



► **СБАРБАРО Ферруччио Мария**

Профессор сравнительного корпоративного права, директор CERSIG – Исследовательского центра по юридическим наукам

Университет Link Campus
00165, Италия, г. Рим,
ул. дель Касале ди С. Пيو V, 44
E-mail: f.sbarbaro@unilink.it

Ключевые слова

ФИНАНСОВАЯ ПОДДЕРЖКА

БАНКОВСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

ИТАЛЬЯНСКИЙ БАНКОВСКИЙ КОДЕКС

ДИРЕКТИВА О ФИНАНСОВОМ ОЗДОРОВЛЕНИИ
И САНАЦИИ БАНКОВ

Аннотация

Статья посвящена обсуждению новых правил соглашения о внутригрупповой финансовой поддержке, регулируемого Итальянским банковским кодексом (TUB). В исследовании подчеркивается важность создания определенных условий для оказания финансовой помощи, а также приводится ряд инструментов банковского законодательства, теряющих свою актуальность в рамках внутригруппового соглашения. Автор отслеживает соблюдение баланса между индивидуальными корпоративными интересами, с одной стороны, и групповыми и общественными интересами – с другой. Для обеспечения реальной правовой основы нового механизма поддержки, а также для более четкого понимания статуса общего корпоративного права Италии в работе анализируется сравнительный сценарий на основе интересов групп.

JEL classification

E50, E58, G20

Регулирование соглашения о внутригрупповой финансовой поддержке в сравнительной перспективе: опыт Италии

**ВВЕДЕНИЕ:
КОНТРАКТНЫЕ УСЛОВИЯ
ВНУТРИГРУППОВОЙ ПОДДЕРЖКИ
В ИТАЛЬЯНСКОМ БАНКОВСКОМ КОДЕКСЕ**

Несмотря на то что в Гражданском кодексе Италии отсутствует юридическое определение понятия «группа»¹, данная концепция² с недавнего времени широко применяется в практике регулирования банковского сектора. Кроме того, термин фигурирует в названии новой главы 02-I «Внутригрупповая финансовая поддержка» Итальянского банковского кодекса (ИБК), введенной распоряжением № 181/2015 вследствие принятия директивы № 59/2014/ЕС (так называемой Директивы о финансовом оздоровлении и санации банков (Bank Recovery and Resolution Directive)).

Новые принципы регулирования банковской системы доказывают обоснованность общественного интереса в данном секторе (стабильность системы, предотвращение кризисных явлений и т.д.), что может свидетельствовать в пользу преобразования интереса одной хозяйственной единицы в интерес целой группы³, а также расширить границы правовой защиты на всех стейкхолдеров каждой банковской корпорации и на всех потребителей банковских продуктов и услуг в целом⁴.

В соответствии со ст. 69-*duodecies* Итальянского банковского кодекса внутригрупповое соглашение – это модель отношений⁵ с обязательным списком потенциальных участников: 1) итальянский банк или итальянская компания, которая является материнской по отношению ко всей банковской группе; 2) итальянские

или иностранные компании – участницы банковской группы; и 3) иные компании, подлежащие согласно ИБК совместному наблюдению со стороны Банка Италии. Объект и область применения соглашения в большинстве случаев определены законодательством с учетом того факта, что подобные соглашения могут заключаться «для предоставления финансовой поддержки», которая обеспечивается «в форме займа, гарантии или товаров/услуг, используемых в качестве гарантии, или посредством любой комбинации этих способов в одной или нескольких транзакциях, в том числе между получателем поддержки и внешней третьей стороной». Таким образом, поддержка может быть обоюдной, создающей договорной баланс между участвующими сторонами, и должна состоять из транзакций (займы, гарантии и т.д.), осуществляемых банковскими и финансовыми корпорациями.

Объект обязательного соглашения обобщен в разделе 5 ст. 69-*duodecies*, при этом оговаривается, что само соглашение должно соответствовать ряду принципов, преследующих разносторонние цели и ставящих интересы группы выше индивидуальных стремлений каждого отдельного участника. В частности, согласно подпункту а), соглашение «подписывается каждой стороной для соблюдения их автономного статуса», но в то же время «в соответствии с директивами, полученными от материнской компании». Подпункты б) и с) касаются принципа достоверности и полноты информации о содержании соглашения и возникающих обязательствах. Так, в со-

¹ Итальянское законодательство (ст. 2497 Гражданского кодекса, введенная в 2003 г.) уделяет основное внимание прямой ответственности, которую в ограниченном числе случаев несут директора материнской компании перед акционерами дочерних компаний за нанесенный ущерб. Более подробно об этом в [2; 11; 20; 27; 34–36]. Комментарии относительно законодательства в редакции до 2003 г. даны в [10; 14; 17; 26; 33; 48; 49].

² Термины «банковская группа» и «материнская компания» используются в рамках общего банковского законодательства (например, ст. 60 и 61 Итальянского банковского кодекса о надзоре со стороны центрального банка), а также при регулировании конкретных областей банковской деятельности (например, кооперативных банковских групп (законодательный декрет № 18/2016, в последующем преобразованный в закон № 49/2016)).

