

INDICE

Capitolo I

1.1 La Crisi

1.2 La Regolamentazione e la Early Intervention

2. Le Norme del Testo Unico Bancario/ Amministrazione Straordinaria

2.1 Presupposti Oggettivi

2.2 Organi della procedura

2.3 Funzioni e Mansioni

2.4 Durata, Fasi e Obbiettivi

2.5 Adempimenti Finali

2.6 La Gestione Provvisoria

2.7 La sospensione dei pagamenti

3. La Liquidazione Coatta Amministrativa

3.1 Provvedimento di liquidazione

3.1.1 Effetti nei confronti della Banca

3.1.2 Effetti nei confronti dei creditori

3.1.3 Effetti nei confronti dei rapporti preesistenti

3.1.4 Atti pregiudizievoli ai creditori

3.2 Lo stato di insolvenza

3.3 Gli organi della liquidazione

3.4 Il procedimento di liquidazione

3.4.1 Fase Amministrativa

3.4.2 Fase giurisdizionale

3.5 Liquidazione dell'attivo

3.6 La chiusura della liquidazione

3.6.1 L'ultimo riparto

3.7 Il concordato

4. Il sistema di garanzia dei depositi

4.1 Disciplina Ante direttiva 14/1994/CEE

4.2 Disciplina post direttiva 19/1994/CEE

4.3 Funzione, Obiettivi e copertura del Fondo

5. Emergency Liquidity Assistance ovvero ELA

5.1 Compatibilità con il divieto di finanziamento monetario al settore pubblico

5.2 Trasparenza, riservatezza e prospettive di riforma

Capitolo II

1. Il “Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions”

2. La Banking Recovery and Resolution Directive

2.1 Il termine resolution

2.2 Le misure di preparazione e di prevenzione della crisi

2.3 I recovery plans

2.3.1 Predisposizione e contenuto dei recovery plans

2.4 I resolution plans

2.5 La resolvability ovvero la possibilità di risoluzione

2.6 Gli strumenti di intervento precoce

2.6.1 Rimozione degli esponenti aziendali in caso di crisi o gravi irregolarità nella gestione

2.6.2 L'amministratore temporaneo

2.7 L'attività di valutazione

2.7.1 I presupposti oggettivi dell'azione di risoluzione

2.7.2 I poteri dell'autorità di risoluzione e la conduzione della procedura 2.8 Gli strumenti di risoluzione

2.8.1 Il bail-in, la cancellazione delle azioni e la conversione dei passività in capitale

2.8.1.1 Il riconoscimento contrattuale del bail-in

2.8.2 La vendita delle attività d'impresa (sale of business)

2.8.3 L'enteponte ovvero bridge-bank

2.8.4 La separazione delle attività ovvero bad bank good bank

2.9 Gli strumenti di stabilizzazione pubblica

2.10 Il meccanismo di finanziamento della resolution il fondo di risoluzione

2.10.1 L'utilizzo del fondo di risoluzione

3 Il Single Resolution Mechanism

3.1 Il Comitato di risoluzione (Single Resolution Board)

3.2 Il programma di risoluzione

3.3 La valutazione ai fini della risoluzione

3.4 Il fondo unico di risoluzione delle crisi

3.4.1 La dotazione finanziaria, il meccanismo di alimentazione del Fondo unico di risoluzione e l'utilizzo delle risorse

3.5 Il programma di risoluzione e gli strumenti previsti dal regolamento 3.5.1 Il bail-in ex Regolamento UE n. 806 del 2014

4. Lo schema unico di garanzia dei depositi (DGS)

4.1 La Direttiva UE n. 49 del 2014

4.2 Oggetto della garanzia, procedure e tempi del rimborso

4.3 Il meccanismo di finanziamento

4.4 L'utilizzo dei fondi dei sistemi di garanzia

Capitolo III

1 La legge di delegazione Europea 2014. L. n. 114 del 9 Luglio 2015

1.1 L'articolo 7 della L. n. 1758 del 2015

1.2 L'art. 8 della L. n. 1758 del 2015

2. Le novità introdotte dal Decreto Legislativo . 72 del 2015 -

2.1 Il temporary ban - 2.2 Il removal degli esponenti aziendali -

3. Crisi Bancarie ed aiuti di Stato, le regole generali -

3.1 La Comunicazione del Luglio 2013 ed il burden sharing -

3.2 Le misure previste dalla Comunicazione del 2013; la ricapitalizzazione e le misure a fronte di attività deteriorate -

3.3.1 Le garanzie ed il supporto di liquidità -

3.3.2 Gli aiuti alla liquidazione delle banche -

3.4 Il regime previsto dalla Direttiva UE n. 59 del 2014 - 3.4.1 Lo strumento pubblico di sostegno al capitale -

3.4.2 Strumento relativo alla proprietà pubblica temporanea -

4. Il cd. bail-in e la compatibilità con l'art. 47 della Costituzione -

4.1 L'art. 47 della Costituzione -

4.2 L'obbligazione bancaria quale mezzo di raccolta del risparmio; la tutela generica del risparmiatore/investitore -

4.3 La tutela del risparmio ed il cd. bail-in -

5. La proposta per la compatibilità fra previsioni costituzionali e la normativa Europea

Capitolo I

1.1 La Crisi - 1.2 La Regolamentazione e la Early Intervention - 2 Le Norme del Testo Unico Bancario/ Amministrazione Straordinaria - 2.1 Presupposti Oggettivi - 2.2 Organi della procedura - 2.3 Funzioni e Mansioni - 2.4 Durata, Fasi e Obbiettivi - 2.5 Adempimenti Finali - 2.6 La Gestione Provvisoria - 2.7 La sospensione dei pagamenti - 3 La Liquidazione Coatta Amministrativa - 3.1 Provvedimento di liquidazione - 3.1.1 Effetti nei confronti della Banca - 3.1.2 Effetti nei confronti dei creditori - 3.1.3 Effetti nei confronti dei rapporti pre-esistenti - 3.1.4 Atti pregiudizievoli ai creditori - 3.2 Lo stato di insolvenza - 3.3 Gli organi della liquidazione - 3.4 Il procedimento di liquidazione - 3.4.1 Fase Amministrativa - 3.4.2 Fase giurisdizionale - 3.5 Liquidazione dell'attivo - 3.6 La chiusura della liquidazione - 3.6.1 L'ultimo riparto - 3.7 Il concordato - 4 Il sistema di garanzia dei depositi - 4.1 Disciplina Ante direttiva 14/1994/CEE - 4.2 Disciplina post direttiva 19/1994/CEE - 4.3 Funzione, Obiettivi e copertura del Fondo - 5. Emergency Liquidity Assistance ovvero ELA - 5.1 Compatibilità con il divieto di finanziamento monetario al settore pubblico - 5.2 Trasparenza, riservatezza e prospettive di riforma

Introduzione.

L'istituto creditizio accentra svariati interessi quali quello dei creditori¹, degli azionisti o, anche, dei contribuenti.

La sua eventuale crisi necessita di una speciale regolamentazione finalizzata alla protezione degli interessi accentrati ed alla preservazione della stabilità finanziaria esposta al “rischio contagio”².

Tali valutazioni, con l'aggiunta dell'opportunità di garantire una effettiva protezione al risparmio in osservanza dell'art. 47 della Costituzione, hanno indotto il legislatore nazionale prima e, come vedremo, il legislatore europeo poi a regolamentare in modo specifico tali situazioni.

I principi alla base delle scelte poste in essere dal legislatore nazionale differiscono rispetto a quelli che corroborano la regolamentazione della normale crisi d'impresa: Se nel secondo caso la scelta di fondo è indirizzata alla regolamentazione del rapporto con i creditori ed la ricollocazione sul mercato dell'attività³, nel primo invece lo scopo è il “corretto esercizio”⁴ del rapporto fiduciario che caratterizza sia l'attività di raccolta che l'attività di distribuzione del credito.

Tali evidenti necessità protezionistiche hanno spinto il legislatore a riconoscere un'assoluta supremazia all'organo di Vigilanza - Banca d'Italia sia nelle fasi

¹ Già di per sé in posizione particolare rispetto alla normale tutela prevista per i creditori di altre tipologie di imprese.

² Il rischio “contagio” attiene alla possibilità che problemi insorti in alcune componenti del conglomerato finanziario possano, nel concreto, compromettere la stabilità del resto del sistema, incrinando la fiducia del mercato sulla solidità delle altre componenti. - Andrea Mione

³ Elemento divenuto evidente in seguito alla riforma del diritto societario del 2003 (Decreto Legislativo 17 Gennaio 2003, n. 5)

⁴ Renzo Costi - L'ordinamento Bancario - Cap I - pg. 15

precedenti alla crisi ovvero nella gestione ordinaria, sia durante la stessa tramite strumenti preventivi e successivi, così da garantire una forte prevalenza dell'intento pubblico in ogni aspetto; da quello amministrativo e di governo fino alla gestione e regolamentazione della crisi bancaria.

Un'ulteriore particolarità di tale sistema di gestione della crisi è da rinvenirsi nel ruolo riconosciuto al “Fondo interbancario di protezione dei depositi” (d'ora in poi FITD); quest'ultimo, inizialmente finanziato tramite versamenti ex post (proporzionali in base alla percentuale di depositi gestiti dall'Ente in oggetto) degli Istituti bancari ed a breve tramite versamenti ex ante [in seguito alla direttiva 49/2014 - ancora non recepita], ha svariate funzioni quali, ad esempio, la protezione dei depositanti o, anche, interventi preventivi finalizzati a ridurre il costo di un'eventuale crisi, nel caso in cui tali operazioni preventive risultino essere meno onerose rispetto ad una semplice “*suppliance*” di risorse a copertura dei depositi.

Infine per garantire il vitale apporto di liquidità alle imprese bancarie in “stato di illiquidità”, ma non di insolvenza, è stato previsto il cosiddetto “Credito di Ultima Istanza” (ELA⁵) finalizzato a garantire la continuità dell'attività tramite la predisposizione di risorse per far fronte alle esposizioni a breve e ad evitare il “rischio sistemico” derivante dal “*default*” di un intermediario, soprattutto se di rilevanti dimensioni.

⁵ Ovvero “*Emergency Liquidity Assistance*” anche detto “*Credit of Last Resort*”, derivante dal termine francese “*dernier ressort*”.

1.1 - La Crisi

Nozione e ragioni alla base della specialità.

“Sottoporre le situazioni di crisi delle banche e dei gruppi bancari a speciali procedure costituisce un elemento comune alla maggioranza dei paesi industrializzati e finanziariamente avanzati⁶, e deriva dalla necessità di coniugare il carattere di impresa dell’attività bancaria e la connessa autonomia dell’imprenditore bancario nelle scelte strategiche, organizzative ed operative, con un sistema di controlli pubblici la cui necessità deriva dall’interesse pubblico connesso agli obiettivi di stabilità, efficienza e competitività del sistema.”⁷

“La specialità del comparto bancario è generalmente ricondotta alla circostanza che le banche operano in un settore, fondato su un elemento molto delicato e fragile, la fiducia nel soggetto che esercita l’attività.”⁸

La genesi della crisi di un intermediario bancario può discendere da una serie di motivazioni quali illiquidità, irregolarità nella gestione, squilibri patrimoniali ma anche a causa di una seria perdita di fiducia dei depositanti nei confronti della solvibilità ed affidabilità dell’impresa.

Quest’ultima, agendo all’interno di un contesto di strutturale fragilità finanziaria patrimoniale ed economia, è tendenzialmente più esposta alle crisi rispetto ad

⁶ Si notano principalmente due modelli; il primo (adottato in paesi quali Francia, Regno Unito, Spagna e Germania) non differisce così fortemente dal modello civilistico e riconosce in capo all’autorità di vigilanza il potere di richiedere l’attivazione della procedura condotta, però, dall’autorità giudiziaria; il secondo (adottato in Italia, Canada, USA, Grecia, Portogallo) vede le procedure attribuite alle stesse autorità di vigilanza, con alcuni controlli affidati all’autorità giudiziaria.

⁷ Banche, Assicurazioni e Gestori di Risparmio - Prosperetti, Colavolpe - IPSOA - Parte VII - Sezione I - pag. 1215

⁸ Il governo della banche in Italia - Giappichelli - “Le crisi bancarie” di Monica Parrella - pg. 595

altre imprese⁹; anche le stesse modalità di manifestazione e progressione tendenzialmente accelerata della crisi differiscono rispetto a quanto avviene per le normali imprese vista la celerità nel passaggio dalla illiquidità all'insolvenza.¹⁰ La crisi dell'impresa bancaria accentra numerosi e più ampi interessi rispetto a quelli, limitati alla tutela del ceto creditorio, protetti nei casi di crisi di altre tipologie di imprese; "stabilità finanziaria", "liquidità del mercato", "fiducia nell'intermediazione finanziaria", sono oggetto di amplissime tutele connesse alla volontà di limitare le gravi fluttuazioni dettate e l'alta probabilità di contagio che caratterizza tale mercato, fortemente interconnesso¹¹.

Gli obiettivi perseguiti dal legislatore si differenziano anche in base alla intrinseca gravità della crisi:

- Nel caso di crisi reversibile, l'obiettivo principale della legislazione risulta essere la salvaguardia della "fiducia del mercato" nella capacità dell'istituto di adempiere alle proprie obbligazioni, così da evitare il verificarsi dell'evento temuto ovvero "*l'insolvenza*".
- Qualora invece la crisi sia ormai irreversibile, le speciali procedure previste dal TUB sono indirizzate a garantire un'ordinata gestione della liquidazione così da limitare le conseguenze di tipo sistemico.

Le crisi non condizionano unicamente il mercato bancario e le sue istituzioni ma influiscono e gravano pesantemente anche su imprese di altro genere. In un

⁹ Il passivo bancario è caratterizzato da un forte livello di *leverage*, ovvero di alto rapporto percentuale fra il capitale di equity ed il debito sottoscritto. A riguardo G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 33.

¹⁰ Il credito di ultima istanza in Europa - Federico De Tomasi, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2010 Cfr. P. Marullo Reedt, Principi Classici e ruolo attuale del credito di ultima istanza, in *Riv.Banc. 1992, p.31*

¹¹ Sul punto vd. *Le Crisi Bancarie* in *Il governo delle banche in Italia*, Monica Parrella, Giappichelli - Torino

sistema finanziario bancocentrico”¹², come quello italiano, maggiore è la crisi del sistema principale di approvvigionamento dello strato produttivo maggiore sarà l’incidenza negativa sull’economia reale nel suo complesso.

Per le varie ragioni sopra esposte si è resa necessaria la predisposizione di strumenti di salvaguardia della stabilità complessiva del sistema finanziario; le “*safety nets*”¹³ (reti di salvataggio).

Aspetto negativo della predisposizione di tali strumenti è l’aumento esponenziale del cosiddetto “*moral hazard*”¹⁴ degli amministratori. Per ovviare a tali problematiche, divenuti evidenti e gravissime in seguito alla crisi dei “mutui subprime” (vd Crisi del 2007) si è provveduto allo sviluppo di varie soluzioni di tipo patrimoniale e regolamentare, rinvenibili nelle statuizioni di BASILEA III (secondo pilastro)¹⁵.

1.2 - La Regolamentazione e la *early intervention*

La regolamentazione in materia di crisi bancarie è contenuta all’interno del Testo Unico Bancario oggetto di numerosi successivi interventi modificatori¹⁶

¹² Sul punto vd. *Diritto Bancario* - Brescia Morra C. *Il diritto delle banche*, Il Mulino, 2012

¹³ Letteralmente *Reti di Salvataggio* ovvero gli strumenti previsti dal legislatore al fine di gestire ordinatamente, tamponare e limitare le conseguenze di tipo sistemico derivanti dalla crisi di un intermediario bancario.

¹⁴ Il “*Moral Hazard*”, azzardo morale, si ha laddove gli operatori economici possano sentirsi incentivati a intraprendere comportamenti eccessivamente rischiosi, allorché possano contare su una significativa probabilità che i costi associati a un eventuale esito negativo delle loro azioni ricadano sulla collettività (interventi di salvataggio pubblico) o su altri operatori o categorie di operatori. Ad esempio, una politica di intervento delle autorità per salvare imprese a rischio di fallimento potrebbe indurre gli operatori a finanziare progetti eccessivamente rischiosi, nell’ottica di realizzare i benefici in caso di successo, e di affidarsi all’intervento dello stato in caso contrario.

¹⁵ n merito vd. Brescia Morra C., *Il diritto delle banche*, pg. 122/123 Il Mulino, 2012

¹⁶ D. lgs. 23 Luglio 1996, n. 415 (art 64.) - Coordinamento con la disciplina dell’intermediazione mobiliare. Legge 1° Marzo 2002, n. 39 - estensione disciplina istituti di moneta elettronica
D. lgs. 4 dicembre 1996, n. 659 - recepimento direttiva 19/1994 CE - sistema garanzia depositi

e di diffuso apprezzamento grazie alla duttilità e flessibilità (specialmente in tema di pluralità di obiettivi perseguiti) che ne hanno consentito svariate applicazioni, anche a situazioni inizialmente non contemplate dal legislatore stesso.

Il modello Italiano di regolazione e funzionamento del sistema bancario, in generale, è caratterizzato dal permeante ruolo riconosciuto all'autorità, Banca d'Italia, alla quale sono stati attribuiti compiti di Vigilanza e compiti di "*resolution*"; la notevole indipendenza riconosciutale le garantisce un ruolo determinante a partire dai controlli (in merito ai requisiti patrimoniali, alla corporate governance ecc) fino alla gestione dei passaggi fondamentali della crisi di un intermediario finanziario.

La nozione di crisi in ambito bancario, come detto, ha un perimetro molto ampio ed arriva ad includere anche "*l'insolvenza*", definita come "*l'incapacità di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni*" (art. 5 Legge Fallimentare), tale stato rappresenta il presupposto delle procedure fallimentari secondo le previsioni civilistiche, applicabili a tutte le tipologie di imprese.

Le scelte del legislatore sono, in ogni caso, indirizzate alla prevenzione della situazione su descritta tramite strumenti "*early intervention*", mezzi di intervento preventivo accessibili ex art. 53 co. 3 TUB¹⁷. Quest'ultimi si differenziano in base alla gravità dell'anomalia riscontrata, dalla Banca d'Italia, e sono attivabili in caso di mancato rispetto delle regole prudenziali, in caso di scelte gestionali non coerenti con la situazione economica-patrimoniale

D. lgs. 9 Luglio 2004, n. 197 - recepimento direttiva 24/2001/CE - risanamento e liquidazione delle banche

¹⁷ Tali strumenti hanno il loro antecedente nell'art. 34 l.b, che prevedeva la possibilità di chiudere sportelli per cattivo funzionamento o per garantire migliore gestione dell'articolazione territoriale della banca. Attualmente la disciplina riguardo tali strumenti si basa sui presupposti oggettivi previsti dall'amministrazione straordinaria, rispetto ai quali sussiste semplice differenziazione in merito alla gradazione della gravosità.

dell'impresa bancaria o, infine, a causa di una perdurante mancata redditività della gestione imprenditoriale.

Gli stessi sono divisibili in tre categorie:

1. *Preventivi*: Invio di lettere di intervento con oggetto la convocazione degli organi collegiali e recanti proposte di assunzione di precise decisioni,
2. *Correttivi*: Misure specifiche, anche individuali ed imposte in ottica prudenziale, consistenti nell'imposizione di restrizioni operative, della struttura territoriale o della distribuzione di utili,
3. *Straordinari*: Divieto di intraprendere nuove operazioni o ordine di chiusura di succursali.

Suddette operazioni di “*intervento precoce o preventivo*” vengono attivate solo qualora l'ente creditizio non abbia autonomamente provveduto alla predisposizione di una serie di attività finalizzate a ridurre gradualmente le anomalie stesse¹⁸.

¹⁸ Ciò in quanto il legislatore ha voluto preservare “il libero esercizio dell'attività imprenditoriale” fin quando possibile.

LE NORME DEL TESTO UNICO BANCARIO

Amministrazione straordinaria

Articolo 70

1. Il Ministro dell'economia e delle finanze (1), su proposta della Banca d'Italia, può disporre con decreto lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo delle banche quando: a) risultino gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività della banca; b) siano previste gravi perdite del patrimonio; c) lo scioglimento sia richiesto con istanza motivata dagli organi amministrativi ovvero dall'assemblea straordinaria.

“L'amministrazione straordinaria delle banche può essere definita come una gestione temporaneamente sostitutiva dell'impresa, attuata sotto la supervisione di un organo di pubblico controllo. In quanto tale, essa consente il perseguimento di molteplici obiettivi, quali l'accertamento della situazione aziendale, la rimozione delle irregolarità e la ricerca di soluzioni idonee al superamento dello stato di crisi.”¹⁹

L'amministrazione straordinaria fu inizialmente considerata quale “*sanzione amministrativa*” per i comportamenti illegittimi assunti dagli amministratori “*in violazione di disposizioni amministrative, legislative e statutarie*”,

¹⁹ “*La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*” pg. 879 - *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari* - Capolino - Coscia - Galanti - Cedam

successivamente ritenuta quale “*provvedimento cautelare*” finalizzato alla protezione dei creditori ed, infine, trasformata in “*strumento indirizzato all’integrazione dell’organo amministrativo*”;

Non era prevista dalla legge bancaria del 1926 e venne introdotta tramite nel nostro ordinamento dalla legge bancaria del 1936/38.

La stessa si estende a tutti gli istituti di credito (banche), ai gruppi bancari, agli intermediari finanziari, agli istituti di moneta elettronica ed agli istituti di pagamento.

1.3 - Presupposti Oggettivi

L’amministrazione Straordinaria, a norma dell’art. 70 c.1 del TUB, viene disposta dal Ministro dell’economia, su proposta della Banca d’Italia, nei seguenti casi:

1. Gravi irregolarità nell’amministrazione
2. Previste gravi perdite del patrimonio
3. Richiesta, motivata, degli organi amministrativi

Il D.L n.155 del 2008²⁰, promulgato durante le fasi caldissime della Crisi, estese l’applicabilità di tale procedura anche “*in presenza di una grave crisi di banche o di gruppi bancari italiani, anche di liquidità, che possa recare pregiudizio alla stabilità del sistema finanziario.*”

La dottrina ha ripetutamente sottolineato la forte discrezionalità di cui gode la Banca d’Italia²¹ (viste le difficoltà valutative connesse a parametri così stringenti in settori delicati e mutevoli come le “crisi bancarie”). Tale autonomia non permette, in alcun modo, scelte arbitrarie poste in essere dall’autorità stessa;

²⁰ Convertito dalla L. n. 190/2008, con scadenza in data 31 Dicembre 2009.

²¹ Autorità di Vigilanza e Risoluzione.

quest'ultima infatti è tenuta al rispetto delle previsioni contenute all'interno dell'art. 70 TUB, potendo proporre l'attivazione dell'amministrazione straordinaria solo al verificarsi delle suddette condizioni e non potendo, inoltre, esimersi dalle necessarie valutazioni, in merito alla sussistenza delle condizioni previste, anche nel caso in cui la richiesta provenga direttamente dagli organi amministrativi dell'istituto creditizio (ex art. 70 c.1 L.c).

In merito alle *“gravi irregolarità nell'amministrazione o gravi violazioni legislative, amministrative o statutarie”* è necessaria un'approfondita analisi finalizzata a comprendere correttamente gli ambiti di applicazione, i limiti e la reale portata di tali *“irregolarità/violazioni”*;

In primis, per quanto riguarda le *“gravi irregolarità nell'amministrazione”*, pare sufficiente il verificarsi (per lo scioglimento degli organi amministrativi e di controllo) di situazioni che causino una *“grave disfunzione oggettiva nell'esercizio dell'attività”*.

In secundis maggiore complessità si riscontra nella valutazione di quale atto possa comportare *“grave violazione delle norme legislative, amministrative e statutarie”*. Responsabili di tali violazioni possono essere considerati non solo gli organi amministrativi o gestionali ma anche organi diversi; anche deliberazioni assembleari, ed in generale l'assemblea stessa, possono determinare siffatte violazioni. Tale responsabilità assembleare è inoltre riconducibile alla previsione, al momento dell'attivazione dell'amministrazione straordinaria, (ex art.70 c.2 T.U.B) della decadenza degli organi di governo e dalla sospensibilità degli assembleari.

Abbisogna, in tale situazione, chiarire che non tutte le violazioni perpetrate, anche se gravi, alle previsioni statutarie o alla legge giustificano la proposta di

scioglimento degli organi amministrativi in quanto le suddette violazioni devono far riferimento a norme amministrative, legislative o statutarie che abbiano una “*direct relationship*” con la gestione d’impresa; ovvero norme regolatrici “*dell’attività bancaria.*”

Le gravi irregolarità sono le seguenti:

- *Mancato rispetto di criteri prudenti nell’esercizio delle funzioni gestionali (es. concessione del credito e valutazione merito creditizio)*
- *Conflitti interni agli organi gestionali tali da non permettere un perfetto funzionamento dell’organo stesso*
- *Autonomia gestionale interna della banca minata da influenze esterne che violano l’integrità della gestione*

Per quanto riguarda “*le gravi perdite del patrimonio*” le stesse non debbono obbligatoriamente essere collegate con le violazioni suddette, ma possono essere valutazione prospettica di mala o poco efficiente gestione, inoltre non debbono essersi forzatamente verificate, in quanto l’amministrazione straordinaria può essere disposta anche qualora le “gravi perdite” risultino essere “presunte” (con un alto grado di certezza) ma non ancora accorse.

1.4 - Organi della procedura: nomina, poteri e funzionamento.

Come già ricordato l’amministrazione straordinaria viene disposta in seguito a decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze, su proposta della Banca d’Italia, che dispone “*lo scioglimento degli organi di amministrazione e di controllo della banca*”, in base al modello scelto dall’istituto stesso;

- Modello Classico S.P.A → Consiglio di Amministrazione e Collegio Sindacale
- Sistema Monistico → Consiglio di Amministrazione e Comitato di Controllo
- Sistema Dualistico → Consiglio di Gestione e Consiglio di Sorveglianza

Come già ricordato il decreto, adeguatamente motivato in base alle prescrizioni ex art. 70 c. 2²², dispone non soltanto lo scioglimento degli organi amministrativi e di controllo della banca ma anche la sospensione dell'assemblea dei soci.

Successivamente all'emissione del decreto la Banca d'Italia, ex art. 71 comma 1, nomina:

- a. Uno o più commissari straordinari
- b. Un comitato di sorveglianza composto da tre fino a cinque membri.

Tali soggetti debbono possedere, ex art. 15 D.Lgs. 4/08/1999 n. 342²³ i “*requisiti di onorabilità*”²⁴ previsti dall'art. 26 del Testo Unico.

La Banca d'Italia, inoltre, ex c. 5 art. 71 TUB, può provvedere a nominare²⁵, pro tempore, commissario provvisorio un proprio funzionario con le medesime mansioni previste dai commi precedenti dello stesso articolo, in attesa della nomina e della prese di funzioni degli organi straordinari.

²² Contro il quale è sempre possibile esperire ricorso presso il TAR competente per Incompetenza violazione di legge ed eccesso di potere.

²³ Che ha aggiunto un sesto comma all'art. 71 T.U.B

²⁴ Art. 26, c. 1 T.U.B. - I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche devono possedere i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza (3) stabiliti con regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze (4) adottato, sentita la Banca d'Italia, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

²⁵ Nei casi di maggiore urgenza.

Articolo 72

(Poteri e funzionamento degli organi straordinari)

1. I commissari esercitano le funzioni ed i poteri di amministrazione della banca. Essi provvedono ad accertare la situazione aziendale, a rimuovere le irregolarità ed a promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti. Le disposizioni del codice civile, statutarie o convenzionali relative ai poteri di controllo dei titolari di partecipazioni non si applicano agli atti dei commissari. In caso di impugnazione delle decisioni dei commissari, i soci non possono richiedere al tribunale la sospensione dell'esecuzione delle decisioni dei commissari soggette ad autorizzazione o comunque attuative di provvedimenti della Banca d'Italia. I commissari, nell'esercizio delle loro funzioni, sono pubblici ufficiali (3). 2. Il comitato di sorveglianza esercita le funzioni di controllo e fornisce pareri ai commissari nei casi previsti dalla presente sezione o dalle disposizioni della Banca d'Italia.

Il T.U.B, all'articolo 72, si occupa di regolamentare l'amministrazione straordinaria disponendo in merito alle mansioni dei commissari, agli obiettivi da perseguire ed al ruolo del comitato di sorveglianza, controllore dell'operato e

dell'andamento delle operazioni disposte dai commissari straordinari e consulente nei casi previsti ex art. 72 e seguenti.

In caso di pluralità di commissari, vista anche la funzione a rilevanza pubblica svolta, si applica la normativa prevista per il funzionamento dei collegi amministrativi: il metodo collegiale, con possibilità di delibera anche qualora non tutti i commissari siano presenti.

Fra gli stessi commissari può avvenire, siccome le ragioni alla base della plurinominale sono da ricondursi alla pleora dei compiti da svolgere e non alla pluralità degli interessi rappresentati, una suddivisione dei compiti gestori, sempre circoscritti dalla responsabilità collegiale. In tal senso dispone anche l'art. 72 c. 7 del T.U.B che precisa *“è fatta salva la possibilità di conferire deleghe che, per altro, non pare possano ridurre il dovere degli altri commissari alla mera vigilanza sul delegato”*.

La Banca d'Italia ha sempre la facoltà, ex art. 71 c.3 del TUB, di provvedere alla revoca ed alla sostituzione sia dei commissari, sia dei componenti del comitato.

1.5 - Funzioni e mansioni.

Originariamente l'art. 72 c.1 del TUB attribuiva ai commissari straordinari l'esercizio delle *“funzioni e dei poteri dei disciolti organi amministrativi della banca”* ma , successivamente alla riforma del diritto societario D. Lgs. 6 del 17/1/2003, l'attribuzione suddetta è stata eliminata e sostituita, riconoscendo ai commissari l'esercizio *“dei poteri e le funzioni di amministrazione della banca”*.

Il compito principale dei Commissari consta nel gestire la banca in sostituzione degli organi disciolti, con il *“mantenimento della normale operatività della banca stessa”*; La Banca d'Italia ha la facoltà di statuire, tramite l'utilizzo di apposite

istruzioni vincolanti, *“speciali cautele e limitazioni nella gestione della banca”* finalizzate al raggiungimento dei vari obiettivi perseguiti dai commissari.

Questi ultimi svolgono tre diverse funzioni:

1. *“Funzione Ispettiva”* - Finalizzata all'accertamento della reale situazione patrimoniale dell'istituto bancario ed al superamento della situazione di crisi, tramite l'ottenimento di una visione complessiva delle ragioni che abbiano determinato il verificarsi di siffatta situazione di difficoltà.
2. *“Funzione di risanamento”* - rimozione delle irregolarità mediante eliminazione dei fattori di crisi, di natura patrimoniale o meno.
3. *“Promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti”* - Iniziative non assumibili autonomamente dai Commissari, che necessitano della convocazione dell'assemblea; ad esempio *“l'esercizio dell'azione di responsabilità contro i membri dei disciolti organi amministrativi e di controllo, ed il direttore generale”*²⁶ oppure contro il *“revisore legale dei conti”*.

Il comitato di Sorveglianza svolge un ruolo residuale ma non meno rilevante, ovvero:

1. Esercizio delle funzioni di controllo - Vigilanza in merito alle attività svolte dai commissari.
2. Attività di consulenza - Fornitura di pareri (non vincolanti) ai commissari nei casi previsti dal T.U.B o dalla normativa di Banca d'Italia.

Lo stesso, inoltre, nomina un presidente e delibera a maggioranza dei componenti in carica con, in caso di parità di voto, prevalenza del voto presidenziale.

²⁶ In tal caso è sempre necessaria l'autorizzazione della Banca d'Italia.

1.6 - Bilancio

Particolarmente interessanti sono le previsioni in merito al bilancio d'esercizio che si differenziano in base alla chiusura dello stesso prima dell'inizio della procedura o dopo della stessa;

1. Bilancio ultimo esercizio pre-procedura - Qualora non approvato i commissari non possono né debbono convocare l'assemblea affinché la stessa provveda, ma depositano presso l'Ufficio del registro delle imprese un documento sostitutivo, recante le informazioni patrimoniali, redatto in base alle informazioni accessibili ed accompagnato da un rapporto del comitato di sorveglianza.
2. Esercizio in corso all'inizio della procedura - Si protrae fino alla conclusione della procedura stessa. Il bilancio, comunque redatto, viene approvato dalla Banca d'Italia e non dall'assemblea, in quanto sospesa, entro 4 mesi dalla conclusione della procedura per poi essere, successivamente, reso pubblico a norma di legge.

