesse di gruppo nelle recenti modifiche al TUB. - 4. Il rilievo del gruppo nel novellato quadro normativo della crisi di impresa. - 5. Assetti adeguati e doveri di prevenzione secondo il CCII. - 6. *Segue*: il superamento della crisi mediante strumenti negoziali infragruppo. - 7. L'accordo per il sostegno finanziario di gruppo secondo il TUB: gli elementi contrattuali e le regole procedurali. - 8. *Segue*: le condizioni per il sostegno finanziario e le esclusioni applicative. - 9. Prime conclusioni (sugli accordi di sostegno finanziario nei gruppi non bancari).

1. Introduzione.

La previsione nel nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza ("CCII") del titolo VI dedicato a "Disposizioni relative ai gruppi di imprese" certifica e trasla nel diritto generale della crisi d'impresa quel riconoscimento di autonomia al fenomeno di gruppo e al relativo interesse che già aveva operato in alcune normative di settore (come il TUB) nonché nella legislazione comunitaria (si pensi al Reg. 848/2015) e che la dottrina da tempo sollecitava.

Ferme restando le difficoltà di affrancare la qualificazione giuridica generale del gruppo dal rigido schema della "direzione e coordinamento" (non solo *in bonis*, ma altresì nell'ambito degli scenari delineati dal CCII, se si analizza la definizione fornita dall'art. 2, lett. h) non v'è dubbio che la fattispecie sia destinataria di regole precipue e che tali regole fuoriescano dalla dimensione prettamente procedurale collegata alle esigenze di coordinamento nella gestione e regolazione della crisi.

È vero, tra l'altro, che gli artt. 375 e 377 CCII, così come l'art. 2086 c.c. novellato, si applicano alla società che ne dirige e coordina altre, investendo ogni elemento strutturale del gruppo di quei doveri di corretta organizzazione e prevenzione della crisi (istituire assetti adeguati, attivarsi senza indugio, etc.) che compongono un sistema articolato e cogente.

Muovendo dall'approfondimento delle questioni appena citate, il *paper* si propone di metterle in relazione con l'accordo di sostegno finanziario infragruppo di cui al nuovo art. 69 *duodecies* del TUB, introdotto nel 2015 in attuazione della c.d. *BRRD* e destinato a operare in una fase ben precedente all'eventuale crisi e proprio con la finalità di prevenirla.

All'esito dell'indagine si proverà a osservare l'eventuale impatto del CCII sul meccanismo - e sui presupposti - del sostegno finanziario infragruppo e a rilevare se tale schema contrattuale possa ritenersi utilmente opzionabile - o addirittura doverosamente attivabile in virtù dei generali "doveri di prevenzione" - nell'ambito di un gruppo non bancario.

2. *L'impresa di gruppo nella tradizione giuridica occidentale: cenni.*

La soluzione adottata dal legislatore della riforma societaria italiana del 2003, che ha introdotto la fattispecie di "direzione e coordinamento di società" connotandola di un rilievo prevalentemente risarcitorio in costanza della relativa responsabilità (oltre che di precetti informativi di carattere generale¹), si caratterizza - come noto - per l'assenza di una definizione di "gruppo" e di qualsivoglia inquadramento giuridico per il pur conosciuto aggregato economico composto - o composito - da diversi enti connessi attraverso il controllo o il collegamento azionario o contrattuale di cui all'art. 2359 c.c.².

¹ Si pensi all'art. 2497 *bis* c.c..

² Per commenti alla disciplina degli artt. 2497 ss. c.c. si rinvia, *ex multis*, a P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 317; ID., *I gruppi di società*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da G. COTTINO, IV, *Le società per azioni*, 2010, p. 1031; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003; F. GALGANO, *Le partecipazioni azionarie e i gruppi di società*, in *Diritto Commerciale*, II, Milano, 2013; M. BERGAMASCHI, *I gruppi aziendali. Dinamiche strategiche e strutture organizzative*, Padova, 2012; F. ABATE, *Responsabilità*, sub art. 2497, in *Gruppi, trasformazione, fusione, scissione, scioglimento e liquidazione, società estere (artt. 2484 - 2510 c.c.)*, a cura di F. ABATE, A. DIMUNDO, L. LAMBERTINI, L. PANZANI, A. PATTI, Milano, 2003, p. 239 ss.; L. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi d'interesse*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di giur. comm.*, 246, Milano, 2003; G. F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003; G. FALDETTA, C. SORCI, *I gruppi come strumenti di governo delle aziende*, Milano, 2009; P. G. JAEGER, *Nozione di gruppo nel progetto di direttiva comunitaria e nell'ordinamento italiano*, Milano, 2008; ID., *La responsabilità degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, Milano, 2009; ID., *I gruppi fra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 2010. Con riferimento alla rilevanza dei gruppi in epoca precedente alla riforma cfr. P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi societari e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, p. 710; ID., *Persona giuridica, gruppi di*

L'imputazione della responsabilità *ex art. 2497 c.c.* è così riconosciuta allorché due o più enti risultino legati da un rapporto di "direzione e coordinamento" (ovverosia un legame societario, contrattuale o di fatto, che permetta a una di esse di esercitare un'influenza dominante sulle altre) tale da permettere alla "capogruppo" di gestire - *rectius* dirigere unitariamente - le *subsidiaries* travalicandone la distinta soggettività giuridica, alterandone la singola volontà (e i relativi interessi) con la conseguenza di arrecare un pregiudizio ai soci e ai creditori di queste ultime³.

Sul versante della legislazione comunitaria - a fronte della disomogeneità nell'inquadramento giuridico del gruppo di imprese che si riscontra nei singoli Stati membri - sembra potersi scorgere un *trend* uniformante finalizzato alla creazione di una piattaforma normativa dedicata al gruppo proprio per la fase "patologica".

Il primo passo in questa direzione è stato compiuto dal Regolamento n. 1346/2000 che, pur senza fornire indicazioni definitorie del "gruppo", ha promosso la gestione congiunta della crisi delle entità aggregate⁴. Nel medesimo senso sembra essersi diretto, poi, il Regolamento n. 848/2015, prevedendo un'apposita procedura proprio per la gestione accentrata delle crisi del gruppo societario⁵.

società, corporate governance, Padova, 1999; G. F. CAMPOBASSO, Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparata, in BBTC, 1995; V. CARIELLO, Un diritto dei gruppi di società per l'europa, in Riv. soc., 2001, p. 350; F. GALGANO, Il regolamento dei gruppi di società, Milano, 2001; G. COTTINO, Divagazioni in tema di conflitto di interesse nei gruppi, Milano, 2002; P. G. JAEGER, Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi, in Giur. comm., 1994, p. 476; G. SCOGNAMIGLIO, Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società, Milano, 1996; P. SPADA, Gruppi di società, in Riv. dir. civ., II, 1992, p. 222.

³ Cfr. G. SBISÀ, *Art. 2497, in Commentario alla riforma delle società, Vol. 11, a cura di G. SBISÀ, Milano, 2012, p. 49, secondo cui "la capogruppo non deve scardinare il necessario punto di equilibrio che deve essere perseguito nell'esercizio dell'attività di direzione, tra il soddisfacimento degli interessi delle società controllate e quelli della società controllante, tale da consentire la soddisfazione per tutti i soggetti coinvolti nelle operazioni realizzate".*

⁴ In effetti, benché il fenomeno aggregativo di imprese non avesse ricevuto alcuna menzione specifica nel Regolamento n. 1346/2000, venivano comunque regolati i riflessi transnazionali connessi all'insolvenza delle entità giuridiche aventi dipendenze in più Stati membri. Un sistema, quello introdotto dall'anzidetto Regolamento, imperniato sulla teoria della "territorialità cooperativa", in base alla quale ciascuno degli ordinamenti coinvolti nella crisi del gruppo poteva "aprire" una procedura (principale o secondaria) provvedendo alla liquidazione del patrimonio del debitore presente sul proprio territorio, la cui ripartizione era regolata da taluni meccanismi (facoltativi) di cooperazione interstatale.

⁵ Più in particolare, a differenza del precedente intervento normativo, sembra che il legislatore sia intervenuto in maniera più *tranchant*, superando, almeno in parte, talune di quelle refrattarietà dovute alla intangibilità delle sfere legislative nazionali, imponendo uno schema procedurale unico cui gli ordinamenti coinvolti devono rifarsi, di là dalle

Lo scenario comparatistico, d'altro canto, propone soluzioni differenti e non è superfluo domandarsi, alla luce di quanto si riscontra nei recenti interventi del legislatore italiano, se vi sia in effetti un parametro normativo meglio adattabile a quei contesti – il sostegno finanziario di gruppo, in questo caso – in cui si rilevi la necessità di sintetizzare e ridurre *ad unitatem* i singoli interessi sociali.

In ambito continentale, la regolamentazione più incisiva del fenomeno aggregativo di imprese si riscontra certamente nel *konzernrecht* tedesco, introdotto con l'*Aktiengesetz* del 1965⁶, laddove – coerentemente con la tendenza alla “giuridificazione” dei fenomeni sociali (c.d. *verrechtlichung*) – si offre una disciplina specifica del fenomeno dei gruppi di imprese (appunto, *konzerorganisationrecht*)⁷.

diversità delle rispettive discipline interne. Tutto ciò, beninteso, con una serie di temperamenti che alleggeriscono l'obbligatorietà di alcuni strumenti che, in difetto, avrebbero in effetti costituito forse un'eccessiva ingerenza da parte del legislatore europeo. Così, allorché destinatario di una procedura di insolvenza sia un gruppo di società, l'art. 60 del Regolamento n. 848/2015 prevede la possibilità dell'apertura di “*procedure di coordinamento di gruppo*”. Per un'analisi più approfondita v., tra gli altri, P. DE CESARI, *La cooperazione e il coordinamento di gruppo*, in *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, a cura di P. DE CESARI, G. MONTELLA, Torino, 2017, p. 183 ss.; F. M. MUCCIARELLI, *Il regolamento sulle insolvenze transfrontaliere e la delega italiana sulla crisi d'impresa: riflessioni sul rapporto tra la riforma italiana dell'insolvenza e il diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. Soc.*, 4, 2018, p. 891.

⁶ La c.d. “legge azionaria” del 6 settembre 1965.

⁷ Per un'ampia panoramica del *konzernorganisationrecht* può rinviarsi, tra gli altri, a M. LUTTER, P. HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, Colonia, 2016; V. EMMERICH, M. HABERSACH, *Konzernrecht*, Monaco, 2013; T. LIEBSCHER, *GmbH-Konzernrecht. Die GmbH als Konzernbaustein*, Monaco, 2006; R. REICH GRAEFE, *Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany*, in *Conn. L. Rev.*, 37, 2005, p.785; J. E. ANTUNES, *Liability of corporate groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationships in U. S., German and EEC law: an international and comparative perspective*, Dordrecht, 1994, p. 314; C. ALTING, *Piercing the corporate veil in american and german law. Liability of individuals and entities: a comparative view*, in *Tulsa J. Comp. Int. L.*, 2, 1995, p. 187; S. K. MILLER, *Piercing the corporate veil among affiliated companies in the European Community and in the US: a comparative analysis of US, German, and UK veil-piercing approaches*, in *Am. Bus. L. J.*, 36, I, 1998, p. 73. Il fondamento sociale della disciplina – in analogia con lo spirito che ha contraddistinto il riconoscimento, per quanto “indiretto”, del fenomeno di gruppo tanto in Italia quanto negli Stati Uniti – è individuabile nella necessità di superare una tendenza restrittiva nei confronti del capitalismo moderno, addirittura tradotta in un progetto di legge del 1952 dell'allora ministro dell'economia Erhard che ambiva a vietare qualsiasi accordo (di cartello) tra imprese che non fosse autorizzato dallo Stato. Il progetto fu presentato al *Bundestag* il 13 giugno 1952, ma la discussione fu accesa e portò alla definizione di una seconda versione modificata, presentata al *Bundestag* il 24 maggio 1955 e di una terza, definitiva, profondamente diversa rispetto a quella originaria, approvata il 18 luglio del 1957. In uno scritto di I. SEYDEL, *Zur systematik des gesetzes gegen*

L'art. 18 dell'*Aktiengesetz* propone una definizione di "gruppo societario" nei termini seguenti: "quando un'impresa dominante e una o più imprese dipendenti sono riunite sotto la direzione unitaria dell'impresa dominante, esse formano un gruppo; le singole imprese fanno parte del gruppo"⁸. Pur non ricevendo una vera e propria definizione, la "direzione unitaria" (*einheitliche leitung*), che si presume dal controllo azionario o dall'esistenza di un legame negoziale, costituisce quindi il nucleo essenziale dell'inquadramento giuridico del gruppo e non appare in effetti così distante dal concetto di "direzione e coordinamento" di cui agli artt. 2497 ss. c.c.

I parametri di rilevazione del *konzern* possono essere così sintetizzati: (i) pluralità di imprese, (ii) direzione unitaria, (iii) influenza dominante/controllo; la portata innovativa dell'*Aktiengesetz* si riscontra proprio nel riconoscimento di specifiche categorie normative di inquadramento dogmatico del gruppo, riducendo le questioni interpretative e attecchendosi a principio generale per la disciplina dei conglomerati aziendali.

Nel *konzernorganisationrecht* i gruppi di società sono distinti in due categorie principali (in relazione alla "fonte" dell'aggregazione): i gruppi "di diritto" e i gruppi "di fatto". I primi nascono a seguito di un *unternehmensvertrag* (contratto di impresa) di cui la legge azionaria contempla cinque possibili tipologie, tra le quali in effetti solo due risultano diffuse: (i) *beherrschungsvertrag* (contratto di controllo), che conferisce il diritto alla società qualificata come dominante di impartire direttive obbligatorie alla società dominata; (ii) *gewinnabfuhrungsvertrag* (contratto di trasferimento dei benefici), che obbliga la società dominata a versare alla dominante integralmente i profitti annuali.

Alla seconda categoria appartengono i c.d. *faktischer konzern* (gruppi di fatto) riconoscibili in caso di imprese eterocomposte e in assenza di un "contratto di impresa" (o di qualsiasi altro accordo tra

wettbewerbsbeschränkungen, in *NJW*, 1957, p. 1300, la lunga discussione del testo di legge viene paragonata alla guerra dei sette anni.

⁸La norma, rubricata "Konzern und Konzernunternehmen" così letteralmente recita: "(1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. (2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen".

controllante e controllata che abbia ad oggetto la regolazione delle dinamiche del gruppo) sulla base della ricorrenza di due condizioni: (i) partecipazione di maggioranza di una società in un'altra società formalmente distinta e (ii) struttura di gestione centralizzata uniforme (nel senso della *enheitliche leitung* di cui si accennava).