³ Данная точка зрения широко распространена в литературе (см., например: [4; 12; 13; 21; 45]).

⁴ Подробнее о стейкхолдерском подходе см.: [23; 24].

⁵ Выдержки из итальянской литературы о типах контрактов см.: [22; 25; 28; 47].

The Italian Regulation of the Intra-Group Financial Support Agreement in a Comparative Perspective

INTRODUCTION. THE CONTRACTUAL FRAMEWORK OF THE INTRA-GROUP SUPPORT IN THE ITALIAN BANKING CODE

Even if the Italian Civil Code has always rejected any legal definition of “group”¹, the regulation of the banking sector has recently brought a series of references to such concept² and, finally, the new chapter 02-I of the Italian Banking Code (Testo Unico Bancario, or TUB), introduced by d. lgs. 181/2015 as a consequence of the adoption of the EU Directive n. 59/2014 (the so-called Bank Recovery and Resolution Directive, or BRRD) is expressly entitled “intra-group financial support”.

The new framework of the banking system regulation shows the relevance of the public interest in this sector (stability of the system, prevention of crisis, etc.), which may justify the upgrading of the single entity’s perspective to a group’s interest idea³, and extend the boundaries of the legal protection to all the stakeholders of each banking corporation and, more in general, to all the consumers of banking products and services⁴.

The “intra-group agreement”, as described by the new art. 69 *duodecies* of the TUB, appears as a contractual model – or even a “type of contract”⁵ – with a mandatory list of potential parties: (i) an Italian bank or Italian company being the parent of a banking group, (ii) Italian or foreign companies participating in the banking group, and (iii) other companies that are subject to the “joint surveillance” by the Bank of Italy (BDI – Banca D’Italia) according to the TUB. The agreement’s object and scope are mostly pre-determined by the law, considering that such an agreement may be concluded “in order to provide financial support”, a support that may be

assured “as a loan, as a guarantee, or making goods or services available as guarantee, or through whatsoever combination of these means, in one or more transactions, even between the receiver of the support and outside third parties”. The support may therefore be mutual – so creating a contractual balance between the parties – and must consist of transactions (like loans, guarantees, etc.) that would be included in the corporate object of banking or financial corporations.

The mandatory agreement’s object is then integrated by section 5 of art. 69 *duodecies*, imposing that the contract must respect a number of principles, with heterogeneous purposes and with the effect of promoting the group’s interest over the single corporation’s interest. In details, lett. a) reminds that the agreement “is signed by each party as an exercise of its autonomy” but “consistently with the possible directives of the parent company”. Letters b) and c) are dedicated to the principles of fair and complete information about the agreement’s content and the derived obligations. While letter b) generally asks that the party dispensing support is “fully informed” – before the contract is signed – about the characters and financial situation of the receiving party, letter c) provides that the agreement must indicate the calculation criteria of the legitimate compensation of the supporting company, adding that such criteria “may not take into consideration the market price, in particular if it is influenced by external or abnormal factors which are located outside of the group, or if the supporting party has access to non-public information as a consequence of its participation in the group”.

The rule then adds another element – a future and potential event – which trig-

► **Ferruccio Maria SBARBARO**
*Professor of Comparative Corporate Law,
Director of CERSIG – Research Center
on Legal Sciences*

Link Campus University of Rome
Via del Casale di S. Pio V, 44,
00165 Roma RM
E-mail: f.sbarbaro@unilink.it

Keywords

FINANCIAL SUPPORT

BANKING LAW

ITALIAN BANKING CODE

BANK RECOVERY AND RESOLUTION DIRECTIVE (BRRD)

Abstract

This paper focuses on the new rules about the “intra-group financial support agreement” regulated by the Italian Banking Code (TUB). The investigation recognizes the importance of the conditions for the support and the exclusion clauses listed by the TUB, checking the balance between the private corporate interest on one side and the group’s and public interest on the other side. The comparative scenario about group’s interest is also analysed in order to provide a realistic legal framework for the new support mechanism and understand the position of general domestic corporate law.

JEL classification

E50, E58, G20

¹ The Italian regulation (articles 2497 ss. of the Civil Code, introduced in 2003) focuses on the direct liability of the parent’s directors for damages to the subsidiary’s shareholders, in certain limited cases. For comments see, *ex multis*, [2; 11; 20; 27; 34–36]. For comments to the previous regulation (before 2003), see [10; 14; 17; 26; 33; 48; 49].

² The terms “banking group” and “parent company” can be found in the general banking legislation (articles 60 and 61 of the TUB, for instance, about surveillance from the central bank) and in the specific regulation of particular areas (like cooperative banking groups, with the D.L. 18/2016 converted in Law 49/2016).

³ This argument is generally accepted by the literature. See [4; 12; 13; 21; 45].

⁴ For references to the “stakeholder approach” see [23; 24].

⁵ For an excerpt of the Italian literature on “types” and “typicity” of contracts, see, *ex professo*, [22; 25; 28; 47].