In entrambi i casi si rende comunque necessaria e doverosa l'autorizzazione del Comitato di Sorveglianza.

1.7 Durata, fasi iniziali, finali ed obiettivi procedura.

L'amministrazione straordinaria ha una durata massima di dodici mesi, ed è autorizzata, come detto, dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia. La stessa è rinnovabile per un massimo di 6 mesi, con proroghe bimestrali, in casi di "eccezionale gravità"; E' inoltre possibile richiedere un'ulteriore proroga (oltre i 18 mesi), una tantum e della durata di due mesi, per il completamento degli adempimenti finali direttamente collegati alle autorizzazioni precedenti.

I commissari straordinari prendono in consegna l'azienda, ex art. 73 c.1 T.U.B, tramite un sommario processo verbale ed, una volta entrati in funzione, redigono un'approfondita analisi della situazione contabile dell'istituto bancario.

L'amministrazione straordinaria si pone un duplice obiettivo, distinto in base alle risultanze dell'attività di analisi posta in essere dai commissari:

1. Risanamento dell'impresa bancaria - Nei casi di crisi "*risolvibile*" l'attività dei commissari è finalizzata a ricostituire il patrimonio e, in generale, ad eliminare le irregolarità che abbiano determinato le violazioni previste ex art. 70 c.1 TUB.
2. Gestione ordinata e preparazione per la liquidazione - Nei casi in cui i commissari, in seguito alle risultanze delle analisi contabili svolte, comprendano l'evidente impossibilità di "recupero" dell'istituto bancario, accertano l'esistenza e vagliano la fattibilità di soluzioni alternative finalizzate a salvaguardare il complesso aziendale, anche qualora la banca sia destinata alla liquidazione, coatta o volontaria che sia.

Allo spirare del termine, eventualmente prorogato, l'amministrazione straordinaria puo' concludersi secondo due modalità:

1. Crisi risolta - Ricostituzione degli organi sociali e convocazione assemblea affinché provveda alla nomina degli stessi, con annessa restituzione dell'azienda agli organi di nuova nomina.
2. Crisi non risolta - Disposizione degli adempimenti necessari per la liquidazione coatta amministrativa, con annessa sostituzione degli organi amministrativi con quelli della liquidazione.

1.8 - Adempimenti Finali

Alla conclusione dell'amministrazione, qualunque sia il risultato finale, si rendono necessari alcuni adempimenti formali; in primis sia i Commissari, sia i membri del comitato di sorveglianza debbono procedere alla redazione di rapporti separati in merito all'attività svolta ed al loro inoltro alla Banca d'Italia. In secundis si procede, in coordinamento, alla redazione del "bilancio di chiusura" dell'amministrazione straordinaria, che va dalla chiusura del periodo precedente alla procedura fino alla conclusione della stessa, con una durata difficilmente inferiore all'anno.

1.9 - La gestione provvisoria

Talvolta le tempistiche necessarie per l'attivazione dell'amministrazione straordinaria risultano incompatibili con la situazione di grave turbolenza che affligga un istituto bancario. La tempestività dell'intervento può risultare determinante, tanto da spingere il legislatore a prevedere l'istituto della "gestione provvisoria", attivabile nei casi di maggiore gravità ed emergenza, con scopi prettamente cautelari ed ispettivi.

La Banca d'Italia, ex art. 76 c. 1 T.U.B, può nominare, per la durata massima di 60 giorni²⁷, uno o più commissari provvisori anche fra i propri dipendenti sospendendo l'attività degli organi amministrativi e di sorveglianza. Una delle principali differenze rispetto all'amministrazione straordinaria risiede nella sospensione degli organi amministrativi e di sorveglianza, rispetto alla procedura straordinaria nella quale si procede alla loro rimozione ed alla salvaguardia dell'organo assembleare che mantiene, fino alla conclusione della "gestione provvisoria", i propri poteri.

Tale procedura ha subito, nel corso del tempo, varie rivisitazioni finalizzate ad ampliarne i contorni applicativi; la modifica più rilevante risulta essere quella apportata dall'art. 16 del D. Lgs. n.342 dell'Agosto 1999 che ha provveduto ad avvicinare, in maniera rilevante, la disciplina della "gestione provvisoria" a quella prevista per l'amministrazione straordinaria: In primis ha ampliato la pletora di soggetti nominabili come "gestori provvisori" includendo anche individui esterni alla Banca d'Italia, in secundis ha annesso alla disciplina "*la sospendibilità dei pagamenti*" e la "*restituzione degli strumenti finanziari.*"

La durata di tale speciale intervento non può, in nessun caso, essere superiore ai 60 giorni.

1.10 - La sospensione dei pagamenti

L'amministrazione straordinaria è un provvedimento che influisce sugli equilibri interni e sul funzionamento amministrativo ed organizzativo di un istituto di credito; tendenzialmente tale soluzione, quindi, non regola, né interviene sui rapporti esterni della Banca in crisi.

²⁷Qualora sussistano le condizioni previste ex art. 70 del Testo Unico Bancario.

L'art. 74 del T.U.B tratta la sospensione dei pagamenti²⁸ ed ha previsto che tale provvedimento assuma natura del tutto eventuale ed sia consentito solo qualora sussistano circostanze eccezionali e con il solo scopo di *“tutelare gli interessi dei creditori”*, a causa della *“difficilissima conciliazione fra la sospensione dei pagamenti e la volontà di mantenere in vita l'azienda”*²⁹. La particolarità del provvedimento è ulteriormente confermata dalle precauzioni che l'accompagnano e, soprattutto, dalla limitatissima durata dei suoi effetti;

I commissari possono procedere all'assunzione del provvedimento solo dopo aver sentito il comitato di sorveglianza e, in particolare, successivamente all'autorizzazione della Banca d'Italia che detta le disposizioni attuative del provvedimento.

Lo stesso non può avere una durata superiore ai 30 giorni, con possibilità di proroga per ulteriori 60 solo in seguito ad ulteriore autorizzazione, ed ha quale effetto principale la *“sospensione del pagamento delle passività di qualsiasi genere”*,³⁰ ovvero *“divieto assoluto ai Commissari di provvedere al pagamento*

²⁸ 1. Qualora ricorrano circostanze eccezionali i commissari, al fine di tutelare gli interessi dei creditori, possono sospendere il pagamento delle passività di qualsiasi genere da parte della banca ovvero la restituzione degli strumenti finanziari ai clienti relativi ai servizi previsti dal decreto legislativo di recepimento della direttiva 93/22/CEE (1). Il provvedimento è assunto sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia, che può emanare disposizioni per l'attuazione dello stesso. La sospensione ha luogo per un periodo non superiore ad un mese, prorogabile eventualmente, con le stesse formalità, per altri due mesi. 2. Durante il periodo della sospensione non possono essere intrapresi o proseguiti atti di esecuzione forzata o atti cautelari sui beni della banca e sugli strumenti finanziari dei clienti. Durante lo stesso periodo non possono essere iscritte ipoteche sugli immobili o acquistati altri diritti di prelazione sui mobili della banca se non in forza di provvedimenti giudiziali esecutivi anteriori all'inizio del periodo di sospensione. 3. La sospensione non costituisce stato d'insolvenza.

²⁹ Renzo Costi - *L'ordinamento bancario - 2012 - Capitolo XII - La disciplina della crisi* - pg 831

³⁰ L'art. 64, 9° comma, D.lgs. 23 Luglio 1996, n. 415, ha esteso tale regime anche alla *“restituzione degli strumenti finanziari ai clienti”*.

di qualsivoglia genere di credito ed ai creditori di richiedere il pagamento degli stessi.³¹”

La liquidazione coatta amministrativa

Art. 80

1. Il Ministro dell'economia e delle finanze (2), su proposta della Banca d'Italia, può disporre con decreto la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e la liquidazione coatta amministrativa delle banche, anche quando ne sia in corso l'amministrazione straordinaria ovvero la liquidazione secondo le norme ordinarie, qualora le irregolarità nell'amministrazione o le violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie o le perdite previste dall'articolo 70 siano di eccezionale gravità.

2. La liquidazione coatta può essere disposta, con il medesimo procedimento indicato nel comma 1, su istanza motivata degli organi amministrativi, dell'assemblea straordinaria, dei commissari straordinari o dei liquidatori.

³¹ L'art. 74 del T.U.B. non chiarisce se la sospensione dei pagamenti riguardi unicamente quelli sorti prima del provvedimento di amministrazione straordinaria o se riguardi anche quelli nati successivamente allo stesso.

L'art. 80 del Testo unico Bancario regola la sottoponibilità degli istituti di credito a liquidazione coatta amministrativa, tramite la nomina di uno o più commissari liquidatori³², incaricati di provvedere alla cessione della totalità dei *“rapporti d'impresa”* ed *“all'estinzione”* dell'ente.

Tale procedura, così come sottolineato dal sesto comma del medesimo articolo, è l'unica prevista per gli istituti creditizi, in quanto non si applicano le altre procedure concorsuali³³.

Il T.U.B. sancisce, ove compatibili, l'estendibilità delle previsioni generali della legge fallimentare alla suddetta procedura.

La disciplina prevista dal testo unico regolamenta numerosi aspetti fra i quali:

- Presupposti
- Organi
- Regole per l'accertamento del passivo e la liquidazione dell'attivo
- Gli effetti dell'apertura della procedura sull'istituto bancario e gli effetti sui rapporti giuridici pre-esistenti
- Le modalità di avvio e conclusione della procedura

³² Articolo 81 (Organi della procedura) 1. La Banca d'Italia nomina: a) uno o più commissari liquidatori; b) un comitato di sorveglianza composto da tre a cinque membri, che nomina a maggioranza di voti il proprio presidente. 2. Il provvedimento della Banca d'Italia e la delibera di nomina del presidente del comitato di sorveglianza sono pubblicati per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Entro quindici giorni dalla comunicazione della nomina, i commissari depositano in copia gli atti di nomina degli organi della liquidazione coatta e del presidente del comitato di sorveglianza per l'iscrizione nel registro delle imprese (1). 3. La Banca d'Italia può revocare o sostituire i commissari e i membri del comitato di sorveglianza. 4. Le indennità spettanti ai commissari e ai componenti il comitato di sorveglianza sono determinate dalla Banca d'Italia in base ai criteri dalla stessa stabiliti e sono a carico della liquidazione.

³³ sottrazione all'applicazione al fallimento, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, al concordato preventivo, piani di risanamento giudiziali e gli accordi stragiudiziali con i creditori (introdotte dalle riforme 2005-2006)

Il Ministro dell'Economia e delle Finanze, su proposta della Banca d'Italia, dispone, con decreto *“la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e la liquidazione coatta amministrativa delle banche”*³⁴ nei seguenti casi:

1. Irregolarità nell'amministrazione ovvero violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie di “eccezionale gravità”
2. Perdite di patrimonio di eccezionale gravità
3. Intervenuto accertamento giudiziale dello stato di insolvenza

Tale decreto è diretta conseguenza di un giudizio di sopravvenuta inidoneità dell'ente ad esercitare l'attività ed è finalizzato all'espulsione dell'azienda dal mercato con un'ordinata gestione dei rapporti giuridici ad essa facenti capo. Tale valutazione, di chiara natura sanzionatoria, è rimessa alla Banca d'Italia la quale gode di una forte discrezionalità, in parte limitata dalla sussistenza delle suddette condizioni.

Non sempre la proposta di liquidazione coatta amministrativa risulta essere connessa ad un'accertata condotta illegittima o inefficiente ma può benissimo essere disposta in base a circostanze obiettive che rendano il soggetto inidoneo all' *“esercizio dell'attività bancaria”*, e che non risultino essere risolvibili tramite l'attivazione di misure di *“early intervention”* o con *“l'amministrazione straordinaria”* dell'ente.

2.1 - Provvedimento di liquidazione

³⁴ La proposta della Banca d'Italia, conclusiva della fase istruttoria del procedimento, può essere considerata obbligatoria, benchè il Ministro possa disporre diversamente. Allo stesso però non è riconosciuta la possibilità di provvedere all'emanazione di tale provvedimento di propria iniziativa.

La procedura di liquidazione coatta presuppone una crisi irreversibile. Viene attivata tramite decreto³⁵ del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, su proposta dei creditori, degli organi amministrativi o degli stessi Commissari straordinari.

L'autorità competente deve, doverosamente, provvedere all'emissione del decreto di liquidazione coatta amministrativa nel caso in cui l'insolvenza sia stata accertata dal tribunale del luogo di residenza dell'istituto bancario; l'art. 82 comma 1 sancisce, infatti, che *“se una banca non sottoposta a liquidazione coatta amministrativa si trova in stato di insolvenza il tribunale del luogo di residenza dell'istituto provvede, su richiesta di uno o più creditori, su istanza del pubblico ministero o d'ufficio, sentita la Banca d'Italia, a dichiarare lo stato d'insolvenza con sentenza in camera di consiglio”*.

L'ulteriore caso riguarda il comma 2 dell'art. 82 che, in conformità all'art. 202 l.fall, stabilisce che *“se una banca si trova in stato di insolvenza al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa e l'insolvenza non è stata dichiarata il tribunale del luogo di residenza dell'istituto di credito provvede, con sentenza in camera di consiglio, ad accertarne lo stato.”*

Una volta emesso il decreto dispiega quattro tipologie diverse di effetti:

1. Nei confronti della banca stessa
2. Nei confronti dei suoi creditori
3. Sui rapporti preesistenti
4. Sugli atti pregiudizievoli ai creditori

³⁵ Ricorribile presso la giustizia amministrativa esclusivamente per legittimità sostanziale.

Si rende inoltre necessario ed impellente individuare l'inizio del decorso di tali effetti, chiarendo come, in base al tipo di interesse in esame, il decorso di questi ultimi possa effettivamente variare.

In base ai contenuti dell'art. 83 T.U.B. in merito a *“sospensione dei pagamenti e restituzioni, divieto di azioni contro la banca”* ecc; le conseguenze del decreto non si producono fin dalla sua emanazione, ma successivamente, ovvero *“dalla data di insediamento degli organi liquidatori e comunque dal terzo giorno successivo alla data di adozione del provvedimento”* del Ministro per due fondamentali ragioni:

1. In primis la conservazione degli effetti dei pagamenti e delle restituzioni effettuate in concomitanza con la disposizione della liquidazione coatta amministrativa. L'esclusione dal mercato avviene dopo aver effettuato un efficace isolamento dell'intermediario dal mercato interbancario e dal sistema dei pagamenti.
2. In secundis la postposizione dell'interruzione dei rapporti giuridici persistenti, effetto consequenziale all'attivazione della procedura concorsuale, a dopo che i commissari abbiano potuto valutare l'eventuale opportunità di continuare l'attività d'impresa.

2.1.1 - Effetti nei confronti della Banca

Il provvedimento che sancisce la liquidazione coatta amministrativa determina varie tipologie di effetti diretti a limitare i seguenti ambiti di azione dell'istituto bancario:

1. Amministrazione & Organizzazione
2. Potere Dispositivo

- In merito agli effetti limitativi in tema di amministrazione e gestione l'art 80, al quinto comma (riprendendo i contenuti dell'art. 200 della legge fallimentare), dispone che *“dalla data di emanazione del decreto cessano le funzioni degli organi amministrativi, di controllo e assembleari, nonché di ogni altro organo della banca”*.

- In materia di potere dispositivo invece Il T.U.B, all'art. 83 al comma 1 & 2, dispone che *“dalla data di insediamento degli organi liquidatori, e comunque dal terzo giorno successivo alla data di emanazione del provvedimento che dispone la liquidazione coatta, sono sospesi il pagamento delle passività di qualsiasi genere e le restituzioni di beni ai terzi”*.

E' importante ricordare come, in funzione di protezione dell'attività di liquidazione stessa, il T.U.B disponga l'inattuabilità di alcuna azione, oltre all'opposizione allo stato passivo, insinuazione tardiva e impugnazione della documentazione finale di liquidazione, né la promozione di alcun atto di esecuzione forzata o cautelare.

Ulteriori effetti del provvedimento toccano direttamente i rapporti pre-esistenti e sono rimessi completamente all'applicazione della disciplina prevista dalla legge fallimentare; Inizialmente quest'ultima veniva pedissequamente applicata, con consequenziale scioglimento di tutti i rapporti fra terzi ed istituto bancario quali, ad esempio, *“rapporti in conto corrente, servizi di incasso, apertura di credito ed anticipazione bancaria”*.

Successivamente alla modifica dell'art. 83, e con l'introduzione del quarto comma dell'art. 90, le disposizioni in materia sono state modificate, garantendo, qualora venga disposta la continuazione dell'esercizio dell'impresa entro il termine del terzo giorno successivo alla data di emanazione del decreto di

liquidazione coatta amministrativa la salvaguardia di tutti i rapporti giuridici preesistenti.

2.1.2 - Effetti nei confronti dei creditori

L'art. 83 dispone anche l'applicabilità, *“dalla data di insediamento degli organi liquidatori e comunque dal terzo giorno successivo alla data di adozione del provvedimento”*, delle disposizioni del titolo II, capo III, sezione II e sezione V della legge fallimentare che regolano *“gli effetti del fallimento nei confronti dei creditori”*, precisando come non possa essere promossa alcuna azione [salvo quelle di opposizione allo stato passivo, insinuazione tardiva e impugnazione della documentazione finale di liquidazione] né promosso alcun atto di esecuzione forzata o cautelare.

2.1.3 - Effetti nei confronti dei rapporti pre-esistenti

Gli effetti derivanti dal provvedimento sono interamente rimessi alla disciplina della legge fallimentare³⁶.

A norma dell'art. 78 l. fall si scioglieranno *“i contratti di conto corrente bancario e i rapporti inerenti ai servizi di incasso degli effetti, contratti di apertura di credito e di anticipazione bancaria³⁷³⁸”*.

³⁶ Titolo II, Capo III Sezione IV della legge fallimentare che regola gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti (artt. 72-83).

³⁷ Che si sciolgono per la “messa in liquidazione dell'azienda”.

³⁸ Tali principi valgono anche nei rapporti della Banca con la Banca Centrale: scioglimento conto corrente e rapporto di anticipazione sui titoli.

2.1. 4 - Atti pregiudizievoli ai creditori

Nel caso in cui sia stato giudizialmente accertato lo stato di insolvenza trova applicazione, in base a quanto previsto dall'art. 203 l. fall., la disciplina prevista dall'art. 64 ss. l.fall. finalizzata alla *“regolazione degli effetti della dichiarazione di fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”*³⁹.

“Il commissario potrà esercitare le azioni revocatorie dirette a “rendere inefficaci nei confronti della massa creditoria gli atti compiuti dagli organi della banca che abbiano alterato la par condicio fra i creditori”.

40

2.2 - Lo stato di insolvenza

La disciplina in merito all'accertamento dello stato di insolvenza, sia preventivo che successivo alla messa in liquidazione dell'ente⁴¹, è contenuta nell'art. 82 del T.U.B.

Lo stato di insolvenza è dichiarato dal tribunale del luogo dove la banca ha “sede legale”⁴². La legittimazione a richiedere la dichiarazione di insolvenza differisce a

³⁹ Renzo Costi - L'ordinamento Bancario - pg. 856

⁴⁰ Renzo Costi - L'ordinamento Bancario - pg. 856

⁴¹ L'art. 82 c. 2 estende l'accertamento dello stato di insolvenza anche alle banche *“aventi natura pubblica”*.

⁴² A differenza di quanto previsto dall'art. 195 e 202 della Legge Fallimentare che si esprimono in senso di *“sede principale”*.

seconda che sia già intervenuta o meno l'emanazione del provvedimento di liquidazione; Nel caso in cui non sia stata ancora disposta la liquidazione coatta amministrativa può essere richiesta da:

1. Commissari straordinari (qualora l'istituto sia stato già sottoposto ad amministrazione straordinaria)
2. Creditori
3. Pubblico Ministero⁴³
4. Tribunale d'ufficio

In caso di dichiarazione successiva al provvedimento ai soggetti su elencati si aggiungono i commissari liquidatori con annessa esclusione dei creditori, in quanto gli interessi di quest'ultimi sono tutelati dagli organi della liquidazione.

2.3 - Gli organi della liquidazione

La Banca d'Italia nomina, così come sancito dall'art 81, con provvedimento:

1. Uno o più commissari liquidatori,
2. Un comitato di sorveglianza composto da 3 o 5 elementi

I commissari liquidatori, che assumono la veste di pubblici ufficiali, costituiscono l'organo attivo della procedura; rappresentano l'istituto bancario⁴⁴, esercitano le varie azioni a loro spettanti provvedendo alla protezione delle ragioni della banca stessa ed, infine, provvedono alla liquidazione..

La disciplina prevista in merito al voto risulta essere quasi del tutto corrispondente a quella prevista per l'amministrazione straordinaria con

⁴³ La cui iniziativa è prevista dalla legge fallimentare solo per l'ipotesi di dichiarazione successiva ex art. 202 L.F.

⁴⁴ In caso di presenza di più commissari si applica il regime della firma congiunta.

l'adozione del metodo collegiale⁴⁵; leggermente diversa risulta la normativa in merito alle deleghe che risultano essere più facilmente distribuibili, vista la mole lavorativa che siffatta procedura richiede. Permane, in ogni caso, un assoluto obbligo di vigilanza degli altri commissari sull'attività svolta dai propri colleghi. Infine viene riconosciuta la possibilità di una diretta collaborazione di terzi nello svolgimento di tale attività liquidatoria, oggetto di autorizzazione dalla Banca d'Italia, secondo due modalità:

- La prima prevede una diretta collaborazione del terzo, a spese della liquidazione, con uno dei commissari che, logicamente, assume tutte le responsabilità del caso
- La seconda, molto più rara, prevede una delega diretta a terzi esterni alla procedura in atto

Il comitato di sorveglianza, invece, assume un ruolo di vigilanza, assistenza, controllo e consulenza tramite l'emissione di pareri motivati nei casi previsti.

La Banca d'Italia possiede una posizione assolutamente centrale, fortemente indipendente e capace di condizionare profondamente lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa.

La stessa, visto il proprio ruolo di vigilante del sistema creditizio, non solo provvede a nominare, revocare e sostituire sia i commissari liquidatori sia i membri del comitato di sorveglianza, ma può emanare direttive per lo svolgimento della procedura e, infine, sancire che talune categorie di operazioni o

⁴⁵ Voto a maggioranza dei presenti.

atti siano attivabili solo in seguito a propria autorizzazione, e su parere del Comitato di sorveglianza⁴⁶.

Renzo Costi, ne “*L’ordinamento Bancario*”⁴⁷, sottolinea come il riconoscimento di tali poteri identifichi il ruolo assolutamente centrale alla Banca d’Italia la quale, tramite i commissari gestisce, dirige, revoca e condiziona la procedura stessa. Ulteriore elemento a supporto di tali statuizioni è da riconoscersi nella necessità che quasi tutti gli atti più significativi (oltre ad una pleora di operazioni) posti in essere dai commissari siano oggetto di valutazione ed autorizzazione da parte dell’Organo di vigilanza.

2.4 - Il procedimento di liquidazione

*“I commissari liquidatori si insediano prendendo in consegna l’azienda dai precedenti organi di amministrazione o di liquidazione ordinaria con un sommario processo verbale.”*⁴⁸.

Gli stessi, una volta insediatisi, provvedono all’acquisizione della situazione dei conti ed alla predisposizione di un inventario, in forte discontinuità con la precedente amministrazione.

La procedura si suddivide in due tipologie di fasi, le eventuali e le tipiche.

1. Sono definite *eventuali* quelle fasi che non debbono obbligatoriamente verificarsi e che sono oggetto di attivazione in base al caso concreto.

⁴⁶ Ciò determina l’assunzione di un ruolo di direzione della procedura di liquidazione, realizzata tramite i commissari che agiscono quali ‘fiduciari’ - Renzo Costi - *L’Ordinamento Bancario* - Capitolo XII pg. 858 - La Disciplina della Crisi - 2012 cfr. V. Bachelet, *l’attività di coordinamento nell’amministrazione pubblica dell’economia*, Giuffrè (1957) p. 184 - L’autorità di vigilanza era titolare di poteri decisivi cfr. Augenti G.P., *L’amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta delle aziende di credito*, CEDAM, 1938, p.355.

⁴⁷ R. Costi - *L’Ordinamento Bancario* - pg. 858 - Capitolo XII

⁴⁸ Art. 85 c. 1 del Testo Unico Bancario.

Fanno parte di questa tipologia “*l’esercizio provvisorio*” e la “*proposta di concordato*”.

2. Sono invece *tipiche* quelle attività alla base della stessa procedura di liquidazione coatta amministrativa. Fanno parte di tale categoria operazioni quali “*l’accertamento del passivo*” e la “*liquidazione dell’attivo*” con annessa distribuzione dei ricavi.

Della stessa, infine, deve essere data perfetta e precisa informazione tramite la predisposizione di una relazione annuale⁴⁹, depositata presso la Banca d’Italia, con annesso rapporto da parte del comitato di sorveglianza.

2.5 - L’accertamento del passivo

Così come previsto dalla legge fallimentare, anche nel caso della liquidazione degli istituti di credito, l’accertamento del passivo consta di due fasi:

1. Necessaria, di natura amministrativa, svolta dinanzi agli organi della procedura
2. Eventuale, di natura giurisdizionale, da svolgersi, eventualmente, dinanzi all’autorità giudiziaria.

2.5.1 - Fase Amministrativa

L’accertamento del passivo ha inizio tramite l’attività amministrativa dei commissari che provvedono, dopo aver preso coscienza delle scritture e dei documenti dell’impresa bancaria, alla comunicazione tramite lettera raccomandata, entro 30 giorni, ad ogni singolo creditore⁵⁰ delle proprie somme a

⁴⁹ Composta dai commissari.

⁵⁰ Fra quelli ammessi allo stato passivo

credito. Analoga comunicazione viene indirizzata ai titolari di diritti reali sui beni o sugli strumenti finanziari dell'istituto creditizio.

Una volta ricevuta la comunicazione i creditori, entro 15 giorni, possono provvedere alla proposizione di reclami, accompagnati dalla documentazione dimostrativa delle pretese addotte negli stessi.

“La fase amministrativa dell'accertamento del passivo si conclude con la formazione, da parte dei commissari, dello stato passivo della procedura”⁵¹ entro 90 giorni dall'avvio della procedura e con la consegna alla Banca d'Italia e presso la cancelleria del tribunale del luogo in cui ha sede l'istituto degli elenchi dei creditori ammessi (ed anche quella di coloro i quali siano stati esclusi), delle somme riconosciute, dei titolari di diritti reali e degli strumenti finanziari.

Inoltre il T.U.B. obbliga i commissari a comunicare, *“senza indugio”*, ai creditori esclusi la decisione e le ragioni alla base della stessa.

2.5.2 - Fase giurisdizionale

Le eventuali opposizioni allo stato passivo così costituito possono attivare la cosiddetta *“fase eventuale”*. Le opposizioni possono essere proposte da due distinte categorie di soggetti; i creditori esclusi ed i creditori ammessi⁵².

I primi provvedono, nel termine perentorio di 15 giorni dal ricevimento della lettera raccomandata⁵³ inviata dai commissari, a presentare opposizione avverso lo stato passivo affinché la pretesa vantata venga riconosciuta.

⁵¹ Renzo Costi, *Diritto Bancario*, pag. 861, *disciplina della crisi*.

⁵² Art. 87 par. 1 - Testo Unico Bancario - *“Possono proporre opposizione allo stato passivo, relativamente alla propria posizione e contro il riconoscimento dei diritti in favore dei soggetti inclusi negli elenchi indicati nell'articolo 86, comma 7, i soggetti le cui pretese non siano state accolte, in tutto o in parte, entro quindici giorni dal ricevimento della raccomandata prevista dall'articolo 86, comma 8, e i soggetti ammessi entro lo stesso termine decorrente dalla data di pubblicazione dell'avviso previsto dal medesimo comma 8.”*

⁵³ Art. 86 c. 8 - Testo Unico Bancario - D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385

I secondi, invece, si oppongono allo stato passivo affinché crediti e diritti riconosciuti ad altri siano esclusi, così da aumentare le loro probabilità di una più consistente restituzione, in seguito alla liquidazione dell'attivo.

I ricorsi, indipendentemente dalla categoria propositiva, debbono essere presentati al presidente del tribunale del luogo nel quale abbia sede l'istituto creditizio che, una volta raccolte le opposizioni, provvede ad affidarne la risoluzione ad un singolo giudice istruttore⁵⁴. Quest'ultimo fissa con decreto la data dell'udienza, con annessa comunicazione dello stesso all'opponente almeno 15 giorni prima della stessa. L'opponente deve costituirsi in giudizio, a pena della "perdita del diritto", almeno 5 giorni liberi prima della data prefissata.

Il giudice istruttore, una volta completata l'attività istruttoria e dopo aver verificato le varie costituzioni dei singoli oppositori, provvede a rimettere tutte le cause direttamente al collegio affinché vengano definite con sentenza unica, impugnabile e ricorribile in cassazione⁵⁵.

2.6 - Liquidazione dell'attivo

La finalità della liquidazione coatta amministrativa, come già detto, è "*l'estinzione ordinata dell'ente*", ciò porta a riconoscere in capo ai Commissari liquidatori, ex art. 90 T.U.B, tutti i poteri necessari e funzionali alla realizzazione dell'attivo.

Agli stessi viene riconosciuta, inoltre, una forte discrezionalità⁵⁶ che si manifesta nella assoluta libertà formale e modale di realizzazione dell'attivo; tipiche operazioni, nella realizzazione dell'attivo, sono le "*vendite in blocco*" di attività,

⁵⁴ Art. 87 c. 3 - Testo Unico Bancario - D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385

⁵⁵ Art. 87 c. 4 - Testo Unico Bancario - D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385

⁵⁶ Mitigabile dalla Banca d'Italia tramite la sottoposizione ad autorizzazione, anche da parte del consiglio di sorveglianza, di tantissime tipologie diverse di operazioni

passività, rapporti giuridici e la cessione di rami d'azienda sani o dell'azienda nella sua totalità; tale soluzione è stata oggetto di specifica previsione, all'art. 90 del T.U.B., e garantisce la “*prosecuzione*” dei clienti affidati che possono continuare ad usufruire dei finanziamenti ricevuti e la “*protezione*” dei depositanti che riacquistano un debitore solvibile.

2.7 - La chiusura della liquidazione

Il processo di liquidazione può concludersi in due modi:

1. Espletamento adempimenti previsti ex art. 92 T.U.B.
2. Esecuzione concordato di liquidazione ex art. 93/94 T.U.B.

Tali modalità di conclusione differiscono per una singola ragione:

- La prima prevede la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese, con consequenziale conferma della tesi secondo la quale la liquidazione coatta amministrativa sia, principalmente, diretta all'estinzione dell'intermediario.
- La seconda invece non prevede siffatta eliminazione in quanto permette, qualora i soci siano in accordo, la modifica dell'oggetto sociale, con apposita convocazione dell'assemblea e, quindi, la salvaguardia dell'ente e la sua continuità benché con un'attività diversa (anche se in realtà niente pregiudica un'eventuale, ulteriore, autorizzazione all'attività bancaria).

2.7.1 - L'ultimo riparto

I Commissari liquidatori, ex art. 92 T.U.B, una volta liquidato l'attivo e prima dell'ultimo riparto ai creditori, predispongono “*il bilancio finale di liquidazione, il rendiconto finanziario ed il piano di riparto, con annessa relazione propria e*

del comitato di sorveglianza” da inviare alla Banca d’Italia che ne autorizza il deposito presso la cancelleria del tribunale del luogo nel quale ha sede l’istituto creditizio.

Del deposito viene data notizia mediante la “*Gazzetta Ufficiale*”, e dalla data di quest’ultimo decorre il termine⁵⁷ per la presentazione di contestazioni, tramite ricorso al tribunale. Una volta decorso il termine, o risolte le varie contestazioni con sentenza “*passata in giudicato*”, i commissari provvedono all’ultima ripartizione, rimasta in sospeso in attesa dell’approvazione della documentazione suddetta.