Con riferimento precipuo alla questione dell'astrazione dei singoli interessi sociali e del loro possibile assorbimento nell'interesse di gruppo – sempre nell'ottica dell'indagine sull'accordo di sostegno – l'ordinamento tedesco fornisce un'indicazione piuttosto chiara in senso affermativo. Innanzitutto, già di per sé il formale inquadramento giuridico del "gruppo" contenuto negli artt. 15 ss. dell'*Aktiengesetz* indurrebbe ad attribuirvi una – seppur non piena e assoluta – soggettività; in secondo luogo – e soprattutto – l'art. 308 in tema di *beherrschungsvertrag* ammette espressamente che le direttive impartite dalla capogruppo nell'interesse dell'impresa globale possano persino essere dannose per la società controllata, purché non sussista il concreto rischio di insolvenza di quest'ultima. In altre parole, nell'ambito di un *konzern*, la società madre può arrivare ad avere il dominio assoluto sulla controllata, a condizione che l'interesse dell'intero gruppo sia realizzato senza determinare l'insolvenza della singola società partecipante.

L'attraversamento dell'oceano atlantico proietta l'interprete nella dimensione pragmatica e "funzionale" che caratterizza l'ordinamento statunitense; in quest'ottica, la riflessione americana in tema di gruppi di società può essere efficacemente riassunta nella presa di coscienza che, nell'economia moderna, attività di impresa di dimensioni grandi o medie non possono essere svolte da una singola società, ma solo da gruppi di società affiliate, sotto il controllo di una *parent corporation* che opera, come ha osservato la Corte Suprema "*with a unity of purpose*" e "*with a common design*"⁹.

Fino alla seconda metà del diciannovesimo secolo¹⁰, tuttavia, la *statutory law* statunitense contemplava le *corporation* esclusivamente nell'accezione individualistica (c.d. "*entity view*") tra l'altro addirittura vietando i c.d. "collegamenti di *trust*" tra diverse società, considerati potenzialmente pregiudizievoli per l'assetto concorrenziale del mercato¹¹.

⁹ *Copperweld Corp. v. Indep. Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 771-772 (1984).

¹⁰ Non a caso il periodo storico è contraddistinto dall'espansione di una nuova tipologia di traffici commerciali sull'impulso della rivoluzione industriale, con la conseguente strutturazione in modelli economici sempre più ramificati.

¹¹ Per una panoramica della letteratura classica e delle origini – inglesi – della *entity view*, si vedano, tra gli altri, W. BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England*, p. 467, ristampato in *Classic of english legal history in the modern era* a cura di D. S. BERKOWITZ, S. E. THORNE, 9° ed., 1978; C. A. COOKE, *Corporation Trust and Company*, 1951, p. 7; W. S.

Il superamento di tale preclusione e la qualificazione del *trust* come legittimo dispositivo di aggregazione aziendale è fatta risalire al 1879, anno in cui la *Standard Oil Company* del *New Jersey* riunì sotto la sua direzione tutte le attività petrolifere, preludio della successiva – copernicana – riforma statale (proprio del *New Jersey*) del 1898 che autorizzò, finalmente, le *corporation* ad acquisire azioni di altre società¹²; la novella determinò inevitabilmente una progressiva adesione delle società allo schema *holding-subsidiary* e creò i presupposti per l’assetto contemporaneo della *law of corporate groups* provocando, a partire dall’amministrazione Roosevelt, lo sviluppo di quella che fu definita *doctrine of enterprise*¹³. Ovvero, in estrema sintesi, la possibilità di

HOLDSWORTH, *History of English Law*, 3° ed., 1927, pp. 469-490; S. KYD, *A treatise on the law of corporations*, ristampato in *Classic of english legal history in the modern era, cit.*, p. 103; F. W. MAITLAND, *Maitland selected essays*, 1936; C. T. CARR, *Early forms of corporateness in Three selected essays in anglo-american legal history*, 1909, pp. 161-182; W. S. HOLDSWORTH, *English corporation law in the 16th and 17th centuries*, in *Yale L. J.*, 31, 1922, p. 382. Con riferimento specifico alla prospettiva statunitense cfr., *ex multis*, S. WILLISTON, *History of the law of business corporations before 1800*, in *Harvard L. R.*, 2, 1888, p. 105; M. M. BLAIR, L. A. STOUT, *A team production theory of corporate law*, in *Virginia Law Review*, 85, 2, 1999), p. 247 ss..

¹² L’inaspettata innovazione costò al *New Jersey* l’appellativo di “Stato Traditore”. In questi termini L. STEFFENS, *New Jersey: a traitor state, Part. II – How she sold out the United States*, in *McCure’s Mag*, 41, 1905. Cfr. altresì C. M. YABLON, *The historical race competition for corporate charters and the rise and decline of New Jersey: 1880-1910*, in *J. Corp. Law*, Winter, 2007, p. 324 ss. L’impatto della riforma è ampiamente analizzato in P. I. BLUMBERG, K. A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS, E. J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, 2° ed., 2005, § 3.04. In K. PISTOR, Y. KEINAN, J. KLEINHEISTERKAMP, M. D. WEST, *The Evolution of Corporate law, a cross-country comparison*, in *Univ. Penn. J. Intern. Econ. Law*, 23, 4, 2003, si ricorda peraltro come: “In 1899, Delaware followed the example New Jersey had set in 1898 and stipulated that corporations could acquire stock in other corporations registered in Delaware or elsewhere and exercise all rights shares confer to their owners. Delaware corporate law (17 DEL. LAWS, c 147 p. 212, 14 March 1883) stated that shares held in other corporations did not confer voting rights. However, the same provision insisted that this did not give companies a general permission to acquire shares in other corporation, as this had to be explicitly authorized. This provision was changed in the 1889 revision of the law (21 DEL. LAWS, c 273, p. 444, 10 March 1899). From now on, any corporation created under the laws of the state of Delaware could purchase, hold, sell, assign, etc. shares of other corporations”.

¹³ Peraltro, nella *statutory law*, i principi tradizionali della concezione della singola società come entità separata erano stati un fastidioso ostacolo allo sviluppo di una efficace regolamentazione federale delle ferrovie, il settore “pioniere” della regolamentazione industriale americana. Queste inerzie furono di stimolo per l’amministrazione di Franklin Roosevelt nella prima ondata di riforme iniziata nel 1933, tanto da portare sin da subito all’abbandono della *entity* come *legal standard*. Nel solco di uno dei più significativi

considerare l'intero conglomerato economico alla stregua di un'unica *enterprise*, appunto, a prescindere dalla *separate legal personality* delle società appartenenti al gruppo, in virtù del controllo esercitato dall'una sulle altre.

Fra tutte le caratteristiche strutturali che compongono il fenomeno di gruppo e la *enterprise law*, il "controllo"¹⁴ è senz'altro quella che ha destato l'attenzione privilegiata del *common law*, non avendo mai ricevuto inquadramento dogmatico negli *statutes* e ruotando attorno a percorsi giurisprudenziali sviluppatisi con riferimento a specifiche fattispecie di abuso della personalità giuridica e, quindi, per lo più nell'ambito di azioni volte a ottenere il c.d. *piercing the veil*. Peraltro, la c.d. *piercing jurisprudence* presso le corti statali è col tempo divenuta assai contraddittoria, alternandosi decisioni basate sulla classica indagine *three-factor* a sentenze poggiate esclusivamente sulla prova di un unico elemento¹⁵.

sviluppi della giurisprudenza nordamericana, i compilatori del progetto legislativo del "New Deal" adottarono ufficialmente il principio della *enterprise* riconoscendo predominio funzionale alla fattispecie del "controllo". In tutti i successivi atti legislativi di rilevanza primaria - *Emergency Transportation Act* (48 Stat. 217, 1933), *Securities Act* (48 Stat. 74, 1933), *Public Utility Holding Company Act* (49 Stat. 803, 1935), *National Labor Relations Act* (49 Stat. 449, 1935), *Investment Company Act* (54 Stat. 789, 1940), nonché altri successivi atti statali e federali in settori quali quello bancario, assicurativo e dei servizi finanziari (si vedano, ad esempio, *Bank Holding Company Act* del 1956, *Savings & Loan Holding Company Amendments Act* del 1968; *Gramm-Leach-Bliley Act* del 1999) il concetto di "controllo" divenne di rilevanza centrale nel modello regolamentare teso a garantire attraverso interventi legislativi lo sviluppo e la crescita dell'economia americana. Negli *statutes* e nei sottesi regolamenti, il legislatore americano ha infatti basato sul concetto funzionale di "controllo" il fondamento delle discipline rivolte ai settori chiave dell'economia. Fra i commentatori si vedano, *ex multis*, J. E. ANTUNES, *op. cit., passim*; P. I. BLUMBERG, K. A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS, E. J. GOUVIN, *op. cit., passim*; P. I. BLUMBERG, *The multinational challenge to corporation law. The search for a new corporate personality*, Oxford, 1993; P. MUCHLINSKI, *International enterprises and the law*, Oxford, 2007, p. 21.

¹⁴ Sebbene alcune legislazioni statali stabiliscano la soglia azionaria all'ottanta per cento ai fini dell'accertamento di una situazione di controllo - come previsto dalla definizione fornita dall'*Internal Revenue Code* - i test più frequentemente utilizzati in giudizio analizzano generalmente una molteplicità di fattori. In particolare, ad esempio, i tribunali del Delaware hanno consolidato una definizione di controllo nel senso di "to include majority ownership of the corporation's voting rights and/or the "actual control" of the business and affairs of the corporation". Cfr. V. E. HARPER HO, *Theories of corporate groups: corporate identity reconceived*, in *Seton Hall Law Review*, 42, 3, 2012, p. 2.

¹⁵ Il concetto di "*piercing the corporate veil*", di primario rilievo nella giurisprudenza societaria statunitense, descrive una decisione giudiziale in cui un socio o un amministratore di una *corporation* venga ritenuto responsabile personalmente per debiti o altre obbligazioni - anche risarcitorie - della società, in deroga al principio della

Nella maggior parte delle giurisdizioni statali, ad ogni modo, per l'applicazione dei principi della *enterprise view* non è sufficiente la prova dell'abuso di controllo, dovendosi altresì dimostrare lo stretto collegamento economico fra le attività delle società coinvolte, nel senso di una "*collective conduction of an economically integrated business*", eventualmente anche attraverso la sussistenza del potere di nominare componenti dell'organo amministrativo della *subsidiary*.

Inoltre, la giurisprudenza¹⁶ ha elaborato quattro ulteriori elementi propedeutici all'applicazione degli *enterprise principles*: (i) unicità di nome commerciale, logo e piano di marketing (la c.d. "*common public persona*"); (ii) interdipendenza finanziaria tale che la società "madre" contribuisca in modo decisivo al finanziamento delle sussidiarie, che non conseguono ricavi in maniera indipendente; (iii) interdipendenza amministrativa, per cui le sussidiarie sono prive di propri dipartimenti legali, di *auditing*, fiscali, di pubbliche relazioni, sicurezza, pianificazione, ricerca e sviluppo

responsabilità limitata. Tradizionalmente, la *piercing the veil doctrine* poggia su tre distinti presupposti: (i) la mancanza di indipendenza della sussidiaria, (ii) l'utilizzo fraudolento, ingiusto o illegittimo della forma societaria, (iii) il nesso di causalità con il danno subito dal *plaintiff*. In assenza anche solo di uno di questi presupposti, la tendenza delle Corti è stata in passato di negare l'applicabilità del *piercing*. Alcune Corti, tuttavia, hanno più di recente seguito una ricostruzione di c.d. "*single-factor piercing*", qualora la prova del singolo elemento sia piena ed inequivocabile, arrivando addirittura, talvolta, a negare la qualificazione stesa di *corporation* in assenza di qualsivoglia indipendenza decisionale. Per sintetizzare, in assenza di un concreto *business objective* in capo alla sussidiaria - o in generale quando l'esercizio del controllo da parte della *parent corporation* si riveli tanto intrusivo da privare in maniera significativa la controllata di un proprio potere decisionale - il superamento della responsabilità limitata viene riconosciuto anche in assenza degli altri due presupposti tipici della dottrina del *piercing the veil*. Coerentemente, in ipotesi in cui la *corporation* risulti costituita o utilizzata con obiettivi fraudolenti, ingiusti o illegittimi, le Corti intervengono in tutela della parte danneggiata - o dello Stato, si vi sia violazione di uno *statute* - a prescindere dalla eventuale esistenza di un potere decisionale indipendente in capo alla società. Per una ricognizione completa della *piercing the veil doctrine* si rimanda a F. A. GEVURTZ, *Corporation law*, St. Paul, 2000, p. 70 ss.; W. A. KLEIN, J. C. COFFEE JR, *Business organization and finance. Legal and economic principles*, New York, 2007, p. 146 ss., R. POSNER, *Economic analysis of law*, Aspen, 2007, par. 14.4; F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, *Limited liability and the corporation*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 52, 1985, p. 89; P. HALPERN, *An economic analysis of limited liability in corporation law*, in *Univ. Toronto Law Jour.*, 30, 1980, p. 117. Nonché a P. I. BLUMBERG, *Limited liability and corporate groups*, in *J. Corp. Law*, 11, 1986, p. 573 e K. A. STRASSER, *Piercing the veil in corporate groups*, in *Connect. Law Rev.*, 37, 2005, p. 637, con specifico riferimento al fenomeno dei gruppi.

¹⁶ Di cui viene presentata ampia rassegna in P. I. BLUMBERG, K. A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS, E. J. GOUVIN, *op. cit.*, § 182 ss.

e si affidano al personale della capogruppo per tali funzioni; (iv) trattamento unificato dei dipendenti (piani comuni di *stock option*, pensionamento, assistenza medica, benefici e privilegi vari, promozioni e trasferimenti).

L'inscindibile legame con la giurisprudenza e con l'evoluzione del *common law* caratterizza dunque la *doctrine of enterprise* negandole portata generale; la *enterprise view* si atteggia, piuttosto, a *safety valve* dell'ordinamento societario rispetto alle ipotesi di abuso della personalità giuridica e della responsabilità limitata, mentre la *entity view* può tuttora considerarsi quale vigente *default rule*.

Questo rilievo non ridimensiona, tuttavia, il fascino di un simile dispositivo, che propone un grado "moderato" di astrazione dell'interesse sociale - sia in quanto operativo *case by case*, sia in virtù della permanenza di una distinzione concettuale tra *enterprise* e *corporations* - e ammette la convivenza concettuale del rimedio (che inevitabilmente, sul piano sostanziale, determina superamento della limitazione di responsabilità) con il dogma della *separate legal personality*.

3. L'interesse di gruppo nelle recenti modifiche al TUB.

Del nuovo capo 02-I del Titolo IV del TUB, rubricato "sostegno finanziario di gruppo" salta agli occhi *in primis* la scelta terminologica dal legislatore in sede di adattamento: nessuna remora a riferirsi espressamente al concetto di "gruppo" in chiave qualificatoria, laddove - come ricordato *supra* - il codice civile non attribuisce alcun significato giuridico al termine e ne riconosce - indirettamente - il rilievo (economico) sanzionandone le patologie per il tramite della responsabilità da direzione e coordinamento di società.

L'intervento si colloca nell'ambito dell'adattamento dell'ordinamento domestico alla direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 (comunemente detta *BRRD - Bank Recovery and Resolution Directive*), attuato con il d. lgs. 16 novembre 2015, n. 181¹⁷.