ответствии с разделом b) стороны, оказывающие финансовую поддержку, должны быть в полной мере проинформированы о финансовом положении реципиента до принятия решения о предоставлении поддержки. В разделе c) говорится, что в соглашении должны содержаться критерии расчета компенсации, положенной компании-кредитору, а также поясняется, что данные критерии «могут не учитывать рыночную цену, в частности, если она находится под влиянием нестандартных факторов, являющихся внешними по отношению к группе, или если благодаря своему участию в группе оказывающая помощь сторона имеет доступ к информации, сокрытой от широкой общественности».

Затем вводится следующий элемент – будущее потенциальное событие, влекущее необходимость оказания согласованной финансовой поддержки: ситуация, в которой по крайней мере один из участников предварительно подходит под условия для «ранней интервенции» согласно ст. 69-*octiesdecies* ИБК¹. При этом договор о финансовой поддержке не может быть заключен, если на момент его согласования для одной из сторон соглашения подобные условия уже имеют место (ст. 69-*duodecies* ИБК).

Другие случаи, выходящие за рамки соглашения о внутригрупповой поддержке, перечислены в разделе 2 ст. 69-*duodecies* ИБК, который исключает: 1) займы или внутригрупповые операции по управлению финансовыми потоками, если условия для «ранней интервенции», описанные выше, не выполняются ни для одной из компаний, и 2) поддержку в любой форме (в том числе вложение капитала), предоставляемую другой компании той же группы в случаях, не предусмотренных соглашением, если компания-реципиент находится в трудном положении и финансовая поддержка согласована с политикой группы и нацелена на сохранение ее стабильности.

С технической точки зрения законодатель тем самым признает законными (и не попадающими под действие данного регулирования) те внутригрупповые операции, которые либо в целом не связаны с участниками финансовой поддержки (не выполнены условия), либо с точки зрения временной привязки (затруднения еще не переродились в полноценный кризис и могут быть решены

обычными средствами). С другой стороны, в очередной раз законом устанавливается превосходство групповых (корпоративных) интересов, явным образом содействующих интересам и стабильности группы, над индивидуальными.

ПРАВИЛА ПРОЦЕДУРЫ

Первым шагом процедуры является разработка проекта соглашения. В процессе разработки принимают участие (или должны участвовать) директора всех задействованных компаний с целью определения единой договорной базы и фокусировки последующих шагов на единственном эффективном документе.

Статьей 69-*terdecies* ИБК устанавливается, что прежде чем проект будет направлен на рассмотрение акционерам, требуется его предварительное санкционирование Банком Италии. В частности, надзорные органы² проверяют соглашение на соответствие условиям, перечисленным в ст. 69-*quinquiesdecies*. Банк Италии также играет немаловажную роль в дальнейшей процедуре: ему дается право оспаривать решение совета директоров относительно финансовой помощи в случае, если к моменту вступления договора в силу условия для предоставления поддержки (проверенные в теории на стадии проекта) выполняются не полностью.

На данном этапе процедуры также заметна вовлеченность интересов группы как суррогата государственного интереса, узаконивающего вмешательство органов государственной власти (Банка Италии): проект соглашения передается акционерам компаний только единожды и только в том случае, если надзорные органы подтвердили, что его содержание соответствует интересам, прописанным в Директиве о финансовом оздоровлении и санации банков и Итальянском банковском кодексе.

Далее подтвержденный проект, а также оценка совета директоров о соответствии соглашения интересам корпорации и о достаточной справедливости условий договора рассматриваются на внеочередном собрании акционеров каждой компании. Одобрение может быть полным или частичным, что означает, что оно будет (частично) действительным, даже если участники одного или нескольких собраний акционеров выскажутся против.

Статья 69-*quaterdecies* ИБК также включает право акционеров на выход из

компании в случае одобрения или отмены решения. По всей видимости, здесь наблюдается несогласованность между данным положением и рассмотренным выше механизмом, который позволяет компании отказаться от соглашения даже тогда, когда проект уже был санкционирован Банком Италии. Как только соглашение получает одобрение на собраниях акционеров, оно становится контрактом. Его исполнение возлагается на советы директоров, которые получают право решать, когда предоставлять и принимать согласованную финансовую поддержку, а также должны ежегодно отчитываться перед акционерами³.

УСЛОВИЯ ДЛЯ ОКАЗАНИЯ ФИНАНСОВОЙ ПОДДЕРЖКИ

Статьей 69-*quinquiesdecies* ИБК устанавливаются семь условий, которым должно удовлетворять соглашение. Некоторые из них являются финансовыми критериями, другие относятся к договорному балансу, а третьи – к механизмам корпоративного управления.

Согласно условию а) финансовая помощь должна в значительной степени устранять финансовые трудности получателя. Данное условие защищает как интересы самого бенефициара в получении эффективной поддержки, так и позиции компании-кредитора, ориентированной на оказание помощи, только если она окажется эффективной;

В условии b) говорится, что финансовая поддержка должна быть направлена на сохранение или восстановление финансовой стабильности группы или одной из ее компаний-участниц и в то же время отвечать интересам компании, оказывающей поддержку.