2.7.2 - Il Concordato

Come sancito dall’art. 93, c. 1 del T.U.B. “*in qualsiasi stadio della procedura di liquidazione coatta, i commissari, con il parere del comitato di sorveglianza, ovvero la banca, ai sensi dell’art. 152 c. 2 della legge fallimentare, con il parere degli organi della liquidazione, possono proporre un concordato al tribunale del luogo ove la banca ha la sede legale*”.

La proposta di concordato deve essere obbligatoriamente autorizzata dalla Banca d’Italia e deve indicare “*la percentuale offerta ai creditori chirografari, il tempo del pagamento e le eventuali garanzie*”.⁵⁸

L’autorizzazione del concordato e le sue conseguenze sono state oggetto di studio approfondito in dottrina, con lo sviluppo di una tesi⁵⁹ che riconosceva in capo

⁵⁷ Previsto in 20 giorni.

⁵⁸ Da tale disposizione si evince che a) I creditori privilegiati e di massa devono essere sempre integralmente soddisfatti; b) i crediti chirografari possono essere pagati: 1. In percentuale (concordato remissorio); 2. intero debito dilazionato (concordato dilatorio); 3. Combinazione delle due formule (concordato misto); c) l’indicazione delle garanzie ha carattere eventuale e non obbligatorio. - *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie - Cap XVII - Diritto delle Banche e degli intermediari finanziari - Capolino, Coscia, Galanti - Cedam*

⁵⁹ Così U. Belviso, *Tipologia e normativa, cit.*, p.73

all'autorizzazione del concordato un'implicita cancellazione della revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria, con conseguenziale riammissione al mercato bancario⁶⁰. Tale autorizzazione al concordato non rispecchia la volontà di ripristinare la volontà di riammettere l'intermediario al mercato ma semplicemente è espressione di una valutazione di maggior opportunità e convenienza per i creditori.

La Banca d'Italia assume un ruolo preminente in quanto, a differenza del concordato preventivo (oggetto di valutazione ed autorizzazione da parte dei creditori stessi) previsto nelle normali procedure concorsuali, valuta autonomamente la bontà e la ragionevolezza della proposta.

La proposta di concordato ed i pareri degli organi di liquidazione vengono depositati presso la cancelleria del tribunale e dalla data dello stesso decorre il termine mensile di ricorso in opposizione. Il Tribunale, tenuto conto delle opposizioni e del parere della Banca d'Italia, decide in camera di consiglio⁶¹, con sentenza impugnabile, ponendo l'accento sulla ragionevolezza, gli eventuali vantaggi e svantaggi del sacrificio richiesto ai creditori.

Qualora il concordato sia eseguito i Commissari liquidatori ed i membri del comitato di sorveglianza cessano dalle loro funzioni e provvedono a convocare, ex art. 94 c. 2 T.U.B, l'assemblea dei soci affinché venga deliberata *“la modifica dell'oggetto sociale”*; in tal caso la modifica dell'oggetto sociale varrà come revoca implicita dello stato di liquidazione, preservando l'ente dalla cancellazione.

⁶⁰ La revoca però rimane inalterata in quanto non vi è nessuna riammissione dell'impresa bancaria. Il giudizio della Banca d'Italia concerne l'opportunità di proseguire con il normale iter della liquidazione coatta amministrativa o optare per la formazione di un concordato fra impresa e creditori.

⁶¹ Con sentenza impugnabile secondo le forme previste per le opposizioni allo stato passivo.

Nel caso in cui la modifica dell'oggetto sociale non venga disposta la cancellazione dell'ente seguirà alla liquidazione e ripartizione dell'eventuale patrimonio sopravvissuto.

Il Sistema di garanzia dei depositi

3 - Disciplina ante Direttiva CEE n. 14 del 1994

“Il fondo interbancario di tutela dei depositi nacque come consorzio volontario fra banche, costituito allo scopo di assicurare ulteriore protezione ai depositi della clientela presso le banche consorziate (art. 1, 1° comma dello statuto)”⁶².

Per il raggiungimento di suddetto scopo fu previsto che il fondo:

1. Concorresse al pagamento dei depositi⁶³ e delle altre passività a questi assimilabili, delle banche consorziate poste in liquidazione coatta amministrativa;
2. Intervenisse con azioni di sostegno qualora sussistessero prospettive di risanamento nei confronti di banche consorziate sottoposte ad amministrazione straordinaria;

Dal punto di vista strutturale il Fondo fu costituito in forma consortile, di natura privata così come riconosciuto dalla Decisione della Commissione CE del 10

⁶² Renzo Costi - L'ordinamento Bancario - Disciplina delle Crisi - I Sistemi di garanzia dei depositanti, pg. 893

⁶³ In base alle condizioni previste dallo statuto.

Novembre del 1999 n. 600⁶⁴, e disciplinato dalle disposizioni previste per i consorzi con attività esterna⁶⁵.

In seguito all'approvazione del T.U.B, nel 1993, fu riconosciuto in capo alla Banca d'Italia la titolarità nell'emissione di *“istruzioni per il coordinamento dell'operatività dei sistemi di garanzia dei depositi con le procedure di liquidazione coatta e di amministrazione straordinaria, nonché con l'attività di vigilanza in generale”*⁶⁷, ciò in quanto il Fondo diveniva strumento integrativo nel risanamento delle aziende, oltre che per la tutela dei depositanti.

3.1 - Disciplina post direttiva 19 - 1994 CEE

Il sistema di tutela dei depositanti, attualmente, si divide in due realtà:

- Fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo
- Fondo interbancario di tutela dei depositanti (FITD)

⁶⁴ Sentenza “Sicilcassa”, par. 39 - Nell'ambito dell'avvio del procedimento, sulla base delle informazioni fornite dalle autorità italiane, la Commissione ha ritenuto che la decisione dell'FITD di intervenire nella liquidazione della SC per 1 000 miliardi di ITL al fine di ripianare una parte del disavanzo di cessione delle attività e passività della SC al BS poteva non costituire, secondo le informazioni disponibili all'epoca, un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1 del trattato. Nel corso del procedimento la Commissione ha potuto escludere il carattere di aiuto della misura in questione sulla base dei documenti presentati dalle autorità italiane, in particolare lo statuto dell'FITD e il resoconto della riunione del consiglio dell'FITD. La Commissione ha potuto verificare la partecipazione significativa di banche non pubbliche all'adozione della decisione del 13 agosto 1997 conformemente alla direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche (8), modificata da ultimo dalla direttiva 93/84/CEE (9), ed ha constatato che la decisione è stata adottata nel rispetto degli statuti e all'unanimità. Si osserva che le banche private rappresentavano la maggioranza dei voti nel Consiglio dell'FITD alla data della decisione in questione.

⁶⁵ Artt. 2612 del Codice Civile.

⁶⁶ In realtà si è molto dubitato sulla riconducibilità del fondo al modello consortile, in quanto non fosse chiaro quale potesse essere considerata come la “fase delle rispettive imprese”, ovvero la parte dell'attività che le imprese avrebbero dovuto svolgere cumulativamente. Alcuni giunsero a supporre che tale “fase” altro non fosse che la crisi stessa.

⁶⁷ Art. 96 del Testo Unico Bancario.

Il primo predisposto per la protezione dei depositanti presso le Banche del credito cooperativo (d'ora in poi BCC).

Il secondo, finanziato direttamente dalle banche, finalizzato alla protezione dei depositanti presso tutti gli altri istituti di credito⁶⁸.

In seguito all'approvazione della suddetta direttiva⁶⁹ la disciplina prevista dall'art. 96 del T.U.B. è stata modificata con l'aggiunta dell'articolo bis, terzis e quater⁷⁰ del medesimo articolo ed una sostanziale modifica dei regolamenti operativi e dello statuto dei suddetti Fondi.

3.2 - Funzione, Obiettivi e caratteristiche copertura del fondo

*“La funzione dei fondi di garanzia dei depositanti è, o dovrebbe essere, esclusivamente quella del rimborso dei depositanti nel caso di dissesto (liquidazione) della banca che vi aderisce; e questo è anche quanto afferma l'art. 96 bis, co. 1, del T.U.B., ancorché l'ultimo suo periodo stabilisca che i sistemi di garanzia possono prevedere ulteriori casi e forme di intervento”.*⁷¹

⁶⁸ Tale regime si estende anche alle succursali di banche extracomunitarie autorizzate in Italia.

⁶⁹ D.lgs. 4 Dicembre 1996, n.659 - *Recepimento della direttiva 94/19/CEE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi*

⁷⁰ Trattati salienti: 1) Obbligatoria introduzione di un sistema di garanzia in ciascuno stato membro & legame fra esclusione dal sistema e revoca dell'autorizzazione 2) applicazione dell'home country control - responsabilità del sistema di garanzia della casa madre per le succursali della banca insediata negli altri paesi della Comunità 3) previsione di un limite minimo 4) limite deposito collegato al depositante e non ai depositi (più depositi si sommano) 5) no “*export ban*” 6) “*topping up*”

⁷¹ Maccarone S., *Diritto della banca e del mercato finanziario*, a cura di Alessandro Nigro, 2009 pg. 610

Il sistema di garanzia Italiano, che anche in seguito alla dir. 14/94 ha mantenuto la sua forma privatistica, copre, con risorse finanziate ex ante⁷², i depositanti della banche italiane e quelli delle succursali comunitarie di tali banche ed, infine (a titolo facoltativo), quelli delle succursali extracomunitarie.⁷³

Non tutti i crediti sono ammessi al rimborso ma soltanto quelli relativi ai fondi acquisiti dalle banche con obbligo di restituzione, qualsivoglia sia la modalità di raccolta.

Sono esclusi dal rimborso⁷⁴ varie tipologie di credito in ragione de:

1. Forma tecnica - Depositi ed altri fondi al portatore, obbligazioni accettazioni, pagherò cambiari ed altri crediti assimilabili
2. Soggetto che ne è titolare - Stato ed altri enti pubblici territoriali, banche ed altri intermediari qualificati

Il tipico intervento del sistema di garanzia dei depositi è indirizzato al rimborso dei depositanti degli istituti bancari sottoposti a liquidazione coatta amministrativa, nel massimale di 102.000 euro⁷⁵; affinché siano ammessi al rimborso i crediti non devono appartenere, ovviamente, alla lista di quelli esclusi ed essere inseriti all'interno dello stato passivo (costituito in seguito alla procedura di accertamento).

In seguito al rimborso il Fondo subentra quale creditore in sostituzione del depositante rimborsato e percepisce i riparti in via prioritaria rispetto agli altri depositanti che non abbiano ricevuto la copertura.

⁷² Il finanziamento del singolo istituto dipende dalla percentuale del totale dei depositi posseduti su base nazionale.

⁷³ Tali succursali possono aderire al sistema italiano solo in funzione integrativa vista l'importanza sostanziale del sistema dell'home country control

⁷⁴ Art. 96 bis-4 T.U.B.

⁷⁵ Prima dell'armonizzazione a livello europeo (ex 14/94 CEE) il rimborso (secondo la normativa italiana) era previsto in un massimo di euro 120.000.

In relazione al rimborso è necessario citare la direttiva 2009/14/CE⁷⁶ che “*allo scopo di mantenere la fiducia del depositante e quindi evitare i bank-run*”⁷⁷, *riduce il termine*⁷⁸ *entro il quale le autorità competenti devono verificare l’indisponibilità dei depositi e quello in cui, a seguito di detto accertamento, il DGS è tenuto ad effettuare il rimborso.*⁷⁹

Accanto a tale tipico intervento la legge consente che i fondi prevedano tipologie alternative di intervento, qualora risultino essere “*meno onerose*” o “*presumibilmente meno onerose*” rispetto al semplice rimborso.

Gli interventi sono divisibili in due categorie:

1. Sostegno ad istituti sottoposti ad amministrazione straordinaria, qualora sussistano prospettive di risanamento, tramite finanziamenti, garanzie, assunzione di partecipazioni⁸⁰⁸¹ ecc.
2. Operazioni di cessione di attività e passività⁸²⁸³

Viene quindi sancito che, qualora il rimborso dei depositanti possa essere evitato tramite l’attivazione di un intervento “*meno oneroso*”⁸⁴ che garantisca in ogni

⁷⁶ In modificazione della suddetta 14/1994/CE

⁷⁷ Ovvero la corsa agli sportelli. (vd Northern Rock)

⁷⁸ Il primo è stato ridotto da 21 a 5 giorni; il secondo da 3 mesi a 20 giorni lavorativi con prorogabilità di 10 giorni in “*circostanze del tutto eccezionali*”.

⁷⁹ FITD - *La gestione delle crisi delle banche e i ruoli dei fondi di garanzia - Working Papers XIII - Moretti, De Lisa, De Cesare, Pluchino.*

⁸⁰ vd. Art 29 stat. FITD

⁸¹ Altri interventi: aumenti di capitale, garanzie a fronte di prestiti subordinati, erogazione diretta di prestiti e finanziamenti, contributi a fondo perduto.

⁸² vd. Art 28 stat. FITD

⁸³ “*Questi ultimi, in particolare, sono abbastanza frequenti perchè consentono al fondo di ripianare, unitamente all’intervento pubblico nel caso dei dissesti di maggiore entità, il solo sbilancio di liquidazione*” - *Coscia, Capolino e Galanti - La crisi delle banche e delle imprese finanziarie ne Il diritto delle banche e degli intermediari finanziari - CEDAM*

⁸⁴ In tal contesto diviene rilevante la determinazione del concetto di “*minore onerosità*”; tale valutazione risulta difficoltosa in quanto esposta a numerose ed incerte variabili, evidentemente esterne all’opera ed al controllo del fondo, rendendo ancora più preminente il ruolo della Banca d’Italia che, autorizzando l’intervento, ne giustifica la sussistenza.

caso la protezione dei depositanti protetti, il fondo è abilitato a forme di intervento diverse, talvolta capaci di garantire la protezione anche dei creditori non direttamente coperti dalle risorse del FITD.

4 - *Emergency Liquidity Assistance* ovvero ELA

L'*Emergency Liquidity Assistance*⁸⁵ anche detto "*Credit of Last Resort*"⁸⁶, appartenente al "*financial safety net*"⁸⁷, è uno strumento di gestione della crisi finanziaria, realizzato dalle Banche Centrali nazionali e finalizzato alla prestazione, nei confronti di istituti creditizi in stato di "*grave crisi di liquidità*", delle risorse finanziarie necessarie "*per far fronte alle esposizioni a breve*"⁸⁸.

L'attivazione di tale strumento non è limitata alla predisposizione di liquidità a breve termine ma ha quale obiettivo principale la prevenzione del "rischio sistemico", ovvero la possibilità che il default di un singolo intermediario abbia ripercussioni ed effetti distorsivi su tutto il sistema bancario e finanziario.

L'ELA, definito anche "*credito straordinario microeconomico*"⁸⁹ è posto al di fuori delle regole e procedure standard di rifinanziamento del sistema bancario ed

⁸⁵ D'ora in poi ELA - Espressione derivante dal Francese "*dernier ressort*", fece la sua prima comparsa ne "*Observations on the Establishment of the Bank of England*" di Sir. Francis Baring, 1797. E' uno strumento atto a garantire la liquidità necessaria a quegli istituti che si trovino in una condizione di illiquidità ed ha la funzione di proteggere i correntisti, prevenire la diffusione di episodi di corsa agli sportelli, nonché di evitare danni all'economia causati dal tracollo di un istituto.

⁸⁶ *An institution, usually a country's central bank, that offers loans to banks or other eligible institutions that are experiencing financial difficulty or are considered highly risky or near collapse. In the U.S. the Federal Reserve acts as the lender of last resort to institutions that do not have any other means of borrowing and whose failure to obtain credit would dramatically affect the economy.* - Bloomberg. - "Un'istituzione, solitamente una banca centrale, che offre prestiti a banche le quali si trovino in difficoltà finanziarie."

⁸⁷ Di cui fanno parte; 1) la vigilanza bancaria e finanziaria 2) procedure di risoluzione della crisi (risanamento e liquidazione) 3) assicurazione dei depositi

⁸⁸ *Il credito di ultima istanza in Europa - Analisi Giuridica dell'economia - 2/2010 - Federico De Tomasi*

⁸⁹ In contrapposizione al credito ordinario macroeconomico, strumento di politica monetaria, gestito dalla Banca Centrale Europea.

è gestito direttamente dalla Banca Centrale Nazionale e rivolto al singolo intermediario.

Come visto tale strumento è indirizzato esclusivamente a soggetti che si trovino in stato di “grave illiquidità” ma non insolventi⁹⁰. Si rende necessario chiarire quale sia la linea di confine fra illiquidità ed insolvenza di una banca:

“Un’impresa commerciale è ritenuta insolvente quando non adempie, alla data prevista, alle sue obbligazioni o quando le sue passività eccedono le attività”⁹¹., tali criteri non sono, però, direttamente applicabili al contesto bancario in quanto, non solo l’incapacità di adempiere alle obbligazioni non è sempre sintomo di insolvenza, ma soprattutto in quanto le banche possono beneficiare di “*un sostegno finanziario straordinario*” capace di mantenerle in attività benché si trovino in una situazione finanziaria assimilabile allo “*stato di insolvenza*”.

Si può quindi concludere che una banca sia considerata insolvente, e quindi liquidabile, soltanto qualora l’autorità competente abbia provveduto ad accertarne il siffatto stato disponendone la “*cessazione dell’attività*”.

Per l’attivazione dell’ELA non è necessario soltanto che l’istituto si trovi in una condizione di “*illiquidità*” ma anche dall’esistenza di adeguate garanzie⁹²; le stesse possono essere prestate da due soggetti e secondo due modalità:

1. Classica - La Banca stessa, la quale propone quale garanzia strumenti, attività ecc.

⁹⁰ Tale limitazione è stata introdotta a causa del divieto di finanziamento monetario al settore pubblico - art. 219 TFUE

⁹¹ *Da Il credito di ultima istanza in Europa - Federico De Tomasi - pg. 509*

⁹² In seguito alla crisi il concetto di “*adeguate garanzie*” ha subito una forte estensione e rivisitazione, collisa con un sostanziale ampliamento delle attività stanziabili, con abbassamento del rating richiesto e l’ampliamento dei soggetti emittenti strumenti finanziari considerati “*eleggibili*”

2. Garantito da soggetto terzo - Garanzia offerta dallo Stato⁹³ che assolve ad una semplice funzione:
 - Spostamento rischio perdite dal bilancio della Banca centrale a quello dello Stato

Nel primo caso la Banca centrale agisce a proprio rischio ed eventualmente anche senza la collaborazione delle autorità nazionali, incaricate della gestione delle crisi finanziarie, in totale autonomia ed indipendenza.

Nel secondo, invece, lo Stato ha un ruolo preminente; il rischio finanziario⁹⁴ è assunto direttamente dallo stesso e, spesso, l'ELA è legato ad altre misure di gestione e risoluzione della crisi⁹⁵. La Banca centrale gestisce l'intervento di concerto con il Tesoro, pur mantenendo una forte indipendenza in merito all'*an* a salvaguardia della politica monetaria unica⁹⁶.

Talvolta l'assicurazione offerta dallo Stato non è sostitutiva ma, semplicemente, integrativa delle garanzie poste dall'istituto bancario⁹⁷

4.1 - Trasparenza, riservatezza e prospettive di riforma

⁹³ Questo in quanto è fatto assolutamente divieto alle Banche centrali di farsi direttamente carico degli oneri finanziari di un intervento di sostegno pubblico ad un soggetto in difficoltà strutturale ed ovviamente delle perdite.

⁹⁴ ad esempio *Amministrazione straordinaria*

⁹⁵ Le operazioni di maggiore dimensione sono oggetto, inoltre, approvazione da parte della BCE - Rapporto Annuale BCE, 1999, p. 102

⁹⁶ Ad esempio, durante la crisi finanziaria, il valore di molte attività in capo agli istituti bancari si ridusse notevolmente, tanto da rendere necessaria una "riassicurazione" statale. Ciò avviene soprattutto in quei casi nei quali la Banca Centrale si rende indisponibile ad assumere operazioni troppo rischiose.

Il Credito di Ultima Istanza deve essere tempestivo, al fine di preservare la “*credibilità ed affidabilità dell’istituto*” presso i clienti⁹⁸.

L’efficacia dello strumento può essere seriamente pregiudicata da un’incontrollata informazione⁹⁹¹⁰⁰(confermando così la necessità che l’ELA sia assolutamente privo di regole troppo rigide non solo sull’*an* e sul *quantum* ma anche su *tempi e modi della comunicazione*)¹⁰¹ capace di limitarne l’efficacia; In tale ambito le Banche centrali godono di ampia autonomia in quanto prive di obblighi stringenti di trasparenza, mentre maggiormente complessa risulta la posizione delle Banche beneficiarie. Le stesse, secondo la normativa comunitaria di regolamentazione della “*diffusione presso il pubblico delle informazioni*”, sono tenute alla tempestiva comunicazione al pubblico di dati e notizie privilegiate concernenti la loro attività (per la tutela ed l’integrità del mercato)¹⁰²; La concessione del “credito di ultima istanza” è sicuramente un’informazione privilegiata che, come sancito dalla direttiva, deve essere comunicata non appena sia avviata l’operazione stessa.

Le direttive 1978/660 e 349/1983 prevedono la possibilità di dell’informazione nei seguenti casi:

- Legittimo interesse della società;
- Possibile mantenimento della confidenzialità;
- Ritardo non ingannevole per il pubblico¹⁰³

⁹⁸ Al fine di evitare la famosa “*corsa agli sportelli*”.

⁹⁹ Così come avvenuto nel famoso caso “Northern Rock”.

¹⁰⁰ L’informazione talvolta è più che necessaria ed efficace, soprattutto nel caso in cui vi siano dubbi in merito alla solvibilità dell’istituto.

¹⁰¹ Lo stesso FMI raccomanda un certo grado di trasparenza da parte delle Banche Centrali, ma in maniera sommaria e quasi anonima

¹⁰² Tale obbligo può essere oggetto di differimento solo nel caso sussistano precise necessità di ordine pubblico o privato.

¹⁰³ Tale condizione è difficilmente soddisfattibile in quanto notizie di tal genere, “*price sensitive*”, sono tipicamente ingannevoli per il pubblico.

Altra Direttiva che ha diretta influenza in tale settore è la 2003/71/CE la quale, in ossequio al dovere di precisa informazione nei confronti del cliente, obbliga *“gli emittenti che sollecitino il pubblico risparmio mediante l’emissione di azioni o obbligazioni ad inserire nel prospetto tutte le informazioni che siano necessarie per consentire all’investitore di fare una valutazione informata sulla posizione finanziaria dell’emittente”*¹⁰⁴; Appare evidente, in questo caso, che la notizia relativa al *“credito di ultima istanza”* debba essere inserita nel prospetto a meno che *“la pubblicazione dell’informazione non sia contraria al pubblico interesse”*.

La Banca Centrale Europea¹⁰⁵, seguendo la disciplina comunitaria¹⁰⁶ in un parere¹⁰⁷, ha manifestato la propria posizione favorevole in merito ad una *“generale esenzione delle notizie riguardanti la concessione di un credito emergenziale rispetto a tutti gli obblighi di informativa previsti dalle menzionate direttive comunitarie”*¹⁰⁸; oggetto di chiara previsione, atta a prevenire eventuali incertezze o valutazioni discrezionali.

4.2 - Compatibilità con il divieto di finanziamento monetario al settore pubblico

“L’art. 123 del TUE vieta la concessione di facilitazioni creditizie da parte delle banche centrali del SEBC¹⁰⁹ al settore pubblico, comprensivo degli organismi

¹⁰⁴ *Il credito di ultima istanza in Europa - Federico De Tomasi - pg. 519*

¹⁰⁵ D’ora in poi BCE

¹⁰⁶ Che come abbiamo visto prevede già, in una situazione di conflitto fra interessi pubblici rilevanti, trasparenza e stabilità finanziaria, possa essere risolto a favore di quest’ultima.

¹⁰⁷ CON/2010/6

¹⁰⁸ *Il credito di ultima istanza in Europa - Federico De Tomasi - pg. 520*

¹⁰⁹ Sistema Europeo delle Banche Centrali, composto da Banca Centrale Europea e Banche Centrali Nazionali dei 28 paesi membri.

comunitari e, a livello nazionale, della amministrazioni statali, locali e di tutti gli enti e le imprese pubbliche.”¹¹⁰

Per facilitazione creditizia si intende qualsiasi qualsiasi “finanziamento di obbligazioni del settore pubblico nei confronti dei terzi” sia in forma diretta che, ovviamente, in forma indiretta¹¹¹.

Le Banche centrali, come visto, rivestono un ruolo assolutamente preminente nella concessione dell’ELA tanto da rendere necessaria una specificazione sulla compatibilità con il dettame dell’art. 123 del TUE; La soluzione prospettata dal legislatore nazionale riguarda la limitazione dei soggetti beneficiari che, come detto, sono soltanto quelli che si trovino in una condizione di “illiquidità” e non di insolvenza.

La legittimazione delle BCN, e riconosciuto anche dallo statuto del SEBC¹¹², è da rinvenirsi nell’obbligo di protezione della stabilità finanziaria che permette loro (riconoscendo la compatibilità del “credito di ultima d’istanza” con l’art. 123 del Trattato) non solo l’erogazione della liquidità necessaria, a fronte delle doverose garanzie offerte dall’istituto stesso, ma anche la prestazione di liquidità a breve termine con garanzia statale¹¹³, sempre che vengano rispettate le seguenti condizioni¹¹⁴:

- Indipendenza delle banche centrali nella decisione sul finanziamento
- Durata breve dell’operazione
- Esistenza di un rischio sistemico

¹¹⁰ *Il credito di ultima istanza - Federico De Tomasi - pg. 513*

¹¹¹ Assunzione di obblighi che toccherebbero al settore pubblico.

¹¹² Art. 3 par. 3 Statuto SEBC - “Conformemente all’articolo 105, paragrafo 5, del trattato, il SEBC contribuisce ad una buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario.”

¹¹³ Solo le Banche Centrali hanno la capacità di mettere a disposizione alle Banche illiquide, in tempi brevi, tali quantità di denaro.

¹¹⁴ Previste dalla BCE - vedi nota 67

- Adeguatazza economica e giuridica, sul piano della validità e della realizzabilità della garanzia.

Tali condizioni hanno l'obiettivo di "costringere" le Banche Centrali nei propri compiti istituzionali a tutela della stabilità finanziaria, senza assumere oneri economici.

Capitolo II

*1. Il “Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions” -
2. La Banking Recovery and Resolution Directive - 2.1 Il termine resolution - 2.2
Le misure di preparazione e di prevenzione della crisi - 2.3 I recovery plans -
2.3.1 Predisposizione e contenuto dei recovery plans - 2.4 I resolution plans - 2.5
La resolvability ovvero la possibilità di risoluzione - 2.6 Gli strumenti di
intervento precoce - 2.6.1 Rimozione degli esponenti aziendali in caso di crisi o
gravi irregolarità nella gestione - 2.6.2 L’amministratore temporaneo - 2.7
L’attività di valutazione - 2.7.1 I presupposti oggettivi dell’azione di risoluzione -
2.7.2 I poteri dell’autorità di risoluzione e la conduzione della procedura - 2.8
Gli strumenti di risoluzione - 2.8.1 Il bail-in, la cancellazione delle azioni e la
conversione dei passività in capitale - 2.8.1.1 Il riconoscimento contrattuale del
bail-in - 2.8.2 La vendita delle attività d’impresa (sale of business) - 2.8.3
L’ente-ponte ovvero bridge-bank - 2.8.4 La separazione delle attività ovvero bad
bank-good bank - 2.9 Gli strumenti di stabilizzazione pubblica - 2.10 Il
meccanismo di finanziamento della resolution - il fondo di risoluzione - 2.10.1
L’utilizzo del fondo di risoluzione - 3 Il Single resolution Mechanism - 3.1 Il
Comitato di risoluzione (single resolution board) - 3.2 Il programma di
risoluzione - 3.4 La valutazione ai fini della risoluzione - - 3.4 Il fondo unico di
risoluzione delle crisi - 3.4.1 La dotazione finanziaria, il meccanismo di
alimentazione del Fondo unico di risoluzione e l’utilizzo delle risorse - 3.5 Il
programma di risoluzione e gli strumenti previsti dal regolamento - 3.5.1 Il
bail-in ex Regolamento UE n. 806 del 2014 - 4 Lo schema unico di garanzia dei
depositi (DGS) - 4.1 La Direttiva UE n. 49 del 2014 - 4.2 Oggetto della garanzia,
procedure e tempi del rimborso - 4.3 Il meccanismo di finanziamento - 4.4
L’utilizzo dei fondi dei sistemi di garanzia*

Introduzione

La crisi dei mutui *subprime* del 2007/2008¹ e le conseguenti insolvenze bancarie, e parzialmente la successiva crisi del 2011/2012² (detta dei “debiti sovrani”), hanno avuto un’influenza decisiva nello sviluppo della nuova disciplina armonizzata di supervisione accentrata degli istituti bancari e della gestione e risoluzione delle crisi bancarie.

In seguito alla crisi gli Stati, anche quelli di tradizione più liberista, hanno provveduto ad interventi diretti nell’economia, a sostegno dell’industria finanziaria³. Tali interventi di salvataggio, posti in essere al di fuori di qualsiasi quadro normativo e senza l’utilizzo delle normali procedure⁴, vennero realizzati con l’obiettivo di prevenire contagi sistemici ma soprattutto al fine di stabilizzare uno dei valori portanti dell’economia moderna, ovvero il mercato bancario.

Tali misure furono finanziate da fondi pubblici⁵, con l’assunzione di due forme:

1. Prestiti Urgenti⁶ - erogati senza sacrificio preventivo degli azionisti o creditori
2. Ricapitalizzazioni⁷ - senza previa cancellazione delle azioni già in circolazione

¹ Per una visione completa: *Cronologia della Crisi, 2007-2012. E. Galanti, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, n. 72*

² Diretta conseguenza dell’attività di salvataggio predisposta nel precedente triennio

³ *Safety belt - “Il diritto delle banche” Brescia Morra - Il Mulino 2012 - Capitolo VI - pg. 97*

⁴ Percepite quali inefficaci ed ormai obsolete.

⁵ Ovvero con risorse provenienti, in maggior misura o nella quasi totalità, dalle imposte pagate dai cittadini.

⁶ Vantaggio diretto per gli azionisti grazie all’estensione dell’opzione “call” sul patrimonio dell’impresa di cui essi sono di fatto titolari (beneficio derivante da eventuali incrementi dell’attivo) - vd. Caso “Northern Rock”.

⁷ Il vantaggio derivante dall’immissione, in una SPA insolvente, di capitale di rischio risiede nella sostanziale inalterazione della condizione dei precedenti azionisti. Quest’ultimi rimangono titolari, benché in forma minore, di una pretesa sul patrimonio.

Ciò comporto un enorme trasferimento di risorse dai contribuenti agli azionisti ed ai creditori degli istituti in difficoltà. Tali misure non furono sempre bilanciate mediante l'espropriazione delle azioni.

Inoltre, durante tali interventi urgenti, ogni singolo Stato (nella propria autonomia) ha trattato diversamente gli investitori e creditori⁸; alcuni hanno addirittura tratto giovamento da tali interventi, vedendo ad esempio la propria posizione di azionista, benché diluita, aumentata di valore. I creditori, invece, hanno spesso riottenuto un debitore solvibile e solvente.

La crisi e le sue modalità di gestione hanno reso evidenti 3 problematiche:

1. Rilevante difficoltà nella gestione delle crisi bancarie
2. Diffusa consapevolezza che sui bilanci pubblici si sia gravato eccessivamente
3. Distorsione della concorrenza bancaria; vantaggio ingiustificato per gli istituti di credito di paesi capaci di sostenere le loro perdite.

Tali difficoltà hanno indotto una profonda riflessione, rendendo evidente la necessità di una riforma, o meglio, di un'armonizzazione della disciplina in materia di *supervision and resolution* a livello europeo, così da predisporre un sistema di vigilanza e risoluzione delle crisi comune, certo ed affidabile.

Le istituzioni Europee ed i paesi che compongono l'Unione hanno provveduto allo sviluppo dello *European Banking system*⁹, che si basa su tre pilastri:

⁸ Si veda, per tutti, la "lectio magistralis" tenuta all'Università di Trento nel febbraio del 2013 dal presidente dell'EBA Enria *la crisi in Europa, l'impatto sulle banche e la risposta delle autorità*.