In effetti, peraltro, il legislatore bancario aveva già "sdoganato" il concetto di gruppo e il relativo interesse con plurimi riferimenti espliciti a concetti come "gruppo bancario" e "capogruppo" presenti nella

¹⁷ Per commenti alla *BRRD* e alle modifiche al TUB v., tra gli altri, F. CAPRIGLIONE, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del 'diritto dell'economia': il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *RTDE*, 1, 2016, p. 1; ID., *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *RTDE*, 1, 2017, p. 102 ss.; L. STANGHELLINI, *The Implementation of the BRRD in Italy and its First Test: Policy Implications*, in *J. Fin. Reg.*, 2016, p. 154; M. LAMANDINI, *Il gruppo bancario alla luce delle recenti riforme*, in *BBTC*, 6, 2016, p. 665; D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Torino, 2017, *passim*.

legislazione di settore. Si pensi, da un lato, agli artt. 60 e 61 TUB, che si riferiscono espressamente a “gruppo bancario” e “capogruppo” in materia di vigilanza¹⁸ e dall’altro al titolo 4, capo 2 dello stesso TUB, laddove si delineano le peculiarità della disciplina delle procedure di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa con riferimento alla “capogruppo” e alle “società del gruppo”¹⁹. Più di recente, poi, come noto, il D.L. 14 febbraio 2016 n. 18, convertito con L. 8 aprile 2016 n. 49, ha introdotto gli artt. 37 *bis* e *ter* in tema di gruppo bancario cooperativo²⁰.

¹⁸ Nel Titolo III (“Vigilanza”), la Sezione I del Capo II è rubricata “Gruppo bancario”. L’art. 60 prevede la composizione del “gruppo” nei termini seguenti: “*Il gruppo bancario è composto alternativamente: a) dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate; b) dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell’insieme delle società da essa partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata e abbiano rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca d’Italia, le partecipazioni in società bancarie e finanziarie*”. Il successivo art. 61 è dedicato alla “capogruppo”, che definisce come “*la banca italiana o la società finanziaria o la società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia, cui fa capo il controllo delle società componenti il gruppo bancario e che non sia, a sua volta, controllata da un’altra banca italiana o da un’altra società finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia, che possa essere considerata capogruppo*”. La stessa disposizione precisa inoltre che “*la capogruppo, nell’esercizio dell’attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l’esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d’Italia nell’interesse della stabilità del gruppo*”.

¹⁹ Gli artt. 98 ss. adattano al contesto del “gruppo bancario” la disciplina prevista dai precedente Capo del TUB in tema di amministrazione straordinaria (artt. 70 ss.) e di liquidazione coatta amministrativa (artt. 80 ss.).

²⁰ Il primo comma dell’art. 37 *bis* stabilisce che “*Il gruppo bancario cooperativo è composto da: a) una società capogruppo costituita in forma di società per azioni e autorizzata all’esercizio dell’attività bancaria il cui capitale è detenuto in misura pari ad almeno il sessanta per cento dalle banche di credito cooperativo appartenenti al gruppo, che esercita attività di direzione e coordinamento sulle società del gruppo sulla base di un contratto conforme a quanto previsto dal comma 3 del presente articolo. Il medesimo contratto assicura l’esistenza di una situazione di controllo come definito dai principi contabili internazionali adottati dall’Unione europea; il requisito minimo di patrimonio netto della società capogruppo è di un miliardo di euro; 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, come definite dall’articolo 59; c-bis) eventuali sottogruppi territoriali facenti capo a una banca costituita in forma di società per azioni sottoposta a direzione e coordinamento della capogruppo di cui alla lettera a) e composti dalle altre società di cui alle lettere b) e c)*”. Il successivo terzo comma chiarisce, nei termini seguenti, il contenuto del contratto che costituisce presupposto per il riconoscimento del “gruppo bancario cooperativo”: “*Il contratto di coesione che disciplina la direzione e il coordinamento della capogruppo sul gruppo indica: a) la banca capogruppo, cui sono attribuiti la direzione e il coordinamento del gruppo; b) i poteri della capogruppo che, nel rispetto delle finalità mutualistiche e del carattere localistico delle banche di credito cooperativo, includono: 1) l’individuazione e l’attuazione degli indirizzi strategici ed obiettivi operativi del gruppo, tenendo conto di quanto previsto dal comma 3-bis, nonché gli altri poteri necessari per l’attività di direzione e coordinamento, proporzionati alla rischiosità delle banche aderenti, ivi*

Certo, non pare possa dubitarsi che il settore di riferimento sia altresì pervaso di interessi di matrice pubblicistica (stabilità del sistema finanziario, prevenzione delle crisi sistemiche, etc.) cui un processo di astrazione del singolo interesse sociale con simmetrico inquadramento dell'interesse del conglomerato finanziario può rivelarsi strumentale²¹.

L'“accordo di gruppo” - la fattispecie “emblematica” a cui questa indagine è dedicata - è però prima di tutto, appunto, accordo e dunque contratto tra persone (giuridiche) distinte, seppur assimilabili sul piano soggettivo per via della riconducibilità a comune direzione e coordinamento e sul piano oggettivo alla luce dei rispettivi, simili, oggetti sociali (bancari). La fattispecie non potrà che analizzarsi²², pertanto, sul piano della composizione e degli elementi costitutivi, prima, e degli effetti, poi, con specifico riferimento alle posizioni dei soggetti cui tali effetti si rivolgono o comunque si estendono; in questo senso, la connotazione - anche - pubblicistica dell'attività bancaria, così come il profilo dimensionale delle società operanti nel settore, induce a coinvolgere

*compresi i controlli ed i poteri di influenza sulle banche aderenti volti ad assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e delle altre disposizioni in materia bancaria e finanziaria applicabili al gruppo e ai suoi componenti; 2) i casi, comunque motivati, in cui la capogruppo può, rispettivamente, nominare, opporsi alla nomina o revocare uno o più componenti, fino a concorrenza della maggioranza, degli organi di amministrazione e controllo delle società aderenti al gruppo e le modalità di esercizio di tali poteri; 3) l'esclusione di una banca dal gruppo in caso di gravi violazioni degli obblighi previsti dal contratto e le altre misure sanzionatorie graduate in relazione alla gravità della violazione; c) i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune; d) i criteri e le condizioni di adesione, di diniego dell'adesione e di recesso dal contratto, nonché di esclusione dal gruppo, secondo criteri non discriminatori in linea con il principio di solidarietà tra le banche cooperative a mutualità prevalente”. A proposito del gruppo bancario cooperativo v. M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 684; F. CAPRIGLIONE, *L'autoriforma delle Banche di credito cooperativo. Una svolta decisiva nella morfologia del sistema bancario italiano*, in *Contr. e impr.*, 2016, 1, p. 64; A. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione del gruppo bancario*, Padova, 2017, p. 169 ss.; I. SABBATELLI, *Il gruppo bancario cooperativo: profili di governance*, in *RTDE*, 4 sup. 2, 2016, p. 27.*

²¹La riflessione è diffusa e condivisa, tra gli altri, da F. CAPRIGLIONE, *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali*, in *RTDE*, 2014, I, p. 66 ss.; ID, *Brevi note sulla governance nel settore del credito. (Il difficile incontro tra diritto societario e specialità bancaria)*, in *RTDE*, 4 sup. 2, 2016, p. 1; R. K. RASMUSSEN, D. A. SKEEL, *Governmental intervention in an economic crisis*, in *Penn. J. Bus. L.*, 19, 2016, p. 7; J. ARMOUR, D. AWREY, P. L. DAVIES, L. ENRIQUES, J. N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Bank governance*, in *Principles of financial regulation*, New York-Oxford, 2016; G. FERRARINI, *Understanding the role of corporate governance in financial institutions: a research agenda*, in *ECGI Law Working papers*, 347, 2017, p. 6. La dimensione pubblicistica dell'interesse di gruppo in ambito bancario è confermata, peraltro, da E. RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella direttiva 2014/59/UE (BRRD)*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di M. P. CHITI, V. SANTORO, Pisa, 2016, p. 448.

²²*Infra*, sub parr. 7 e 8.

nell'indagine l'intera categoria degli *stakeholder*, ampliandone i confini sì da ricomprendervi da un lato gli stessi *shareholder* e dall'altro tutti i terzi detentori di interesse qualificato, come creditori, lavoratori, consumatori di servizi bancari²³.

Il riscontro iniziale dell'espresso riconoscimento di un interesse di gruppo, tuttavia, esclude che l'indagine possa esaurirsi nella sfera contrattuale e impone la verifica analitica delle fasi procedurali che compongono il "sostegno finanziario", con l'obiettivo di rilevare il dosaggio degli interessi operato dal legislatore e la gerarchia suggerita o imposta dalle norme laddove aprono, come si dirà, punti di accesso per l'interesse di gruppo in un contesto che altrimenti dovrebbe ritenersi dominato dall'autonomia negoziale del singolo soggetto di diritto²⁴.

D'altronde, la società bancaria che sia parte del contratto di cui all'art. 69 *duodecies* del TUB si posiziona, alternativamente, sul lato "erogante" ovvero su quello "ricevente" il sostegno ed è evidente che l'interesse sociale, nell'uno o nell'altro caso, sia diversamente indirizzato; vi sono, poi, gli interessi dei creditori sociali (sia del *tradens* che dell'*accipiens*), l'interesse pubblico come sopra sbrigativamente descritto nonché, evidentemente, l'interesse del gruppo bancario, quella impresa "composita" che contiene le diverse persone giuridiche parti dell'accordo di sostegno e a cui il legislatore sembra, stavolta, voler effettivamente riconoscere autonoma rilevanza.

La tentazione, quindi, è di attribuire all'interesse di gruppo non solo rilievo giuridico ma altresì la funzione di *deus ex machina* dell'intero meccanismo del sostegno finanziario, rispetto al quale da un lato rientra nel novero degli interessi contemperati, dall'altro costituisce il principale strumento di contemperamento.

²³ In questi termini R. E. FREEMAN, *Strategic management: a stakeholder approach*, Cambridge University Press, 2010, che delinea una categoria idonea a comprendere, appunto, sia i c.d. *stakeholder* interni (soci, *manager*), sia quelli c.d. esterni (creditori, lavoratori, consumatori, etc.), nel senso di "any group or individual that can affect or be affected by a company's purpose" e "the community from which the business draws its resources". Cfr. altresì R. E. FREEMAN, W. M. EVAN, *A stakeholder theory of modern corporation: the Kantian capitalism*, in *Ethical Theory and Business*, a cura di T. L. BEAUCHAMP, Londra, 1988. Sui rapporti tra le regole di matrice societaria e quelle di diritto speciale ai fini della tutela degli interessi coinvolti dall'impresa bancaria cfr. A. SACCO GINEVRI, *I rapporti fra holding e controllate nel gruppo bancario cooperativo*, in *RTDE*, 4, 2016, p. 380.

²⁴ Non appaia ultroneo, in merito alla non perfetta coincidenza tra "persona" e "soggetto di diritto" con riferimento alle persone giuridiche, il rinvio a F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (nona edizione), p. 24 e a A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, *passim*.

Se, tuttavia, il bilanciamento di interessi va analizzato in concreto, avuto riguardo all'effettiva compressione delle posizioni dei soci e dei creditori a fronte del perseguimento di obiettivi sovraordinati, non può dimenticarsi il rilievo degli assetti proprietari nel quadro della direzione e coordinamento: interesse sociale e interesse di gruppo, pur formalmente non coincidenti, percorrono binari paralleli ogni qual volta la capogruppo detenga la maggioranza azionaria delle *subsidiaries* e la lente deve, in tali casi, muoversi alla ricerca di una più specifica e ristretta cerchia di soggetti precipuamente messi a rischio dall'operazione, *in specie* i soci di minoranza (oltre che i creditori).

E allora, proprio sul piano del bilanciamento degli interessi coinvolti dall'accordo di sostegno e così analiticamente riscontrabili attraverso la lettura dell'art. 69 *quinquiesdecies* TUB, non può negarsi come le ispirazioni comparatistiche abbiano l'effetto di confortare l'interprete, ridimensionando la profondità della ferita subita dall'interesse sociale per mano del riconoscimento esplicito di interessi diversi e ulteriori.

Da un lato, infatti, può dirsi verificato l'ingresso nell'ordinamento dell'interesse di gruppo per mano del legislatore bancario – così come la strumentalità di tale ingresso al perseguimento degli interessi di matrice pubblicitica che presidiano la materia bancaria; dall'altro, che si tratti di ammettere un *konzern* bancario, ovvero di ampliare i confini della *enterprise* oltre quelli della personalità giuridica, non sembra necessario il sacrificio dei dogmi del diritto societario se il riconoscimento viene limitato a contesti specifici.

Potrebbe domandarsi, a questo punto, se – “al netto” del successivo intervento del CCII, di cui si dirà *infra* – l'interesse di gruppo sia definitivamente e generalmente acquisito all'ordinamento societario italiano, oppure se il rilievo debba confinarsi all'interno del perimetro del diritto bancario.

Apparentemente, almeno due ragioni sospingono verso la seconda soluzione. Ricorre, innanzitutto un dato di *ubi voluit, ibi dixit*: il legislatore del codice civile è intervenuto in tempi relativamente recenti – e gli erano certamente noti sia il fenomeno economico dell'aggregazione di gruppo, sia gli ordinamenti che propongono soluzioni alternative – scegliendo di non aderire a una ricostruzione dogmatica della fattispecie e regolamentare, peraltro in ottica più civilistica che societaristica, solo il momento della responsabilità e del connesso risarcimento. In secondo luogo, è effettivamente evidente come l'apertura all'interesse di gruppo riscontrata nel TUB sia funzionale all'interesse pubblico alla prevenzione delle crisi e alla stabilità che permea l'area del diritto bancario e non

necessariamente altre aree del diritto commerciale o altri settori industriali²⁵.

La questione torna, dunque, alla rilevazione degli effetti concreti che la nuova disciplina riserva agli *stakeholder* dell'impresa bancaria, categoria in cui l'area dei creditori sembra sostanzialmente coincidere con quella dei "consumatori" dei servizi bancari²⁶.

Ma vi è di più: la recente stratificazione normativa²⁷, infatti, obbliga sostanzialmente qualsiasi cittadino che svolga attività economica, che riceva uno stipendio o che debba versare le imposte, ad attivare un rapporto di conto corrente bancario e dunque a divenire *stakeholder* di un'impresa bancaria.

Se, dunque, da un lato gli *stakeholder* risultano nominalmente pregiudicati da una disciplina che riordina forzatamente le priorità della persona giuridica privata - "de-privatizzandole" - dall'altro ricevono indirettamente tutela proprio grazie alla supremazia dell'interesse pubblico su quello privato che il "nuovo" TUB presidia.

4. Il rilievo del gruppo nel novellato quadro normativo della crisi di impresa.

Il dibattito sul c.d. "diritto del gruppo insolvente", che da tempo appassiona la dottrina²⁸, non può prescindere dall'evidenza che, nel mercato contemporaneo, "la grande maggioranza dell'attività di impresa si svolge attraverso la veste giuridica del gruppo di società"²⁹. Dinanzi a una

²⁵ Sul rapporto tra diritto societario generale e diritto bancario si sofferma O. CAGNASSO, *Conclusioni*, in *RTDE*, 4 sup. 2, 2016, p. 105.