В соответствии с подпунктом c) характеристики финансовой поддержки, в частности критерии для расчета компенсации, должны соответствовать правилам, установленным ст. 69-*duodecies* (раздел 5, подпункт c)). Данное условие защищает обе стороны (компанию-кредитора(-ов) и бенефициара(-ов)) и может рассматриваться как еще одно подтверждение наличия интереса группы, принимая во внимание, что метод компенсации «может не учитывать рыночную цену, в частности, если она находится под влиянием нестандартных факторов, являющихся внешними по отношению к группе, или если благодаря

³ Согласно п. 2 ст. 69-*quaterdecies*, решение должно быть мотивированным и отражать: 1) цель, на выполнение которой требуется финансовая помощь, и 2) соответствие всем правилам и условиям, установленным ст. 69-*quinquiesdecies*.

¹ Данная ситуация имеет место при нарушении определенных положений ИБК или Регламента (ЕС) № 575/2013 или № 600/2014, что дает властям законное право на вмешательство.

² Банк Италии действует совместно с органами ЕС по надзору за банковскими группами, функционирующими на территории ЕС.

gers the agreed financial support: the situation where at least one of the parties falls into the conditions for the “early intervention” as per article 69 *octiesdecies* TUB¹, while the financial support contract cannot be concluded if such conditions are already in place at the time of its negotiation (art. 69 *duodecies* TUB).

Other cases falling out of the perimeter of the intra-group support agreement are listed in section 2 of art. 69 *duodecies* TUB, which excludes: (i) loan or cash management intra-group transactions, if none of the companies matches the conditions of the “early intervention” as described above and, (ii) any kind of support (including capital contributions) given to another company of the same group outside the perimeter of the agreement, if the receiving party is in distress and the financial support is coherent with the group’s policy and aimed at preserving its stability.

From a technical point of view, the legislator is therefore legitimating (and isolating from this regulation) those intra-group transactions that are not connected to the characters of the financial support either in general (the conditions are not met) or because of the timing (the distress has not degenerated into a crisis yet and may be resolved through ordinary means). On the other hand, once again the rule sets the supremacy of the group’s interest over the single corporation, expressly promoting the “group’s policy” and the “group’s stability”.

THE RULES OF PROCEDURE

The very first step of the procedure is drafting the “project of agreement”, an activity that is (or should be) jointly conducted by all the participating companies’ directors, in order to define a common contractual framework and focus the following steps on one and only effective document.

Before the shareholders express their voice on the project, art. 69 *terdecies* of the TUB requests that the draft is authorized by the BDI; in particular, the Authority² shall check whether the agreement meets the conditions listed in art. 69 *quinquiesdecies*. The BDI also plays a role later on along the procedure, being granted an opposition right against the boards of directors’ resolution to implement the financial support in case the conditions for the support – that were checked “in theory” at the time of the

“project” – are not concretely met at the time that the agreement becomes effective.

In this phase of the procedure it can be acknowledged that the group’s interest is involved again, as a surrogate for the public interest that legitimates an intervention by the public authority (the BDI): the project of the agreement is submitted to the companies’ shareholders only once – and if – the Authority has certified that its content complies with the interests protected by the BRRD and the TUB.

The authorized project, along with a board’s assessment about the agreement’s compliance with the corporation’s interest and about the substantial fairness of the contract’s clauses, is then submitted to each company’s extraordinary shareholders’ meeting; the approval may be total or partial, meaning that it would be (partially) valid even if one – or more – of the companies’ shareholders’ meeting does not approve it.

Art. 69 *quaterdecies* of the TUB also excludes the shareholders’ right of withdrawal from the company in case the resolution is approved or revoked; there seems to be a lack of balance between this rule and the above mechanism that allows a company to withdraw from the agreement even after the project has been authorized by the BDI. Once the agreement is approved at the shareholders’ meetings, it “becomes” a contract and its execution is delegated to each board of directors, which shall have the power to decide whether and when to provide or receive the agreed financial support and the duty to report to the shareholders on an annual basis³.

THE CONDITIONS FOR THE FINANCIAL SUPPORT

Art. 69 *quinquiesdecies* of the TUB lists seven conditions that the agreement must all meet; some of them are financial criteria, some are contractual balances, some are corporate governance devices.

First (letter a), the financial support should be able to substantially resolve the beneficiary’s financial distress; this condition seems to protect both the interest of the beneficiary to receive effective help and the position of the supporting company which may want to provide the financial support only if it manages to be effective.

Second, (*sub b*), the financial support must be directed to preserve or reactivate the financial stability of the group or of one

of the group’s member companies and at the same time fulfil the interest of the supporting company.

Third (letter c), the features of the financial support – in particular, the criteria for the fee’s calculation – must be consistent with the rules set forth by art. 69 *duodecies*, sec. 5, lett. c) (see above, *sub par.* 1); this condition seems to protect both parties (the supporting company/ies and the beneficiary/ies) and it may also be intended as another acknowledgement of the group’s interest, given that the compensation method “may not take into consideration the market price, in particular if it is influenced by external or abnormal factors which are located outside of the group, or if the dispensing party has access to non-public information as a consequence of its participation in the group”.