⁹ L'Unione bancaria Europea.

1. Sistema di vigilanza unico (BCE ed EBA) - *Single supervision mechanism*
2. Sistema europeo di assicurazione sui depositi - *Deposit Guarantee Schemes*
3. Sistema unico di “risoluzione” delle crisi bancarie - *Single resolution mechanism*¹⁰

In materia di risoluzione delle crisi bancarie l’armonizzazione a livello europeo è stata rimessa alla “*Banking Recovery and Resolution directive*”¹¹ che si distingue per i seguenti tratti fondamentali:

- Prevenzione delle crisi e soluzione non traumatica di quelle in atto;
- Criteri per la gestione delle crisi una volta che sia esplosa (*burden sharing*¹²)
- Strumenti di risoluzione della crisi, al fine di garantire la continuità delle funzioni essenziali dell’istituto di credito in crisi

¹⁰ Il sistema di risoluzione si avvarrà del *Single Resolution Board*, autorità unica. Dotato di poteri di decisione in relazione alle situazioni di crisi che si verifichino nei paesi dell’Eurozona. Ovviamente una parte dei costi della crisi verranno sostenuti dal sistema bancario nel suo complesso, tramite finanziamento preventivo del *Single resolution fund*.

¹¹ D’ora in poi BRRD.

¹² Per approfondimenti - Cap. III par. INSERIRE pg. INSERIRE

1 - Il “Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions”

La normativa Europea di gestione e risoluzione delle crisi a livello bancario nasce in ossequio a principi e criteri stabiliti a livello internazionale dal *Financial Stability Board* (precedentemente *Financial Stability Forum*).

Tali principi e criteri, contenuti nel *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*¹³ (originario del 2011 ed aggiornato nel 2014), sono funzionali al sviluppo di un sistema di gestione¹⁴ delle crisi capace di garantire un’ordinata risoluzione degli istituti creditizi, priva di conseguenze a livello sistemico.

Dal punto di vista sostanziale il *Key Attributes* individua una serie di principi necessari (successivamente implementati all’interno della BRRD ed in generale nella *Banking Union*) allo sviluppo di un efficace regime di risoluzione;

- garantire continuità ai servizi finanziari, al sistema dei pagamenti e di compensazione
- distribuire le perdite fra gli azionisti ed i creditori, secondo un articolato sistema di esenzioni obbligatorie e facoltative
- divieto assoluto di utilizzo di risorse pubbliche
- minimizzazione dei costi della risoluzione e delle perdite dei creditori, sia in ambito nazionale che *cross-border*

¹³ Da adesso *Key Attributes*

¹⁴ Particolare rilevanza ha l’obiettivo di limitare quasi totalmente l’intervento dei contribuenti.

- rafforzamento della disciplina di mercato con annessi incentivi finalizzati allo sviluppo di soluzioni *market-based*

Il documento individua gli intermediari oggetto della nuova normativa, da stendersi, e descrive il ruolo delle Autorità di risoluzione, stilando i contenuti minimi dei *Recovery* e *Resolution plans*.

Particolare attenzione destano i *resolution powers*; il *Key Attribute* impone la risoluzione qualora l'intermediario bancario non sia più in condizioni di sostenibilità economica, e prima che il capitale sia assorbito dalle perdite, riconoscendo i seguenti poteri generali:

- rimozione e sostituzione del *management*
- nominare un amministratore affinché gestisca l'intermediario con l'obiettivo di ristrutturarlo totalmente o parzialmente
- garantire la continuità dei servizi e delle funzioni essenziali richiedendo ad altre imprese, appartenenti al medesimo gruppo, di continuare nella prestazione dei servizi essenziali per l'intermediario sottoposto a risoluzione
- trasferibilità di tutte le attività e passività
- possibilità di costituire una *bridge-bank*
- possibilità di costituire un *asset management vehicle*
- *bail-in*

2 - La Banking Recovery and Resolution Directive

“La crisi finanziaria ha evidenziato una mancanza significativa di strumenti adeguati a livello di Unione per gestire con efficacia gli enti creditizi e le imprese di investimento («enti») in crisi o in dissesto. Tali strumenti sono necessari, in particolare, per prevenire stati di insolvenza o, in caso di insolvenza, per ridurre al minimo le ripercussioni negative preservando le funzioni dell’ente interessato aventi rilevanza sistemica. Durante la crisi, queste sfide sono state un fattore determinante che ha costretto gli Stati membri a procedere al salvataggio degli enti utilizzando il denaro dei contribuenti. L’obiettivo di un quadro credibile di risanamento e di risoluzione è quello di ovviare quanto più possibile alla necessità di un’azione di questo tipo.¹⁵”

La direttiva n. 59 del 2014 (*BRRD Directive*) costituisce il testo di maggior importanza in materia di risanamento e risoluzione delle crisi bancarie e delle imprese di investimento. Quest’ultima si aggiunge alla direttiva 2001/24/CE¹⁶ dell’Aprile 2001, stilata per il “*risanamento e liquidazione degli enti creditizi*”, a cui apporta alcune modifiche.

La nuova disciplina europea è fortemente innovativa; il nuovo *framework*, infatti, estende la logica delle soluzioni anche alla fase antecedente la crisi, con l’introduzione di strumenti di “intervento preventivo”.

¹⁵ L. 173/190 - Direttiva UE n. 59 del 2014 - Considerando I

¹⁶ Attuata in Italia con d.lgs. 9 Luglio 2004, n. 197, che ha inserito nel TUB gli articoli 95-bis e seguenti.

La direttiva mira a stabilire un insieme di regole armonizzate per la ripartizione dei costi delle crisi bancarie, sull'assioma del principio di diretta ricaduta dei costi della crisi in capo agli azionisti e sui creditori.

“Pertanto, con l'adozione della direttiva 2014/59/UE, le autorità europee intendono realizzare l'obiettivo di un quadro giuridico di maggiore certezza da applicare per la ristrutturazione delle banche in crisi, il mantenimento delle funzioni vitali svolte dalle banche al servizio dell'economia reale, l'allocazione dei costi e delle perdite tra azionisti e creditori. Perfezionando così un sistema di regole più efficiente sia nel trattamento delle crisi a livello nazionale sia in caso di insolvenze di banche operanti cross-border”¹⁷

A partire dal 1 Gennaio del 2015 il “single rulebook”¹⁸, che reca tutti i contenuti previsti dalla Direttiva, è stato adottato dai singoli Stati, che provvederanno¹⁹ all'implementazione dei contenuti nella speciale disciplina nazionale.

¹⁷ L'Unione Bancaria Europea - La riforma europea delle regole di gestione delle crisi bancarie: la direttiva sul risanamento e la riorganizzazione delle banche, pg. 72 - Giuseppe Boccuzzi - Bancaria Editrice 2015.

¹⁸ The Single Rulebook aims to provide a single set of harmonised prudential rules which institutions throughout the EU must respect. The term Single Rulebook was coined in 2009 by the European Council in order to refer to the aim of a unified regulatory framework for the EU financial sector that would complete the single market in financial services. This will ensure uniform application of Basel III in all Member States. It will close regulatory loopholes and will thus contribute to a more effective functioning of the Single Market. - <http://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook>

¹⁹ La legge delega 1758 del 5 Febbraio 2015 in Gazzetta Ufficiale come LEGGE 9 luglio 2015 , n. 114.

Articolo I

La presente direttiva stabilisce norme e procedure per il risanamento e la risoluzione delle entità seguenti:

- a) enti stabiliti nell'Unione;*
- b) enti finanziari stabiliti nell'Unione come filiazioni di un ente creditizio o di un'impresa di investimento o di una società di cui alle lettere c) o d), soggetti alla vigilanza dell'impresa madre su base consolidata in conformità degli articoli da 6 a 17 del regolamento (UE) n. 575/2013;*
- c) società di partecipazione finanziaria, società di partecipazione finanziaria mista e società di partecipazione mista stabilite nell'Unione;*
- d) società di partecipazione finanziaria madri in uno Stato membro, società di partecipazione finanziaria madri nell'Unione, società di partecipazione finanziaria mista madri nell'unione*
- e) succursali di enti stabiliti o ubicati al di fuori dell'Unione secondo le specifiche condizioni previste nella presente direttiva.*

Come previsto dall'art. 1, i contenuti della BRRD si applicano alle Banche e le imprese di investimento stabilite nell'Unione Europea, gli enti finanziari appartenenti ad un gruppo la cui capo gruppo sia sottoposta a vigilanza su base consolidata ai sensi del regolamento UE n. 575/2013, le società di partecipazione finanziaria, le società di partecipazione mista e le succursali comunitarie .

La direttiva è suddivisa in tre, fondamentali, parti:

1. Prevenzione della crisi

2. Interventi precoci²⁰

3. “*Resolution*”²¹, ovvero risoluzione

Come sancito dall’art. 3 “*Ciascuno Stato membro designa una o, in via eccezionale, più autorità di risoluzione, abilitate ad applicare gli strumenti e a esercitare i poteri di risoluzione*”.²² Siffatte “*Autorità di gestione della crisi*”²³, appartenenti al novero delle Autorità pubbliche, possono essere di nuova istituzione o già esistenti; in tal caso può essere la medesima che esercita la vigilanza a condizione che, dal punto di vista organizzativo ed operativo, vi sia un’assoluta separatezza ed indipendenza operativa, al fine di evitare potenziali conflitti, suscettibili di determinare situazione di *forbearance*, ovvero di tolleranza di situazioni di crisi o pre-crisi da parte dell’autorità che svolga l’ordinaria supervisione sulle banche²⁴.

Il paragrafo 8 dell’art. 3, infine, sancisce che “*Gli Stati membri provvedono a che ogni autorità di risoluzione disponga delle competenze, risorse e capacità operative atte ad applicare le azioni di risoluzione e sia in grado di esercitare i suoi poteri con la rapidità e flessibilità necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione.*”

2.1 - Il termine “*resolution*”

Con l’espressione risoluzione (*resolution*) si intende “l’azione volta a porre rimedio a una situazione aziendale compromessa, di insolvenza, o

²⁰ Dall’art. 27 all’art. 30 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

²¹ Art. 10 e seguenti

²² *Competent authority*

²³ *Resolution authority*

²⁴ Art. 3 par. 3

quasi-insolvenza”²⁵. L’azione di risoluzione differisce fortemente dall’azione di liquidazione, avvicinandosi maggiormente al concetto di ristrutturazione; obiettivo di suddetta attività è proprio quella di evitare la liquidazione²⁶, qualora gli effetti disgregativi di quest’ultima possono pregiudicare la continuità di funzioni essenziali della banca, compromettendo, fra l’altro, la stabilità finanziaria o il perseguimento di interessi pubblici rilevanti.

Per risoluzione può quindi intendersi “l’insieme degli strumenti volti alla riorganizzazione e ristrutturazione della banca, strumenti destinati a determinare profondi cambiamenti negli assetti proprietari, organizzativi, gestionali e operativi della banca medesima, di guisa che il soggetto o l’assetto patrimoniale che scaturisce dalla risoluzione possa connotarsi per caratteristiche del tutto diverse da quelle iniziali, sia che l’operazione sia posta in una dimensione *going concern*²⁷ sia qualora sia posta in ottica di *gone concern*²⁸”²⁹.

La conduzione di suddetta procedura di *resolution* è condizionata dal rispetto di una serie di principi³⁰;

²⁵ L’Unione Bancaria Europea - La riforma europea delle regole di gestione delle crisi bancarie: la direttiva sul risanamento e la rioluzione delle banche, pg. 94 - Giuseppe Boccuzzi - Bancaria Editrice

²⁶ Al fine di garantire “*continuità*” alle funzioni essenziali dell’ente sottoposto alla procedura, così da preservare la stabilità del sistema finanziario contenendo le perdite conseguite in seguito alla crisi.

²⁷ *A company that has the resources needed in order to continue to operate indefinitely. If a company is not a going concern, it means the company has gone bankrupt.* - Un’impresa che possieda le risorse funzionali a proseguire l’attività a tempo indeterminato. Qualora la stessa non possieda tale requisito è in banca-rotta. Investopedia.com

²⁸ *A going concern is a business that functions without the threat of liquidation for the foreseeable future, usually regarded as at least within 12 months.*- Un’impresa è *going concern* qualora agisca senza minaccia di liquidazione per il prossimo futuro. (tendenzialmente il lasso temporale preso a riferimento ammonta a 12 mesi). Investopedia.com

²⁹ L’Unione Bancaria Europea - La riforma europea delle regole di gestione delle crisi bancarie: la direttiva sul risanamento e la rioluzione delle banche, pg. 94 - Giuseppe Boccuzzi - Bancaria Editrice.

³⁰ Art. 34 della Direttiva UE n. 59 del 2014

- la sopportazione delle perdite da parte degli azionisti³¹
- i creditori dell'ente soggetto a risoluzione sostengono le perdite dopo gli azionisti, secondo l'ordine di priorità delle loro pretese³², salvo espresse disposizioni contrarie previste dalla direttiva.
- L'organo di amministrazione è sostituito salvo casi nei quali la sua collaborazione sia assolutamente necessaria per il conseguimento degli obiettivi di risoluzione
- Pari trattamento per i creditori della medesima classe che non possono subire perdite più ingenti di quelle che avrebbero sopportato qualora l'ente fosse stato sottoposto ad una normale procedura di liquidazione (*no creditor worse off principle*)³³.
- Intera salvaguardia dei depositi

2.2 - Le misure di preparazione e di prevenzione della crisi

La BRRD, al fine di evitare o ridurre le probabilità che si verifichino situazioni di crisi, ha imposto il rafforzamento della *ongoing supervision*, in termini di maggiore capacità di individuazione dei rischi finanziari, grazie all'adozione di misure finalizzate all'accrescimento del livello di preparazione delle Autorità di Vigilanza.

Suddetta intenzione si rispecchia soprattutto nella costante attenzione riservata al rispetto dei requisiti prudenziali, nell'efficace svolgimento dei controlli a distanza

³¹ Tale specificazione in quanto, come dimostrato dall'andamento della crisi del 2007/2008, non sempre gli azionisti hanno patito tali perdite riuscendo, in alcuni casi, ad ottenere addirittura un vantaggio.

³² Con procedura ordinaria di insolvenza.

³³ Tale punto è quello di maggiore difficoltà, vista la complessità e dinamicità del tutto.

ed ispettivi e nell'ampio apparato sanzionatorio previsto dalla nuova regolamentazione prudenziale³⁴.

L'ineluttabilità delle crisi ha reso necessaria l'attività di preparazione alle stesse da parte degli istituti creditizi, con la predisposizione dei seguenti istituti³⁵:

1. Piano di risanamento (*recovery plan*³⁶)
2. Piano di soluzione della crisi (*resolution plan*³⁷)

³⁴ Ovvero la normativa prevista dalla CRD e dalla CRR ed, in merito ai poteri ispettivi, il regolamento 1024/2013

³⁵ I cosiddetti *living wills*, secondo i quali le banche definiscono anticipatamente le modalità di recupero o di risoluzione nell'ipotesi che si verifichino eventi negativi che ne minino la sopravvivenza

³⁶ Dall'art. 5 all'art. 8 della BRRD

³⁷ Da artt. 9 ad 12 - BRRD

2.3 - I Recovery Plans

Articolo 5

Piani di risanamento

1. Gli Stati membri assicurano che ciascun ente, il quale non sia parte di un gruppo soggetto a vigilanza su base consolidata ai sensi degli articoli 111 e 112 della direttiva 2013/36/UE, prepari e tenga aggiornato un piano di risanamento che preveda l'adozione da parte dell'ente di misure volte al ripristino della sua situazione finanziaria dopo un deterioramento significativo della stessa.

I piani di risoluzione³⁸, come sancito dal citato par. 1 dell'articolo 5 della BRRD, individuano i dispositivi e le misure predisposte da ogni singolo intermediario al fine di ripristinare la propria sostenibilità finanziaria di lungo periodo (*long term stability*) qualora si verificasse un sostanziale logoramento dei propri indici di stabilità (patrimonio, liquidità e redditività).

Suddetti piani interessano principalmente:³⁹

- Accordi contrattuali attivabili al manifestarsi della crisi
- Iniziative attivabili da parte del management
- Strategie di comunicazione con le autorità, dipendenti, azionisti e stakeholders

³⁸ Strumenti di *governance* ai sensi della disciplina prudenziale.

³⁹ Così come tratteggiato dal documento del FSB “*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*”

2.3.1 - Predisposizione e contenuti dei recovery plans

I *recovery plans*, autonomamente elaborati dagli intermediari ed aggiornati con cadenza almeno annuale, sono approvati dall'Autorità di Vigilanza⁴⁰ e trasmessi all'Autorità di risoluzione.

Qualora vengano denotate, al termine della disamina congiunta, carenze sostanziali ed impedimenti evidenti all'applicabilità del piano, l'Autorità di Vigilanza comunica alla banca o all'impresa madre del gruppo le proprie valutazioni e le misure necessarie alla sanatoria delle mancanze.

Inoltre, qualora l'istituto non ottemperi o le soluzioni prospettate non siano sufficienti, l'Autorità di vigilanza può, autonomamente, prendere misure adeguate⁴¹.

I piani contengono un ampio spettro di elementi ed informazioni:

- Analisi di carattere strategico
- Azioni in termini di liquidità e di capitale per mantenere l'operatività delle principali funzioni e linee di business
- Stima dei tempi di realizzazione del piano e descrizione degli eventuali impedimenti sostanziali ad un'efficace attivazione dello stesso

⁴⁰ Che li trasmette all'autorità di Risoluzione.

⁴¹ Riduzione profilo di rischio; Attivazione tempestive misure di ricapitalizzazione; riesamina strategia e struttura banca; modifica della strategia di finanziamento; modifiche alla struttura di *governance*.

- Individuazione delle funzioni essenziali
- Le disposizioni o le misure per il ripristino del patrimonio, il *funding* di emergenza, la liquidità e per la riduzione del *leverage*

Ogni piano, inoltre, deve contenere gli indicatori, concordati con l'autorità competente, il cui superamento determini l'avvio dei contenuti ivi indicati.

Suddetti indicatori sono di due tipologie:

- carattere quantitativo
- carattere qualitativo (parzialmente discrezionale)⁴²

I primi concernono la liquidità e la capitalizzazione del singolo istituto, quali ad esempio variazioni, a livello microeconomico, del *rating* di elementi facenti parte del patrimonio, *variazioni dei depositi, equity ratios* ecc. A livello macroeconomico invece *variazioni debito pubblico, dei tassi di interesse, previsioni macroeconomiche relative al PIL*.

I secondi invece sono *l'aumento del rischio di controparte rilevante, la difficoltà nel collocamento del debito, improvvisa perdita di senior management, decisioni giudiziali contrarie ecc.*

Come sancito dal già citato FSB⁴³, ovvero il “*Recovery and Resolution Planning*”, il verificarsi di uno⁴⁴ dei suddetti eventi determina l'attivazione del piano. Il management⁴⁵ ha la possibilità, in ogni caso⁴⁶ ed autonomamente, di provvedere all'attivazione dei contenuti previsti.

⁴² Artt. 9 par 1 - vedi anche FSB, Recovery and Resolution planning.

⁴³ Per approfondimenti vedi nota n. 35

⁴⁴ Fino ad un massimo di sette eventi contemporaneamente.

⁴⁵ Con diretta comunicazione all'autorità competente

⁴⁶ Sia che si siano verificati gli eventi suddetti sia che ciò non sia avvenuto.

I piani possono contenere varie forme di *sostegno finanziario intra-gruppo*⁴⁷ al fine di facilitare il superamento delle difficoltà che dovessero interessare la capogruppo o le singole componenti. La mancanza di una nozione di “interesse di gruppo” permette, però, esclusivamente accordi di tipo volontario, soggetti ad autorizzazione dell’Autorità di vigilanza ed all’approvazione degli azionisti di ciascuna componente del gruppo⁴⁸.

2.4 - I Resolution plans

L’autorità di risoluzione prepara, previa consultazione dell’autorità competente e delle autorità di risoluzione delle giurisdizioni territoriali in cui sono ubicate succursali significative per quanto di pertinenza della succursale in questione, un piano di risoluzione per ciascun ente che non fa parte di un gruppo soggetto a vigilanza su base consolidata ai sensi degli articoli 111 e 112 della direttiva 2013/36/UE. Detto piano prevede le azioni di risoluzione che l’autorità di risoluzione può attuare qualora l’ente soddisfi le condizioni per la risoluzione.

I *resolution plans*, stilati dall’Autorità di risoluzione⁴⁹ in cooperazione con l’Autorità di Vigilanza, sono elaborati nel corso dell’ordinaria attività delle banche o dei gruppi bancari e si pongono quale obiettivo un’ordinata gestione della eventuale crisi, allo scopo di evitare, o almeno ridurre, i rischi sistemici e le perdite.

⁴⁷ Ovvero il sostegno che le imprese appartenenti al medesimo gruppo possono concedersi reciprocamente (prestiti, garanzie, aumenti di capitale ecc).

⁴⁸ *agreement on intra group financial support* - Cfr. artt. 19-26 BRRD ed art. 23 che ne individua le condizioni.

⁴⁹ Artt. 3 della BRRD

I piani, talvolta redatti con la collaborazione degli stessi istituti, contengono le misure da applicare tempestivamente qualora siano soddisfatte le condizioni per la risoluzione.

In particolare, il *recovery plan* deve contenere, a norma dell'artt. 10 par. 7, i seguenti elementi:

- Modalità di separazione economica e giuridica delle funzioni essenziali e delle linee di *business* principali che permetta la continuità in caso di insolvenza della banca
- Tempistiche esecuzione dei contenuti del piano
- Descrizione delle possibilità di *resolvability* dell'istituto
- Varie modalità di finanziamento della risoluzione senza il ricorso al sostegno pubblico
- Requisito minimo di fondi propri e passività assoggettabili a *bail-in*
- Opzioni per il mantenimento dell'accesso ai servizi di pagamento

Per quanto riguarda i gruppi *cross-border* il piano assume dimensione complessiva ed è redatto nell'ambito dei collegi di risoluzione⁵⁰ al fine di garantire la massima coerenza e l'efficiente coordinamento delle misure adottate per la *mother* con quelle previste per le *subsidiaries*.

Il coordinamento del piano è affidato all'*home authority*⁵¹, tenuto conto delle valutazioni delle autorità *host*⁵², e contiene, tra l'altro, indicazioni in merito al

⁵⁰Art. 88 BRRD - "Le autorità di risoluzione a livello di gruppo costituiscono collegi di risoluzione per svolgere i compiti di cui agli articoli 12, 13, 16, 18, 45, 91 e 92 e, se del caso, per assicurare la cooperazione e il coordinamento con le autorità omologhe di paesi terzi."

⁵¹ Ovvero l'autorità di risoluzione competente per la capogruppo.

⁵² Ovvero l'autorità di risoluzione competente per le filiazioni.

finanziamento della risoluzione e la ripartizione dei relativi costi e responsabilità fra i diversi paesi⁵³.

Qualora, sulla base dei contenuti previsti dal *resolution plan*, si renda evidente l'impossibilità di assicurare la solvibilità del gruppo⁵⁴ le autorità hanno il potere⁵⁵ di:

- Imporre misure di semplificazione della struttura societaria, organizzativa e operativa dei gruppi
- Ridurre le dimensioni e l'interdipendenza di alcune banche
- Modificare gli accordi contrattuali e le pratiche di *business*
- Limitare o modificare alcune esposizioni e attività

⁵³ L'art. 12 par. 5 inoltre vieta qualsiasi impatto sproporzionato in uno specifico Stato membro.

⁵⁴ Qualora, ad esempio, le banche siano troppo grandi, troppo interconnesse o complesse.

⁵⁵ Art. 17 par. 4 e 5 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

2.5 - La *Resolvability* ovvero la possibilità di risoluzione

Art. 15 - Par. 1 - “Gli Stati membri assicurano che l’autorità di risoluzione valuti, previa consultazione dell’autorità competente e delle autorità di risoluzione delle giurisdizioni territoriali in cui sono ubicate succursali significative per quanto di pertinenza della succursale in questione, in che misura è possibile la risoluzione di un ente non facente parte di un gruppo.”

In base alle disposizioni del sopracitato articolo l’autorità di risoluzione valuta, in base alle risultanze delle informazioni ottenute, la “*resolvability*” ovvero “la possibilità di gestire la crisi dell’intermediario senza che quest’ultima impatti su tutto il sistema finanziario⁵⁶, proteggendo le funzioni economiche e i servizi finanziari essenziali.”⁵⁷

E’ fatto assoluto divieto di utilizzo di strumenti quali;

- Sostegno finanziario pubblico straordinario,

⁵⁶ Anche tramite l’utilizzo degli strumenti previsti dalla legislazione nazionale. In Italia *Testo Unico Bancario - Amministrazione straordinaria e Liquidazione coatta amministrativa*

⁵⁷ L’Unione Bancaria Europea - La riforma europea delle regole di gestione delle crisi bancarie: la direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche, pg. 84/85 - Giuseppe Boccuzzi - Bancaria Editrice

- Credito di ultima istanza predisposto dalla Banca Centrale
- Credito di ultima istanza predisposto con l'apporto di garanzie statali, tempistiche allungate o tassi agevolati

La valutazione della risolvibilità dell'ente è finalizzata non solo all'individuazione di quegli intermediari⁵⁸ la cui crisi comporterebbe conseguenze di natura sistemica ma anche al fine di imporre le modifiche necessarie affinché tali problematiche⁵⁹ siano attenuate o, addirittura, del tutto rimosse.

Suddetta valutazione è effettuata contestualmente alla stesura o all'aggiornamento del piano di risoluzione; inoltre, qualora vengano individuati punti critici, l'autorità può intimare all'ente interessato di predisporre un documento recante le possibili soluzioni alle suddette criticità.

Tali soluzioni debbono essere studiate e trasmesse dall'intermediario creditizio entro 4 mesi dalla ricezione della notifica⁶⁰ affinché siano oggetto di valutazione da parte dell'Autorità competente.

Qualora le misure individuate dall'istituto vengano giudicate inefficaci l'Autorità di risoluzione può imporre varie alternative quali, ad esempio, accordi infragruppo, la stipulazione di contratti di servizio anche con terzi al fine di consentire la continuità di funzioni critiche, la riduzione dei livelli di esposizione individuali o aggregati, la cessione di determinati asset, la limitazione o cessazione dello sviluppo di specifici prodotti o attività, la semplificazione della struttura operativa o, infine, il possesso di un determinato ammontare di passività.

61

⁵⁸ Detti anche: "Too big to Fail".

⁵⁹ Sempre nel rispetto dei principi dell'Unione Europea e della Carta dei diritti fondamentali in materia di libertà d'impresa.

⁶⁰ Prevista dal par. 1 dell'artt. 15.

⁶¹ Annullabili o convertibili ai fini del "Bail In", così come previsto dalla direttiva.

Ovviamente le ragioni che giustificano la penetrante possibilità di limitare o arginare l'autonomia dell'impresa sono da rinvenirsi negli ingenti impegni sostenuti dai bilanci statali che, come già detto, si son fatti carico delle perdite subite dagli istituti bancari durante la crisi del 2007/2008⁶².

2.6 - Gli strumenti di intervento precoce

Nel caso in cui si verificano difficoltà tecniche nelle banche, o in particolari aree di esse, l'Autorità di Vigilanza, al fine di ripristinare le ordinarie condizioni nello svolgimento degli affari e prevenire ulteriori deterioramenti (che portino la necessità di interventi di risoluzione), può disporre interventi precoci (detti di *Early intervention*).

Il sistema di condizioni, da soddisfarsi affinché si possano attivare suddetti strumenti, si basa su di una dimensione ibrida⁶³; parzialmente discrezionale benché legata a predefiniti indicatori quantitativi.

Qualora, infatti, tali indicatori quantitativi risultino superati l'Autorità di vigilanza ha il potere di intervenire, discrezionalmente, ed imporre l'adozione di misure correttive.

Quest'ultime, però, non sono pre-determinate ma lasciate all'autonoma valutazione dell'autorità, fra le quali, all'art. 27, rinveniamo:

- La richiesta agli organi della banca di;
 1. aumentare il patrimonio o richiedere il sostegno infragruppo
 2. destinare i profitti all'aumento di capitale gratuito

⁶² Attraverso varie forme di finanziamento esterno, detto anche *bail-out*.

⁶³ Basata sui cosiddetti *soft triggers*, ossia l'opzione basata sulla valutazione dell'autorità di vigilanza della ricorrenza dei presupposti per l'intervento precoce e dell'attivazione delle misure correttive.

3. attuare una o più soluzioni⁶⁴ previste all'interno del piano di *recovery*
4. presentare un piano di risanamento
 - La richiesta di sostituzione di uno o più amministratori ritenuti inadeguati a ricoprire la carica
 - La richiesta di cambiamenti alla strategia di *business*
 - la raccolta di informazioni utili da trasmettere all'autorità di risoluzione
 - l'avvio di contatti diretti con potenziali acquirenti, in vista della risoluzione dell'intermediario

Particolare attenzione richiede una delle classiche soluzioni legate al deterioramento della situazione finanziaria di un istituto creditizio, ovvero l'aumento di capitale; operazione spesso necessaria, sia per riportare in equilibrio i coefficienti patrimoniali e gli indicatori prudenziali, sia per ripristinare margini patrimoniali idonei a consentire lo sviluppo dell'operatività, ma caratterizzata da tempistiche piuttosto lunghe incompatibili con l'esigenza di realizzare operazioni tempestive in situazioni di emergenza.

Al fine di risolvere, almeno parzialmente, tale problematica si è deciso di mantenere il potere decisionale in capo all'assemblea dei soci, riconoscendole la facoltà, *ex ante*⁶⁵, di decidere di ridurre i tempi di convocazione per deliberare l'aumento di capitale della banca in situazioni di emergenza.

2.6.1 - Rimozione degli esponenti aziendali in caso di crisi o gravi irregolarità nella gestione

⁶⁴ Art. 27 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

⁶⁵ Punto da inserirsi all'interno del *recovery plan* preparatorio.

Qualora le soluzioni previste dall'art. 27 risultino inefficaci, la direttiva prevede ulteriori soluzioni; fra queste risulta di particolare importanza la previsione ex artt. 28⁶⁶ che riconosce all'autorità di vigilanza, qualora sussistano gravi violazioni di legge, dei regolamenti o dello statuto o allorché siano state commesse gravi irregolarità gestionali, il potere di provvedere alla rimozione totale o parziale⁶⁷ dell'organo di amministrazione dell'istituto bancario. La nomina degli amministratori sostitutivi avverrà secondo la normativa nazionale, benché sia necessaria l'autorizzazione dell'autorità competente.

Suddetto strumento di intervento precoce si basa sull'assioma della necessaria correlazione fra la crisi dell'intermediario e la cattiva "governance"⁶⁸, prevedendo la possibilità di una rimozione diretta dell'organo amministrativo nella convinzione della capacità di svincolo della compagine sociale dalla precedente, ed inefficace, gestione.

Tale strumento assume carattere oggettivo basandosi sulla sopravvenuta assenza dei requisiti dell'esponente rimosso, assurgendo a "*finalità di sana e prudente gestione e di prevenzione della crisi*"⁶⁹.

2.6.2 - L'amministratore temporaneo

⁶⁶ "Qualora si verifichi un significativo deterioramento della situazione finanziaria di un ente oppure vi siano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto dell'ente o gravi irregolarità amministrative, e se le altre misure attuate in conformità dell'articolo 27 non siano sufficienti ad invertire tale processo, gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti possano esigere la rimozione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione dell'ente, nella sua totalità o per quanto riguarda singole persone."

⁶⁷ Quindi individuale.

⁶⁸ Connessione divenuta ancora più evidente durante gli anni della crisi finanziaria. Vd. *Donato - Cossa - Giocare d'anticipo: crisi bancarie e strumenti preventivi dell'Autorità di Vigilanza* - "la crisi generale ha inciso in modo particolarmente penetrante sugli intermediari già afflitti da prassi irregolari e da un'operatività non sana e prudente."