²⁶ Nel senso di titolari di rapporti di conto corrente.

²⁷ A partire dal D.L. 4 luglio 2006 n. 223, passando per il d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, fino al D.L. 13 agosto 2011 n. 138.

²⁸ I contributi sul tema sono numerosi e autorevoli. Cfr., *ex multis*, B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, *passim*; G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. Comm.*, 2, 2008, p. 1091; ID, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, in *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, a cura di M. ARATO, G. DOMENICHINI, Milano, 2017, p. 24; M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche e crisi di impresa*, in *Studi in onore di Pietro Abbadesse*, Torino, 2014, p. 2680; D. VATTERMOLI, *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1, 2013, p. 588; M. FABIANI, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, in *Riv. Soc.*, 1998, p. 1341; L. PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fall.*, 19, 2016, p. 1153; G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 3, 2019, p. 277.

²⁹ Così L. PANZANI, *op. cit.*, p. 1153, che definisce tale riscontro come "patrimonio acquisito", ricordando, peraltro, che una prima disciplina dell'insolvenza di gruppo è stata introdotta in Italia già con la l. 95/1979 in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, poi mantenuta nelle successive "rivisitazioni" (d. lgs. 270/1999 e D. L. 347/2003).

circostanza di fatto tanto ineluttabile – e che, per così dire, sfugge al controllo del diritto – non è più l'*an* della reazione dell'ordinamento giuridico ad essere in discussione, ma solo il *quomodo*.

Peraltro, seguendo la medesima prospettiva economica che giustifica la struttura di gruppo sul piano operativo, emerge chiara l'opportunità di "*valorizzare l'integrazione economica e finanziaria esistente tra le società del gruppo non solo nella fase fisiologica, ma anche nella fase patologica*"³⁰ e così, inevitabilmente, di prevedere quantomeno un coordinamento tra le procedure che conseguono alla crisi o all'insolvenza.

La soluzione più "estrema", quella di imporre o ammettere un c.d. "consolidamento sostanziale"³¹ e quindi l'unificazione della masse attive e passive delle varie società del gruppo, presupporrebbe una scelta di fondo e un coordinamento sistematico dell'ordinamento anche sul piano definitorio e nell'impianto generale del diritto societario, che il legislatore, come osservato *supra*, pare non aver voluto assumere.

Anche le soluzioni "gradate" e confinate nella dimensione procedurale³², tuttavia, necessitano di un riferimento normativo chiaro rispetto alla definizione del perimetro di applicabilità dei dispositivi "di gruppo".

Così, l'art. 3, lett. a), della legge 19 ottobre 2017 n. 155 ("Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza") ha fornito un'indicazione alquanto precisa in materia di "gruppi", delegando l'esecutivo a "*prevedere una definizione di gruppo di imprese modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e seguenti nonché di cui all'articolo 2545-septies del codice civile, corredata*

³⁰ G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 277, che richiama la "*Legislative Guide on Insolvency Law, Part III: Treatment of enterprise groups in insolvency*" promossa dall'UNCITRAL (New York, 2012) rilevando che il trattamento unitario è opportuno "*tanto nelle procedure liquidatorie (al fine di ottenere un plusvalore dalla vendita unitaria dell'unica azienda dislocata solo formalmente nelle varie imprese, o quantomeno di ridurre i costi complessivi delle procedure in forza di economie di scala), quanto in quelle in continuità, per conservare le sinergie imprenditoriali che regolano l'agire comune*".

³¹ Sul tema v. D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e "consolidamento" di patrimoni* (substantive consolidation), in *RDS*, 2010, p. 586.

³² Come efficacemente osservato da G. D'ATTORRE, *op. cit.*, pp. 278-280, è possibile immaginare: (i) "*un primo modello normativo [...] che nega ogni rilevanza giuridica dei rapporti di gruppo nella fase della crisi e dell'insolvenza*", (ii) un "*coordinamento tra le procedure*", soluzione seguita dal Regolamento UE n. 848/2015 di cui si è accennato al precedente par. 2, (iii) una "*concentrazione delle procedure*", nella quale "*si prevede che ogni impresa del gruppo in crisi o insolvenza sia assoggettata ad un'autonoma procedura, ma dinanzi allo stesso tribunale e con la nomina degli stessi organi preposti*" e (iv) un "*consolidamento delle procedure*", "*nel quale tutte le imprese del gruppo in crisi o insolvenza sono assoggettate ad un'unica procedura concorsuale di liquidazione o riorganizzazione, evidentemente innanzi allo stesso tribunale e con identici organi*".

della presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile".

Sintetizzando – al massimo – le norme richiamate dalla legge delega³³, l'art. 2, lett. h) del CCII definisce il "gruppo di imprese" come "l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del codice civile sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che 1) l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento"³⁴.

Di là dalle riflessioni e dagli auspici di cui *supra*, ancora una volta il legislatore – delegante e delegato – ha individuato nella "direzione e coordinamento" l'unico possibile elemento idoneo a unificare sul piano degli effetti persone giuridiche distinte, riaffermando quel "principio di effettività" che già da tempo aveva portato la dottrina a sostenere da un lato l'irrelevanza della fonte del potere direttivo (partecipazione al capitale, contratto, etc.) e dall'altro la relatività del concetto di "controllo", che consente ma non necessariamente determina un'effettiva attività di direzione e coordinamento³⁵.

Tant'è che le presunzioni – *juris tantum* – dettate dall'art. 2, lett. h) CCII riprendono quelle proposte dall'art. 2497 *sexies* c.c., che però sono in questo caso estese alle persone fisiche individuali³⁶ e includono l'ipotesi del controllo c.d. congiunto.

³³ L'intero l'impianto codicistico della "direzione e coordinamento": dagli obblighi pubblicitari (2497 *bis*) all'obbligo di motivazione analitica delle decisioni (2497 *ter*), dal diritto di recesso (2497 *quater*) alla postergazione dei crediti per finanziamenti soci (2497 *quinquies*), dalle presunzioni (2497 *sexies*) al controllo contrattuale (2497 *septies*).

³⁴ Alla successiva lettera i), l'art. 2 del CCII prevede altresì una definizione di "gruppi di imprese di rilevante dimensione", descritti come "i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'art. 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013". La fattispecie rileva in particolare quale esclusione dall'ambito di applicazione delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi (art. 12 CCII), al pari delle "grandi imprese".

³⁵ Fra tutti v. P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 317 ss.; Id, *I gruppi di società*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da G. COTTINO, IV, *Le società per azioni*, 2010, p. 1040; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE. II, 2, p. 581 ss.

³⁶ In effetti il riferimento alla persona fisica compare nella prima parte dell'art. 2, lett. h) ma non viene poi letteralmente ribadito nell'ambito dei meccanismi presuntivi descritti nella seconda parte della norma.

Il riferimento alla persona fisica richiama inevitabilmente il concetto di *holding* personale già lungamente indagato da dottrina e giurisprudenza³⁷, che prima del CCII non aveva mai ricevuto formale trasposizione normativa ma di cui la recente giurisprudenza di legittimità aveva comunque efficacemente tratteggiato i contorni: essa si configura quando una persona fisica titolare di partecipazioni in più società svolga professionalmente e con stabile organizzazione attività di indirizzo, controllo e coordinamento di tali società – esorbitando quindi dalle semplici prerogative di socio – attraverso atti compiuti in nome proprio con “*attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo e le sue componenti, causalmente ricollegabili all’attività medesima*”³⁸.

Opportuna appare altresì l’introduzione della fattispecie di controllo congiunto, che arricchisce la presunzione di un’ulteriore alternativa, colmando una lacuna e dirimendo il contrasto interpretativo sorto intorno alla questione dell’imputazione unisoggettiva della direzione unitaria³⁹, che permaneva nonostante la previsione dell’art. 2341 *bis*, comma 1, lett. c) del codice civile laddove – in linea peraltro con

³⁷ Fra tutti v. F. GALGANO, *Qual è l’oggetto della società holding?*, in *Contr. Impr.*, 1986, p. 327; R. WEIGMANN, *Nota a Cass. 5 febbraio 1990 n. 1439 in Giur. It.*, 1990, I; L. PANZANI, *I fenomeni del dominus abusivo e della etero direzione dell’impresa societaria*, in *Fall.*, 2009, p. 9. In giurisprudenza v. soprattutto Cass. S.U. 26 febbraio 1990, n. 1439, poi confermata da Cass. 16 gennaio 1999, n. 405; Cass. 13 marzo 2003, n. 3724; Cass. 18 novembre 2010, n. 23344; Cass. 25 luglio 2016, n. 15346.

³⁸ In questi termini Cass. 6 marzo 2017, n. 5520.

³⁹ Per la dottrina maggioritaria – *ex multis* v. A. GAMBINO, D. U SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, Torino, 2007, p. 76 – il controllo non potrebbe che ritenersi “solitario” e ciò sarebbe confermato dalla giurisprudenza (Trib. Milano 19 dicembre 1986, in *Foro It.*, 1987, I, p. 3162) oltre che dalla norme di diritto positivo (codice civile, TUF e d. lgs. 127/1991 mai ipotizzano più soggetti controllanti). D’altro canto, però, come è stato efficacemente osservato, “*il principio di imputazione unisoggettiva della direzione unitaria pare operare soltanto come presunzione juris tantum [...]. Poiché la disciplina è costruita sì su presunzioni, ma tipologicamente sulla fattualità dell’attività, pare difficile poter escludere che, ove la direzione unitaria sia in concreto esercitata da più di una società, è ad esse che la direzione stessa deve essere imputata. In altre parole pare arduo sostenere che, ove de facto non sia ravvisabile un’attività solitaria di direzione e coordinamento, non sia configurabile nessun soggetto esercente la direzione unitaria stessa*”. Così P. MONTALENTI, *I gruppi*, cit., p. 1043. In effetti un riferimento normativo poteva forse ricavarsi dall’art. 92, comma 1, lett. c) della direttiva 2001/34/CE (“*per valutare se una persona fisica o giuridica o un ente di cui all’articolo 85, paragrafo 1, siano tenuti ad effettuare la dichiarazione prevista dall’articolo 89, paragrafo 1, e all’articolo 90 è opportuno assimilare ai diritti di voto da essi detenuti: [...] c) i diritti di voto detenuti da un terzo con il quale tale persona o ente ha concluso un accordo scritto che li obbliga ad adottare, con un esercizio concertato dei diritti di voto che detengono, una politica comune durevole nei confronti della gestione della società in questione*”), oltre che dal principio IFRS 11 pubblicato dall’*International Accounting Standards Boards* e dedicato agli “accordi a controllo congiunto”.

quanto previsto dall'art. 122 TUF – si consentono accordi che *“hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante”*⁴⁰.

La fattispecie descritta dalla lettera h) dell'art. 2 CCII viene presa in considerazione già dal precedente art. 1 nel delimitare il perimetro di applicazione soggettiva del Codice⁴¹, ma rileva *in primis* ai fini dell'applicabilità della disciplina espressamente dedicata ai gruppi dagli articoli da 284 a 292, rispettivamente in tema di (i) regolazione della crisi o insolvenza del gruppo (concordato, accordo di ristrutturazione o piano attestato di gruppo), (ii) procedura unitaria di liquidazione giudiziale e (iii) procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di imprese appartenenti a un gruppo.

In particolare, l'art. 284 CCII attribuisce alle società del gruppo la facoltà di presentare un unico ricorso per accedere al concordato preventivo o chiedere l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti (previsti dall'art. 40 CCII), ferma restando *“l'autonomia delle rispettive masse attive e passive”* (art. 284, comma 3) e la separazione delle procedure di votazione (art. 286, comma 5), da cui discende la necessità di formulare proposte di concordato distinte ai creditori di ciascuno dei soggetti coinvolti.

Il comma 4 dell'art. 284 impone che nella domanda siano illustrate *“le ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani reciprocamente collegati e interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa”* e che siano fornite *“informazioni analitiche sulla struttura*

⁴⁰ Secondo M. LAMANDINI, *Commento all'art. 2359*, in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, Milano, 2016, p. 751, l'art. 2343 bis *“sembra dimostrare che, in ipotesi di controllo congiunto, si è – ai fini codicistici – sempre dinanzi ad una fattispecie di influenza dominante”*. Anche V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 1 e P. MONTALENTI, *I gruppi*, cit., p. 1044 ritengono che la norma in parola sia determinante per configurare l'imputazione plurisoggettiva della direzione unitaria.

⁴¹ Il comma 2 dell'art. 1, alla lettera a) fa espressamente salva l'esclusione delle *“grandi imprese”* destinatarie della procedura di amministrazione straordinaria, precisando che *“se la crisi o l'insolvenza di dette imprese non sono disciplinate in via esclusiva, restano applicabili anche le procedure ordinarie regolate dal presente codice”*. In effetti, però, non può escludersi che società appartenenti a gruppi possano essere sottoposte ad amministrazione straordinaria; peraltro, l'art. 80 del d. lgs. 270/1999 alla lettera b) contiene una definizione decisamente in linea con i criteri seguiti dall'art. 2, lett. h) CCII: *“b) per “imprese del gruppo”: 1) le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre; 2) le società direttamente o indirettamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che la controlla; 3) le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre”* visto che al successivo comma 2 la norma precisa che *“il rapporto di controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dall'articolo 2359, primo e secondo comma, del codice civile”*.

del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le imprese”⁴²; gli “obblighi di informazione e collaborazione” sono poi ulteriormente integrati dall’art. 289⁴³.

La questione della tutela dei creditori (e dei soci), poi, è trattata analiticamente al successivo art. 285⁴⁴ ed è proprio in questa sede che vengono esplicitamente legittimati - a condizione che un professionista indipendente ne attesti necessità e coerenza⁴⁵ - i trasferimenti di risorse infragruppo. A tal proposito viene in rilievo la previsione del successivo art. 290, laddove si prevede l’azione di inefficacia delle operazioni infragruppo “che abbiano avuto l’effetto di spostare risorse a favore di un’altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori” e rispetto alle quali non operi lo schermo dei c.d. vantaggi compensativi (“fatto salvo il disposto dell’articolo 2497, primo comma, del codice civile”). Quest’ultima norma, che al terzo comma prevede altresì, nell’ambito della liquidazione giudiziale, l’azione revocatoria infragruppo⁴⁶ si colloca nel Capo IV (“Norme comuni”) che chiarisce il regime di applicazione al “gruppo in crisi” di alcuni ulteriori principi fondamentali della materia concorsuale: l’azione di responsabilità del curatore e l’eventuale denuncia di gravi irregolarità nei confronti di imprese del gruppo (art. 291, in relazione rispettivamente agli artt. 2497 e 2409 c.c.) e la postergazione del rimborso di crediti da finanziamenti infragruppo (art. 292).

Gli artt. 286, 287 e 288, infine, trattano questioni per lo più procedurali in tema, rispettivamente, di concordato di gruppo,

⁴² Inoltre, secondo il comma 5, “Il piano unitario o i piani reciprocamente collegati e interferenti, rivolti ai rispettivi creditori, aventi il contenuto indicato nell’articolo 56, comma 2, devono essere idonei a consentire il risanamento dell’esposizione debitoria di ciascuna impresa e ad assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna. Un professionista indipendente attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano o i piani”.