According to letter d), there must be a reasonable expectation – based on the available information – that the fee will be effectively paid to the supporting company; letter e) provides that the financial support must not threaten the group’s liquidity or stability. The last two conditions (letters f and g) reveal the policy of the new regulation, providing that the financial support must not threaten the stability of the financial system and that the supporting company must comply with all the rules and requirements about capitalization, liquidity, debt, etc. promulgated by the European Union⁴, or must receive a formal express waiver from the competent Authority. These conditions also show that the stakeholders’ interests are taken into consideration; there is no doubt that the creditors, employees and consumers of banking products and services are interested in the stability of the banking industry and that such interest is a portion of the above-mentioned “public interest”.

Therefore, it can be said that balancing the heterogeneous interests involved in the banking industry is maybe the core and main objective of the new regulation provided by the TUB.

THE DISAPPLICATION OF ORDINARY RULES

The TUB regulation of financial support also provides that certain ordinary corporate or banking law devices are not applicable in the wake of the intra-group agreement.

Art. 53, section 4 of the same TUB – about regulatory supervision by the BDI⁵

⁴In particular, Reg. EU n. 575/2013 and Dir. 2013/36/EU.

⁵Regarding the debt/credit relationships between banks belonging to the same “group”, which are more strictly regulated by the law and monitored by the BDI.

¹This happens when certain rules (TUB, or EU Reg. n. 575/2013 or n. 600/2014) are violated and the Authority is therefore legitimated to intervene.

²The BDI shall act jointly with the EU Authorities for banking groups operating in the EU.

³According to section 2 of art. 69 *quaterdecies*, the decision must be motivated and indicate: (i) the purpose of the financial support and (ii) the compliance with all the rules and conditions set forth by art. 69 *quinquiesdecies*.

своему участию в группе оказывающая помощь сторона имеет доступ к информации, сокрытой от широкой общественности».

Согласно условию d) на основе доступной информации должно формироваться разумное ожидание о выплате компенсации финансирующей компании. В следующем подпункте e) говорится, что финансовая помощь не должна ставить под удар ликвидность или стабильность компаний, входящих в группу. В последних двух подпунктах f) и g) раскрывается политика нового регулирования, устанавливающая, что финансовая поддержка не должна угрожать стабильности финансовой системы, а также что компания-кредитор должна соответствовать всем требованиям к капитализации, ликвидности, долговой нагрузке и др., предъявляемым Европейским союзом¹, либо получить прямой отказ от уполномоченного органа. Эти условия также показывают, что интересы стейкхолдеров не остаются без внимания. Нет никаких сомнений в заинтересованности кредиторов, работников банковской сферы и потребителей банковских продуктов и услуг в стабильности банковской отрасли, а также в том, что данная заинтересованность представляет собой одно из проявлений общественного интереса, речь о котором шла выше.

Таким образом, можно сказать, что балансировка разнонаправленных интересов, проявляемых к банковской сфере, является ключевой целью нового регулирования, предложенного Итальянским банковским кодексом.

НЕПРИМЕНИМОСТЬ СТАНДАРТНЫХ ПРАВИЛ

Правилами регулирования финансовой поддержки ИБК также оговаривается, что ряд стандартных корпоративных инструментов или инструментов банковского законодательства не могут быть использованы в контексте внутригруппового соглашения.

В частности, это относится к разделу 4 ст. 53 ИБК о регулирующем надзоре со стороны Банка Италии². Это сделано с практической целью наделить соглашение о финансовой поддержке, отвечающее многочисленным и разнородным интересам, автономностью относительно стандартных правил о разрешении

¹ В частности, Регламентом (ЕС) № 575/2013 и Директивой 2013/36/ЕС.

² Касательно долговых/кредитных отношений между банками одной группы, которые наиболее строго регулируются законом и контролируются Банком Италии.

конфликта интересов в банковском секторе. По этой же причине неприменима и ст. 2391 *bis* Гражданского кодекса об операциях между связанными сторонами.

Особо следует отметить неприменимость положений, защищающих либо интересы третьей стороны, либо общественный интерес: 1) ст. 2467 и ст. 2497 *quinquies* Гражданского кодекса, обеспечивающих справедливую субординацию займов акционеров; 2) ст. 2901 Гражданского кодекса и 3) ст. 64–67 Закона о банкротстве в части аннулирования операций, наносящих ущерб кредиторам; а также 4) ст. 216 (разделы 1.1 и 1.3) и 217 Закона о банкротстве, предусматривающих предъявление должнику обвинений в преднамеренном банкротстве³.

Цель исключения вышеупомянутых положений заключается в отсеивании механизмов, препятствующих развитию финансовой поддержки, которую новые правила призваны стимулировать. Как следствие, финансовая стабильность группы становится парадигмой в банковском секторе и является приоритетом даже в сравнении с защитой прав кредиторов.

Кроме того, при работе с банковскими группами законодатель обращается к предпринимательскому подходу: единственный способ обосновать неприменение стандартных правил в сфере справедливой субординации и исков об аннулировании – это представить, что все внутригрупповые операции имеют место в пределах одного и того же предприятия.