⁶⁹ Quaderno di ricerca giuridica n. 73 - Banca d'Italia - 2013 - pg. 162

L'autorità di vigilanza può nominare, qualora la rimozione o sostituzione dell'organo di vigilanza non sia sufficiente⁷⁰, uno o più *temporary administrator* con poteri sostitutivi o anche solo di affiancamento rispetto al management dell'intermediario.

Ove l'autorità di vigilanza nomini *“un amministratore temporaneo da affiancare all'organo di amministrazione dell'ente, l'autorità competente ne specifica all'atto della nomina ruolo, doveri e poteri unitamente a eventuali obblighi dell'organo di amministrazione dell'ente di consultarsi con l'amministratore temporaneo, o di ottenerne il consenso, prima di assumere specifiche decisioni o iniziative.”*⁷¹

Qualora, invece, venga nominato un amministratore con poteri di sostituzione, l'autorità competente, all'atto di nomina, ne specifica i poteri in base alle circostanze; *“questi poteri possono comprendere alcuni o tutti i poteri dell'organo di amministrazione dell'ente ai sensi del relativo statuto e della legislazione nazionale, ivi compreso il potere di esercitare alcune o tutte le funzioni amministrative dell'organo di amministrazione dell'ente.”*⁷².

L'autorità⁷³ specifica le limitazioni del ruolo⁷⁴ e le varie funzioni, tra cui l'accertamento della situazione finanziaria dell'intermediario e la sua amministrazione finalizzata alla riequilibratura ed al ripristino della sana e prudente gestione.

⁷⁰ Così come previsto dall'art. 28.

⁷¹ Art. 67 par. 1 della Direttiva UE n. 59 del 2014

⁷² Art. 29 BRRD - par. 2

⁷³ Inoltre *“Gli Stati membri assicurano che le autorità competenti abbiano la competenza esclusiva di nominare e revocare gli amministratori temporanei. L'autorità competente può revocare un amministratore temporaneo in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo.”*

⁷⁴ L'esercizio di alcuni atti, ad esempio, può essere condizionato da autorizzazione

Infine bisogna considerare le evidenti differenze fra il *temporary administrator*, privo di poteri autoritativi ed operante nel quadro normativo societario vigente, e lo *special manager*⁷⁵; quest'ultimo assume tutti i poteri degli azionisti e dell'organo di amministrazione dell'ente, da esercitarsi sotto il controllo dell'autorità di risoluzione. L'amministratore speciale ha il compito statutario di adottare tutte le misure⁷⁶ necessarie a promuovere gli obiettivi di risoluzione di cui all'articolo 31 e attuare azioni di risoluzione in base alle decisioni dell'autorità di risoluzione.

Le autorità di risoluzione, inoltre, possono porre limiti all'azione dell'amministratore speciale o esigere che determinati suoi atti siano subordinati alla loro approvazione, mantenendo la facoltà di rimuoverlo in qualsiasi momento. In capo a quest'ultimo permangono obblighi di trasmissione, a intervalli regolari stabiliti dall'autorità di risoluzione, (nonché all'inizio e alla fine del mandato) di relazioni in merito alla situazione economica e finanziaria dell'ente e agli atti compiuti nello svolgimento dei suoi compiti.

2.7 - L'attività di valutazione

Al fine di accertare la sussistenza dei presupposti dell'intervento ed indirizzarne il contenuto verso uno o più specifici strumenti è necessario acquisire una valutazione preliminare equa, prudente e realistica. Suddetta attività è condotta da un soggetto terzo rispetto all'autorità di risoluzione, all'ente ed in generale rispetto a qualsiasi autorità pubblica.

⁷⁵ Art. 35 della Direttiva UE n. 59 del 2014

⁷⁶ Tra le quali aumento di capitale, riorganizzazione dell'assetto proprietario dell'ente o acquisizione da parte di enti solidi sul piano finanziario e organizzativo.

Inoltre, qualora una valutazione indipendente non sia ottenibile può essere ben prodotta, in via provvisoria, dalla medesima autorità di *resolution*.

Il terzo paragrafo dell'art. 36 indica la *stima delle attività e delle passività dell'ente sottoposto a risoluzione*⁷⁷ quale obiettivo primario dell'attività valutativa, intesa all'accertamento della sussistenza delle condizioni richieste per l'attivazione del *resolution plan*.

Laddove siano soddisfatte le condizioni per la risoluzione⁷⁸ la valutazione è indirizzata all'individuazione dello strumento maggiormente adatto, in base alla condizione oggettiva dell'intermediario.

La valutazione è inoltre integrata da una serie di informazioni;

- Stato patrimoniale e relazione sulla situazione finanziaria dell'ente
- Analisi e stima del valore contabile delle attività
- Elenco delle passività in bilancio o fuori bilancio in essere risultante dai libri e registri contabili dell'ente

Nell'attività di valutazione vengono individuate le varie classi di debitori ed azionisti esistenti, con suddivisione e calcolo del trattamento che, in base alle disposizioni del classico diritto fallimentare, ogni singola classe avrebbe ricevuto. Qualora l'urgenza della situazione non permetta il rispetto di tutte le varie previsioni⁷⁹ della direttiva la valutazione è provvisoria fin quando il, già citato, soggetto indipendente non la effettui secondo le previsioni dell'art. 36. Tale

⁷⁷ Ovvero un ente che soddisfi tutte le condizioni previste dall'art. 32 e dall'art. 33.

⁷⁸ L'Autorità di risoluzione, ovvero la Banca d'Italia, valuta la sussistenza delle condizioni previste.

⁷⁹ Art. 36 della Direttiva UE n. 59 del 2014, c. da 5 a 9.

valutazione può essere eseguita separatamente o contemporaneamente rispetto a quella prevista dal par. 1 dell'articolo ma, in ogni caso, ne è distinta.

Una volta conclusasi la procedura di risoluzione, l'art. 36 par. 10 impone una valutazione definitiva *ex post*, che mira:

- ad assicurare che eventuali perdite sulle attività dell'ente o dell'entità siano pienamente rilevate nei libri contabili dell'ente⁸⁰
- a orientare la decisione di incrementare il valore del corrispettivo pagato ai creditori, in conformità del paragrafo 11⁸¹.

In base alla valutazione finale, quindi, scatta l'eventuale diritto ad una maggiorazione⁸² del compenso, ottenuto dagli azionisti e creditori, nel caso in cui le perdite sopportate da tali soggetti siano state superiori rispetto a quanto previsto dall'art. 74 della BRRD⁸³.

Una valutazione di tale entità e complessità è necessariamente caratterizzata da una certa discrezionalità, da riconoscersi in capo al soggetto che la effettui. E' agevole immaginare che proprio in tale specifica occasione si concentreranno i

⁸⁰ Visto che la valutazione provvisoria non si è basata sulle risultanze della documentazione contabile.

⁸¹ Art. 36 par. 11 della Direttiva UE n. 59 del 2014 - "Nel caso in cui la stima del valore patrimoniale netto dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), figurante nella valutazione definitiva *ex post*, sia superiore a quella contenuta nella valutazione provvisoria, l'autorità di risoluzione può: a) esercitare il potere di aumentare il valore dei crediti dei creditori o dei titolari degli strumenti di capitale pertinenti, che sono stati svalutati con lo strumento del *bail-in*; b) dare istruzione a un ente-ponte o a una società veicolo per la gestione delle attività di effettuare un ulteriore pagamento del corrispettivo in relazione ad attività, diritti, passività all'ente soggetto a risoluzione".

⁸² Nel caso del *bail in* oltre alla possibilità di un compenso, gli azionisti e creditori i cui diritti siano stati sacrificati in misura eccessiva godono di una tutela in forma specifica, detta *write-up*.

⁸³ Ovvero nel caso in cui le perdite siano state superiore rispetto a quelle che avrebbero subito in caso di applicazione di una procedura di insolvenza ordinaria.

principali conflitti fra soggetti coinvolti⁸⁴ dall'applicazione dello strumento di risoluzione prescelto⁸⁵

2.7.1 - I presupposti oggettivi dell'azione di risoluzione

La verifica sulla sussistenza dei presupposti della *resolution*, legati ad una valutazione tecnica discrezionale degli stessi e non a parametri meramente quantitativi, è rimessa alla Autorità di vigilanza in accordo con l'Autorità di risoluzione, che dispone l'eventuale apertura della fase di risoluzione e la decisione in merito agli strumenti da attivare.

Le tre condizioni necessarie sono individuate dall'art. 32 della BRRD:

- Dissesto⁸⁶ o rischio dissesto, come accertato dall'autorità competente
- In base alla tempistica ed alla condizione dell'ente risulta ragionevole supporre l'inefficacia di qualsiasi altro strumento alternativo privato, compresi *strumenti di intervento precoce, svalutazione o conversione di strumenti di capitale*⁸⁷
- Azione di risoluzione necessaria nell'interesse pubblico⁸⁸

⁸⁴ Ad esempio i creditori di passività ammissibili per quanto riguarda il *bail-in*.

⁸⁵ In caso di *bail-in* soprattutto nella figura dei creditori.

⁸⁶ Ai fini del paragrafo 1, lettera a), l'ente è considerato in dissesto o a rischio di dissesto in una o più delle situazioni seguenti: a) l'ente viola o violerà i requisiti per il mantenimento dell'autorizzazione in modo tale da giustificare la revoca dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente, perché, ma non solo, ha subito o rischia di subire perdite tali da privarlo dell'intero patrimonio o di un importo significativo dell'intero patrimonio; b) le attività dell'ente sono, o vi sono elementi oggettivi a sostegno della convinzione che nel prossimo futuro saranno, inferiori alle passività; c) l'ente non è o non sarà in grado di pagare i propri debiti o altre passività in scadenza; d) l'ente necessita di un sostegno finanziario pubblico straordinario.

⁸⁷ Art. 59 par. 2 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

⁸⁸ Art. 32 par. 5 della Direttiva UE n. 59 del 2014. - Ai fini del presente articolo, paragrafo 1, lettera c), l'azione di risoluzione è considerata nell'interesse pubblico se è necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione di cui all'articolo 31 ed è ad essi

Qualora gli intermediari appartengano ad un gruppo le condizioni debbono essersi verificate sia a livello individuale, sia su base consolidata; nel caso in cui, però, sia necessario, al fine di garantire l'efficace risoluzione della *subsidiary*, gli strumenti di risoluzione possono essere estesi alla *holding company*, anche qualora quest'ultima sia assolutamente sana.

2.7.2 - I poteri dell'autorità di risoluzione e la conduzione della procedura.

Il nuovo quadro predisposto dalla BRRD richiede che gli Stati Membri riconoscano, in capo alle autorità, tutti i poteri necessari per l'applicazione degli strumenti di risoluzione⁸⁹. Gli articoli 63 e 64 li individuano, suddividendoli in due categorie; poteri generali e poteri accessori.

Sono poteri generali (art. 63):

- i poteri informativi (si esigono da chiunque le informazioni necessaria alla realizzazione delle azioni di risoluzione, anche mediante attività ispettiva)
- i poteri di controllo della banca sottoposta a risoluzione, di esercizio di tutti i diritti spettanti agli azionisti, di trasferimento delle azioni e degli altri titoli di proprietà dell'istituto creditizio nonché di cessione di attività
- di azzeramento e svalutazione del valore nominale delle azioni e degli altri titoli di proprietà, di cancellazione dei titoli di debito
- di imposizione dell'emissione di nuove azioni o strumenti di capitale

proporzionata e se la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura.

⁸⁹ E', inoltre, assolutamente vietato assoggettare l'applicazione degli strumenti di risoluzione agli obblighi derivanti da disposizioni di legge o contrattuali, quali ad esempio il consenso o l'approvazione da parte di soggetti, pubblici o privati, fra cui azionisti e creditori della banca.

- di rimozione o sostituzione collettiva o individuale del *management*

Sono poteri accessori(art. 64):

- i poteri di cessione escludendo qualsiasi passività o gravame sui titoli, diritti, attività o passività ceduti
- i poteri di cancellazione dei diritti ad acquisire ulteriori azioni o altri titoli di proprietà
- il potere di imporre l'interruzione o la sospensione all'ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato

La direttiva non indica in maniera vincolante le modalità con cui l'Autorità di risoluzione possa esercitare i poteri di risoluzione, predisponendo però due soluzioni:

- la nomina di uno *special manager*
- la pubblicazione di un provvedimento esecutivo

Per quanto riguarda lo *special manager*, l'Autorità di risoluzione nomina un soggetto terzo dotato delle conoscenze, qualifiche e capacità necessarie alla gestione dell'intermediario bancario.

L'articolo 35 della BRRD definisce gli aspetti fondamentali, i compiti e le mansioni dell'amministratore speciale; quest'ultimo esercita tutti i poteri degli azionisti e dell'organo amministrativo⁹⁰ con il compito, così come sancito dal terzo paragrafo del suddetto articolo, di adottare "*tutte le misure necessarie a promuovere gli obiettivi di risoluzione di cui all'articolo 31 e attuare azioni di risoluzione in base alle decisioni dell'autorità di risoluzione.*"⁹¹

⁹⁰ Esercitati sotto il controllo dell'autorità di risoluzione.

⁹¹ Artt. 35 della Direttiva UE n. 59 del 2014., par 3, secondo periodo.

L'amministratore straordinario ha l'obbligo di predisporre i resoconti delle attività effettuate, degli obiettivi raggiunti e del generico andamento della procedura di risoluzione all'inizio, alla conclusione ed anche durante la sua conduzione.

La nomina ha una durata non superiore ai 12 mesi, sempre revocabile a discrezione dell'autorità di risoluzione, ma rinnovabile nel caso in cui persistano le condizioni necessarie e minime⁹².

In merito alla seconda opzione l'Autorità di risoluzione può decidere di avviare un'azione di risoluzione anche mediante un provvedimento esecutivo, in conformità con le previsioni nazionali, senza assumere, in alcun modo, il controllo sull'intermediario bancario, il cui *management*⁹³ viene preservato.

2.8 - Gli strumenti di risoluzione

Gli strumenti di risoluzione, molteplici e di diversa entità ed efficacia sull'intermediario creditizio insolvente, appartengono al novero delle misure speciali di ristrutturazione dell'impresa bancaria. Si pongono al di fuori delle normali procedure di gestione dell'insolvenza e sono combinabili fra loro, benché permanga sempre la possibilità, per gli Stati membri, di affiancargli o di utilizzare altri strumenti⁹⁴ disponibili a livello nazionale, a condizione che tali elementi addizionali garantiscano il raggiungimento degli obiettivi previsti dalla direttiva.

Gli strumenti, quattro, sono i seguenti:

⁹² Ovvero che l'ente sia oggetto di risoluzione.

⁹³ Anche la conseguenziale autonomia, tipica dell'organo di governo, è inalterata.

⁹⁴ L'utilizzo di tali strumenti aggiuntivi dev'essere motivato ed indotto dall'inefficacia di quelli previsti dal *framework* ed, in generale, dalla direttiva.

1. Vendita dell'attività d'impresa
2. Ente-ponte
3. Separazione delle attività
4. Bail-in

Tali misure sono divisibili in due categorie:

1. Le soluzioni di *gone concern*
2. Le soluzioni di *going concern*

Alla prima appartengono la vendita delle attività d'impresa, l'ente-ponte e la separazione delle attività (anche detto *good bank-bad bank*). Tali strumenti determinano il venir meno della banca quale entità giuridica e ne determinano la ristrutturazione, in modo da limitare gli effetti negativi sugli *stakeholders*⁹⁵, vista l'impossibilità di ritornare in condizioni di sostenibilità economica⁹⁶.

Alla seconda categoria appartiene, invece, il *bail-in* (lo strumento più innovativo dell'intera direttiva); quest'ultimo si pone quale obiettivo la copertura delle perdite al fine di preservare la banca insolvente quale entità giuridica autonoma.

2.8.1 - Il *Bail-in*, la cancellazione delle azioni e la conversione delle passività in capitale

Il *bail-in*⁹⁷ costituisce “il meccanismo per l'esercizio, da parte di un'Autorità di risoluzione, dei poteri di svalutazione e di conversione in relazione alle passività

⁹⁵ Gli Stakeholders sono portatori di molteplici, differenziati (e spesso contrapposti) interessi (economici, sociali, ambientali, etici) nei confronti dell'impresa creditizia.

⁹⁶ Che rende quindi necessaria la realizzazione di operazioni di risoluzione ordinata della crisi.

⁹⁷ Alcuni paesi, tra cui Regno Unito ed Austria, ne sono già dotati. Altri invece, come l'Italia, stanno provvedendo all'integrazione della direttiva con la disciplina nazionale.

di un ente soggetto a risoluzione, secondo quanto disposto dall'art. 43⁹⁸. Si realizza mediante la cancellazione degli strumenti di capitale e la svalutazione (*haircut*) o conversione in capitale di tutte o parte delle passività non garantite della banca in crisi, al fine di ristabilire la compatibilità fra la dotazione patrimoniale ed i requisiti imposti.

Quest'ultimo⁹⁹ rappresenta, inoltre, l'innovazione principale del nuovo sistema di gestione delle crisi, in quanto traduce in realtà uno dei principi cardine del nuovo quadro normativo, ovvero che la copertura delle perdite della banca insolvente debbano essere riparate innanzitutto dagli azionisti ed, in seconda battuta, dai creditori¹⁰⁰.

A livello storico l'intervento dei creditori non è nuovo, in quanto già previsto ed attuato tramite due differenti soluzioni, l'una basata su accordi (accordi di carattere negoziale o consequenziali ad accordi di ristrutturazione) *ex post* con i quali i creditori acconsentono alla conversione del loro credito in *equity*¹⁰¹ (*c.d. debt-for-equity swaps*), l'altra, decisamente più rara, basata su clausole contrattuali inserite *ex ante* direttamente nello strumento di debito, ovvero *contingent-convertible*.

⁹⁸ La Riforma Europea delle regole di gestione delle crisi bancarie: la direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche - L'Unione Bancaria Europea - G. Boccuzzi - Bancaria Editrice 2015

⁹⁹ Tale strumento nasce in contrapposizione con il cosiddetto *bail-out*, ovvero il salvataggio degli intermediari creditizi effettuato con fondi esterni, tendenzialmente di origine pubblica, che spostano il peso della crisi dall'azionariato allo Stato, ovvero sui contribuenti.

¹⁰⁰ Riducendo, così, i fenomeni di *moral hazard* ed accrescendo l'attività di vigilanza sugli intermediari posta in essere dagli stessi investitori.

¹⁰¹ It represents the risk capital staked by the owners through purchase of a company's common stock (ordinary shares) - Business Dictionary Bloomberg.com

Così come previsto nei “Key Attributes”¹⁰² la BRRD riconosce, alle autorità incaricate della gestione della crisi, il potere di applicare lo strumento del *bail-in* per i seguenti fini:

- ricapitalizzare un ente o un’entità di cui all’articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), della direttiva che soddisfi le condizioni per la risoluzione in misura sufficiente a ripristinarne la capacità di rispettare le condizioni di autorizzazione (nella misura in cui tali condizioni si applicano all’entità) e di continuare a svolgere le attività per le quali è autorizzato ai sensi della direttiva 2013/36/UE o della direttiva 2014/65/UE,
- convertire in capitale o svalutare il valore nominale dei crediti o dei titoli di debito ceduti:
 - a un ente-ponte al fine di fornirgli capitale;
 - nell’ambito dello strumento per la vendita dell’attività d’impresa o dello strumento della separazione delle attività.

Il paragrafo 3¹⁰³ Art. 43 della direttiva specifica come , inoltre, lo strumento del *bail-in* può essere applicato solo qualora sia ragionevole pensare che la sua utilizzazione, anche legata ad altre misure, possa permettere il raggiungimento degli obiettivi della risoluzione ed il risanamento dell’ente, ripristinandone la stabilità finanziaria.

¹⁰² *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions - Financial Stability Board - 10/2014*

¹⁰³ “Gli Stati membri provvedono a che le autorità di risoluzione possano applicare lo strumento del *bail-in* per il fine di cui al presente articolo, paragrafo 2, lettera a), solo se esiste una prospettiva ragionevole che la sua applicazione e il ricorso contemporaneo ad altre misure, incluse le misure attuate conformemente al piano di riorganizzazione aziendale previsto all’articolo 52 consentano non solo di raggiungere gli obiettivi della risoluzione, ma anche di risanare l’ente o l’entità di cui all’articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), in questione ripristinandone la solidità finanziaria.”

Connessa al *bail-in* è la facoltà, riservata all'Autorità di risoluzione, di svalutazione e conversione degli strumenti di capitale. L'attività di valutazione infatti, così come previsto dall'art. 36 par. 1 l. c¹⁰⁴, è anche finalizzata alla valutazione della misura in cui il capitale dell'ente si sia deteriorato, giungendo a disporre due soluzioni alternative:

- qualora l'ente soggetto a risoluzione abbia un valore netto positivo viene disposta esclusivamente una diluizione, mediante l'emissione di nuove azioni, finalizzate all'aumento del capitale contabile¹⁰⁵. quale risultato tecnico, un sostanziale azzeramento del valore delle azioni pre-aumento.
- qualora non vi sia tale valore netto positivo si opterà per il completo annullamento delle azioni, così che i precedenti azionisti dell'ente sottoposto a risoluzione vengono spogliati di qualsiasi diritto perdendo la qualifica di soci.

Una volta svalutati o diluiti gli strumenti di capitale, l'Autorità di risoluzione può provvedere ad una ricapitalizzazione forzata tramite la conversione delle "passività ammissibili"¹⁰⁶; quest'ultime sono oggetto di conversione secondo un ordine precisamente delineato dall'art. 48¹⁰⁷ della direttiva, così strutturato:

1. Elementi di *Common Equity Tier 1*
2. Strumenti addizionali di classe 1

¹⁰⁴ Art. 36 - par. 1 l. c) - "laddove sia applicato il potere di svalutare o convertire gli strumenti di capitale pertinenti, a orientare la decisione sull'estensione della cancellazione o diluizione di azioni o altri titoli di proprietà e sull'estensione della svalutazione o della conversione dei pertinenti strumenti di capitale."

¹⁰⁵ Tale attività comporta, quale risultato tecnico, un sostanziale azzeramento del valore delle azioni pre-aumento.

¹⁰⁶ Ovvero tutte quelle non indicate dall'art. 44 par. 2 punti a) e ss.

¹⁰⁷ "Gli Stati membri provvedono a che, nell'applicare lo strumento del bail-in, le autorità di risoluzione esercitino i poteri di svalutazione e di conversione".

3. Strumenti di Tier 2
4. Svalutazione del valore nominale dei debiti subordinati, che non rientrano nel capitale aggiuntivo di classe 1 e 2, secondo la gerarchia dei crediti nelle ordinarie procedure di insolvenza
5. Svalutazione delle altre passività ammissibili, secondo l'ordine stabilito dalla normativa fallimentare

Suddetti strumenti sono oggetto di conversione esclusivamente nel caso in cui sussistano tali condizioni:

- sono state accertate le condizioni per la risoluzione, senza che alcuna soluzione sia stata accertata
- il mancato esercizio del potere determinerebbe l'insostenibilità economica della banca (o del gruppo)
- la banca richiede un sostegno finanziario pubblico straordinario

Non tutte le passività, ovvero i crediti vantati nei confronti dell'istituto sottoposto a risoluzione, sono oggetto di conversione. L'articolo 44, riformulato rispetto a quanto contenuto nella bozza del giugno del 2013, individua ben due tipologie di passività esenti; le esclusioni permanenti e le esclusioni facoltative di passività ammissibili (cd. *eligible*). Le esclusioni permanenti riguardano principalmente:¹⁰⁸

- depositi protetti¹⁰⁹
- passività garantite, incluse le obbligazioni garantite e le passività sotto forma di strumenti finanziari utilizzati a fini di copertura

¹⁰⁸ Per una panoramica maggiormente esaustiva far riferimento al par. 2 dell'Art. 44.

¹⁰⁹ Ovvero i depositi tutelati dal *Deposit Guarantee Scheme* fino ad un massimo di 100.000 Euro - Art. 6 Direttiva UE n. 49 del 2014

- qualsiasi passività derivante dal fatto che l'ente o l'entità, di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), della direttiva, detiene attività o liquidità dei clienti, incluse attività o liquidità dei clienti detenute da o per conto di organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) quali definiti all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2009/65/CE o di fondi di investimento alternativi (FIA)
- qualsiasi passività sorta in virtù di un rapporto fiduciario tra l'ente o l'entità ed un'altra persona, a condizione che quest'ultima sia protetta dal diritto civile o dal diritto fallimentare
- passività nei confronti di enti con scadenza originaria a 7 giorni e passività con durata residua inferiore a 7 giorni
- Passività nei confronti dei seguenti soggetti:
 - Dipendenti
 - Creditore che abbia fornito all'ente i servizi necessari per la gestione ordinaria¹¹⁰
 - Autorità tributarie e previdenziali e Sistemi di garanzia dei depositi

Il meccanismo relativo alle *esclusioni facoltative* è più complesso, vengono, infatti, individuate discrezionalmente dall'Autorità di risoluzione al ricorrere di circostanze eccezionali e riguardano passività ammissibili escluse dall'*hair cut* per varie motivazioni; in primis l'impossibilità di sottoporle in tempi ragionevoli al *bail-in*, oppure qualora l'esclusione sia necessaria al fine di garantire la continuità delle funzioni essenziali e delle linee di business principali, così da preservare la capacità dell'ente soggetto a risoluzione di proseguire le operazioni ed i servizi chiave, o ancora quando l'esclusione sia funzionale ad evitare un

¹¹⁰ Ad esempio l'impresa o il singolo che abbia provveduto ai servizi informatici.

ampio contagio, in particolare per quanto riguarda depositi ammissibili detenuti da persone fisiche e da micro, piccole e medie imprese o, infine, allorché l'applicazione dello strumento a tali passività determinerebbe una distruzione di valore tale che le perdite sostenute da altri creditori sarebbero più elevate che nel caso in cui tali passività fossero escluse dal bail-in.

Nel caso in cui si decida di escludere talune passività (per i motivi suddetti) è necessario tener conto di vari aspetti:

- il principio che ad essere incisi dalle perdite siano *in primis* gli azionisti ed *in secundis* i creditori
- della capacità residuale della banca di assorbimento delle perdite qualora si escludessero talune passività
- della necessità di mantenere risorse adeguate per il finanziamento della risoluzione

Qualora l'autorità opti per l'esclusione il livello di svalutazione o di conversione applicato ad altre passività ammissibili può essere aumentato per tenere conto di tali rimozioni, purché tale livello non determini un trattamento peggiore¹¹¹ (*no creditor worse-off principle*), per il creditore, di quel che si sarebbe ottenuto qualora la banca fosse stata sottoposta a normale procedura fallimentare.

Può però avvenire che suddette perdite non coperte dalla conversione delle passività ammissibili non vengano redistribuite fra i creditori le cui passività siano state "ammesse"; In tal caso la direttiva prevede l'intervento (tramite conferimenti all'ente sottoposto a risoluzione) del meccanismo di finanziamento della risoluzione per una serie di azioni, quali:

¹¹¹ Art. 34 della Direttiva UE n. 59 del 2014., paragrafo 1, l. g)

- coprire le perdite non assorbite da passività ammissibili e riportare a zero il valore patrimoniale netto dell'ente soggetto a risoluzione,
- acquisire azioni o altri titoli di proprietà o strumenti di capitale nell'ente soggetto a risoluzione, allo scopo di ricapitalizzare l'ente

L'intervento del *meccanismo di finanziamento della risoluzione* può essere disposto soltanto ad una condizione, ovvero che “*gli azionisti e i detentori di altri titoli di proprietà, i detentori degli strumenti di capitale pertinenti ed altre passività ammissibili dell'ente soggetto a risoluzione abbiano fornito, tramite svalutazione, conversione o altrimenti, un contributo per l'assorbimento delle perdite e la ricapitalizzazione per un importo non inferiore all'8 % delle passività totali¹¹², fondi propri compresi, dell'ente calcolate al momento dell'azione di risoluzione in conformità della valutazione prevista dall'articolo 36*”¹¹³.

Entro 30 giorni¹¹⁴ dall'applicazione del *bail-in* la persona o le persone nominate a norma dell'articolo 72¹¹⁵, paragrafo 1, stendono un piano di riorganizzazione aziendale (da applicarsi una volta approvato ed accompagnato da relazioni almeno semestrali da trasmettere all'autorità competente) recante misure¹¹⁶ volte a

¹¹² E' quindi necessario che almeno l'8% delle passività totali, comprese quelle escluse, siano state oggetto di conversione.

¹¹³ Art. 44 della Direttiva UE n. 59 del 2014. par. 5 p. a)

¹¹⁴ Prorogabile di 60 giorni nei casi maggiormente gravi.

¹¹⁵ “Gli Stati membri provvedono a che, al fine di avviare un'azione di risoluzione, le autorità di risoluzione siano in grado di esercitare un controllo sull'ente soggetto a risoluzione”.

¹¹⁶ Tali misure sono graduate in base alle condizioni effettive del mercato di riferimento ed inoltre “Il piano di riorganizzazione aziendale tiene conto, fra l'altro, della situazione attuale e delle prospettive future dei mercati finanziari presupponendo lo scenario più favorevole e quello meno favorevole compresa una combinazione di eventi che permetta di individuare i principali punti vulnerabili dell'ente. I presupposti sono raffrontati ad appropriati parametri di riferimento settoriali.” Artt. 52 della Direttiva UE n. 59 del 2014. - par. 4 - per. 2

ripristinare la sostenibilità economica a lungo termine dell'ente o di rami della sua attività entro un arco di tempo ragionevole.

Il paragrafo 5 dell'art. 52 individua il contenuto minimo del piano, individuando gli aspetti che debbono essere necessariamente presenti:

- un'analisi precisa e dettagliata finalizzata ad esplicitare le ragioni e le circostanze che abbiano portato l'ente alla crisi
- le misure, ed annesso calendario delle scadenze, finalizzate al ripristino della stabilità e della redditività dell'ente
- il calendario per l'attuazione di tali misure

Le misure possono comprendere la riorganizzazione dell'attività dell'ente, dismissione di attività in perdita, ristrutturazione attività esistenti al fine di renderle competenti ed inoltre la vendita o cessione di attività o linee di *business*.

In seguito alla presentazione del piano l'autorità di *resolution* ne valuta i contenuti così da verificarne l'efficacia e, qualora sia idoneo, ne autorizza l'applicazione. Nel caso in cui rinvenga degli elementi di difficoltà o, soprattutto, lo ritenga inefficace può richiedere dei cambiamenti¹¹⁷, indicando all'organo di amministrazione le necessarie modifiche.

Il piano deve essere modificato e presentato all'autorità entro due settimane dalla ricezione della comunicazione recante le richieste di modifica.

In conclusione, il *bail-in*¹¹⁸, imporrà la copertura delle perdite in tale ordine:

- Capitale versato
- Strumenti ibridi facenti parte del capitale regolamentare

¹¹⁷ Art. 72 par. 8 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

¹¹⁸ In funzione a partire dal primo Gennaio 2016.

- Altri strumenti subordinati non facenti parte del capitale
- *Senior credits* (obbligazioni, derivati non esclusi, depositi di grandi imprese superiori ai 100.000 euro) non oggetto di esclusione facoltativa
- Depositi non garantiti (superiori ai 100.000 euro) di persone fisiche e piccole e medie imprese
- Sistemi di garanzia dei depositi¹¹⁹

2.8.1.1 - Il riconoscimento contrattuale del *bail-in*

Uno strumento quale il *bail-in*, che determina la trasformazione delle “passività ammissibili” in capitale, influisce negativamente su una particolare categoria, ovvero i creditori. La sua predisposizione può avvenire secondo due modalità alternative; l’una contrattuale, l’altra autoritativa.

La prima, consistente in una specifica clausola inserita all’interno del contratto dello strumento finanziario¹²⁰, stabilisce che al verificarsi di un determinato evento (*trigger event*) il possessore del titolo¹²¹ non sarà rimborsato in pieno ed il suo credito sarà convertito in capitale, in base ad un tasso di conversione stabilito *ex ante*.

La seconda, che corrisponde al regime parzialmente adottato, riconosce in capo all’Autorità di risoluzione il potere amministrativo di imporre discrezionalmente la cancellazione del debito non garantito, con conseguenziale conversione in *equity*, qualora la banca versi nelle condizioni per l’avvio della risoluzione.

¹¹⁹ Che interviene quale *loss absorber* che interviene nel massimo rappresentato dall’ammontare totale delle perdite a cui il DGS sarebbe stato esposto in ipotesi di liquidazione dell’istituto di credito (cd. *virtual bail-in*).