⁴³ Il quale aggiunge, tra, l’altro, che “in ogni caso il tribunale ovvero, successivamente, il curatore o il commissario giudiziale possono, al fine di accertare l’esistenza di collegamenti di gruppo, richiedere alla CONSOB o a qualsiasi altra pubblica autorità e alle società fiduciarie le generalità degli effettivi titolari di diritti sulle azioni o sulle quote ad esse intestate. Le informazioni sono fornite entro quindici giorni dalla richiesta”.

⁴⁴ È significativo il principio sancito dal comma 4 della norma in parola, secondo cui “Il tribunale omologa il concordato o gli accordi di ristrutturazione qualora ritenga, sulla base di una valutazione complessiva del piano o dei piani collegati, che i creditori possano essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricaverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola società”.

⁴⁵ Letteralmente: “purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l’obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo”.

⁴⁶ “Il curatore della procedura di liquidazione giudiziale aperta nei confronti di una società appartenente ad un gruppo può esercitare, nei confronti delle altre società del gruppo, l’azione revocatoria prevista dall’articolo 166 degli atti compiuti dopo il deposito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale o, nei casi di cui all’articolo 166, comma 1, lettere a) e b), nei due anni anteriori al deposito della domanda o nell’anno anteriore, nei casi di cui all’articolo 166, comma 1, lettere c) e d)”.

liquidazione giudiziale di gruppo e procedure concorsuali autonome di imprese appartenenti allo stesso gruppo⁴⁷.

La presenza nel CCII di un possibile riferimento concreto all'“interesse di gruppo”, invece, può essere verificata solo riferendosi a quel complesso di norme con cui il legislatore delegato ha composto il nuovo e rigoroso paradigma della “prevenzione della crisi”.

5. Assetti adeguati e doveri di prevenzione secondo il CCII.

Il concetto di “adeguatezza” degli assetti societari (organizzativo, amministrativo e contabile) come noto ha avuto ingresso nell'ordinamento domestico già con la riforma del diritto societario, che ha novellato gli articoli 2381 e 2403 c.c. ampliando in tale direzione i doveri di amministratori e sindaci di S.p.a.⁴⁸

Il nuovo testo dell'art. 2086 c.c., come modificato e integrato dall'art. 375 CCII (e richiamato in una serie di altre norme grazie al successivo art. 377), estende e generalizza la portata degli “assetti adeguati”, attribuendo ad ogni categoria di imprenditore *“che operi in forma societaria o collettiva, il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*. Parallelamente, il secondo comma dell'art. 3 CCII – rubricato “Doveri del debitore” – onera l'imprenditore collettivo del dovere di *“adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative”*⁴⁹.

⁴⁷ In quest'ultimo caso, l'art. 288 si limita in effetti a prevedere che *“gli organi di gestione delle diverse procedure cooperano per facilitare la gestione efficace di tali procedure”*.

⁴⁸ Anche se, in effetti, già l'art. 149 TUF aveva richiesto ai componenti del collegio sindacale di società quotate di vigilare sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società. In materia di assetti adeguati non si prescinde da M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; AA. VV., *Assetti e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. IRRERA, Bologna, 2016; G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.

⁴⁹ Peraltro, anche se non espressamente menzionato dall'art. 2086 c.c., l'imprenditore individuale dovrebbe considerarsi destinatario di doveri sostanzialmente analoghi, se si considera la disposizione dell'art. 3, comma 1, CCII (*“L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte”*). Così P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta*, in *La Nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 483.

Il contenuto della nuova disciplina coinvolge i tre distinti profili: organizzativo (in relazione all'assegnazione e all'esercizio del potere decisionale), amministrativo (per l'ordinato svolgimento delle varie fasi dell'attività d'impresa), contabile (il sistema di rilevazione dei fatti di gestione)⁵⁰ e ruota attorno al criterio dell'adeguatezza, concetto naturalmente relativo e non facilmente sindacabile *ex post*⁵¹.

È la stessa norma, d'altronde, a collegare il precetto alle attività concretamente svolte dall'imprenditore, parametrando l'adeguatezza "alla natura e alle dimensioni dell'impresa"⁵² e lo schermo della *business judgement rule* - per quanto ridotto dalla sistematica delle norme qui in commento - non consentirebbe certo di rilevare una responsabilità in capo agli organi sociali per il semplice riscontro di una situazione di insolvenza né di per sé in relazione all'omessa o inadeguata istituzione degli assetti, ma solo laddove risulti provato che il danno non si sarebbe prodotto con assetti, invece, adeguati⁵³.

Collegando tra loro i due doveri distintamente previsti dal secondo comma (fase "statica": istituire l'assetto adeguato e fase "dinamica": attivarsi senza indugio etc.) e rilevando una serie di altri indizi normativi⁵⁴, deve poi prendersi atto che obiettivo precipuo del nuovo art. 2086 c.c. è di indirizzare la gestione dell'impresa verso la tempestiva

⁵⁰ Cfr. S. VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, in *Le Società*, 2019, p. 929.

⁵¹ Come ha puntualmente osservato P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 485, l'inadempimento del dovere potrebbe essere riscontrato "soltanto qualora siano violati gli elementari paradigmi che le scienze aziendali, le prassi consolidate, i principi essenziali comunemente adottati hanno nel tempo elaborato".

⁵² Il rilievo che l'adeguatezza degli assetti debba parametrarsi alle caratteristiche dell'attività concretamente svolta è già presente nel testo dell'art. 2381 c.c. e, coerentemente, l'art. 13, comma 3, CCII stabilisce che "l'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio e indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi" prevedendo che un professionista indipendente attesti l'adeguatezza di tali indici "in rapporto alla specificità dell'impresa".

⁵³ Sul punto v. N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le Società*, 2019, p. 397.

⁵⁴ È innanzitutto la stessa Relazione al CCII a sottolineare che "le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore", in linea peraltro con quanto già manifestato dalla Direttiva UE n. 1023/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione (in *GUCE*, 26 giugno 2019) e dalla precedente Raccomandazione UE del 2014 sul c.d. *early warning*. Nella stessa direzione spinge l'art. 3 CCII, già citato *supra*, soprattutto in relazione con gli artt. 12 ss. in materia di procedure di allerta e composizione assistita della crisi.

rilevazione della crisi e l'altrettanto tempestiva adozione di misure idonee a evitarla o superarla⁵⁵.

In questo senso parrebbe deporre anche la nuova rubrica dell'art. 2086 c.c. ("Gestione dell'impresa"), che induce a ritenere che la predisposizione di adeguati assetti organizzativi dell'impresa (riferimento contenuto nella rubrica dell'art. 375 CCII) costituisca il nucleo essenziale della funzione gestoria⁵⁶.

A maggior ragione, allora, pur in assenza di un esplicito riferimento normativo, deve dedursi che i doveri di cui all'art. 2086 c.c. (così come quelli richiamati dagli artt. 3 e 377 CCII) quando riguardino il soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento si proiettino anche su tale attività e dunque sul rapporto con i soggetti sottoposti alla direzione e coordinamento. L'organizzazione del gruppo, così, deve conformarsi al principio di adeguatezza degli assetti e ai doveri di prevenzione e superamento della crisi⁵⁷.

6. Segue: prevenzione o superamento della crisi mediante strumenti negoziali infragruppo.

I doveri imposti dal nuovo art. 2086 c.c., una volta declinati nell'ambito del gruppo di imprese - come definito dal CCII - aprono ad alcune riflessioni proprio con riferimento alla questione del possibile sostegno finanziario e, ancor più in generale, degli strumenti negoziali che i soggetti appartenenti al gruppo possono adottare in ottica preventiva o successiva.

Deve innanzitutto osservarsi che l'attività di direzione e coordinamento descritta dall'art. 2497 c.c., simmetricamente alle responsabilità che genera in capo alla controllante (e quale relativo presupposto), attribuisce a quest'ultima una posizione di dominio sul piano decisionale e strategico, anche nell'ambito della crisi (attuale o potenziale).

⁵⁵ Sul punto v. A. PALUCHOWSKI, *Una nuova concezione di gestore (e controllore) dell'impresa*, in Aa. Vv., *I nuovi compiti degli organi sociali*, a cura di A. DANOVI e G. ACCIARO, in *Crisi d'impresa*, Il sole 24 ore, V, Milano, 2019, p. 12. Nel quadro della rilevazione degli indizi di crisi è evidente, poi, che il modello organizzativo dovrà tenere in considerazione gli indicatori di cui all'art. 13 CCII.

⁵⁶ In questo senso N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina*, cit., p. 394 e P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 483.

⁵⁷ Così F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, in *Questione giustizia*, 2019, p. 230. L'A. rimarca le peculiarità dell'organizzazione di gruppo, che prevede, tra l'altro, trasmissione di direttive, flussi informativi, compiti ampliati per gli organi amministrativi e di controllo, monitoraggio della situazione patrimoniale e finanziaria di tutte le società del gruppo, accentramento della tesoreria, etc.

Nel contesto del CCII, d'altronde, come già evidenziato il gruppo è destinatario di una disciplina dedicata proprio con riferimento alla "regolazione della crisi e insolvenza"⁵⁸ e quindi alle soluzioni, appunto, negoziali quali il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione; in particolare, poi, il secondo comma dell'art. 285 CCII chiarisce che *"il piano o i piani concordatari possono altresì prevedere operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo"*.

Non v'è dubbio, quindi, che qualora più imprese appartenenti al medesimo gruppo si trovino in stato di crisi o di insolvenza e decidano di azionare gli strumenti di regolazione previsti dall'art. 284 CCII, tra le operazioni consentite vi è anche il sostegno finanziario (inteso come "trasferimento di risorse"), certo a patto che le condizioni previste dagli artt. 284 e 285 a tutela dei creditori delle varie società del gruppo possano ritenersi rispettate⁵⁹.

Non è detto, però, che il ricorso a simili strumenti sia del tutto discrezionale, nel senso che la capogruppo è comunque onerata, in ossequio all'art. 2086 c.c., di *"attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"*.

Ancor prima che la crisi insorga, inoltre, e proprio al fine di prevenirla⁶⁰, opera il dovere di istituire assetti adeguati sancito dalla stessa norma; non può escludersi, nel quadro dell'"interesse di gruppo" ad evitare una propagazione di rischi, perdite, svalutazioni o altri pregiudizi tra controllate e controllante, che quest'ultima debba adempiere a tale dovere in modo dinamico, predisponendo misure di sostegno finanziario - immediatamente efficaci oppure condizionate al verificarsi dello stato di crisi o insolvenza - in favore di uno o più dei soggetti diretti e coordinati. Un simile comportamento, peraltro, andrebbe altresì ricondotto al

⁵⁸ Artt. 284 e ss del CCII.

⁵⁹ Come prevede lo stesso art. 285 CCI, *"purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo"*. Inoltre, e più in generale, l'art. 284 CCII stabilisce, tra l'altro, che *"la domanda [...] deve contenere l'illustrazione delle ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese"* e che i piani *"devono essere idonei a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa e ad assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna"*. Deve, infine, ricordarsi che il "consolidamento procedurale" non comporta "consolidamento sostanziale", atteso quanto esplicitato dal comma 3 dell'art. 284 CCII (*"resta ferma l'autonomia delle rispettive masse attive e passive"*). Sui trasferimenti di risorse infragruppo v. G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 288.

⁶⁰ *"In funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale"*.

principio generale di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” sancito dall’art. 2497 c.c.⁶¹

Si configura così, inevitabilmente, una distribuzione dei rimedi – negoziali – di gruppo su base cronologica: (i) prima della crisi e a prescindere dai relativi indizi, (ii) in presenza di indizi di crisi, (iii) in stato di crisi reversibile, (iv) in stato di crisi irreversibile o insolvenza. Non necessariamente, però, la gradazione del rimedio per intensità corre in parallelo con la scansione temporale, nel senso che, come si diceva, potrebbe ritenersi che tra i doveri del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento rientri la predisposizione – nella fase (i) – di uno strumento di sostegno infragruppo la cui attivazione sia sospensivamente condizionata al verificarsi della fase (iii) o finanche della fase (ii).

Il modello di riferimento potrebbe rinvenirsi – come anticipato *supra* – nell’ordinamento bancario, che opera una gradazione dei rimedi di gruppo sulla base della gravità dello squilibrio finanziario (dai piani di risanamento alle misure di intervento precoce⁶²) ma che allo stesso tempo disciplina uno strumento negoziale – il sostegno finanziario di gruppo (artt. 69 *duodecies* e ss. del TUB) – consistente appunto in un accordo tra le società del gruppo “per fornirsi sostegno finanziario per il caso in cui si realizzino per una di esse i presupposti dell’intervento precoce”.

⁶¹ Come rileva F. GUERRERA, *op. cit.*, p. 231. Sul punto v. anche M. MIOLA, *op. cit.*, p. 2719.

⁶² Si tratta dei meccanismi introdotti dal d.lgs. 181/2015 in attuazione della BRRD. L’art. 69 *quinquies* del TUB, rubricato “Piani di risanamento di gruppo”, prevede che “la capogruppo italiana di un gruppo bancario 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” e che “il piano di risanamento di gruppo è finalizzato a ripristinare l’equilibrio patrimoniale e finanziario del gruppo bancario nel suo complesso e delle singole banche che ne facciano parte”. La fattispecie si fonda sul presupposto, sancito dal precedente art. 69 *quater*, che la situazione patrimoniale e finanziaria abbia subito un “significativo deterioramento”. Alle “Misure di intervento precoce” è dedicata la successiva Sezione O1-I del Capo I del Titolo IV (artt. 69 *octiesdecies* e seguenti); i presupposti, stabiliti dalla prima norma della sezione sono i seguenti: (i) “risultano violazioni dei requisiti del regolamento (UE) n. 575/2013, delle disposizioni di attuazione della direttiva 2013/36/UE e del titolo II della direttiva 2014/65/UE o di uno degli articoli da 3 a 7, da 14 a 17, e 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 600/2014” oppure (b) “si preveda la violazione dei predetti requisiti anche a causa di un rapido deterioramento della situazione della banca o del gruppo”, o ancora (c) “risultano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell’amministrazione” o “il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo”.

7. *L'accordo per il sostegno finanziario di gruppo secondo il TUB: gli elementi contrattuali e le regole procedurali.*

Il nuovo art. 69 *duodecies* del TUB, rubricato: "accordo di gruppo", delinea una fattispecie contrattuale – se non addirittura un tipo di contratto⁶³ – rispetto alla quale predetermina le possibili parti: un *numerus clausus* composto da (i) una banca italiana o società italiana capogruppo di un gruppo bancario, (ii) le società italiane ed estere appartenenti al gruppo bancario e (iii) le altre società incluse nella vigilanza consolidata indicate nell'articolo 65, co. 1, lettere c) e h)⁶⁴. Il primissimo riscontro, pertanto, rivela come la riconducibilità della società a un "gruppo" risulti non solo genericamente richiamata dalle rubriche – del capo e della norma – ma tecnicamente quale condizione necessaria ai fini della partecipazione allo schema contrattuale *de quo* e conseguentemente quale elemento che deve sussistere e risultare accertabile sul piano giuridico e non solo economico.