ВМЕСТО ЗАКЛЮЧЕНИЯ. АКТУАЛЬНОСТЬ ИНТЕРЕСОВ ГРУППЫ В БАНКОВСКОМ СЕКТОРЕ

Концепция «интересов группы» в корпоративном праве распространена во многих западных судебных практиках. В рамках европейского сценария наиболее детально регулирование объединения компаний рассмотрено в немецком Концерном праве (Konzernrecht), введенном Актом об акционерных обществах (Aktiengesetz) в 1965 г., предполагающем «капиллярную» (генеалогическую) организацию групп компаний (так называемое Право корпоративной организации – Konzernorganisationrecht)⁴. Статья 18 Акта об акционерных обществах определяет понятие «корпоративная группа» как объединение (конгломерат) нескольких дочерних организаций, находящихся под управлением

³ Подобного мнения придерживаются E. Ricciardiello и M. Lamandini [39].

⁴ См., например: [1; 3; 19; 40; 41; 43; 46].

доминирующей компанией⁵. Таким образом, доминанта материнской компании ведет к возникновению «единообразного управления» (einheitliche Leitung), опирающегося на контроль посредством акций или иные договорные отношения.

Право корпоративной организации (Konzernorganisationrecht) признает как «юридические группы», возникающие на основе формального соглашения (Unternehmensvertrag), так и «фактические группы» (faktischer Konzern), в которых право собственности на акции сопровождается «единообразным управлением».

В целом, отметим, что немецкая правовая система позволяет материнской компании пользоваться своим правом доминирования над дочерними компаниями, если соблюдение интересов группы не угрожает банкротством какого-либо из дочерних предприятий.

По другую сторону Атлантики, Верховный суд США пояснил, что крупные и международные компании с большей вероятностью попадают под управление материнской компании, действующей в соответствии с принципом «общей цели и единого замысла»⁶, признавая переход от укоренившегося «целостного подхода» к предприятию к легитимизации того, что можно назвать «доктриной предприятия»⁷. Согласно данной концепции самостоятельная правосубъектность каждой компании не означает, что вся группа перестает считаться единым и унитарным предприятием; идея «контроля» является парадигмой данной системы, которая в свою очередь уравновешивается так называемой «доктриной снятия корпоративной вуали»⁸.

⁵ Статья «Группы и группы компаний» (“Konzern und Konzernunternehmen”) буквально гласит: «(1) Если управляющая компания, а также одна или несколько контролируемых компаний объединены под единым управлением контролирующего предприятия, они образуют концерн (группу компаний); отдельные предприятия являются участниками концерна. Предприятия, между которыми заключено Соглашение о контроле (Beherrschungsvertrag) (§291) или одно из которых интегрировано в другое (§319), должны считаться находящимися под единым управлением. Контролируемое предприятие и контролирующая его компания будут считаться группой. (2) Если юридически самостоятельные предприятия подлежат единому управлению, такие предприятия представляют собой группу, а отдельные предприятия являются членами такой группы, даже если ни одно из этих предприятий не контролирует другое».

⁶ Copperweld Corp. v. Indep. Tube Corp., 467 U.S. 752, 771-772 (1984).

⁷ До середины XIX века корпорации рассматривались исключительно как единое целое (entity view). Данный подход обобщен в: [5; 6; 15; 16; 31; 32; 38; 42; 51]. Более детально законодательство о корпоративных группах рассмотрено в: [8; 9].

⁸ См.: [7; 18; 29; 30; 37; 44; 50].

– is excluded, with the realistic purpose of making the financial support agreement, which is contaminated by heterogeneous interests, as said, autonomous from the ordinary rules about conflicts of interest in the banking sector. For a similar reason, art. 2391 *bis* of the Civil Code – about related parties transactions – is excluded as well.

What makes the real difference is the disapplication of the rules protecting either the interest of third parties or the public interest: (i) articles 2467 and 2497 *quinquies* of the Civil Code providing the equitable subordination of shareholders' loans, (ii) art. 2901 of the Civil Code, and (iii) articles 64, 65, 66, and 67 of the Bankruptcy Law regarding revocatory actions against transaction damaging the creditors, and (iv) articles 216 (sections 1.1 and 3) and 217 of the Bankruptcy Law, providing the debtor's incrimination for fraudulent bankruptcy¹.

The purpose of the above exclusions seems to be the disapplication of those mechanisms that could hinder the incentive to the financial support that the new regulation wants to promote; as a consequence, the group's financial stability becomes a paradigm in the banking sector and prevails even over creditors protection.

Secondly, the legislator seems to approach the banking group with an *enterprise view*²: to imagine that all those intra-group transactions happen within the perimeter of the same enterprise is the only way to justify the disapplication of the ordinary rules about equitable subordination and revocatory actions.

CONCLUSION. THE RELEVANCE OF THE GROUP'S INTEREST IN THE BANKING SECTOR

The idea of a "group's interest" in corporation law is common to various western jurisdictions. In the European scenario the most detailed regulation of companies' aggregation can be found in the German "Konzernrecht", introduced by the *Aktiengesetz* of 1965, offering a capillary discipline for groups of companies (the so-called *Konzernorganisationrecht*)³. Art. 18 of the *Aktiengesetz* defines the concept of "corporate group" as a conglomerate of a number of subsidiaries under a dominant company⁴.