¹²⁰ Ovvero la passività ammissibili.

¹²¹ Ciò imporrebbe l’emissione, da parte di ogni istituto, di una specifica quantità di strumenti di debito convertibili (definiti *bail-inable*) al verificarsi di uno specifico evento predefinito all’insolvenza.

Un parziale riconoscimento contrattuale viene comunque imposto e la direttiva, all'art. 55, dispone che le banche aggiungano una clausola contrattuale mediante la quale il contraente della passività riconosca la possibilità che gli strumenti in suo possesso possano essere svalutati, convertiti o che le tempistiche della scadenza e dei pagamenti degli interessi possano essere unilateralmente variate dall'Autorità di risoluzione, in caso di insolvenza della banca.

La validità di tale clausola è condizionata dai seguenti presupposti:

- non si tratti di una passività non ammissibile
- il deposito sia classificato ex art. 108, lett a)
- sia emessa o stipulata dopo il recepimento del *bail-in* nell'ordinamento interno

2.8.2 - La vendita dell'attività d'impresa (*sale of business*)

Come sancito dall'articolo 38 l'autorità di risoluzione può disporre la cessione di:

- Azioni o altri titoli rappresentativi del capitale di un ente sottoposto a risoluzione
- Attività, diritti o passività (totalmente o parzialmente) dell'ente sottoposto a risoluzione

L'elemento più innovativo, inserito all'interno dell'art. 38, consiste nella possibilità di vendita diretta delle azioni e di altri titoli emessi dall'ente sottoposto

a risoluzione, ovvero la possibilità di intervento diretto sulla struttura proprietaria dell'ente¹²².

Il trasferimento (realizzabile anche qualora manchi il consenso degli azionisti) deve essere effettuato a beneficio di un altro soggetto, che non sia una *bridge-bank*, che posseda le necessarie autorizzazioni all'esercizio dell'attività bancaria o alla prestazione dei servizi acquisiti per effetto della vendita.

Al fine di tutelare i soggetti coinvolti nell'azione di risoluzione, la vendita deve essere rapida e trasparente, a condizioni di mercato e, qualora possibile, attraverso procedure competitive finalizzate alla massimizzazione del valore degli attivi trasferiti.

Qualora, però, il rispetto delle procedure competitive comprometta la realizzazione degli obiettivi, o qualora il dissesto della banca rappresenti un serio rischio per la stabilità finanziaria (vista la sua rilevanza sistemica) è garantita la derogabilità di tali operazioni.

I compensi derivanti dalla cessione delle attività, delle azioni o dei titoli emessi vanno a beneficio, nel caso delle attività, dell'ente stesso¹²³ mentre nel in caso di cessione di azioni o titoli confluiscono nel patrimonio degli azionisti.

Inoltre, conformemente alla direttiva 2013/36/UE e alla direttiva 2014/65/UE, l'acquirente è in continuità con l'ente soggetto a risoluzione, al fine di esercitare il diritto di prestare servizi o di stabilirsi in un altro Stato membro.

2.8.3 - L'ente-ponte ovvero *bridge-bank*

¹²² Con evidente sovversione del classico approccio di tali strumenti, intesi ad intervenire esclusivamente sul patrimonio.

¹²³ Anche con più cadenze temporali visto che l'artt. 38 par. 5 riconosce la possibilità di diluire nel tempo tali attività di cessione.

L'art. 40 della direttiva riconosce in capo all'Autorità di risoluzione il potere di disporre la cessione ad un ente ponte (ovvero *bridge bank*), interamente o parzialmente posseduta da una o più autorità pubbliche (fra cui la stessa Autorità di risoluzione o il fondo di risoluzione), delle azioni o altri titoli di proprietà o delle attività, dei diritti e delle passività della banca sottoposta a risoluzione¹²⁴.

La disciplina statutaria relativa all'ente-ponte¹²⁵ è sottoposta all'autorizzazione dell'Autorità che ne nomina amministratori (determinandone la remunerazione ed i poteri) e ne approva strategie e profilo di rischio.

La *bridge-bank* dev'essere autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria secondo la disciplina applicabile, è sottoposta a vigilanza da parte dell'Autorità competente, con l'obbligo, inoltre, di rispettare i requisiti prudenziali.

Gli amministratori agiscono e gestiscono l'ente-ponte nella prospettiva di realizzare la cessione dei titoli di proprietà e delle sue attività, diritti e passività ad acquirenti del settore privato, a condizioni convenienti e in massima trasparenza.

L'Autorità di risoluzione estingue la *bridge-bank* al verificarsi di una delle seguenti condizioni;

- la fusione con altra entità,
- la vendita totale o parziale delle attività ad un intermediario situato sul libero mercato
- la liquidazione ordinata del patrimonio o, infine, con il ritrasferimento delle attività, passività, azioni o titoli all'ente sottoposto a risoluzione o ai

¹²⁴ Siffatte operazioni sono interamente realizzate senza il consenso degli azionisti della banca sottoposta a risoluzione o di terzi diversi dalla banca-ponte.

¹²⁵ Considerata una continuazione della banca soggetta a risoluzione, al fine di garantirle l'esercizio dei diritti legati ad attività, diritti e passività cedute ed affinché venga preservato il diritto di partecipare ai sistemi di pagamento, di compensazione e di regolamento.

proprietari delle azioni, a patto che vengano soddisfatte le condizioni previste dall'art. 40 par. 7, di seguito riportate:

- La possibilità di ritrasferire le specifiche azioni o altri titoli di proprietà, ovvero attività, diritti o passività è prevista espressamente dallo strumento mediante il quale è stata effettuata la cessione;
- Le specifiche azioni o altri titoli di proprietà, ovvero attività, diritti o passività non rientrano di fatto nelle classi di azioni o altri titoli di proprietà, attività, diritti o passività definiti nello strumento mediante il quale è stata effettuata la cessione o non rispettano le condizioni per la cessione di tali azioni o altri titoli di proprietà, ovvero attività, diritti o passività.

L'ente ponte cessa anche a causa della scadenza del termine biennale, benché sia prevista¹²⁶ la prorogabilità di un anno al verificarsi delle seguenti condizioni:

- la proroga è finalizzata al raggiungimento dei risultati di cui al paragrafo 3, lettere a), b), c) o e) dell'art. 41¹²⁷
- la proroga è necessaria per assicurare la continuità di servizi bancari o finanziari essenziali

Ogni eventuale proroga del periodo di cui al paragrafo 5 dell'art. 41 è motivata e corredata da una valutazione particolareggiata della condizione dell'impresa e delle prospettive di mercato.

¹²⁶ Art. 41 par. 6 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

¹²⁷ L'autorità di risoluzione decide che l'ente-ponte non è più tale ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 2, non appena si verifica una delle situazioni seguenti: a) fusione dell'ente-ponte con un'altra entità; b) l'ente-ponte cessa di soddisfare i requisiti di cui all'articolo 40, paragrafo 2; c) vendita della totalità o della sostanziale totalità delle attività, diritti o passività dell'ente-ponte a un terzo; d) scadenza del termine di cui al paragrafo 5 o, se del caso, al paragrafo 6; e) le attività dell'ente-ponte sono liquidate nella loro interezza e le sue passività sono completamente assolte.

Infine i proventi derivanti dalla cessione della *bridge-bank*¹²⁸ sono distribuiti fra i creditori della banca sottoposta a risoluzione e, solo in via residuale fra gli azionisti.

2.8.4 - La separazione delle attività ovvero *bad bank - good bank*

Il quarto ed ultimo strumento di *gone-concern*, previsto dalla BRRD¹²⁹, è la “separazione delle attività” (*bad bank-good bank*), che consta nel trasferimento, ad un *asset management vehicle*¹³⁰, dei seguenti valori:

- attività e passività
- *assets*
- diritti

¹²⁸ Sulla quale azionisti e creditori dell’impresa bancaria sottoposta a risoluzione non hanno alcun diritto.

¹²⁹ Art. 42 par. 1 della Direttiva UE n. 59 del 2014 - “Ai fini dell’attivazione dello strumento della separazione delle attività, gli Stati membri provvedono a che le autorità di risoluzione abbiano il potere di cedere a uno o più veicoli di gestione delle attività le attività, diritti o passività di un ente soggetto a risoluzione o di un ente-ponte.”

¹³⁰ Ovvero un ente appositamente creato, di proprietà pubblica, al quale cedere totalmente o parzialmente le attività, passività e gli assets dell’ente sottoposto a risoluzione.

Come disposto dall'art. 42 gli amministratori della *bad-bank*, nominati dall'Autorità di risoluzione, gestiscono le attività ad essa cedute al fine di massimizzarne il valore attraverso la vendita finale ovvero al fine di assicurare la liquidazione ordinata dell'attività d'impresa.

La cessione degli *assets*, diritti e passività al veicolo può avvenire soltanto qualora la situazione del mercato per le attività in questione sia tale che una loro liquidazione con procedura ordinaria di insolvenza potrebbe incidere negativamente su uno o più mercati finanziari, in quanto la cessione al mercato di suddetti cespiti potrebbe influire (a causa della depressione dei valori) sul sistema, oppure allorché tale cessione sia necessaria per assicurare il corretto funzionamento dell'ente soggetto a risoluzione o dell'ente-ponte¹³¹ o, infine, qualora la cessione sia necessaria per la massimizzazione dei proventi della liquidazione.

Le Autorità di risoluzione possono cedere a più riprese le attività, diritti o passività dell'ente soggetto a risoluzione a uno o più veicoli di gestione e ritrasferire attività, diritti o passività da uno o più veicoli di gestione all'ente soggetto a risoluzione¹³².

Nel caso della “separazione delle attività” l'eventuale corrispettivo¹³³ (che può essere anche negativo) è versato esclusivamente nei confronti dell'ente sottoposto a risoluzione, vista la mancata contemplazione di azioni o altri titoli rappresentanti il capitale dello stesso.

¹³¹ La cessione di tali *assets*, attività o passività è, in tal caso, finalizzata alla depurazione del patrimonio dell'ente-ponte/ istituzione da impieghi di problematica gestione e liquidazione.

¹³² Artt. 42 Par. 9 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

¹³³ Calcolato dall'autorità di risoluzione nel rispetto dei principi fissati nell'articolo 36 e della disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione - Art. 42 par. 6 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

Inoltre, al fine di impedire un indebito vantaggio competitivo all'intermediario sottoposto a risoluzione, lo strumento può essere esclusivamente utilizzato in combinazione¹³⁴ con uno o più degli altri mezzi di *resolution* previsti dalla direttiva.

2.9 - Gli strumenti di stabilizzazione pubblica

La direttiva 59 del 2014 regola il ricorso al supporto straordinario pubblico per la risoluzione di istituti creditizi che si trovino in stato di insolvenza. Tali strumenti, però, rappresentano una soluzione estrema, da attivarsi ove tutte le soluzioni previste dalla direttiva siano inefficaci o non tempestive, o in seguito a parziale utilizzazione delle stesse, in funzione integrativa.

La finalità del sostegno pubblico è quella di partecipare alla risoluzione di un intermediario, mediante un intervento diretto al fine di evitarne la liquidazione ordinaria. Suddetto sostegno può assumere due forme:

- Supporto con capitale pubblico¹³⁵ (art. 57) consistente nel rendere disponibile alle imprese bancarie in stato di insolvenza capitale pubblico, in cambio di strumenti del capitale primario di classe 1¹³⁶ o strumenti aggiuntivi di classe 1 o strumenti di classe 2,

¹³⁴ Ad esempio, la “separazione delle attività” potrà essere usata in combinazione con lo strumento dell’ente- ponte. L’ente ponte trasferirà assets, diritti e passività.

¹³⁵ Art. 57 par. 3 della Direttiva UE n. 59 del 2014. - “Quando lo Stato membro fornisce lo strumento di sostegno pubblico al capitale conformemente al presente articolo, provvede a che la sua partecipazione nell’ente o nell’entità di cui all’articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), sia ceduto/a al settore privato non appena le circostanze commerciali e finanziarie lo consentano.”

¹³⁶Utili non distribuiti e Riserve, al netto dell'avviamento, azioni ordinarie ed, inoltre, azioni privilegiate (*Preferred Stock*).

- Acquisizione temporanea della proprietà; tale trasferimento può essere a beneficio o di un ente appositamente designato dallo Stato membro oppure a favore di una società interamente di proprietà dello stesso,

Il ricorso agli strumenti pubblici di stabilizzazione può avvenire solo qualora alcune condizioni siano soddisfatte; fra queste, quella di maggiore rilevanza (e pregiudiziale a tutte le altre) è quella relativa all'obbligatorietà di un preventivo contributo all'assorbimento delle perdite e alla ricapitalizzazione della banca in dissesto da parte degli azionisti e dei creditori titolari di passività ammissibili (per un importo non inferiore all'8 % delle passività totali della banca, calcolate al momento della risoluzione e tramite lo strumento previsto ex art. 36)

Qualora la condizione suddetta risulti soddisfatta, è necessario che almeno uno dei seguenti presupposti sia esaudito (oltre al ricorso dei presupposti della risoluzione):

- l'applicazione degli altri strumenti non risulta sufficiente
- il ministero competente (o il governo) e l'Autorità di risoluzione stabiliscono che gli altri strumenti non consentono una protezione sufficiente dell'interesse pubblico, qualora la banca abbia già beneficiato di un supporto di liquidità straordinario dalla banca centrale
- il ministero competente (o il governo) e l'Autorità di risoluzione stabiliscono che gli altri strumenti non consentono una protezione sufficiente dell'interesse pubblico, qualora la banca abbia già beneficiato di sostegno pubblico in termini di capitale

2.10 - Il meccanismo di finanziamento della *resolution* - Il Fondo di Risoluzione

La BRRD struttura un complesso meccanismo privato di finanziamento della risoluzione basato sui fondi di risoluzione¹³⁷, finanziati dall'intero sistema bancario (c.d. *bail-out* privato)¹³⁸.

Tale meccanismo di finanziamento, in base ai dettami dell'art. 99, si suddivide in tre parti:

- i meccanismi di finanziamento nazionali (art. 100)
- i prestiti tra meccanismi nazionali di finanziamento (art. 106)
- la messa in comune dei meccanismi di finanziamento in caso di risoluzione di gruppi *cross-border* (art. 107)

L'art. 100¹³⁹ impone agli Stati membri la costituzione di uno o più meccanismi nazionali di finanziamento¹⁴⁰ finalizzati alla garanzia della sostenibilità delle misure di risoluzione. Tali meccanismi vengono dotati di risorse adeguate, costituite da versamenti *ex ante*¹⁴¹ a carico degli enti creditizi, individuate in un

¹³⁷ Anche detti *Bank Resolution Funds*.

¹³⁸ Da utilizzarsi qualora le risorse interne dell'azienda non siano sufficienti alla copertura delle perdite, in funzione della ricapitalizzazione e della realizzazione delle altre operazioni di ristrutturazione.

¹³⁹ Gli Stati membri istituiscono uno o più meccanismi di finanziamento per permettere all'autorità di risoluzione di applicare o esercitare efficacemente gli strumenti e i poteri di risoluzione.

Gli Stati membri provvedono a che l'uso dei meccanismi di finanziamento possa essere avviato da un'autorità pubblica designata o autorità investita di poteri amministrativi pubblici.

I meccanismi di finanziamento sono utilizzati esclusivamente in conformità degli obiettivi della risoluzione e ai principi stabiliti negli articoli 31 e 34.

¹⁴⁰ Tali meccanismi, però, possono essere utilizzati esclusivamente in conformità degli obiettivi della risoluzione e ai principi stabiliti negli articoli 31 e 34, ovvero in base agli obiettivi della risoluzione e ai principi generali che regolamentano l'azione dell'Autorità di risoluzione.

¹⁴¹ Su base annuale a decorrere dal 2015 - Art. 103 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

livello target pari ad almeno l'1% dei depositi protetti di tutte le banche autorizzate ad operare sul territorio nazionale (da raggiungere entro il 31 dicembre 2024).

Le contribuzioni sono calcolate “in percentuale dell’ammontare delle passività di ciascuna banca, al netto dei fondi propri e dei depositi protetti rispetto alle passività aggregate, al netto dei fondi propri e dei depositi protetti di tutte le banche autorizzate all’esercizio dell’attività bancaria nello Stato membro.”¹⁴² I contributi, determinati secondo tale modalità, sono corretti a seconda del profilo di rischio di ciascuna banca (*risk-based contribution*), determinato secondo i seguenti fattori:

- l’importanza delle attività di trading
- la stabilità, la diversificazione delle fonti di finanziamento della banca
- la situazione finanziaria e la probabilità che la banca sia assoggettata a risoluzione
- l’eventuale precedente supporto pubblico straordinario
- la complessità della struttura, la sua risolvibilità e la rilevanza della banca per la stabilità del sistema finanziario

Può tuttavia accadere che l’ammontare delle contribuzioni *ex ante* non sia sufficiente a fronteggiare la risoluzione di un ente di particolari dimensioni, determinando la necessità di provvedere a contribuzioni *ex post*¹⁴³ (art. 104). Qualora entrambe le contribuzioni risultino insufficienti o, allorché le contribuzioni *ex post* non possano essere celermente raccolte, è possibile, così

¹⁴² L’Unione Bancaria Europea - La riforma europea delle regole di gestione delle crisi bancarie - Giuseppe Boccuzzi - par 3.5.1 pg 129

¹⁴³ Calcolate con i medesimi criteri previsti per le contribuzioni *ex ante*.

come sancito dall'art. 105, far ricorso a forme alternative di finanziamento¹⁴⁴, ovvero alla contrazione di prestiti o altre forme di sostegno presso istituti creditizi, enti finanziari o altri soggetti.

In aggiunta l'art. 106¹⁴⁵ regola il meccanismo volontario di prestiti fra fondi nazionali, che permette la contrazione di prestiti presso tutti gli altri meccanismi nazionali di finanziamento al verificarsi delle seguenti condizioni;

- Insufficienza delle somme raccolte *ex ante* per la copertura di perdite, costi o altre spese
- I contributi *ex post* non siano immediatamente accessibili
- Forme alternative di finanziamento non siano disponibili o lo siano a condizioni non ragionevoli

Le condizioni del prestito, la durata, il rendimento e le modalità di rimborso sono liberamente determinate su base negoziale da parte delle Autorità di risoluzione coinvolte.

Nel caso di una risoluzione di un gruppo, l'art. 107 regola la mutualizzazione dei fondi nazionali, ovvero determina le modalità di condivisione degli oneri connessi alla risoluzione per ogni Autorità nazionale coinvolta.

¹⁴⁴ Alle quali si fa ricorso soprattutto dopo che, nell'utilizzo del fondo di risoluzione, sia stato raggiunto il limite del 5% delle passività totali della banca in risoluzione, ma soprattutto nell'eventualità in cui siano state convertite tutte le passività non garantite e non privilegiate, diverse dai depositi *eligible*, siano state annullate o interamente convertite.

¹⁴⁵ Gli Stati membri provvedono a che il meccanismo di finanziamento di loro competenza possa richiedere prestiti presso tutti gli altri meccanismi di finanziamento dell'Unione, quando: a) le somme raccolte a norma dell'articolo 103 non sono sufficienti a coprire, mediante i meccanismi di finanziamento, le perdite, costi o altre spese sostenuti; b) i contributi straordinari *ex post* previsti dall'articolo 104 non sono accessibili immediatamente; e c) i meccanismi di finanziamento alternativi previsti dall'articolo 105 non sono accessibili immediatamente a condizioni ragionevoli.

La contribuzione di ciascun fondo è determinata in base al piano di finanziamento predisposto nell'ambito del programma di risoluzione, concordato in seno al collegio di risoluzione¹⁴⁶, che regola i seguenti aspetti:

- Le perdite a carico di ciascuna componente del gruppo
- Gli eventuali contributi a carico dei sistemi di garanzia dei depositi in base alle disposizioni dell'art. 109
- Il contributo complessivo dei meccanismi di finanziamento
- Le basi di calcolo del contributo di ciascun fondo nazionale ed il relativo ammontare
- l'ammontare dei prestiti che i fondi di risoluzione nazionali contrarranno come forme alternative di finanziamento della risoluzione
- Le tempistiche di attivazione dei meccanismi nazionali

2.10.1 - Utilizzo del fondo di risoluzione

La direttiva permette l'utilizzo delle risorse del fondo unico di risoluzione esclusivamente al fine di finanziare e rendere efficaci le seguenti misure di risoluzione¹⁴⁷;

a) garantire le attività o passività dell'ente soggetto a risoluzione, delle sue filiazioni, di un ente-ponte o di un veicolo di gestione delle attività;

¹⁴⁶ Quest'ultimo, alter ego del *supervisory college* (previsto nel campo della vigilanza bancaria), è funzionale alla gestione della crisi di gruppo e si compone in tal modo: 1. Autorità del paese della capogruppo; 2. Autorità di risoluzione dei paesi comunitari dove siano stabilite le filiazioni sottoposte a vigilanza consolidata; 3. Autorità di vigilanza dei paesi coinvolti; 4. I ministeri competenti; 5. l'autorità responsabile del sistema di garanzia dei depositi degli stati la cui Autorità di risoluzione faccia parte del collegio; 6. L'EBA. L'ambito di intervento si estende a tutte le fasi gestionali della crisi attraverso un ampio scambio di informazioni indirizzato allo sviluppo dei piani di risoluzione di gruppo.

¹⁴⁷ Previste, come ben sappiamo, dall'art 101 della Direttiva UE n. 59 del 2014..

- b) erogare prestiti all'ente soggetto a risoluzione, alle sue filiazioni, a un ente-ponte o a un veicolo di gestione delle attività;
- c) acquistare attività dell'ente soggetto a risoluzione;
- d) versare contributi a un ente-ponte e a un veicolo di gestione delle attività;
- e) pagare gli indennizzi agli azionisti o creditori conformemente all'articolo 75;
- f) fornire un contributo all'ente soggetto a risoluzione al posto della svalutazione o della conversione di passività di determinati creditori, ove sia applicato lo strumento del bail-in e l'autorità di risoluzione decida di escludere determinati creditori dall'ambito di applicazione del bail-in a norma dell'articolo 44, paragrafi da 3 a 8;
- g) concedere prestiti su base volontaria ad altri meccanismi di finanziamento secondo il disposto dell'articolo 106;
- h) avviare una qualsiasi combinazione delle azioni di cui alle lettere da a) a g

In alcun caso il Fondo potrà, tuttavia, essere usato per:

- la diretta copertura di perdite
- ricapitalizzazione di una banca o di un'altra entità prevista dalla direttiva

Ove il meccanismo di finanziamento debba indirettamente farsi carico delle perdite, si applicano i principi che disciplinano l'uso dei fondi di risoluzione nell'ambito del *bail-in*, ovvero:

- *Bail-in* in misura almeno pari all'8% delle passività totali
- Limite utilizzo del Fondo nella misura del 5% delle passività totali

3 - Il Single Resolution Mechanism

Lo schema delineato dalla Direttiva UE n. 59 del 2014 si riparte in un *network* di autorità di risoluzione nazionali che collaborano fra loro, in una disciplina comune dei poteri e degli strumenti applicabili e, infine, in una rete di fondi di risoluzione delle crisi bancarie su base nazionale; tale assetto è però risultato

eccessivamente articolato, temporalmente inefficiente¹⁴⁸ e non perfettamente idoneo per gli Stati membri che condividono una moneta comune.

Al fine di ovviare a tali problematiche coordinative si è deciso di anettere alla Direttiva EU n. 59 del 2014 l'istituzione di un sistema di risoluzione paneuropeo figurante il passaggio ad un sistema unico di gestione della risoluzione (*Single Resolution Mechanism - SRM*), fondato sull'accentramento dei poteri decisionali per la gestione delle insolvenze bancarie in capo ad un'unica Autorità di risoluzione Europea, accompagnata dalla contesuale costituzione di un fondo accentrato di risoluzione a livello europeo, detto *Single Resolution Fund - SRF*. Per la gestione del meccanismo si decise, infine, di dar vita ad una nuova agenzia¹⁴⁹, il Comitato unico di risoluzione (*Il Single Resolution Board - SRB - art. 42/43 del Regolamento UE n. 806 del 2014*), a cui sono attribuiti i poteri di risoluzione.

3.1 - Il Comitato (*Single resolution board*)

Il Comitato è formato da:

- un presidente
- quattro membri eletti a tempo pieno
- un rappresentante per ogni autorità di risoluzione nazionale (con diritto di voto)
- rappresentanti della Banca Centrale Europea e della Commissione europea, in qualità di osservatori permanenti, con titolo a partecipare al dibattito e con diritto d'accesso a tutti i documenti

¹⁴⁸ Vista la necessità, in quasi tutti i casi di intervento, di una certa celerità ed efficienza.

¹⁴⁹ In quanto dotata di una propria specifica struttura in relazione alle funzioni attribuite ma, soprattutto, di personalità giuridica

Il *Board* è titolare del potere di svolgere le attività preparatorie della risoluzione, con lo sviluppo dei piani di risoluzione e la valutazione della *resolvability*¹⁵⁰, e del potere di analisi per l'individuazione della modalità più efficace di realizzazione della stessa. Gestisce, infine, le modalità di intervento del Fondo unico di risoluzione, secondo le disposizioni¹⁵¹ della BRRD.

Le attribuzioni non sono, tuttavia, totali; Il *Board*, in base all'articolo 7 del regolamento, è l'organo incaricato di elaborare i piani di risoluzione ed adottare tutte le decisioni relative a:

- Enti creditizi e gruppi *significativi*¹⁵² o per i quali la BCE abbia deciso di avocare a sé i poteri di vigilanza¹⁵³¹⁵⁴
- Altri gruppi transfrontalieri

Si determina così un doppio piano di responsabilità e competenza in merito alla pianificazione e gestione della risoluzione; *in primis* per istituti creditizi rilevanti (in base a parametri quali le dimensioni, la rilevanza per l'economia dell'Unione o la significatività delle attività transfrontaliere) il *Board* assume una competenza esclusiva.

Nel caso in cui gli enti insolventi non posseggano i requisiti previsti dal regolamento 1024 del 2013¹⁵⁵, e quindi non siano soggetti alla vigilanza della

¹⁵⁰ Considerando n. 39 del Regolamento UE n. 806 del 2014 - “capacità di realizzare in modo fattibile e credibile una ristrutturazione o liquidazione ordinata nell'ambito di una procedura ordinaria di insolvenza senza provocare danni sistemici e proteggendo le funzioni economiche e i servizi finanziari essenziali”.

¹⁵¹ Art. 76 par. 1 del Regolamento UE n. 806 del 2014.

¹⁵² A norma dell'articolo 6, paragrafo 4, del regolamento (UE) n. 1024/2013 e al regolamento quadro sull'SSM della Banca Centrale Europea (BCE/2014/17).

¹⁵³ Art. 7 del Regolamento UE n. 806 del 2014.

¹⁵⁴ A norma dell'articolo 6, paragrafo 5, lettera b), del regolamento (UE) n. 1024/2013.

¹⁵⁵ Regolamento 1024/2013 - Considerando n.4 - “i) dimensioni; ii) importanza per l'economia dell'Unione o di qualsiasi Stato membro partecipante; iii) significatività delle attività transfrontaliere.

Banca Centrale Europea ma dell'Autorità nazionale di Vigilanza¹⁵⁶ , la competenza ricade in capo alle autorità nazionali di risoluzione¹⁵⁷.

L'attività decisionale è piuttosto complessa, tant'è che il Comitato può riunirsi sia in *sessione esecutiva* sia in *sessione plenaria*; nel primo caso, ovvero in *sessione esecutiva*¹⁵⁸, la riunione è composta dal presidente e da quattro membri designati¹⁵⁹. Qualora si deliberi su banche e gruppi *cross-border* partecipano i rappresentanti delle autorità di risoluzione nazionali degli Stati membri interessati.

La sessione esecutiva ha competenza per le decisioni preparatorie ed operative, (compreso l'utilizzo del fondo di risoluzione) relativamente alla ristrutturazione di una banca, e per le decisioni rivolte agli Stati membri in merito all'attuazione delle misure disposte.

Allorché si riunisca in *sessione plenaria*, il Comitato è competente per materie di carattere generale e di spesa, oltre che per le seguenti decisioni:

- decisioni di risoluzione che richiedano oltre 5 miliardi di capitale, o 10 miliardi nel caso in cui si scelga la forma del sostegno di liquidità, a carico del *Single Resolution Fund*
- qualora l'utilizzo accumulato delle risorse raggiunga, entro 12 mesi, i 5 miliardi di euro di spesa, la sessione plenaria conduce una valutazione in merito all'applicazione degli strumenti di risoluzione

¹⁵⁶ Per l'Italia, si ricorda, la Banca d'Italia in base ai dettami della LEGGE 9 luglio 2015 , n. 114.

¹⁵⁷ Persiste, in ogni caso, un obbligo di coordinamento ed assistenza al Comitato nella preparazione e nell'attuazione dei piani di risoluzione.

¹⁵⁸ Normalmente si decide a maggioranza semplice con voto decisivo del presidente.

¹⁵⁹ In base ad una procedura di selezione che tenga conto delle competenze e delle esperienze nell'ambito della vigilanza, della regolamentazione finanziaria e della risoluzione delle crisi bancarie.

- decisioni in merito alla necessità di raccolta di contributi *ex post* al fondo, sui finanziamenti alternativi e sulla mutualizzazione dei sistemi di finanziamento

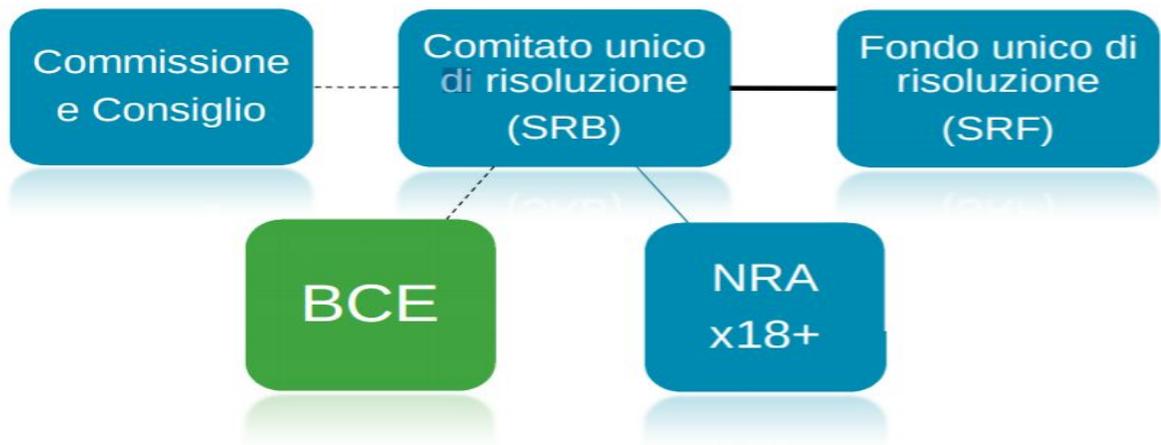
Infine la correttezza della sua attività, condizionata da obblighi di trasparenza, è oggetto di stringenti controlli¹⁶⁰ grazie alla nomina di un revisore interno responsabile del corretto funzionamento delle procedure di esecuzione del bilancio, valutato tramite “pareri-indipendenti”.

3.2 - Il programma di risoluzione

La complessità del procedimento decisionale si riverbera anche sulle modalità di conduzione della risoluzione; in primis la Banca Centrale Europea, ovvero l'autorità di vigilanza a livello Europeo, qualora un istituto creditizio sia in dissesto (o a rischio dissesto) comunica al Comitato di risoluzione unico la condizione della stessa¹⁶¹.

¹⁶⁰ All'interno del Comitato è creata una funzione di audit che deve essere esercitata conformemente agli standard internazionali pertinenti. Il revisore interno, nominato dal Comitato, risponde a quest'ultimo della verifica che i sistemi di esecuzione del bilancio e le procedure di bilancio del Comitato funzionino correttamente.

¹⁶¹ Tale decisione può essere presa anche dalla sessione esecutiva del Comitato di risoluzione unico di propria iniziativa se, dopo essere stata informata, la BCE non reagisce nell'arco di 3 giorni.