Anche il contenuto e la finalità dell'accordo – oggetto e causa del contratto – sono in larga parte predeterminati dalla norma, sempre al primo comma, questa volta in combinato disposto con il successivo quarto comma: l'accordo può essere concluso "per fornirsi sostegno finanziario", il quale può essere concesso "in forma di finanziamento, di prestazione di garanzia o mediante la messa a disposizione di beni o attività da utilizzare come garanzia reale o finanziaria, nonché con qualsiasi combinazione di queste forme, mediante un'unica o più operazioni, anche tra il beneficiario del sostegno e soggetti terzi, anche esterni al gruppo e non partecipanti all'accordo".

Il sostegno, quindi, può essere reciproco⁶⁵ – e in tale reciprocità sostanziasi, eventualmente, il sinallagma contrattuale – e deve necessariamente effettuarsi mediante la prestazione di attività (finanziamenti, garanzie, etc.) che per lo più rientrano nell'oggetto sociale di società bancarie o finanziarie. In questa ottica, peraltro, il passaggio

⁶³ A proposito della tipicità cfr., *ex professo*, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 814 nonché, quanto alle c.d. "tipologie", p. 838. Sul tema non si prescinda, altresì, da R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 439; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3, 1, 1997, p. 93.

⁶⁴ Quindi in particolare: "c) società bancarie, finanziarie e strumentali non comprese in un gruppo bancario, ma controllate dalla persona fisica o giuridica che controlla un gruppo bancario ovvero una singola banca" e "h) società che controllano almeno una banca".

⁶⁵ Non è solo la forma riflessiva del verbo ("fornirsi") a suggerire la possibile reciprocità del sostegno, ma altresì la dicitura esplicita nella seconda parte del comma 3, laddove "Possono essere previsti anche obblighi di sostegno reciproco". La questione è colta con puntualità da A. SACCO GINEVRI, *L'incidenza degli accordi di sostegno finanziario infragruppo sull'evoluzione della struttura organizzativa bancaria*, in *RTDE*, 4 sup. 2, 2016, p. 77. In generale sull'accordo di sostegno infragruppo v. anche M. LAMANDINI, *Il gruppo bancario*, cit., p. 665; E. RICCIARDIELLO, *op. cit.*, p. 448; C. L. APPIO, *Sugli accordi di sostegno finanziario infragruppo bancario*, in *Crisi e insolvenza. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 59.

assembleare richiesto dal successivo art. 69 *quaterdecies* per deliberare che, quanto all'oggetto, rientrerebbero nella competenza dall'organo amministrativo o addirittura di comitati interni o territoriali, conferma la presenza, nell'ambito dell'operazione descritta dall'art. 69 *duodecies* e proprio per il contesto infragruppo in cui si svolge, di elementi di rischio e connesse valutazioni strategiche che è opportuno - per non dire necessario - rimettere alla decisione dei soci di ciascuna società coinvolta⁶⁶. Una presa d'atto, quindi, della sensibilità della posizione dei soci del singolo ente rispetto agli effetti che il "sostegno finanziario di gruppo" potrebbe determinare, appunto, sul gruppo complessivamente inteso e dunque oltre i confini dell'interesse sociale che ciascuna assemblea e ciascun organo amministrativo dovrebbero e potrebbero, rispettivamente, rappresentare e presidiare.

L'oggetto necessario del contratto viene, poi, ulteriormente integrato dal comma 5 dell'art. 69 *duodecies*, che impone la conformità dell'accordo a una serie di principi, la cui sostanza conferma la contaminazione dell'interesse del singolo ente - che racchiude e sintetizza le posizioni dei relativi soci e creditori - da parte di un interesse diverso e sovraordinato. *In specie* la lettera a), nel ricordare che l'accordo "è sottoscritto da ciascuna parte nell'esercizio della propria autonomia negoziale" (potrebbe essere altrimenti?), aggiunge che ciò deve avvenire "in coerenza con le eventuali direttive impartite dalla capogruppo". A prescindere dalla scelta terminologica - "in coerenza" è forse locuzione meno rigida di quanto sarebbe stata "nel rispetto" - ne deriva un inevitabile predominio dell'eventuale direttiva della capogruppo sulla "propria autonomia negoziale" se non addirittura una intrusione dell'interesse altrui - quello della capogruppo - nel processo di formazione dell'autonoma volontà negoziale di cui sopra.

Una simile antinomia non può spiegarsi se non ammettendo l'esistenza di una gerarchia tra gli interessi perorati e contemperati dalla normativa bancaria, in quella prospettiva di perseguimento dell'interesse di gruppo in funzione di un interesse pubblico alla prevenzione delle crisi sistemiche di cui si accennava *supra* e si dirà nuovamente *infra*.

I successivi punti b) e c) del comma 5 sono dedicati ai principi di corretta e completa informazione circa il contenuto del contratto e le conseguenti obbligazioni. Mentre la lettera b) richiede genericamente che il soggetto destinato a erogare il sostegno sia "pienamente informato", prima di concludere il contratto, circa la situazione dei soggetti a cui dovrà prestarlo, la lettera c), nel prevedere che l'accordo debba indicare i criteri di calcolo del corrispettivo - evidentemente anche ai fini della determinatezza o determinabilità dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 c.c. e

⁶⁶Il tema è sviluppato *infra*, al successivo par. 8.

nell'interesse sia del soggetto erogante che del beneficiario – conferma nuovamente la supremazia delle dinamiche di gruppo sul singolo ente nel processo di formazione della sua volontà negoziale, laddove espressamente ammette che i criteri possano “*non tenere conto del prezzo di mercato, in particolare se esso è influenzato da fattori anomali ed esterni al gruppo o se la parte che fornisce il sostegno dispone, in forza dell'appartenenza al gruppo del beneficiario, di informazioni non pubbliche rilevanti*”.

La norma introduce, poi, quale ulteriore elemento del contratto, un avvenimento futuro e incerto – la realizzazione, per almeno una delle parti, dei presupposti dell'intervento precoce ai sensi dell'art. 69 *octiesdecies*⁶⁷ – al cui verificarsi⁶⁸ è subordinata l'attivazione del sostegno finanziario. Non sembra decisivo, ai fini della presente disamina, assecondare la tentazione di ricondurre tale elemento nell'alveo della condizione sospensiva; esercizio che, a prescindere dalla apparente ricorrenza della situazione definita dall'art. 1353 c.c., presenterebbe comunque qualche ostacolo, se non altro con riferimento alla applicabilità alla fattispecie *de qua*, tra gli altri, dell'art. 1359 c.c. Il rilievo è, comunque, significativo della volontà del legislatore di mantenere autonomia tra due possibili e alternativi meccanismi di intervento, di cui uno – l'accordo di gruppo – da utilizzarsi quando le società sono *in bonis* al fine di prestabilire, nell'ambito della propria autonomia negoziale, pur nei limiti dello schema contrattuale imposto dalla norma, misure di sostegno che si attivino all'eventuale successivo verificarsi dei presupposti che legittimerebbero il c.d. intervento precoce, e l'altro – l'intervento precoce – quando le violazioni descritte dall'art. 69 *octiesdecies* siano ormai già avvenute o risultino imminenti e inarrestabili. Non è un caso, d'altronde, che il successivo comma 6 dell'art. 69 *duodecies* escluda espressamente la possibilità di concludere l'accordo di sostegno finanziario se, “*al momento della sua conclusione, per una delle parti dell'accordo sussistono, a giudizio dell'autorità competente, i presupposti dell'intervento precoce*”. Piuttosto, lo

⁶⁷ Letteralmente: “1. La Banca d'Italia può disporre le seguenti misure nei confronti di una banca o una società capogruppo di un gruppo bancario: a) le misure di cui all'articolo 69-*noviesdecies*, quando risultano violazioni dei requisiti del regolamento (UE) n. 575/2013, delle disposizioni di attuazione della direttiva 2013/36/UE e del titolo II della direttiva 2014/65/UE o di uno degli articoli da 3 a 7, da 14 a 17, e 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 600/2014, oppure si preveda la violazione dei predetti requisiti anche a causa di un rapido deterioramento della situazione della banca o del gruppo; b) la rimozione degli esponenti di cui all'articolo 69-*vicies-semel*, quando risultano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo, e sempre che gli interventi indicati nella medesima lettera a) o quelli previsti negli articoli 53-bis e 67-ter non siano sufficienti per porre rimedio alla situazione”.

⁶⁸ Unitamente – come si precisa nell'ultima parte del comma 1 – alle altre condizioni indicate nel capo 02-I.

slittamento in avanti degli effetti dell'accordo pare ben coordinarsi con la possibilità di revoca dell'approvazione assembleare ammessa dal comma 4 dell'art. 69 *quaterdecies* e della quale si dirà meglio *infra*, che può verificarsi “*se non si sono ancora realizzati i presupposti dell'intervento precoce*” e che in effetti, inquadrandosi nell'ambito di un contratto che “*non abbia avuto un principio di esecuzione*”, richiama l'idea di un recesso unilaterale *ex art. 1373 c.c.*

Le altre esclusioni applicative del capo 02-I del TUB sono disposte dal comma 2 dell'art. 69 *duodecies* e si rivolgono, rispettivamente, “*a) alle operazioni di finanziamento e di gestione della liquidità eseguite tra società del gruppo bancario se per nessuna di esse sussistono i presupposti dell'intervento precoce*” e “*b) alla concessione di sostegno in qualsiasi forma, ivi incluso l'apporto di capitale, a un'altra società del gruppo al di fuori dei casi previsti dall'accordo, quando la società cui il sostegno è concesso si trovi in difficoltà e il sostegno sia in linea con le politiche del gruppo e sia finalizzato a preservare la stabilità del gruppo*”. Da un lato, sul piano tecnico, il legislatore ammette e isola dalla operatività dei principi obbligatori del sostegno finanziario di gruppo quelle operazioni infragruppo che risultano estranee al perimetro di applicazione dei meccanismi normativi – accordo di gruppo e intervento precoce – in senso assoluto (non vi sono i presupposti) o relativo (la situazione di difficoltà non è ancora degenerata e può essere “curata” con rimedi ordinari e strumenti privatistici); dall'altro, ancora una volta ribadisce esplicitamente la rilevanza giuridica dell'interesse di gruppo, laddove tra le circostanze scriminanti elenca le “politiche del gruppo” e la fine di “stabilità del gruppo”, che ne sono evidenti declinazioni⁶⁹.

Al fine di evidenziare gli effetti dell'accordo di gruppo sulle posizioni di soci e creditori dei singoli enti è poi certamente necessario analizzare le fasi del procedimento descritto dal TUB.

Si parte da un “progetto di accordo” che – presumibilmente – viene predisposto dagli organi amministrativi di ciascuna società partecipante in forma congiunta, così da definire una piattaforma negoziale unica e un documento unico che affronti le fasi successive.

Prima delle delibere assembleari di cui si accennava *supra*, l'art. 69 *terdecies* introduce la fase di autorizzazione dell'accordo da parte della Banca d'Italia. In particolare, l'Autorità di Vigilanza⁷⁰ è chiamata a valutare la coerenza dell'accordo con le condizioni previste nel successivo art. 69 *quinquiesdecies* e successivamente, in caso l'autorizzazione venga

⁶⁹ Si tratta, in effetti, più di un rilievo “ideologico” che di una constatazione tecnica, atteso che in questo caso la norma fa espressamente salve le disposizioni in tema di direzione e coordinamento di società di cui al capo IX del titolo V del libro V del codice civile.

⁷⁰ La norma precisa: “*congiuntamente con le altre autorità competenti sulle banche comunitarie aderenti all'accordo, in conformità delle pertinenti disposizioni dell'Unione europea*”

concessa, a trasmettere l'accordo "e ogni sua modifica"⁷¹ all'autorità di risoluzione.

Non è, questo, l'unico momento in cui l'Autorità svolge i compiti di vigilanza sull'operazione: oltre alla valutazione preliminare di cui all'art. 69 *terdecies* - la quale non può che avere rilievo potenziale e sottendere a un'analisi circa l'astratta idoneità dell'accordo (che ancora è sotto forma di "progetto" e il relativo contratto non si è concluso) a rispettare le condizioni dettate dal TUB - l'art. 69 *sexiesdecies* prevede, a valle del procedimento, la possibilità di opposizione della Banca d'Italia alle delibere dell'organo amministrativo di concessione del sostegno, di cui può essere vietata o limitata l'esecuzione "se le condizioni per il sostegno finanziario di gruppo di cui all'art. 69 *quinqüesdecies* non sono soddisfatte". D'altronde, nella fase esecutiva dell'operazione risulta effettivamente possibile verificare il rispetto o meno delle condizioni di cui invece, nella fase preliminare, può solo valutarsi l'astratta compatibilità con il contenuto del progetto di accordo.

Nella prospettiva della presente indagine è certamente rilevante la collocazione temporale del passaggio autorizzativo in un momento successivo al lavoro "progettuale" dell'organo amministrativo, ma precedente rispetto all'assemblea dei soci, che pur viene prescritta obbligatoriamente. Il progetto, infatti, riceve l'eventuale autorizzazione della Banca d'Italia prima ancora di essere sottoposto all'approvazione dei soci delle società coinvolte.

Si potrebbe immaginare che la ragione di una simile cronologia dei passaggi risieda nella funzione di presidio delle posizioni dei soci rispetto all'operato dell'organo amministrativo che il filtro dell'Autorità di Vigilanza può rappresentare, in particolare trattandosi di società che spesso hanno azionariato diffuso e che, anche in virtù della connotazione estremamente tecnica delle attività solte, presentano connotati di asimmetria informativa pressoché inevitabili.

Potrebbe altresì improvvisarsi il richiamo a un generico principio di conservazione dell'attività giuridica, sulla base del quale non sarebbe opportuno convocare e tenere l'assemblea dei soci di una banca - con i costi e le difficoltà organizzative legate alla struttura degli assetti proprietari, come si accennava poco sopra - se non si ha già contezza dell'opinione positiva dell'Autorità di Vigilanza rispetto all'operazione in delibera, che altrimenti potrebbe essere deliberata *inutiliter*.

⁷¹ L'utilizzo di questo inciso riferito a progetti autorizzati conferma il ruolo "creativo" delle Autorità di Vigilanza, le quali apparentemente anche in questo caso possono dunque formulare osservazioni e richieste di modifica/integrazione circa il merito del progetto e non semplicemente fornire riscontro positivo o negativo alla richiesta.

In effetti, ferme restando entrambe le possibili ricostruzioni appena ipotizzate, in questa fase del procedimento è possibile individuare un'altra porta di accesso per l'interesse di gruppo, in funzione dell'interesse pubblico, che si chiede all'Autorità di Vigilanza di "certificare" prima che si concluda la procedura endosocietaria; d'altronde, come si approfondirà *infra*, l'elenco di condizioni di cui al successivo art. 69 *quinquiesdecies* dà conto dei vari interessi coinvolti, espressamente ricomprendendo interessi extrasocietari. Potrebbe rilevarsi, pertanto, come il progetto venga portato all'attenzione delle singole assemblee - nelle quali regna, o dovrebbe regnare, il singolo interesse sociale - solo in una forma e con un contenuto che siano già, appunto, "certificati" come rispondenti agli interessi espressi dalla *BRRD* e cristallizzati nella nuova disciplina del TUB.