¹ A similar opinion on such exclusions has been given by M. Lamandini [39].

² See par. 5.

³ See, among others, [1; 3; 19; 40; 41; 43; 46].

⁴ Such article, named "Konzern und Konzernunternehmen", literary says: "(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 Konzer-

Therefore, the dominion expressed by the parent company generates a "uniform direction" (*enheitliche Leitung*) that can be presumed from the shares' control or from other contractual relationships.

The *Konzernorganisationrecht* recognizes both "legal groups" arising from a formal agreement (the so-called *Unternehmensvertrag*) and "factual groups" (*faktischer Konzern*) where the shares' ownership is accompanied by the "enheitliche Leitung".

To summarize, the German legal system allows the parent corporation to implement its dominion on the subsidiaries, as long as the whole group's interest can be realized without generating the bankruptcy of any of the subsidiaries.

On the other side of the Atlantic Ocean, the U.S. Supreme Court has clarified that large and international businesses are more likely to be integrated under the control of a parent corporation, operating "with a unity of purpose" and "with a common design"⁵, acknowledging the transition from a strict "entity view" to the legitimation of what can be named as "doctrine of enterprise"⁶. In the latter conception, the separate legal personality of each corporation does not prevent the group from being considered as a sole and unitary enterprise (a "collective conduction of an economically integrated business"); the idea of "control" is the paradigm of this system, which is then balanced by the so-called "piercing the veil" doctrine⁷.

Such examples of foreign jurisdictions legitimating the birth of a new possible legal entity (the group), with its own legal position and interest, may suggest that the indications contained in the new amended Italian banking regulation about "banking groups" could be intended as a general acknowledgement of the legal existence of the "group" as an alternative to the traditional "entity view" in the Italian jurisdiction as well.

nununternehmen. 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".

⁵ Copperweld Corp. v. Indep. Tube Corp., 467 U.S. 752, 771-772 (1984).

⁶ Until mid-1800, the corporation was strictly intended as single entity ("entity view"). This approach is summarized by [5; 6; 15; 16; 31; 32; 38; 42; 51]. In general, the law of corporate groups is deeply studied by [8; 9].

⁷ See [7; 18; 29; 30; 37; 44; 50].

However, there are at least two reasons opposing this conclusion.

First, the Italian legislator recently amended (2003) the Civil Code and decided not to introduce a legal definition of "group", regulating the relationship between parent and subsidiaries only through an ex post remedy: the action for damages (*ubi voluit, ibi dixit*).

Second, it is undeniable that the banking sector presents peculiar features allowing the public interest to be considered and protected by banking law; in the wake of this, it is absolutely realistic to recognize the legal existence of the "group's interest" in banking law (arising from such specific rules and terminology and helping public interest to be pursued) but at the same time to reject a general legal acknowledgement of "corporate groups" by Italian corporate law. ■

Подобные примеры зарубежных практик, узаконивающих появление нового юридического лица (группы) с отдельным правовым положением и собственными интересами, подтверждают, что положения, содержащиеся в новом итальянском законодательстве о банковских группах, могут рассматриваться как признание того, что в итальянской практике также существует юридическое понятие «группы» как альтернативы традиционному «целостному подходу».

Однако существует по крайней мере два факта, опровергающих этот вывод.

Во-первых, итальянские законодательные органы, внося поправки в Гражданский кодекс в 2003 г., решили не прописывать в нем юридического определения понятия «группа», регулируя отношения между материнской и дочерними компаниями уже постфактум посредством исков о возмещении ущерба.

Во-вторых, нельзя отрицать, что специфика банковского сектора позволяет

банковскому законодательству учитывать и защищать общественные интересы. Вследствие этого абсолютно обоснованным представляется как признание юридического статуса «интересов группы» в банковском законодательстве, так и отказ от признания «корпоративных групп» итальянским корпоративным правом. ■

Библиографическая ссылка: Сбарбаро Ф.М. Регулирование соглашения о внутригрупповой финансовой поддержке в сравнительной перспективе: опыт Италии // *Управленец*. 2018. Т. 9. № 1. С. 24–30. DOI: 10.29141/2218-5003-2018-9-1-4.

For citation: Sbarbaro F.M. The Italian regulation of the intra-group financial support agreement in a comparative perspective. *Upravlenets – The Manager*, 2018, vol. 9, no. 1, pp. 24–30. DOI: 10.29141/2218-5003-2018-9-1-4.