162

Il Comitato, in sessione esecutiva, verifica l'eventuale esistenza di soluzioni private (che riescano a garantire la preservazione dell'equilibrio finanziario) e la sussistenza di tutte le condizioni per la risoluzione, previste dalla BRRD¹⁶³. Qualora non siano soddisfatte le condizioni l'istituto di credito sarà sottoposto a normale procedimento di liquidazione (secondo quanto previsto dalla disciplina nazionale di appartenenza).

Il programma di risoluzione comprende un'analisi delle tempistiche, delle modalità di risoluzione e degli strumenti, da applicarsi agli enti su citati; l'art. 11

¹⁶² Schema esplicativo e riassuntivo dell'autorità coinvolte.

¹⁶³ Come ricordato, art. 32 della Direttiva UE n. 59 del 2014 - "Gli Stati membri provvedono a che le autorità di risoluzione possano avviare un'azione di risoluzione per un ente di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), solo se l'autorità di risoluzione ritiene soddisfatte tutte le condizioni seguenti: a) l'autorità competente, [...] o l'autorità di risoluzione, alle condizioni stabilite al par. 2 [...] ha stabilito che l'ente è in dissesto o a rischio di dissesto; b) tenuto conto della tempistica e di altre circostanze pertinenti, non si può ragionevolmente prospettare che qualsiasi misura alternativa per l'ente in questione, incluse misure da parte di un IPS, sotto forma di intervento del settore privato o di azione di vigilanza permetta di evitare il dissesto dell'ente in tempi ragionevoli; c) l'azione di risoluzione è necessaria nell'interesse pubblico a norma del paragrafo 5.

par. 9 individua il contenuto minimo del piano (redatto dal Comitato con l'assistenza delle competenti autorità nazionali¹⁶⁴) imponendo una sintesi dei suoi elementi fondamentali, le tempistiche necessarie all'attivazione e le modalità di finanziamento degli strumenti di risoluzione previsti dalla¹⁶⁵ direttiva, con annessa descrizione particolareggiata delle diverse strategie di risoluzione da applicarsi nei vari scenari possibili ed, infine, una descrizione delle operazioni e dei sistemi essenziali per assicurare la continuità del funzionamento dei processi operativi dell'ente.

2.3 - La valutazione ai fini della risoluzione

Prima di provvedere all'applicazione di uno degli strumenti previsti dalla direttiva, il Comitato¹⁶⁶ nomina un esperto indipendente incaricato di provvedere ad una valutazione equa, prudente e realistica delle attività e passività dell'impresa bancaria.

Tale valutazione¹⁶⁷, provvisoriamente realizzabile dal Comitato qualora non sia possibile nominare suddetta personalità, è intesa non soltanto alla verifica della sussistenza delle condizioni di risoluzione previste dall'art. 16 e 18¹⁶⁸ ma anche,

¹⁶⁴ Visto che quest'ultime posseggono le informazioni più rilevanti in merito all'intermediario considerato.

¹⁶⁵ Modalità di finanziamento che non devono assolutamente prevedere i) sostegno finanziario pubblico straordinario oltre all'impiego del Fondo istituito ai sensi dell'articolo 67; ii) assistenza di liquidità di emergenza fornita da una banca centrale; o iii) assistenza di liquidità da parte di una banca centrale fornita con costituzione delle garanzie, durata e tasso di interesse non standard;

¹⁶⁶ Come sancito dall'art. 20 par. 1

¹⁶⁷ Provvisoriamente realizzabile dal Comitato qualora non sia possibile nominare suddetta personalità.

¹⁶⁸ Ai fini del paragrafo 1, lettera a), l'entità è considerata in dissesto o a rischio di dissesto in una o più delle situazioni seguenti: a) l'entità viola, o vi sono elementi oggettivi a sostegno della

genericamente, ad orientare l'accertamento del soddisfacimento delle condizioni per la risoluzione o per la svalutazione o conversione degli strumenti di capitale.

Gli obiettivi della valutazione variano in base al singolo strumento scelto:

1. Nel caso in cui sia applicato il potere di svalutare o convertire gli strumenti di capitale pertinenti, a orientare la decisione sull'estensione della cancellazione o diluizione di titoli di proprietà e sull'estensione della svalutazione o conversione dei pertinenti strumenti di capitale;
2. In caso di applicazione del bail-in, a orientare la decisione sull'estensione della svalutazione o conversione delle passività ammissibili 3.
3. laddove sia applicato lo strumento dell'ente-ponte o lo strumento di separazione delle attività, a orientare la decisione sulle attività, i diritti, le passività o titoli di proprietà da cedere e la decisione sul valore di eventuali corrispettivi da pagare all'ente soggetto a risoluzione o, a seconda dei casi, ai proprietari dei titoli di proprietà;
4. Infine, in caso di vendita dell'attività d'impresa, a orientare la decisione sulle attività, i diritti, le passività o titoli di proprietà da cedere nonché l'accertamento, da parte del Comitato, delle condizioni commerciali¹⁶⁹

In ogni caso la valutazione è fortemente indirizzata all'individuazione di tutte le perdite prima che qualsiasi strumento di risoluzione sia effettivamente applicato.

A conclusione dell'attività di risoluzione viene predisposta una nuova valutazione, atta a sancire se i creditori abbiano ricevuto un trattamento peggiore

convinzione che nel prossimo futuro violerà, i requisiti per il prosieguo dell'autorizzazione b) le attività dell'entità sono, o vi sono elementi oggettivi a sostegno della convinzione che nel prossimo futuro saranno, inferiori alle passività; c) l'entità non è in grado di pagare i propri debiti o altre passività in scadenza; d) l'entità necessita di un sostegno finanziario pubblico straordinario.

¹⁶⁹ Ai fini dell'articolo 24, paragrafo 2, lettera b) del Regolamento.

rispetto a quello che avrebbero ottenuto qualora l'ente fosse stato sottoposto ad ordinaria procedura di risoluzione.¹⁷⁰

2.4 - Il Fondo unico di risoluzione delle crisi

La centralizzazione, a livello Europeo, della risoluzione è completata dall'istituzione del *Single Resolution Found (SRF)*, ovvero il Fondo unico di risoluzione delle crisi, gestito dal Comitato al fine di garantire la disponibilità del sostegno finanziario necessario a far fronte all'insolvenza degli istituti creditizi.

La costituzione di tal strumento, molto travagliata (vista la perdurante opposizione di alcuni paesi europei) costituisce l'obiettivo più avanzato e significativo del *Single Resolution Mechanism*; tale fondo è espressione del principio solidale del settore bancario, ovvero "l'irrilevanza della localizzazione dell'istituto creditizio o l'articolazione del gruppo bancario all'accorrere dell'insolvenza."¹⁷¹

Il superamento delle opposizioni di alcuni paesi è stata ottenuta tramite un *intergovernmental agreement*; quest'ultimo, sottoscritto il 21 Maggio del 2014, è un trattato internazionale, e non fa parte della normativa *intra-UE*¹⁷². Tale accordo prevede la costituzione di un Fondo Unico Europeo suddiviso in compartimenti nazionali destinati ad una graduale fusione (entro il 2024)¹⁷³.

¹⁷⁰ Regolamento UE n. 806 del 2014 art. 20 par. 11 e 12.

¹⁷¹ L'Unione Bancaria Europea - Il secondo pilastro dell'Unione Bancaria: dalle Autorità di risoluzione nazionali al meccanismo unico di Risoluzione delle Crisi - Giuseppe Boccuzzi - pg. 151 - Bancaria Editrice - 2015

¹⁷² Tale scelta è da ricondursi all'incompatibilità con i trattati Europei, fortemente sostenuta da parte dalla Repubblica Federale Tedesca.

¹⁷³ Council of the European Union - Atto legislativo n. 8457 del 2014.

L'IGA¹⁷⁴ disciplina la fase del trasferimento delle contribuzioni delle banche¹⁷⁵, raccolte dagli Stati Membri, al *Single Resolution Fund*.

L'accordo definisce criteri, modalità e condizioni uniformi per il trasferimento delle risorse stabilendo che i fondi siano allocati in compartimenti nazionali durante il periodo transitorio di otto anni previsto per la completa costituzione del Fondo unico¹⁷⁶ (la conclusione di tale *iter* è prevista per il 2024).

Qualora, durante il periodo transitorio, dovesse rendersi necessario un intervento di risoluzione gli Stati interessati potranno far ricorso a forme di finanziamento-ponte, provenienti dai compartimenti nazionali, secondo procedure concordate¹⁷⁷. Inoltre si dovrà provvedere allo sviluppo di un *back-stop* comune per facilitare il *borrowing* da parte dell'SRF.

Tale regime transitorio prevede un graduale coinvolgimento dei compartimenti nazionali nell'attività di risoluzione, secondo tali direttive:

- i costi della resolution dovranno essere sopportati, inizialmente, dai compartimenti nazionali corrispondenti ai paesi in cui l'istituto creditizio o il gruppo bancario siano stabiliti o autorizzati.
- qualora il ricorso a tali compartimenti non sia sufficiente si ricorrerà alle risorse di tutti gli altri compartimenti
- in terza istanza, qualora le risorse degli altri compartimenti dovessero risultare insufficienti, si utilizzeranno tutte le risorse residue dei relativi compartimenti interessati dalla crisi

¹⁷⁴ Ossia Accordo Intergovernativo.

¹⁷⁵ Raccolte secondo i dettami della BRRD.

¹⁷⁶ La mutualizzazione sarà del 40% il primo anno, 20% per il secondo e poi a quote costanti per i successivi 6 anni.

¹⁷⁷ Tra le quali forme di trasferimento temporaneo fra compartimenti.

- ancora, se le risorse approntate risultassero insufficienti si potranno raccogliere contribuzioni *ex post* a carico delle banche autorizzate nei paesi i cui compartimenti nazionali siano interessati, per primi, dalla risoluzione
- Infine, qualora le risorse *ex ante* dovessero risultare non sufficienti e quelle *ex post* non immediatamente accessibili, il Single Resolution Board potrà, a norma degli art. 72 e 73 del Regolamento UE n. 806 del 2014, ricorrere a prestiti o altre forme di sostegno.

3.4.1 - La dotazione finanziaria, il meccanismo di alimentazione del Fondo Unico di risoluzione e l'utilizzo delle risorse

Le risorse¹⁷⁸ del *Single Resolution Fund* sono predisposte tramite contribuzione *ex-ante*, di natura esclusivamente privata e su base annua, calcolata, per ogni singolo istituto, in percentuale dell'ammontare delle sue passività (esclusi i fondi propri e i depositi protetti) e composta da due elementi, l'uno fisso e l'uno variabile:

1. Il contributo fisso proporzionale basato sull'importo delle passività dell'ente
2. Il contributo ponderato, e variabile, in funzione del rischio sulla base dei criteri stabiliti dall'articolo 103, paragrafo 7, della direttiva 2014/59/UE, tenendo conto del principio di proporzionalità, senza creare distorsioni alla struttura dei settori bancari degli Stati membri.

¹⁷⁸ Che dovranno ammontare all'1% dell'ammontare di tutti i depositi garantiti presenti nei bilanci delle imprese creditizie situate nei paesi membri sottoscrittori (all'incirca 55 miliardi di euro).

Qualora le risorse disponibili siano insufficienti a fronteggiare la risoluzione (perdite, costi o altre spese) di un ente creditizio o di un gruppo *cross-border* è previsto il ricorso vari strumenti alternativi;

- contribuzioni straordinarie *ex-post*¹⁷⁹
- forme alternative di finanziamento¹⁸⁰, qualora le contribuzioni *ex-post* e quelle *ex-ante* non siano immediatamente accessibili o insufficienti
- meccanismo di prestiti volontari (*mutual borrowing*) fra SRF ed i fondi di risoluzione dei paesi non partecipanti¹⁸¹

Le risorse raccolte sono gestite dal *Board* e, al fine di garantire un rendimento, investite con prudenza in base ai dettami dell'art. 75, che prevede: “gli importi detenuti nel Fondo dovranno essere investiti in obbligazioni degli Stati membri oppure di organizzazioni intergovernative, o in attività altamente liquide di elevato merito creditizio. Gli investimenti sono sufficientemente diversificati sotto il profilo settoriale, geografico e in modo proporzionale. Il rendimento degli investimenti confluisce nel Fondo.”

¹⁷⁹ Calcolate secondo le medesime modalità previste per quelle *ex-ante*.

¹⁸⁰ Prestiti o altre forme di sostegno contratti con istituzioni, intermediari finanziari o terze parti che garantiscano le migliori condizioni e la tempistica più adeguata.

¹⁸¹ Regolamento UE n. 806 del 2014 - Art. 72 - “Il Comitato decide di chiedere prestiti volontari per il Fondo ai meccanismi di finanziamento della risoluzione degli Stati membri non partecipanti nel caso in cui: a) gli importi raccolti in base all'articolo 70 non sono sufficienti a coprire le perdite, i costi o le altre spese sostenuti mediante ricorso al Fondo in relazione alle azioni di risoluzione; b) i contributi straordinari *ex post* previsti dall'articolo 71 non sono accessibili immediatamente; e c) i mezzi di finanziamento alternativi previsti dall'articolo 73 non sono accessibili immediatamente a condizioni ragionevoli.”

Infine, il Fondo, come sancito dall'art. 76¹⁸², può essere utilizzato solo nella misura necessaria ad assicurare l'efficace applicazione degli strumenti di risoluzione e per il raggiungimento degli obiettivi della risoluzione.

3.5 - Il programma di risoluzione e gli strumenti previsti dal Regolamento.

Il Comitato, una volta notificatagli dalla Banca centrale Europea la situazione di crisi di quello specifico intermediario creditizio, provvede alla redazione dello schema di risoluzione¹⁸³, incaricando della sua applicazione le autorità nazionali di risoluzione.

¹⁸² Regolamento UE 806 del 2014 - Art 76 par. 1 - “Nell'ambito del programma di risoluzione, in sede di applicazione degli strumenti di risoluzione ad entità di cui all'articolo 2, il Comitato può utilizzare il Fondo solo nella misura necessaria ad assicurare l'efficace applicazione degli strumenti di risoluzione.”

¹⁸³ Definitivo solo qualora il Consiglio, su proposta della Commissione, non sollevi obiezioni.

Resolution procedure in the banking union



184

Quest'ultime provvedono alla trasmissione “a intervalli regolari stabiliti dal Comitato, di informazioni precise, affidabili e complete sull'esecuzione dei programmi di risoluzione, sull'applicazione degli strumenti di risoluzione e sull'esercizio dei poteri di risoluzione, sulla nomina, la revoca o la sostituzione di valutatori, amministratori, contabili, avvocati e altri professionisti eventualmente necessari per assistere l'autorità nazionale di risoluzione, nonché sull'esecuzione dei loro compiti, sulla sostenibilità economica, la fattibilità, e l'attuazione del piano di riorganizzazione aziendale ed in generale qualsiasi altra informazione rilevante per l'esecuzione del piano.”¹⁸⁵

Conclusasi l'esecuzione del piano l'autorità di risoluzione nazionale predispone un rendiconto finale da inoltrare al Comitato.

Gli strumenti¹⁸⁶ elegibili all'interno del programma di risoluzione, utilizzabili sia singolarmente che in combinazione fra loro, sono;

¹⁸⁴ Schema esemplificativo della procedura di risoluzione, delle relative tempistiche e delle autorità coinvolte.

¹⁸⁵ Art. 28 par. 1 p. 1 ss Regolamento UE 806 del 2014.

¹⁸⁶ Art. 24 e ss - Regolamento UE n. 806 del 2014

1. Strumento per la vendita dell'attività di impresa
2. Strumento dell'ente-ponte
3. Strumento di separazione delle attività
4. Strumento del bail-in

Quest'ultimi ricalcano precisamente i contenuti, le modalità di esecuzione ed, in generale, quanto previsto all'interno della BRRD sia in ambito procedurale che normativo. L'unica differenza è da rinvenirsi in ambito decisionale e soggettivo; il regolamento 806 individua, infatti, gli strumenti la cui attivazione è rimessa alla potestà del *Board* che, qualora sia necessario, li applica esclusivamente agli intermediari creditizi che posseggano i requisiti di significatività.

3.5.1 - Il *Bail-in ex* Regolamento UE n. 806 del 2014

Fra i quattro strumenti individuati dalla normativa istitutrice del *Single Resolution Mechanism* quello che maggiormente si discosta dalle previsioni della *Banking Recovery and Resolution Directive* è il *bail-in*. Il regolamento 806 del 2014, infatti, regola meno dettagliatamente il *bail-in* rispetto a quanto avvenga all'interno della BRRD; tale scelta è da ricondursi al sostanziale rimando che il regolamento fa in favore della disciplina prevista dalla direttiva 59 del 2014 soprattutto in merito alle modalità di conversione, al tasso di conversione ed alle varie tipologie di passività, ammissibili e non.

L'art. 27, al primo comma, elenca le finalità dello strumento, ovvero:

- ricapitalizzare un'entità di cui all'articolo 2¹⁸⁷ del regolamento che soddisfi le condizioni per la risoluzione in misura sufficiente a ripristinarne la capacità di rispettare le condizioni di autorizzazione e di continuare a svolgere le attività per le quali è autorizzata
- convertire in capitale o ridurre il valore nominale dei crediti o dei titoli di debito ceduti:

a) ad un ente-ponte al fine di fornirgli capitale

b) nell'ambito dello strumento per la vendita dell'attività d'impresa o dello strumento di separazione delle attività.

Siffatto strumento è da applicarsi, a norma del secondo comma, esclusivamente qualora sussistano le condizioni affinché possano essere raggiunti gli obiettivi della risoluzione, ma anche il ripristino della la solidità finanziaria e la sostenibilità economica a lungo termine dell'entità.

Il programma di risoluzione individua, inoltre, l'importo aggregato di cui occorre ridurre o svalutare le passività ammissibili, le passività escluse¹⁸⁸ ed, inoltre, gli obiettivi e il contenuto minimo del piano di riorganizzazione aziendale.

4 - Lo Schema Unico di Garanzia dei Depositi

¹⁸⁷ Regolamento UE n. 806 del 2014 - Art. 2 - “Il presente regolamento si applica alle seguenti entità: a) gli enti creditizi stabiliti in uno Stato membro partecipante; b) le imprese madri, comprese le società di partecipazione finanziaria e le società di partecipazione finanziaria mista, stabilite in uno Stato membro partecipante, ove siano soggette alla vigilanza su base consolidata svolta dalla BCE conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, lettera g), del regolamento (UE) n. 1024/2013; c) le imprese d'investimento e gli enti finanziari stabiliti in uno Stato membro partecipante ove rientrino nell'ambito della vigilanza su base consolidata dell'impresa madre svolta dalla BCE conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, lettera g), del regolamento (UE) n. 1024/2013.”

¹⁸⁸ Individuando, inoltre, l'eventuale maggiorazione contributiva da distribuire fra le passività ammesse o, qualora insufficienti, l'entità dell'intervento del Fondo unico di risoluzione.

I sistemi di garanzia dei depositi bancari ricoprono un ruolo fondamentale nella gestione delle crisi bancarie¹⁸⁹, provvedendo a rimborsare i depositanti, il soggetto più debole fra le varie categorie di creditori bancari.

Il rimborso del deposito non è, come vedremo, illimitato, in quanto garantito fino ad un determinato ammontare predefinito, secondo quanto disposto dal legislatore Europeo o autonomamente dagli stessi sistemi di garanzia.

Gli effetti positivi derivanti dalla sussistenza di un siffatto sistema non si riverberano esclusivamente su aspetti monetari (o finanziari) ma determinano anche esternalità positive, in quanto capaci di rafforzare la fiducia nel sistema bancario complessivamente considerato, evitando il panico o fenomeni quali il *bank-run*¹⁹⁰.

Le funzioni di un sistema di garanzia dei depositi bancari non si limitano esclusivamente al rimborso delle somme in capo ai depositanti, costituendo una componenete fondamentale della *safety net* apprestata dall'ordinamento per la stabilità finanziaria¹⁹¹. Negli ultimi anni, infatti, si è assistito ad un ampliamento sostanziale del mandato svolto da tali meccanismi¹⁹²; alla classica funzione di

¹⁸⁹ Il considerando n. 3 della direttiva sottolinea il ruolo fondamentale del sistema di garanzia dei depositi per la realizzazione del mercato interno, sotto il profilo della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi nel settore degli enti creditizi.

¹⁹⁰ Il *bank run* è un fenomeno tipico di una crisi finanziaria; si ha qualora un elevato numero di clienti di un istituto creditizio prelevi contemporaneamente i propri depositi, temendo l'insolvenza dell'istituto. Tale avvenimento destabilizza la banca stessa, che spesso fallisce proprio a causa di quest'ultimo. Il fallimento dipende dal fatto che l'istituto creditizio detenga solo una parte dei depositi (vedi riserva frazionaria), mentre la maggior parte viene investita, o meglio, utilizzata per espletare la sua funzione creditizia.

¹⁹¹ Per obiettivi e finalità si veda "Fondo Interbancario di tutela dei depositi - L'assicurazione dei depositi nell'Unione Europea" - 2006.

¹⁹² Basti notare che l'art. 11 del Regolamento UE 49 del 2014 varie e numerose funzioni.

rimborso (le cosiddette *paybox functions*)¹⁹³, infatti, si sono aggiunte numerose funzioni, tra le quali;

- svolgimento di un ruolo, sebbene limitato, nel finanziamento della risoluzione di un istituto creditizio (*paybox plus*)¹⁹⁴
- attivo coinvolgimento nella definizione delle misure e nel *funding* della risoluzione sulla base del principio del minor costo (*loss minimiser*)¹⁹⁵
- funzione di valutazione e gestione del rischio con annesso potere di *early intervention* e di risoluzione (*risk minimiser*)

341 - La Direttiva UE n. 49 del 2014

A livello europeo, il dibattito in merito al rafforzamento del sistema di garanzia dei depositi ha portato allo sviluppo di un sistema accentrato di garanzia dei depositanti in loco delle realtà a livello nazionale.

Tale risultato è stato indotto dagli evidenti vantaggi di un *network* accentrato rispetto ad uno *scheme* frammentato, fra i quali i significativi risparmi in termini di costi amministrativi o la possibilità di una migliore gestione delle crisi bancarie (sotto il profilo del minore impatto di un fallimento bancario su un sistema di più ampie dimensioni rispetto ad uno nazionale).

Ciò ha portato allo sviluppo della direttiva 49/2014/UE la cui tecnica legislativa differisce rispetto a quanto previsto per la BRRD o il *Single Resolution*

¹⁹³ *International Association of Deposit Insurers 2011 Research Conference: “Financial crises: the role of deposit insurance” - pg. 2 - Hervé Hannoun*

¹⁹⁴ “Il terzo pilastro dell’Unione Bancaria: lo schema unico di garanzia dei depositi” - L’Unione Bancaria Europea - Bancaria Editrice - Giuseppe Boccuzzi. *Cfr. Thematic Review on Deposit Insurance Systems - Financial Stability Board - 2012*

¹⁹⁵ Fondo interbancario di tutela dei depositi - Assemblea Annuale 2014 - “Le prospettive di gestione delle crisi in Europa” - Giuseppe Boccuzzi.

Mechanism; nel caso della DGS (*Deposit Guarantee Schemes*) si è optato per intervento diretto sulla precedente normativa, ovvero la direttiva 1994/19/CE, con l'obiettivo di procedere ad una massima armonizzazione.

La direttiva, il cui completo recepimento dovrà perfezionarsi entro il luglio del 2016, mira a raggiungere numerosi obiettivi, fra i quali;

- semplificare ed armonizzare la portata della copertura e le previsioni riguardanti il rimborso dei depositanti
- ridurre il termine del rimborso
- migliorare l'accesso dei sistemi di garanzia alle informazioni riguardanti le banche partecipanti
- rendere più solidi e credibili i sistemi tramite un sistema di finanziamento (*funding*) più efficiente
- costituire un sistema caratterizzato da contribuzioni *ex ante* ed *ex post*, con possibilità di *mutual borrowing*¹⁹⁶
- sistema di contribuzione basato sul rischio
- meccanismi di collaborazione tra sistemi di garanzia operanti in paesi diversi allo scopo di agevolare il rimborso dei depositanti in caso di insolvenza di banca operante *cross-border*

¹⁹⁶ Ovvero finanziamento reciproco fra sistemi.

4.2 - Oggetto della garanzia, procedure ed i tempi del rimborso

La prima, e fondamentale, conferma della direttiva 49 del 2014 è legata al mantenimento dell'unità di rimborso, intendendosi un sistema di tutele per depositante¹⁹⁷ (e non per deposito), ovvero per titolare di deposito o, qualora si tratti di conto congiunto, ciascuno dei titolari del conto stesso. A livello di singolo istituto creditizio ogni individuo, benché possa avere più depositi vedrà, quindi, l'aggregazione e la considerazione unitaria delle proprie posizioni creditorie tutelabili ai fini dell'applicazione del livello di garanzia.

Oggetto della garanzia è il deposito, definito dall'art. 2 paragrafo 3 quale: “un saldo creditore, risultante da fondi depositati in un conto o da situazioni transitorie derivanti da operazioni bancarie normali, che l'ente creditizio deve restituire secondo le condizioni legali e contrattuali applicabili, compresi un deposito a termine fisso e un deposito di risparmio.”

E' escluso dal novero del deposito (art. 2 par. 3 p. a/b) un saldo creditori quando:

- la sua esistenza possa essere dimostrata solo tramite uno strumento finanziario ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 17, della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (1), a meno che si tratti di un prodotto di risparmio rappresentato da un certificato di deposito facente riferimento a un nominativo e che esiste in uno Stato membro il 2 luglio 2014
- il suo capitale non sia rimborsabile alla pari

¹⁹⁷ Fino ad un massimale di euro centomila.

- il suo capitale sia rimborsabile alla pari solo in base a una determinata garanzia o a un determinato accordo fornito dall'ente creditizio o da un terzo

Inoltre altre ipotesi di esclusione obbligatoria sono riconducibili ai fondi propri della banca, ai depositi derivanti da transazioni in relazione alle quali vi sia stata una condotta penale per riciclaggio, a determinati prodotti finanziari, quali quelli strutturati, i certificati di debito e le obbligazioni, oppure i pronti contro termine, i depositi delle imprese di investimento o infine i conti di depositanti non identificati.

Presupposto del diritto al rimborso è l'indisponibilità del deposito, ovvero un versamento in scadenza ed eseguibile che non sia stato rimborsato da un ente creditizio secondo le condizioni legali e contrattuali, ovvero quando:

- le autorità competenti abbiano concluso che l'ente creditizio non sia in grado di rimborsare il deposito e non abbia prospettiva di farlo a breve
- un'autorità giudiziaria decida la sospensione dell'esercizio dei diritti dei depositanti nei confronti dello stesso

Fra le ulteriori novità adottate dalla direttiva 2014/49/UE vi è il completo sovvertimento del regime delle esclusioni delineato dalla precedente normativa; si ha il passaggio da un sistema articolato su poche esclusioni obbligatorie e molte di natura facoltativa, ad un impianto normativo in cui tutte le esclusioni da

garanzia sono obbligatorie¹⁹⁸ e sostanzialmente legate a soggetti finanziari, fra i quali:

- depositi di altre banche e di istituzioni finanziarie, di imprese di investimento, assicurazione ed investimento collettivo
- fondi pensione
- pubbliche autorità
- titoli di debito emessi da banche e passività derivanti da accettazioni proprie
- *promissory notes*¹⁹⁹ (ovvero il pagherò cambiario internazionale)

Ulteriore principio cardine della nuova normativa è il rafforzamento della trasparenza e degli obblighi informativi degli istituti di credito nei riguardi dei depositanti (in merito alla copertura offerta ed al generale funzionamento dei sistemi di garanzia) grazie alla creazione di modelli esplicativi ed informativi standardizzati²⁰⁰, da allegarsi ai contatti di deposito in fase costitutiva del rapporto contrattuale o in occasione dell'invio degli estratti conto periodici.

¹⁹⁸ Art. 5 c. 1 della Direttiva UE n. 49 del 2014 - Sono esclusi da qualsiasi rimborso da parte degli SGD: i depositi effettuati da altri enti creditizi a nome proprio e per proprio conto; b) i fondi propri quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, punto 118, del regolamento (UE) n. 575/2013; c) i depositi derivanti da transazioni in relazione alle quali ci sia stata una condanna per un reato di riciclaggio dei proventi di attività illecite; d) i depositi degli enti finanziari; e) i depositi delle imprese di investimento f) i depositi i cui titolari non sono mai stati identificati g) i depositi delle imprese di assicurazione e delle imprese di riassicurazione; h) i depositi degli organismi d'investimento collettivo.

¹⁹⁹ Il *Promissory Note* è uno strumento di pagamento che contiene la promessa incondizionata fatta dal debitore (emittente/traente) di pagare una determinata somma di denaro, ad una data stabilita, all'ordine di un operatore estero beneficiario.

²⁰⁰ Recanti informazioni in merito ai fondi disponibili *ex ante*, alle modalità di finanziamento *ex post* ed ai risultati degli *stress test*.

La direttiva 2014/49/UE pone, inoltre, quale finalità la riduzione del termine per il rimborso dei depositanti in maniera progressiva così da raggiungere, entro il dicembre del 2023, un massimo di 7 giorni lavorativi. Tale obiettivo è ottenibile grazie ad un maggior coordinamento informativo fra sistemi di garanzia, autorità di vigilanza e banche partecipanti che si perfeziona in due modalità:

- previsione che i DGS siano informati tempestivamente (così da prepararsi al *pay-out*) dalle Autorità di vigilanza nel caso in cui si rinvengano problematiche, presso un istituto creditizio, che possano dar luogo all'intervento dei sistemi di garanzia
- individuazione dei depositi ammissibili (*eligible*) per una loro immediata individuazione ed annesso flusso informativo²⁰¹ (continuo) contenente l'insieme delle posizioni aggregate per depositante²⁰²

4.3 - Il meccanismo di finanziamento

Il sistema di finanziamento (cosiddetto *funding*) prospettato dalla nuova normativa differisce fortemente rispetto a quanto previsto dalla direttiva 94/19/Ce; quest'ultimo, infatti, rimetteva ai singoli Paesi la scelta di organizzare il sistema di garanzia su meccanismi *ex ante*, basata su un fondo immediatamente disponibile, o *ex post*, utilizzabile su richiesta.

²⁰¹ Da prodursi sia in regime ordinario che in caso di liquidazione.

²⁰² Art. 4 c. 8 - Gli Stati membri assicurano che un SGD, in qualunque momento e su richiesta di quest'ultimo, riceva dai loro membri tutte le informazioni necessarie per preparare il rimborso dei depositanti, compresi i contrassegni di cui all'articolo 5, paragrafo 4.

Art. 7 c. 6 - Gli Stati membri assicurano che gli SGD possano chiedere in qualunque momento agli enti creditizi di informarli circa l'importo totale dei depositi ammissibili di ciascun depositante.

Il nuovo schema (ibrido²⁰³, basato su una dimensione *ex ante* ed *ex post*) è finalizzato a garantire che il finanziamento dei sistemi di garanzia sia proporzionato alle loro passività potenziali²⁰⁴ ed al profilo di rischio²⁰⁵ (*risk-based contribution*), grazie ad un approccio a quattro livelli.

Il primo stadio poggia sulla costituzione di una solida riserva accumulata grazie ad un meccanismo di contribuzioni regolari e continuative (con cadenza almeno annuale), valutate al netto della fase del ciclo economico e dell'impatto sotto il profilo della pro-ciclicità. A tale livello i mezzi finanziari disponibili (*available funds*) debbono ammontare ad un livello²⁰⁶ (cd. *target*) pari almeno allo 0.8 % dei depositi garantiti (*covered deposits*) a livello europeo, da raggiungersi entro il 2024.

Il sesto comma dell'articolo 10 prevede che il livello-*target* del fondo possa essere fissato ad un livello inferiore (0.5 %) qualora vi sia l'approvazione della Commissione Europea ed allorché ricorrano le seguenti condizioni:

- la riduzione si basa sull'ipotesi che è improbabile che una quota rilevante dei mezzi finanziari disponibili sia utilizzata per misure diverse dalla risoluzione o dal trasferimento dei depositi protetti e di attività e passività nell'ambito di procedure di insolvenza in alternativa al rimborso dei depositanti

²⁰³ Non dissimile da quanto previsto per il finanziamento della risoluzione.