La fase assembleare è regolata dall'art. 69 *quaterdecies*, primo comma, laddove si dispone che il progetto di accordo autorizzato dalla Banca d'Italia sia "*sottoposto all'approvazione dell'assemblea straordinaria dei soci di ciascuna società del gruppo che si propone di aderirvi*".

Non è solo né tanto la sede "straordinaria" della riunione assembleare⁷² a rilevare ai fini della presente indagine, quanto di per sé il riconoscimento di un elemento di straordinarietà nell'operazione, sì da collocare quest'ultima al di fuori del perimetro della delega fiduciaria attribuita dal gerito (la società - i soci) al gerente (l'organo amministrativo)⁷³.

Come già si è accennato, l'oggetto della delibera - delibera che peraltro risulta a sua volta strumentale rispetto alle successive delibere di concessione o accettazione del sostegno da assumersi, nuovamente, da parte dell'organo amministrativo - parrebbe rientrare fra le materie ricomprese nell'oggetto sociale di società bancarie o finanziarie, per le quali l'erogazione di finanziamenti e il prestito di garanzie⁷⁴ afferiscono certamente all'ordinaria amministrazione, quantomeno sotto il profilo tipologico.

⁷² Riflessione che viene ampiamente svolta da A. SACCO GINEVRI, *op. cit.*, p. 90.

⁷³ Nella letteratura di diritto societario comparato il riferimento alla presenza nell'operazione di un elemento di "straordinarietà" rileva proprio ai fini dell'attribuzione ai soci - dunque all'assemblea, in luogo del CDA - della competenza decisionale, nell'ambito della c.d. "strategia dei diritti di decisione". Si sostiene, *in specie*, che detta straordinarietà sussista ogni qual volta la decisione sottenda valutazioni relative non alle attività aziendali, bensì all'investimento stesso nell'impresa. Il tema è diffusamente trattato da E. B. ROCK, P. L. DAVIES, H. KANDA, R. A. KRAAKMAN, W. G. RINGE, *Fundamental changes*, in *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*, a cura di R. A. KRAAKMAN, J. ARMOUR, P. L. DAVIES, L. ENRIQUES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K. J. HOPT, H. KANDA, M. PARGENDLER, W. G. RINGE, E. B. ROCK, Oxford, 2017, p. 125 ss.

⁷⁴ Il riferimento è al contenuto obbligatorio dell'accordo e *in specie* alle forme di sostegno tipizzate dal comma 4 dell'art. 69 *duodecies*.

L'elemento va, quindi, cercato altrove ed è verosimile che coincida - nuovamente - con la consapevolezza di una contaminazione del "progetto", che formalmente è atto "societario", da parte degli interessi extrasocietari - quello di gruppo e quello di matrice pubblicistica - a cui la normativa attribuisce rilievo primario e di cui l'Autorità di vigilanza garantisce il rispetto subordinandovi l'autorizzazione; una simile decisione, quindi, determinando effetti sulla struttura stessa dell'investimento richiede che a pronunciarsi siano, appunto, i proprietari e non i gestori dell'impresa bancaria.

Oggetto della valutazione dei soci è altresì un parere reso dagli amministratori indipendenti circa la rispondenza del progetto all'interesse sociale e "*sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle relative condizioni*". Il parametro dell'interesse del singolo ente viene finalmente esplicitato, ma il presidio risulta più apparente che reale: da un lato, infatti, non servirebbe certo in questa sede una prescrizione specifica a indirizzare l'operato degli amministratori verso il perseguimento dell'interesse sociale, che costituisce il generale paradigma comportamentale sintetizzato nel dovere di lealtà e finanche nella *business judgement rule*⁷⁵; dall'altro, premessa la neutralità del concetto di "correttezza sostanziale" delle condizioni, la "convenienza" delle stesse potrebbe in ogni caso risultare già irreversibilmente amalgamata con le "*direttive impartite dalla capogruppo*" e con criteri di calcolo del corrispettivo che "*possono non tenere conto del prezzo di mercato*", come prescritto dal comma 5 dell'art. 69 *duodecies*.

In ordine alla "questione assembleare" è poi interessante rilevare la possibilità di un'approvazione parziale dell'accordo complessivo, atteso che l'ultima parte del primo comma dell'art. 69 *quaterdecies* precisa come esso produca effetti "*solo nei confronti delle società le cui assemblee hanno approvato il progetto*". È dunque possibile che l'accordo perda alcune sue componenti soggettive rispetto alla struttura autorizzata dalla Banca d'Italia così come, inoltre, potrebbero perdersene altre a seguito della possibile revoca dell'approvazione già deliberata (il recesso unilaterale di cui si diceva) che ai sensi del successivo comma 4 può avvenire finché non si siano verificati i presupposti dell'intervento precoce e con effetto dal momento in cui viene predisposto un piano di risoluzione o comunque decorsi dodici mesi dalla revoca.

⁷⁵ Per riscontro della compatibilità di tale *standard* comportamentale - elaborato dal *common law* - con l'ordinamento italiano si vedano, tra gli altri, C. ANGELICI, *Interesse sociale e "business judgement rule"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 4, 1, 2012, p. 573; ID, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. Dir. Comm.*, 10-12, 1, 2006, p. 675; F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 3 sup., 1, 2004, p. 620; D. CESIANO, *L'applicazione della "business judgement rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. Comm.*, 6, 2013, p. 941.

Il recesso dei soci è invece espressamente escluso (comma 5) sia a seguito della delibera di approvazione che della eventuale delibera di revoca. Manca dunque una simmetria fra l'*exit* concessa alle società coinvolte nell'operazione - esercitabile sia nella fase pre-contrattuale (in cui comunque una serie di attività si sono già svolte: la predisposizione del progetto da parte dell'organo amministrativo e la relativa autorizzazione da parte della Banca d'Italia) non approvando il progetto, sia una volta che il progetto sia stato già approvato (e dunque il contratto si sia concluso) attraverso la revoca dell'approvazione - e l'impossibilità del socio dissenziente di invocare una causa di recesso pur trattandosi di un'operazione a cui il legislatore, come si è rilevato, ha riconosciuto connotati di straordinarietà.

Più in generale, è evidente come sul piano concreto il riscontro della volontà assembleare sia intrinsecamente connesso alla struttura di gruppo, nel senso che presumibilmente - quantomeno nella maggior parte dei casi - il principio maggioritario risulterà idoneo a proteggere la capogruppo da episodi di "insubordinazione"⁷⁶ e l'eventuale dissenso espresso in occasione della delibera di approvazione dell'accordo si limiterà a costituire legittima manifestazione della *voice* dei soci di minoranza senza compromettere l'assunzione della delibera *de qua*⁷⁷.

Ricevuta l'approvazione da parte dei soci⁷⁸, il progetto, divenuto accordo - e dunque contratto - viene affidato per la sua esecuzione all'organo amministrativo che ha competenza a decidere⁷⁹ sulla concessione o sull'accettazione del sostegno e deve riferirne annualmente all'assemblea.

8. Segue: le condizioni per il sostegno finanziario e le esclusioni applicative.

L'art. 69 *quinquiesdecies* - rubricato "condizioni per il sostegno" - fornisce una panoramica degli interessi eterogenei di cui la disciplina dà conto e in tal modo consente di ricavare indicazioni rilevanti circa il criterio di contemperamento fra questi e, conseguentemente, la gerarchia immaginata dal legislatore comunitario e implementata da quello

⁷⁶ Sia consentito l'uso di questo termine con riferimento, non a caso, alle c.d. *subsidiaries*.

⁷⁷ Diverso è il caso della revoca, che ben potrebbe essere desiderata anche dal socio di maggioranza.

⁷⁸ Ai sensi del comma 6 dell'art. 69 *quaterdecies*, peraltro, la delibera di approvazione deve essere pubblicata "con gli stessi mezzi previsti per la pubblicazione delle informazioni ai sensi dell'articolo 53, comma 1, lettera d), unitamente a una descrizione sommaria del contenuto dell'accordo".

⁷⁹ In base al comma 2 dell'art. 69 *quaterdecies*, la decisione deve essere motivata e deve indicare (i) l'obiettivo del sostegno finanziario e (ii) la conformità alle condizioni stabilite dall'art. 69 *quinquiesdecies*.

nazionale. Le condizioni propedeutiche alla concessione del sostegno sono numerose (sette), di varia natura (economico-finanziarie da un lato, di equilibrio contrattuale dall'altro; endosocietarie alcune, extrasocietarie altre, etc.), devono essere tutte cumulativamente soddisfatte e impattano con diverso grado e diversa intensità sulle posizioni dei vari *stakeholder*.

La lettera a), nell'introdurre un principio volto certamente anche alla oggettiva verifica della effettiva utilità dell'operazione⁸⁰, disegna una condizione che appare posta nell'interesse sia della singola società beneficiaria del sostegno a ricevere un sostegno efficace, sia della singola società erogante a impegnarsi solo a fronte dell'idoneità del sostegno a produrre i risultati per cui è stato progettato. Sullo sfondo può comunque intravedersi, quale obiettivo "mediato", il perseguimento dell'interesse del gruppo nel suo insieme, che riveste, invece, importanza "immediata" nell'ambito della condizione *sub b)*, laddove si prescrive che il sostegno finanziario debba essere "*diretto a preservare o ripristinare la stabilità finanziaria del gruppo nel suo complesso o di una delle società del gruppo*", parallelamente all'interesse "*della società del gruppo che fornisce il sostegno*".

La condizione di cui alla lettera c) appare funzionale a una verifica *ex post* dell'effettività del principio stabilito dall'art. 69 *duodecies*, comma 5, lettera c) con riferimento alla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto (i criteri di calcolo del corrispettivo) e in questa ottica è certamente posta nell'interesse delle parti contrattuali (erogante/i e beneficiario/i), pur rilevando anche in ottica di gruppo alla luce della contaminazione che può verificarsi "a monte" attraverso criteri che "*possono non tenere conto del prezzo di mercato*" in virtù di una serie di fattori connessi proprio all'appartenenza al gruppo⁸¹.

Procedendo oltre, sembra prioritariamente rivolta alla società erogante la tutela delineata dalla lettera d)⁸², che si esplicita nella verifica della ragionevolezza dell'aspettativa di successiva regolare percezione del corrispettivo sulla base delle informazioni in possesso dell'organo amministrativo al momento dell'assunzione della decisione in ordine al sostegno; quest'ultimo interesse viene, poi, affiancato da quello del gruppo nel suo insieme nell'ambito del principio cristallizzato nella

⁸⁰ "*Si può ragionevolmente prospettare che il sostegno fornito ponga sostanziale rimedio alle difficoltà finanziarie del beneficiario*".

⁸¹ Cfr *supra*, *sub par. 7*.

⁸² "*Vi è la ragionevole aspettativa, sulla base delle informazioni a disposizione dell'organo amministrativo della società che fornisce il sostegno al momento dell'assunzione della relativa decisione, che sarà pagato un corrispettivo e rimborsato il prestito da parte della società beneficiaria, qualora il sostegno sia concesso sotto forma di prestito, ovvero che, nell'ipotesi in cui il sostegno sia fornito in forma garanzia reale o personale e questa sia escussa, sarà possibile recuperare per intero, anche in via di surroga o regresso, capitale, interessi e spese*".

condizione *sub e*): *“la concessione del sostegno finanziario non mette a repentaglio la liquidità o solvibilità della società del gruppo che lo fornisce”*.

Le successive condizioni di cui alle lettere f) e g) disvelano, infine, gli obiettivi di politica legislativa sottesi all'introduzione del nuovo strumento, ai quali non è concesso di venire sacrificati sull'altare dell'autonomia negoziale. In particolare, in primo luogo la concessione del sostegno finanziario non deve minacciare *“la stabilità del sistema finanziario”* e, in seconda istanza, *“la società del gruppo che fornisce il sostegno rispetta, nel momento in cui lo fornisce, i requisiti in materia di capitale, liquidità, grandi esposizioni e gli altri requisiti specifici eventualmente imposti in conformità del Regolamento (UE) n. 575/2013 e delle disposizioni di attuazione della direttiva 2013/36/UE e la concessione del sostegno finanziario non è tale da determinare la violazione di questi requisiti da parte della società, fatta eccezione per il caso in cui l'autorità competente per la vigilanza sulla società abbia autorizzato una temporanea deroga a tali requisiti”*. Si tratta, invero, di condizioni che rivelano altresì un collegamento funzionale con gli interessi precipui degli *stakeholder* c.d. *“esterni”* dell'impresa bancaria, in specie i creditori, lavoratori e consumatori di servizi bancari, rispetto ai quali da un lato la generale stabilità del sistema finanziario, dall'altro la concreta solidità patrimoniale della singola società costituiscono le principali garanzie ai fini della tutela delle rispettive posizioni e del realizzo delle connesse partite attive. In questo contesto, d'altronde, interesse pubblico generale e interesse dei terzi (intesi come soggetti privati estranei sia alla società che al contratto di sostegno finanziario) risultano aree quasi del tutto sovrapponibili.

In sintesi, il rilievo paradigmatico delle *“condizioni per il sostegno”* nella valutazione dell'Autorità di vigilanza - astratta in occasione dell'autorizzazione, concreta in caso di opposizione *ex art. 69 sexiesdecies* - rafforza la convinzione che il contemperamento dei diversi interessi coinvolti dall'impresa bancaria, con espresso riconoscimento e predominio di quello di gruppo (certo in ottica strumentale al perseguimento di quello pubblico) costituisca il nucleo essenziale dell'intervento legislativo.

L'argomentazione appena ribadita trova ulteriore conferma attraverso l'analisi delle norme la cui applicazione viene esclusa dall'*art. 69 septiesdecies*, delineandosi uno scenario in cui, come è stato efficacemente scritto, *“la direzione e coordinamento si emancipa da fenomeno disciplinato soltanto nel momento patologico [...] per divenire strumento di programmazione della gestione della possibile futura crisi”*⁸³ ed elevandosi l'interesse di gruppo a valore primario, proprio in funzione dell'interesse pubblicistico alla stabilità economica e alla prevenzione delle crisi

⁸³ In questi termini E. RICCIARDIELLO, *op. cit.*, p. 446.

sistemiche, con inevitabile diretto – benché eventuale – sacrificio dei soci e, in parte, dei creditori delle singole società bancarie.

La prima esclusione riguarda l'art. 53, comma 4 dello stesso TUB in tema di vigilanza regolamentare⁸⁴. In effetti, trattandosi di una norma che opera in tema di conflitto di interessi e procedimentalizzazione delle decisioni e che si troverebbe dunque a risultare applicabile in linea di principio nella maggior parte delle operazioni di sostegno finanziario infragruppo, è verosimile che il legislatore, disattivandola, abbia inteso garantire autonomia applicativa ai nuovi strumenti – che sono strutturati in modo da integrare *ex ante* i diversi interessi potenzialmente confliggenti – evitando che l'operatività della norma esclusa possa compromettere il funzionamento del meccanismo protagonista del capo 02-I.