Источники/References

1. Alting C. Piercing the Corporate Veil in American and German Law. Liability of Individuals and Entities: A Comparative View. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 1995, vol. 2, no. 2, pp. 187–251.
2. Angelici C. *La riforma delle società di capitali, lezioni di diritto commerciale*. Padova: CEDAM, 2003.
3. Antunes E. *Liability of Corporate Groups*. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in U.S., German and EEC Law: An International and Comparative Perspective. Dordrecht: Kluwer Law Int., 1994.
4. Armour J., Awrey J., Davies P., Enriques L. et al. Bank Governance. *Law Working Paper № 316/2016*. June, 2016.
5. Blackstone W. *Commentaries on the Laws of England*. 9th ed. Chicago, 1978.
6. Blair M.M., Stout L.A. A Team Production Theory of Corporate Law. *Virginia Law Review*, 1999, vol. 85(2), pp. 247–328.
7. Blumberg P.I. Limited liability and corporate groups. *Journal of Corporate Law*, 1986, vol. 11, pp. 573–631.
8. Blumberg P.I. *The Multinational Challenge to Corporation Law. The Search for a New Corporate Personality*. Oxford, 1993.
9. Blumberg P.I., Strasser K.A., Georgakopoulos N.L., Gouvin C.J. *Blumberg on corporate groups*. 2nd ed. N.Y.: Aspen Publishers, 2005.
10. Campobasso G.F. Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparat. In: *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1995.
11. Campobasso G.F. *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*. Torino: EDITORI VARI, 2003.
12. Capriglione F. La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali. In: *RTDE*, 2014, I, p. 66.
13. Capriglione F. Brevi note sulla governance nel settore del credito (Il difficile incontro tra diritto societario e specialità bancaria). In: *RTDE*, 2016, 4, sup. 2, p. 1.
14. Cariello V. Un diritto dei gruppi di società per l'europa. In: *Riv. soc.*, 2001.
15. Carr C.T. *Early Forms of Corporateness in Three Selected Essays in Anglo-American Legal History*, 1909.
16. Cooke C. *Corporation Trust and Company*. Manchester, 1951.
17. Cottino G. *Dvagazioni in tema di conflitto di interesse nei gruppi*. Milano, 2002.
18. Easterbrook F.H., Fischel D.R. Limited Liability and the Corporation. *University of Chicago Law Review*, 1985, vol. 52, pp. 89–117.
19. Emmerich V., Habersach M. *Konzernrecht*. Monaco, 2013.
20. Enriques L. 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.
21. Ferrarini G. Understanding the Role of Corporate Governance in Financial Institutions: A Research Agenda. European Corporate Governance Institute (ECGI) – *Law Working Paper № 347/2017*. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2925721>.
22. Ferri G. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano, 1968.
23. Freeman R.E., Evan W.R. *A Stakeholder Theory of Modern Corporation: Kantian Capitalism*. London, 1988.
24. Freeman R.E. *Strategic Management: A Stakeholder approach*. Cambridge University Press, 2010.
25. Gabrielli E. Il contratto e le sue classificazioni. In: *Riv. Dir. Civ.*, 3, 1, 1997.
26. Galgano F. *Il regolamento dei gruppi di società*. Milano, 2001.
27. Galgano F. Le partecipazioni azionarie e i gruppi di società. In: *Diritto Commerciale, II*. Milano, 2013.
28. Gazzoni F. *Manuale di diritto privato*. Napoli, 2013.
29. Gevurtz F.A. *Corporation Law*. St. Paul, 2000.
30. Halpern P. An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law. *University of Toronto Law Journal*, 1980, vol. 30, pp. 117–150.
31. Holdsworth W.S. English Corporation Law in the 16th and 17th Centuries. *The Yale Law Journal*, 1922, vol. 31, no. 4, pp. 382–407.
32. Holdsworth W.S. *History of English Law*. 3rd ed. L., 1927.
33. Jaeger P.G. Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi. In: *Giur. comm.*, 1994.
34. Jaeger P.G. I gruppi fra diritto interno e prospettive comunitarie. In: *Giur. comm.*, 2010.
35. Jaeger P.G. *Nozione di gruppo nel progetto di direttiva comunitaria e nell'ordinamento italiano*. Milano, 2008.
36. Jaeger P.G. *La responsabilità degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*. Milano, 2009.
37. Klein W.A., Coffee J.C. Jr. *Business organization and finance. Legal and economic principles*. N.Y.: Foundation Press, 2007.
38. Kyd S. A Treatise on the Law of Corporations. In: *Classic of English Legal History in the Modern Era*. 9th ed., 1978.
39. Lamandini M. *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, Torino, 3, 2014.
40. Liebscher M. *GmbH-Konzernrecht. Die GmbH als Konzernbaustein*. Monaco, 2006.
41. Lutter M., Hommelhoff P. *GmbH-Gesetz*. Colonia, 2016.
42. Maitland F.W. *Maitland selected essays*. Cambridge University Press, 1936.
43. Miller S.K. 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. *American Business Law Journal*, 1998, vol. 36(1), pp. 73–149.
44. Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. Aspen, 2007.
45. Rasmussen R.K., Skeel D.A. Governmental Intervention in an Economic Crisis. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2016, vol. 19, pp. 7–48.
46. Reich-Graefe R. Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany. *Connecticut Law Review*, 2005, vol. 37, pp. 785–817.
47. Sacco R., De Nova G. *Il contratto*. Torino, 2016.
48. Scognamiglio G. *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*. Milano, 1996.
49. Spada P. Gruppi di società. In: *Riv. dir. civ.*, II, 1992.
50. Strasser K.A. Piercing the Veil in Corporate Groups. *Connecticut Law Review*, 2005, vol. 37, pp. 637–666.
51. Williston S. History of the Law of Business Corporations Before 1800. *Harvard Law Review*, 1888, vol. 2, no. 4, pp. 149–166.