Viene, inoltre, escluso l'art. 2391 *bis* c.c. in tema di operazioni con parti correlate e potrebbe evidenziarsi, anche in questo caso, che la norma mal si sarebbe conciliata con la necessità di autonomia e le logiche di funzionamento – e di rapidità – del sistema di sostegno finanziario infragruppo; restano invece, applicabili sia l'art. 2391 che l'art. 2392 c.c. (in tema di doveri fiduciari degli amministratori), che però hanno evidentemente rilievo contenuto – tanto più trattandosi di *standard* comportamentali valutabili *ex post* – rispetto alla potenziale dannosità di operazioni che sono approvate dall'assemblea dei soci e autorizzate dall'Autorità di vigilanza⁸⁵.

Le esclusioni “illustri” partono dagli articoli 2467 e 2497 *quinquies* c.c. in tema di postergazione nel rimborso dei finanziamenti, proseguono con l'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.) e con le norme fallimentari in tema di inefficacia e/o revocabilità degli atti (artt. 163, 164, 165 e 166 CCII)⁸⁶ per poi concludere – addirittura – con le norme penali in tema di bancarotta (artt. 322, primo comma, n. 1 e terzo comma, nonché

⁸⁴ “La Banca d'Italia disciplina condizioni e limiti per l'assunzione, da parte delle banche o dei gruppi bancari, di attività di rischio nei confronti di coloro che possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza sulla gestione della banca o del gruppo bancario nonché dei soggetti a essi collegati. In ogni caso i soci e gli amministratori, fermi restando gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, del codice civile, si astengono dalle deliberazioni in cui abbiano un interesse in conflitto, per conto proprio o di terzi. Ove verifichi in concreto l'esistenza di situazioni di conflitto di interessi, la Banca d'Italia può stabilire condizioni e limiti specifici per l'assunzione delle attività di rischio”.

⁸⁵ Lo spazio più ampio per una violazione dei *fiduciary duties* va certamente individuato nell'ambito delle delibere di concessione del sostegno a valle dell'approvazione assembleare e a seguito del verificarsi del *triggering event*.

⁸⁶ Originariamente la norma citava gli artt. 64, 65, 66 e 67 LF; l'art. 369, comma 1, lett. b) CCII ha disposto la sostituzione dei riferimenti nell'art. 69 *septiesdecies* TUB. L'art. 369, comma 3, del medesimo decreto legislativo ha stabilito che il comma così modificato si applichi agli accordi previsti dal Capo 02-I del Testo unico bancario e alle prestazioni di sostegno finanziario in loro esecuzione approvati successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

323 LF)⁸⁷; tutte norme che pacificamente sono considerate a presidio degli interessi dei terzi (i creditori) e finanche – si pensi a quelle penali – dell’interesse pubblico⁸⁸.

Non può sfuggire, *in primis*, la chiara volontà di incentivare l’erogazione del sostegno, sterilizzando una serie di meccanismi – rispondenti, come si diceva, ad altrettanti obiettivi di tutela – che esporrebbero il soggetto erogante a una serie di possibili ostacoli all’ottenimento del corrispettivo e/o del rimborso, depotenziando altresì il suo affidamento nel contratto. Ne deriva che il gruppo – *rectius*, la sua stabilità finanziaria – nell’immaginario del legislatore bancario occupa quindi una posizione strumentale (secondo un’interpretazione societaristica) o predominante (in un’ottica pubblicistica) rispetto alla tutela dei creditori sociali

In secondo luogo, emerge prepotentemente l’adesione del legislatore a una ricostruzione dell’impresa bancaria in chiave di *enterprise view*⁸⁹; d’altronde, l’*escamotage* argomentativo per giustificare l’esclusione della postergazione e, soprattutto, delle azioni revocatorie fallimentari (per non parlare della norma dell’art. 163 CCII – *ex* 64 LF – in tema di inefficacia degli atti a titolo gratuito e delle norme penali) non può che consistere nella concezione figurata degli atti – siano essi finanziamenti, pagamenti, prestazioni di servizi o altro – come interni a un unico ente complesso, benché composto sul piano civilistico da persone giuridiche distinte. Come, in sostanza, se si trattasse di trasferire poste attive e/o passive da un luogo all’altro del medesimo complesso aziendale.

9. Prime conclusioni (sugli accordi di sostegno finanziario nei gruppi non bancari).

Se all’analisi del sostegno finanziario infragruppo bancario si applica – come si è tentato in questo *paper* – la lente del nuovo CCII, è quasi impossibile sottrarsi alla tentazione di riscontrare dei punti di contatto a supporto di una “lettura sistematica” delle due discipline.

⁸⁷ In questo caso la norma probabilmente contiene un errore materiale. Il riferimento originario dell’art. 69 *septiesdecies* TUB era agli artt. 216, comma 1, lett. a) e 217 LF, rispettivamente “Bancarotta fraudolenta” e “Bancarotta semplice”, fattispecie che sono state “riversate” negli artt. 322 e 323 CCII, mentre l’art. 369, comma 1, lett. b) indica formalmente come nuovi riferimenti gli artt. 338 e 339 CCII e la norma del TUB stata riformata in tal senso.

⁸⁸ Esclusioni che sono oggetto di analoga riflessione da parte di E. RICCIARDIELLO, *op. cit.*, p. 458 ss. e di M. LAMANDINI, *La proposta di direttiva sulla gestione delle crisi bancarie e i contratti di assistenza finanziaria infragruppo: qualche considerazione di diritto societario*, in *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014, p. 2650.

⁸⁹ V. *supra* al paragrafo 2.

In primo luogo deve ammettersi una certa continuità del legislatore nel percorrere il *trend* di valorizzazione dell'interesse di gruppo, che emerge chiaramente dai recenti interventi al TUB (in particolare nella disciplina degli accordi di sostegno - come rilevato al paragrafo precedente - si coglie anche solo dalla lettura dell'elenco di condizioni di cui all'art. 69 *quinquiesdecies*) e che il CCII raccoglie non tanto sul piano definitorio (restando l'art. 2, lett. h, sostanzialmente ancorato all'impianto degli artt. 2497 ss. c.c.) quanto nel coordinamento tra le soluzioni negoziali alla crisi e il sistema di tutela dei creditori, che pur mantenendo fermo il principio dell'autonomia patrimoniale dei singoli enti riconosce espressamente che una soluzione "di gruppo" possa risultare più conveniente rispetto a una gestione parcellizzata della crisi (artt. 284, 285 e 290 CCII).

In questo senso, della citata prospettiva statunitense di *enterprise view*, concepita in patria come strumento sanzionatorio e condannata a un'evoluzione esclusivamente giurisprudenziale, non sarebbe irragionevole recuperare l'idea di un possibile - al limite estemporaneo - allargamento dei confini dell'impresa oltre i limiti formali della personalità. Potrebbe così spiegarsi l'attenzione esplicita rivolta dal TUB e dal CCII all'interesse di gruppo senza dover rinnegare la generale unità - e unitarietà - della persona giuridica quale soggetto di diritto; d'altronde, gli stessi contorni dell'interesse sociale presentano da sempre zone d'ombra che possono illuminarsi *case by case* o produrre variazioni a seconda del contesto di osservazione⁹⁰.

⁹⁰ Sia consentito, per maggiore dettaglio, rinviare alle riflessioni circa le istanze di "rivisitazione" dell'interesse sociale presenti, tra gli altri, in P. G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 805; G. ROSSI, *La metamorfosi della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1, 2012, p. 1; F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Milano, 2010, p. 9 ss.; ID., *Logica dello scambio e "contrattualità": la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giur. Comm.*, 2015, 1, p. 5 ss.; M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it e in *Giur. Comm.*, 2014, 1, p. 669 ss.; G. GUIZZI, *Appunti in tema di interesse sociale e governance nelle società bancarie*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, 1, p. 241 ss.; C. ANGELICI, *L'interesse sociale tra contrattualismo e istituzionalismo*, in *ODC*, 2014; ID., *Note minime sull'interesse sociale*, in *BBTC*, 2014, 1, p. 255 ss.; G. FERRARINI, *Shareholder value: a new standard for company conduct*, in *Atti del Convegno di Siena*, 30-31 Marzo 2000; P. MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Riv. Soc.*, 2/3, 2018, p. 303; V. CALANDRA BUONAURA, *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in *AA. VV.*, *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, cit., p. 101 ss. Cfr. altresì, *ex professo*, G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo, (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. Soc.*, 2005, p. 695, nonché, per un'analisi "classica" dell'istituto, A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss.; P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963, *passim*; G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle delibere assembleari e di*

Peraltro, come osservato al paragrafo precedente, l'interesse "di gruppo" ben si presta ad agire quale valvola di accesso nell'ordinamento societario di interessi extrasocietari come quelli degli *stakeholder* e quelli di matrice pubblicistica (prevenzione delle crisi sistemiche) verso i quali entrambe le materie - diritto bancario e diritto della crisi d'impresa - condividono una necessaria attenzione.

Nell'ottica predetta - e in generale - non pare possa dubitarsi che i doveri di istituire un assetto adeguato e attivarsi senza indugio prescritti dal nuovo art. 2086 c.c. e dall'art. 3 CCII - proiettati nella struttura "di gruppo", come osservato al precedente par. 5 - siano applicabili anche alle imprese soggette alla legislazione bancaria e, anzi, che quest'ultima abbia funzione integrativa rispetto alla disciplina codicistica e non viceversa.

In particolare, se è vero che il TUB - in particolare al Titolo VI - predispone una piattaforma normativa assai dettagliata per le misure e gli interventi (anche "precoci") dedicati a evitare o gestire la crisi, è altresì vero che l'art. 2086 c.c., come modificato e integrato dal CCII, costituisce oggi il paradigma gestorio di ogni impresa già *in bonis*, proprio "in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa" e che dal coordinamento tra codice civile e CCII si delinea quindi il perimetro di responsabilità degli organi sociali anche delle società bancarie, al netto delle norme suppletive di cui alla legislazione di settore.

Simmetricamente, venendo allo specifico meccanismo del sostegno finanziario infragruppo, un primo quesito potrebbe porsi circa la legittimità di un accordo modellato sullo schema dell'art. 69 *duodecies* TUB nell'ambito di un gruppo non bancario⁹¹; si tratterebbe, invero - come anticipato *supra* al par. 6 - di predisporre una soluzione negoziale a una crisi solo futura ed eventuale e quindi di uno strumento che per collocazione temporale si posizionerebbe comunque al di fuori delle procedure di regolazione della crisi disciplinate dal CCII.

Gli articoli 284 e 285 CCII, come già accennato, contengono in effetti precise indicazioni circa la legittimità dei trasferimenti di risorse infragruppo, ma l'ambito di applicazione soggettivo è quello delle imprese già "in stato di crisi o insolvenza" e, sotto il profilo oggettivo, il contesto è il concordato preventivo e quindi una procedura regolata.

Se però tali indicazioni, per quanto indirette (ma comunque corroborate dall'emersione dell'interesse "di gruppo" nei termini predetti), vengono messe in relazione con i doveri di prevenzione di cui all'art. 2086 c.c., non si vedono ragioni per considerare astrattamente illegittimo un accordo tra società del gruppo che abbia il contenuto di cui

consiglio, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 332 ss.; C. ANGELICI, *Amministratori di Società, conflitto d'interessi e articolo 1394 cod.civ.*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1970, p. 104 ss.

⁹¹ La suggestione è proposta già da F. GUERRERA, *op. cit.*, p. 232.

al quarto comma dell'art. 69 *duodecies* TUB⁹² e sia concluso al fine di prevenire o superare un'eventuale futura situazione di crisi.

Certo, per l'impresa non bancaria non sarebbe possibile - né avrebbe senso - sottoporsi alla seguente scansione procedurale prevista dal TUB: 1. progetto di accordo, 2. autorizzazione della Banca d'Italia, 3. approvazione assembleare, 4. eventuale opposizione della Banca d'Italia, 5. *triggering event*, 6. concessione del sostegno. Non solo le fasi *sub* 2 e 4 verrebbero ovviamente meno per mancanza del rapporto di vigilanza, ma anche la fase 3, in quanto non espressamente richiesta, nella maggior parte dei casi potrebbe essere evitata restando l'oggetto di un simile accordo verosimilmente all'interno del perimetro della delega gestoria e quindi della competenza dell'organo amministrativo; a meno che la scelta di richiedere il voto dei soci non sia finalizzata a ottenere un c.d. *cleansing effect* sull'operazione e sull'operato degli amministratori⁹³.

Né potrebbe ritenersi che la legittimità dell'accordo o della concessione del sostegno dipenda formalmente dal rispetto di tutte le "condizioni per il sostegno" elencate dall'art. 69 *quinquiesdecies*, alcune delle quali - come analiticamente osservato al precedente par. 8 - sono riferibili a interessi che al di fuori del settore bancario non possono avere rilievo condizionante in assenza di un riferimento normativo specifico (*f* e *g* in particolare).

Piuttosto, l'accordo dovrebbe superare la soglia di legittimità desumibile dall'art. 290, primo comma, CCII, che consente "azioni dirette a conseguire la dichiarazione di inefficacia di atti e contratti posti in essere nei cinque anni antecedenti il deposito dell'istanza di liquidazione giudiziale, che abbiano avuto l'effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori, fatto salvo il disposto dell'articolo 2497, primo comma, del codice civile".

Tornando alle riflessioni connesse all'art. 2086 c.c., potrebbe ricavarsi un secondo quesito, particolarmente delicato: nell'ambito di un gruppo non bancario, la predisposizione di un accordo che istituisca e disciplini future ed eventuali misure di sostegno finanziario infragruppo può considerarsi una necessaria forma di adempimento dei doveri di prevenzione oggi sanciti dal combinato disposto di codice civile e CCII?

⁹² "Il sostegno finanziario può essere concesso in forma di finanziamento, di prestazione di garanzia o mediante la messa a disposizione di beni o attività da utilizzare come garanzia reale o finanziaria, nonché con qualsiasi combinazione di queste forme, mediante un'unica o più operazioni, anche tra il beneficiario del sostegno e soggetti terzi, anche esterni al gruppo e non partecipanti all'accordo".

⁹³ In tema di *cleansing effect* sia consentito il richiamo a P. MATERA, F. M. SBARBARO, *Cleansing effect e standard di judicial review nella recente giurisprudenza statunitense*, in *Comp. Dir. Civ.*, Luglio 2017 e a F. M. SBARBARO, *Private enforcement e judicial scrutiny nel trasferimento del controllo societario*, Padova, 2019, pp. 59 ss.

La tentazione sarebbe di concludere – sbrigativamente – in senso negativo, semplicemente rilevando che in assenza di un’esplicita indicazione normativa i doveri di cui sopra possono essere adempiuti con qualsiasi modalità idonea allo scopo (la prevenzione o il superamento della crisi).

Tuttavia, da un lato la portata innovativa del nuovo art. 2086 c.c. (che indirizza la gestione dell’impresa prioritariamente verso la prevenzione della crisi) e dall’altro la costante evoluzione giurisprudenziale in materia di *business judgement rule* suggeriscono di essere più cauti e attendere almeno le prime occasioni di intervento da parte delle corti prima di avventurarsi in conclusioni definitive.