²⁰⁴ Art. 10 par. 1 - "Gli Stati membri assicurano che gli SGD dispongano di sistemi adeguati per determinare le loro passività potenziali. I mezzi finanziari disponibili degli SGD sono proporzionati a tali passività."

²⁰⁵ Suddetto profilo viene calcolato tenendo conto dei vari modelli di business ed a elementi di tipici nelle valutazioni di vigilanza, ovvero'adeguatezza patrimoniale, qualità degli attivi, profittabilità, liquidità e *leverage*.

²⁰⁶ Art. 10 - par. 2 "Gli Stati membri assicurano che, entro il 3 luglio 2024, i mezzi finanziari disponibili di un SGD raggiungano quantomeno un livello-obiettivo dello 0,8 % dell'importo dei depositi coperti dei suoi membri. Quando la capacità di finanziamento è inferiore al livello-obiettivo, il pagamento dei contributi riprende almeno fino al raggiungimento del livello-obiettivo."

- il settore bancario in cui operano gli enti creditizi affiliati all'SGD²⁰⁷ è altamente concentrato e una grande quantità di attività è detenuta da un piccolo numero di enti creditizi o di gruppi bancari, soggetti a vigilanza su base consolidata i quali, data la loro dimensione, in caso di fallimento sarebbero probabilmente soggetti a procedure di risoluzione.

Il secondo stadio di finanziamento è rappresentato dai contributi²⁰⁸ straordinari *ex post*, che i partecipanti al DGS si impegnano a versare qualora i mezzi finanziari disponibili risultino insufficienti a rimborsare i depositanti di un istituto di credito in liquidazione.

Qualora il versamento di suddetti contributi possa mettere in pericolo la solvibilità di un istituto creditizio, o renderlo illiquido, l'autorità di vigilanza può disporre il differimento dei contributi dovuti dalla stesso per un periodo (prorogabile) di sei mesi.

In terza battuta, invece, i sistemi di garanzia possono far ricorso a meccanismi di finanziamento alternativi²⁰⁹ per fronteggiare esigenze di intervento, garantendosi *funding* a breve scadenza sui mercati finanziari, non sostenibili né con le contribuzioni *ex ante* né con quelle *ex post*.

Qualora infine le tre soluzioni precedentemente prospettate siano insufficienti, non immediatamente disponibili o finanziariamente sconvenienti è possibile, a norma dell'art. 12, far ricorso ad un meccanismo volontario di finanziamento reciproco (*mutual borrowing facility*) fra sistemi di garanzia.

²⁰⁷ I sistemi di garanzia dei depositi (DGS) sono sistemi istituiti in ciascuno Stato membro per rimborsare i depositanti (fino a un limite stabilito) qualora la loro banca sia in dissesto e i depositi diventino indisponibili.

²⁰⁸ Tali contributi non devono superare lo 0.5 % dei depositi protetti per anno di calendario.

²⁰⁹ Si fa riferimento, ad esempio, all'emissione di obbligazioni.

Tale soluzione è usufruibile solo qualora vengano rispettate le seguenti condizioni:

- l'SGD²¹⁰ mutuatario non sia in grado di adempiere ai propri obblighi ai sensi dell'articolo 9²¹¹, paragrafo 1, a causa della mancanza dei mezzi finanziari;
- l'SGD mutuatario abbia fatto ricorso ai contributi straordinari;
- l'SGD mutuatario indichi l'importo di denaro richiesto;
- l'importo totale preso a prestito non superi lo 0,5 % dei depositi coperti dell'SGD mutuatario;

Ogni schema di garanzia concederà il prestito per un ammontare proporzionale al totale dei depositi (*elegible*) detenuti e con un tasso d'interesse equivalente al tasso del *marginal lending facility*²¹² della BCE.

4.4 - L'utilizzo dei fondi dei sistemi di garanzia

L'articolo 11²¹³ della 2014/49/UE, ai primi 3 paragrafi, individua varie modalità, alcune obbligatorie ed altre facoltative, di intervento dei DGS in situazioni di crisi, ovvero:

1. il rimborso dei depositanti

²¹⁰ Ovvero Sistema di garanzia dei Depositi.

²¹¹ Art. 9 par. 1 - Gli Stati membri provvedono affinché il diritto all'indennizzo del depositante possa formare oggetto di un ricorso avverso l'SGD.

²¹² Il *Marginal Lending Facility* è lo strumento utilizzato dalla Banca Centrale Europea per fornire liquidità a brevissimo termine (un giorno) agli istituti di credito in cambio di garanzie. Viene gestita dalla BCE attraverso le singole banche centrali dell'Eurosistema ed, attualmente, ammonta allo 0.30%.

²¹³ Art. 11 - par. 1/2/3 della Direttiva UE n. 49 del 2014 - "1. I mezzi finanziari di cui all'articolo 10 sono usati principalmente per il rimborso dei depositanti ai sensi della presente direttiva. 2. I mezzi finanziari di un SGD sono utilizzati per finanziare la risoluzione degli enti creditizi conformemente all'articolo 109 della direttiva 2014/59/UE. 3. Gli Stati membri possono autorizzare un SGD a utilizzare i mezzi finanziari disponibili per misure alternative volte a evitare il fallimento di un ente creditizio."

2. il finanziamento della risoluzione (in base alle previsioni ex. art 109²¹⁴ BRRD)
3. misure alternative per la prevenzione del fallimento di una banca (in base a specifiche condizioni)

Il primo comma dell'articolo 11 sancisce che le risorse del DGS debbano essere principalmente impiegate per il rimborso dei depositanti (nel limite di 100.000 euro) dell'istituto bancario insolvente (*pay-box functions*). Qualora ciò avvenga, inoltre, il DGS succede, in posizione creditoria, nei confronti della procedura e partecipa alla ripartizione liquidatoria.

Inoltre, il sesto comma prevede che: “Gli Stati membri possono decidere che i mezzi finanziari disponibili possono essere utilizzati anche per finanziare misure volte a preservare l'accesso dei depositanti ai depositi coperti, compreso il trasferimento delle attività e delle passività e il trasferimento dei libretti di deposito, nel contesto in procedure di insolvenza nazionali, purché i costi sopportati dall'SGD non superino l'importo netto dell'indennizzo dei depositanti coperti presso l'ente creditizio interessato.”

L'art. 109 della Direttiva UE 59 del 2014 (BRRD) regola l'intervento del Sistema di garanzia dei depositi in caso di finanziamento della risoluzione.

²¹⁴ Art. 109 - par 1 della Direttiva UE n. 49 del 2014 - “Gli Stati membri assicurano che, quando le autorità di risoluzione avviano azioni di risoluzione e purché tali azioni garantiscano ai depositanti il mantenimento dell'accesso ai depositi, il sistema di garanzia dei depositi cui l'ente è affiliato risponda: a) se si applica lo strumento del bail-in, dell'ammontare di cui i depositi protetti sarebbero stati svalutati ai fini dell'assorbimento delle perdite nell'ente), qualora i depositi protetti fossero stati inclusi nella portata del bail-in e svalutati nella stessa misura dei creditori con lo stesso livello di priorità conformemente al diritto nazionale che disciplina la procedura ordinaria di insolvenza; oppure b) se si applicano uno o più strumenti di risoluzione diversi dallo strumento del bail-in, dell'ammontare delle perdite che i depositanti protetti avrebbero subito qualora i depositanti protetti avessero subito perdite in proporzione alle perdite subite dai creditori con lo stesso livello di priorità”

Il DGS non limita più, così, ad un semplice rimborso dei depositanti ma assume un ruolo attivo, e dinamico, in un'attività complessa quale la risoluzione di un istituto creditizio insolvente.

La responsabilità del sistema di garanzia dei depositi è, però, limitata, in base ai dettami del quinto comma dell'articolo 109; nei casi in cui si configuri la necessità di un intervento da parte del DGS, la contribuzione non potrà in alcun caso eccedere il 50 % del livello *target*²¹⁵. Tale limitazione si lega con un altro principio, ovvero quello del *no-creditor worse-off*, in base al quale il DGS non può essere obbligato a coprire perdite maggiori rispetto a quelle a cui sarebbe stato esposto in caso di ordinaria liquidazione. Inoltre, qualora tale maggiore esposizione dovesse concretizzarsi il sistema di garanzia dei depositi bancari avrebbe diritto al rimborso della differenza, elargita dal Fondo di risoluzione *ex art. 75*, come qualsiasi altro creditore²¹⁶.

Al fine di comprendere però, nel caso di finanziamento della risoluzione, l'esatta dimensione del ruolo del DGS si deve evidenziare come, a norma dell'art. 108 c. 2, il grado di priorità assunto dal sistema di garanzia dei depositi sia equivalente a quello previsto per i depositi protetti. Ciò determina una responsabilità del tutto residuale del DGS, che interverrà esclusivamente ove tutti gli altri creditori di grado inferiore abbiano provveduto alla copertura delle perdite della banca e soltanto per la parte che, eventualmente, residui.

Tale limitazione dell'intervento è subito evidente nel caso in cui sia applicato il *bail-in*; in tal situazione, infatti, il DGS interverrà soltanto qualora residuino perdite da coprire, dopo una conversione pari almeno all'8% delle passività totali della banca, in seguito all'intervento (nella dimensione del 5 % delle passività)

²¹⁵ Ovvero delle risorse disponibili in capo al Sistema.

²¹⁶ Benché il DGS assuma la posizione di creditore chirografario.

del fondo di risoluzione ed, infine come detto, dopo che siano stati incisi tutti i creditori con livelli di garanzia inferiori (cd. *bail-in virtuale* del DGS).

Negli altri casi (ovvero *sale of business*, *bad bank-good bank* e separazione delle attività), benché poco chiari e delineati, l'intervento dei DGS mantiene quella dimensione residuale, di *loss absorber* in ossequio all'ordine di priorità previsto dall'art. 108.

La sussistenza di tale stringente ordine induce a ritenere, ancora una volta, residuale l'intervento del DGS.

Particolare interesse desta la soluzione della *bridge bank*; nel caso si utilizzi tale strumento di risoluzione il DGS potrebbe intervenire anche in un'attività di trasferimento dei depositi (in alternativa alla capitalizzazione), finanziando la costituzione dell'ente ponte.

Infine, lo schema unico di garanzia dei depositi, qualora effettuati pagamenti²¹⁷ nell'ambito di procedure di risoluzione, vanta un credito²¹⁸ nei confronti della banca che ha beneficiato dell'intervento per l'ammontare totale dell'intervento.

Le misure alternative, corrispondenti ad una fase temporale non di insolvenza ma di difficoltà finanziaria (seppur grave), risultano poco delineate e molto simili ai provvedimenti di *early intervention*. Quest'ultime sono disciplinate dall'art. 11 c. 3, che ne sancisce l'utilizzabilità soltanto qualora sussistano le seguenti condizioni:

- non vi sia stata apertura di una procedura di risoluzione
- gli SGD siano dotati di sistemi e procedure appropriati per la scelta e l'esecuzione delle misure alternative nonché il monitoraggio dei rischi

———~~affiliati;~~———

²¹⁷ Che, ricordiamo, avvengono in contanti.

²¹⁸ Così come disposto dall'Art. 9 c. 2 della Direttiva UE 49 del 2014.

- i costi delle misure non superino i costi necessari ad adempiere il mandato statutario o contrattuale degli SGD (principio del minor onere)
- l'utilizzo di misure alternative da parte dell'SGD sia subordinato a obblighi a carico dell'ente creditizio bisognoso del sostegno, che comprendano almeno una vigilanza più rigorosa del rischio e ampi diritti di controllo da parte dell'SGD
- l'utilizzo di misure alternative da parte dell'SGD sia subordinato a impegni, da parte dell'ente creditizio, di garanzia dell'accesso ai depositi coperti
- l'autorità competente confermi nella sua valutazione la capacità dell'ente creditizio affiliato di pagare i contributi straordinari *ex post*

In merito a tale ultima fattispecie è necessaria un'analisi più approfondita; il Regolamento pecca, in primis, di chiarezza, vista la totale assenza di riferimenti a “misure alternative” specifiche.

L'art. 11²¹⁹, infatti, individua esclusivamente le condizioni necessarie affinché possano essere impiegate tali misure senza mai elencarne alcuna, benché si possa ritenere si faccia riferimento principalmente a soluzioni di *early intervention*.

Supponendo si tratti di misure di intervento precoce si evidenzia un'altra questione, irrisolta e di difficile soluzione, ovvero il coordinamento fra Autorità di Vigilanza ed SGD; l'intervento dell'Autorità di vigilanza è basato su di una dimensione ibrida, con sostanziale discrezionalità, limitata però dal necessario

²¹⁹ Art. 11 - par. 3 - Direttiva UE n. 49 del 2014 - “Gli Stati membri possono autorizzare un SGD a utilizzare i mezzi finanziari disponibili per misure alternative volte a evitare il fallimento di un ente creditizio”.

superamento di indicatori quantitativi²²⁰. Nel caso del Sistema di garanzia dei depositanti gli interventi precoci possono, invece, attivarsi al verificarsi di una serie di condizioni, indicate dall'art. 11 c. 3 della Direttiva UE 49 de 2014, fra le quali la mancata attivazione di alcuna azione di risoluzione o, ancora, qualora i costi delle misure non superino i costi necessari ad adempiere il mandato statutario o contrattuale degli SGD.

Resta però poco chiaro, se non del tutto oscuro, in che modo i soggetti considerati possano ripartirsi l'onere e la competenza del provvedimento in caso di simultaneità degli eventi che soddisfino le condizioni previste per entrambi.

In conclusione, in base a quanto si evince dalla normativa, si auspica un maggior coordinamento, finalizzato ad evitare una sovrapposizione fra le autorità considerate. Un mancato coordinamento determinerebbe, secondo quanto evinto da chi scrive, una dilatazione dei tempi della *early intervention*, impedendo, di fatto, una risoluzione delle difficoltà dell'ente creditizio prima che sfocino in una vera e propria condizione di crisi.

²²⁰ Legati al deterioramento della situazione finanziaria, al peggioramento della situazione di liquidità, al rapido aumento dei livelli di leva finanziaria, dei crediti in sofferenza o della concentrazione di esposizioni, valutati sulla base di una serie di indicatori.

Capitolo III

*1 - La legge di delegazione Europea 2014. L. n. 114 del 9 Luglio 2015 -
1.1 L'articolo 7 della L. n. 1758 del 2015 - 1.2 L'art. 8 della L. n. 1758
del 2015 - 2. Le novità introdotte dal Decreto Legislativo . 72 del 2015 -
2.1 Il temporary ban - 2.2 Il removal degli esponenti aziendali - 3. Crisi
Bancarie ed aiuti di Stato, le regole generali - 3.1 La Comunicazione del
Luglio 2013 ed il burden sharing - 3.2 Le misure previste dalla
Comunicazione del 2013; la ricapitalizzazione e le misure a fronte di
attività deteriorate - 3.3.1 Le garanzie ed il supporto di liquidità - 3.3.2
Gli aiuti alla liquidazione delle banche - 3.4 Il regime previsto dalla
Direttiva UE n. 59 del 2014 - 3.4.1 Lo strumento pubblico di sostegno al
capitale - 3.4.2 Strumento relativo alla proprietà pubblica temporanea -
4. Il cd. bail-in e la compatibilità con l'art. 47 della Costituzione - 4.1
L'art. 47 della Costituzione - 4.2 L'obbligazione bancaria quale mezzo
di raccolta del risparmio; la tutela generica del
risparmiatore/investitore - 4.3 La tutela del risparmio ed il cd. bail-in -
5. La proposta per la compatibilità fra previsioni costituzionali e la
normativa Europea*

Introduzione

L'eterogeneità e complessità delle Direttive UE n. 59 e n. 49 del 2014 rende necessario un ampio intervento finalizzato ad integrare i nuovi istituti e strumenti all'interno della normativa nazionale.

La complessità della disciplina è dettata dalla peculiarità della materia, viste le ripercussioni sul diritto fallimentare, amministrativo e commerciale, e dall'ampiezza degli interessi coinvolti, considerata la significativa incidenza sui diritti soggettivi di diverse categorie di *stakeholders*¹.

La legge di delegazione Europea 2014 (la l. n. 114, 9 luglio 2015), approvata il 2 Luglio 2015, contiene le disposizioni di delega al Governo necessarie per l'adozione delle direttive dell'Unione Europea.

Prima di analizzare i principi ed i criteri individuati dall'articolato dalla legge è necessario chiarire, al fine di comprendere le motivazioni che inducono ad un'analisi limitata ai principi contenuti dal testo, come, in seguito alla promulgazione della legge n. 234 del 2012² le modalità di ricezione delle Direttive UE siano profondamente cambiate; l'iter precedente prevedeva un singolo atto, ovvero la legge comunitaria. In seguito all'approvazione della già citata l. n. 234, la legge comunitaria è stata sostituita da un sistema imperniato

¹Gli *Stakeholders* sono tutti i soggetti, individui od organizzazioni, attivamente coinvolti in un'iniziativa economica (progetto, azienda), il cui interesse è negativamente o positivamente influenzato dal risultato dell'esecuzione, o dall'andamento, dell'iniziativa e la cui azione o reazione a sua volta influenza le fasi o il completamento di un progetto o il destino di un'organizzazione.

² Tale legge ha operato una riforma organica delle norme che regolano la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea.

su due disegni di legge; la legge di delegazione europea³ e la legge europea. La prima è funzionale al recepimento delle direttive e degli altri atti dell'Unione Europea, contenendo le disposizioni di delega governativa necessarie.

La seconda invece contiene norme di diretta attuazione volte a garantire l'adeguamento dell'ordinamento nazionale all'ordinamento europeo, soprattutto in caso di erroneo recepimento precedente.

La predisposizione di tale *iter* avviene con cadenza annuale; come disposto dall'art. 29⁴, il Governo predispone un disegno di legge contenente le deleghe necessarie per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'UE.

In merito alla l. n. 114 del 9 luglio 2015, al momento in cui si scrive, i decreti attuativi non sono stati promulgati.

³ La legge delega necessita, ai fini di un suo corretto impiego, la produzione, da parte del delegato (in tal caso il Presidente del Consiglio ed i relativi ministri), dei cd. decreti legislativi attuativi.

⁴ Legge n. 234 del 2012 - art. 29 - il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei, di concerto con il Ministro degli affari esteri e con gli altri Ministri interessati, entro il 28 febbraio di ogni anno presenta alle Camere, previo parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, un disegno di legge recante il titolo: «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea», completato dall'indicazione: «Legge di delegazione europea» seguita dall'anno di riferimento.

1 - La legge di delegazione europea 2014 - L. n. 114 del 9 luglio 2015

La complessa articolazione della normativa prevista dalle Direttive UE n. 49 e n. 59 del 2014 ha reso difficoltoso⁵ il recepimento della nuova normativa europea, sia in ambito nazionale che paneuropeo.

Le criticità riscontrabili nelle Direttive sono da connettersi sia ad elementi intrinseci alla disciplina, che non brilla per chiarezza ed adeguatezza nella collocazione sistematica dei vari istituti⁶ (basti pensare in tal senso all'aggravio addotto dal successivo Regolamento UE n. 806 del 2014, istitutore del *Single Resolution Mechanism*, che si è innestato sui contenuti previsti dalla *Banking Recovery and Resolution Directive*, la n. 59 del 2014, con un complesso sistema di ripartizione della competenza e del finanziamento degli interventi di risoluzione), sia a difficoltà riconducibili alle specificità normative Italiane.

La legge di delegazione Europea 2014 (l. n. 114 del 9 luglio 2015) tratta dei contenuti delle direttive n. 59 e 49 nel settimo ed ottavo articolo⁷.

Il primo contiene criteri e principi direttivi per l'esercizio della delega per l'attuazione della Direttiva UE n. 49, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi.

⁵ L'Italia è in netto ritardo nella ricezione delle normative considerate.

⁶ Giuseppe Boccuzzi - L'unione Bancaria europea - integrare

⁷ Ciò in seguito alle varie modifiche apportate durante l'iter parlamentare in quanto, in bozza, i contenuti erano posti all'articolo quinto e sesto.

La direttiva pone quale obiettivo l'armonizzazione massima che obbliga gli Stati Membri ad offrire livelli di copertura pari ad Euro 100.000 e vieta di estendere la copertura ad altri depositi, oltre a quelli discrezionalmente tutelabili in base alle previsioni dell'art. 5 par. 2 della Direttiva.

In aggiunta, varie modifiche sono state adottate relativamente alle tempistiche di rimborso, vista la sostanziale riduzione delle stesse (precedentemente diversificate per ogni sistema nazionale) da 20 a 7 giorni lavorativi.

L'articolo otto invece si occupa di sancire i principi fondamentali legati alla ricezione della Direttiva UE n. 59 (la *Banking Recovery and Resolution Directive*).

Come delineato all'interno della Relazione d'accompagnamento all'articolato della legge, in seguito alle fortissime turbolenze derivanti dall'ingente indebitamento assunto da alcuni Stati per la salvaguardia del sistema bancario, nell'ambito del Consiglio Europeo del 28-29 Giugno 2012 fu presentato un documento del Presidente del Consiglio europeo, in collaborazione con il Presidente della Commissione, il Presidente dell'Eurogruppo ed il Presidente della Banca Centrale Europeo, in ordine alla realizzazione di un'autentica Unione Economica e Monetaria.

La relazione *Van Rompuy*⁸ prefigurava un quadro istituzionale per la stabilità finanziaria pienamente integrato a livello Europeo, basato su tre pilastri;

- un sistema di vigilanza Europeo sulle Banche (*SSM*)

⁸ "Verso un'autentica Unione Economica e Monetaria" - Bruxelles, 26 giugno 2012 EUCO 120/12 - Hermann Van Rompuy.

- un meccanismo Europeo di finanziamento delle procedure di risoluzione
- un meccanismo Europeo di garanzia dei depositi (*Deposit Guarantee Scheme*)

A tale sistema tripartito si lega la Direttiva UE n. 36 del 2013⁹ (anche detta CRD IV, ovvero *Capital Requirements Directive IV*), che recepisce i contenuti del *Third Basel Accord* (cd. Basilea III); quest'ultimo ha regolamentato in maniera più stringente i requisiti di capitale e liquidità, legiferando anche in materia di *leverage ratio*¹⁰.

1.1 - L'articolo 7 della L. n. 1758 del 2015

L'art. 7 della l. n. 114 del 9 luglio 2015 sancisce i principi ed i criteri per il recepimento della direttiva in materia di sistemi di garanzia dei depositi.

L'articolato si concentra sui principi che dovranno guidare l'azione di governo nella redazione dei decreti delegati, esercitando le facoltà rimesse dalla direttiva ai singoli Stati membri; infatti, benché la direttiva sia di armonizzazione massima (e quindi limiti fortemente la discrezionalità degli Stati Membri), vi sono talune scelte che il legislatore italiano è chiamato ad effettuare, soprattutto in merito a:

- talune fattispecie di rimborso

⁹ Recepita tramite Decreto Legislativo n. 72 del 12 Maggio 2015, in GU 12/06/2015 in attuazione della delega governativa ex Legge Europea 2013 (L. n. 154/2014)

¹⁰ Ovvero il rapporto fra patrimonio netto e totale delle attività, funzionale a determinare il livello di indebitamento dell'istituto creditizio.

- modalità di intervento nelle tre diverse aree previste dalla direttiva:
 1. misure alternative
 2. interventi nella risoluzione
 3. liquidazione

Innanzitutto, il primo comma dell'art. 7 delega al Governo le necessarie modifiche alla disciplina nazionale in materia di sistemi di garanzia dei depositi per l'integrale recepimento della direttiva (D. lgs. n. 385 del 1993), con riguardo agli obiettivi della tutela dei risparmiatori e della stabilità del sistema bancario.

Il punto c) primo comma dell'art. 7 individua la prima opzione discrezionale assunta dal legislatore; gli articoli 2 e 3 della direttiva rimettono ai singoli Stati membri la facoltà di designare un'autorità il cui compito sia, a norma dell'art. 2¹¹ par. 1 p. 8 lettera a), la dichiarazione dell'impossibilità per l'ente creditizio considerato di rimborsare il deposito protetto.

Tale Autorità assume un ruolo molto rilevante (visto che tale dichiarazione assurge ad una sostanziale asserzione di incapienza dell'ente creditizio) che necessita di competenze approfondite, soprattutto in materia di vigilanza prudenziale. L'unica Autorità dotata di tali competenze è la Banca d'Italia, scelta a norma dell'Art. 7 c. 1 L. c) quale soggetto competente, visto il ruolo di

¹¹Art. 2 p. 8 lettera a) del Regolamento UE n. 49 del 2014 - "le autorità competenti abbiano concluso che a loro avviso l'ente creditizio interessato, per motivi direttamente connessi con la sua situazione finanziaria, non è per il momento in grado di rimborsare il deposito e l'ente non ha, a breve, la prospettiva di poterlo fare".

Autorità di vigilanza per gli enti creditizi non significativi¹² e gli obblighi di collaborazione¹³ (anche nelle attività di verifica e raccolta di informazioni nell'ambito del Meccanismo Unico di Vigilanza) con la Banca Centrale Europea qualora quest'ultima sia competente. Tale scelta è da ricondursi, inoltre, anche alla volontà di garantire una continuità funzionale¹⁴ rispetto al ruolo assunto durante la vigenza della normativa antecedente, in quanto la Banca d'Italia disponeva della facoltà di:

- coordinare le attività dei sistemi di garanzia con la disciplina delle crisi bancarie e con l'attività di vigilanza
- disciplinare le modalità di rimborso
- autorizza gli interventi del sistema di garanzia

L'art. 7 alla lettera d) conferisce la delega al Governo in merito all'individuazione delle modalità di intervento dei sistemi di garanzia, che siano diversi rispetto al rimborso dei depositanti. In tal contesto bisogna sottolineare come misure alternative potessero essere disposte dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e dal Fondo di garanzia dei depositanti delle BCC anche antecedentemente rispetto alla Direttiva UE n. 49, ed addirittura prima della Direttiva CE n. 19 del 1994; i fondi, infatti, sono

¹² I requisiti di significatività e rilevanza sono rinvenibili nel Regolamento UE 1024 del 2013 - Art.6 par. 4

¹³ Regolamento UE n. 1024 del 2013 - art. 6 par. 2 - periodo secondo - "Fatto salvo il potere della BCE di ricevere direttamente le informazioni comunicate su base continuativa dagli enti creditizi, o di accedervi direttamente, le autorità nazionali competenti forniscono in particolare alla BCE tutte le informazioni necessarie per l'assolvimento dei compiti attribuiti alla BCE stessa dal presente regolamento."

¹⁴ Per maggior dettaglio *infra Cap. 1 par. 3* (Da modificare in seguito ad accorpamento capitoli), ed ai contenuti del Testo Unico Bancario, all'art. 96 *ter*.

interventuti più volte¹⁵, a norma dell'Art. 29 del FITD¹⁶ allo scopo di risolvere in modo ordinato le crisi degli istituti di credito, o anche di prevenirne l'insolvenza a condizione che tali misure rispettassero il principio del minor onere¹⁷.

Come visto¹⁸, attualmente, la costituzione di un Sistema unico di garanzia dei depositi non è prevista, benché sia stata oggetto di valido supporto sul piano dottrinale,¹⁹ in quanto si è optato per una soluzione intermedia, atta a garantire la salvaguardia del struttura precedente²⁰ di ogni singolo Paese (anche se la direttiva UE n. 49 non esclude la possibilità di una fusione intra-UE fra sistemi di garanzia) tramite la costituzione di un *network* di sistemi di garanzia (armonizzazione massima).

L'innesto della nuova normativa all'interno di una realtà così ben consolidata, caratterizzata da un ruolo decisamente più complesso dei Fondi rispetto al semplice rimborso dei depositanti, risulta essere difficoltoso; il legislatore potrebbe optare sia per una definizione del ruolo dei fondi più restrittiva, riducendo lo spazio per gli interventi di specie (determinando uno scenario

¹⁵ Ad esempio - Cassa di Risparmio di Ferrara, 2013.

¹⁶ Quest'ultimo individua gli interventi di sostegno (ad una consorziata che si trovi in amministrazione straordinaria) diversi dal rimborso dei depositanti, ovvero a) finanziamenti b) garanzie c) assunzioni di partecipazioni d) altre forme tecniche.

¹⁷ Per ulteriori approfondimenti vedi *infra. Cap. I par. 3.2 pg. 44*.

¹⁸ Per ulteriori approfondimenti vedi *infra. Cap. II par. 3.1 pg. 71* . (da modificare in seguito ad accorpamento Capitoli)

¹⁹ D. Schoenmaker, D. Gros, *An European Deposit Insurance and Resolution Fund: An Update*, DSF Policy Paper Series, Settembre 2012.

²⁰ Di duplice identità in Italia, ovvero FITD e Fondo interbancario di garanzia per le Banche Cooperative.

caratterizzato dall'alternativa risoluzione-liquidazione), sia per una completa ricezione dei contenuti della direttiva, preservando l'ampiezza delle misure alternative precedentemente impiegate, garantendosi la facoltà di regolamentarle in maniera più dettagliata.

Ad avviso di chi scrive si dovrebbe optare per la seconda soluzione; le ragioni a sostegno di tale scelta sono varie e trovano, *in primis*, fondamento nei buoni risultati raggiunti durante la vigenza della disciplina nazionale ed *in secundis* nel già citato art. 29 dello statuto del FITD.

Le modalità di intervento alternative, da definirsi con decreto attuativo ad opera del governo, non dovrebbero sostituire *de facto* gli strumenti attualmente utilizzabili bensì integrarli, garantendo continuità in un sistema complesso ed articolato come quello in oggetto.

Esempio tipico delle possibili modalità di integrazione è il rapporto fra finanziamento e risoluzione; a norma dell'art. 11 par. 3 della Direttiva i Sistemi di garanzia dei Depositi debbono partecipare al finanziamento di misure alternative per prevenire il fallimento ove quest'ultime risultino essere meno onerose rispetto al rimborso dei depositanti, così come l'art. 27 del FITD permette il finanziamento di consorziate in amministrazione straordinaria qualora sia evidente la minore onerosità.

Il nuovo istituto previsto dalla Direttiva n. 49 potrebbe essere perfettamente integrato, permettendo l'auspicato mantenimento dell'impianto, garantendo un sostanziale rafforzamento delle misure alternative utilizzabili (visto il maggior dettaglio delle misure previste dalla normativa Europea) ed una loro notevole estensione ad un numero decisamente maggiore di enti creditizi, vista

l'assenza, nella nuova disciplina, della precondizione adottata dallo statuto del FITD, ovvero l'amministrazione straordinaria.

Ad ulteriore sostegno della tesi addotta in merito alla integrabilità (mediante coordinamento normativo) fra la normativa previgente e quella Europea di nuova costituzione si può addurre anche la mancanza di effetti diretti sulla finanza pubblica, vista l'assenza di costi che deriverebbero dall'implementazione sopra esposta rispetto ad un eventuale ristrutturazione del sistema, in ossequio al principio²¹ della non maggiore onerosità per la finanza pubblica, come previsto dal secondo paragrafo della legge.

Permane, tuttavia, un serio problema²² che si auspica possa essere risolto da parte del legislatore nazionale, ossia il mancato coordinamento, in caso di attivazione degli interventi precoci (*early intervention*), fra l'Autorità di risoluzione nazionale e l'SGD; una grave lacuna sussiste in tale ambito dato che, a norma delle Direttive UE 49 e 59 del 2014, entrambe le Autorità possono utilizzare i medesimi strumenti al verificarsi delle medesime condizioni.

In tal contesto si auspica, al fine di eliminare tale sovrapposizione, una parziale ricezione del terzo paragrafo dell'art. 11, limitando le tipologie di misure alternative attivabili in favore di una partecipazione quale semplice finanziatore (sempre in ossequio del minor onere) dell' SGD rispetto al ruolo maggiormente attivo previsto dalla direttiva.

²¹ Art. 5 della L. n. 1758 del 2015 - punto 2)

²² Per ulteriori approfondimenti vedi *infra. Cap. II par. 3.4 pg. 82 ss*

Meno complessa sarà la determinazione degli elementi previsti dalla lettera e) par 1) in merito alle caratteristiche dei depositi che beneficino della copertura, nonché l'importo della stessa e le relative tempistiche di rimborso.

Tale minore complessità è legata alla completa ricezione dei contenuti della direttiva, dettata dalla volontà di garantire il massimo grado di uniformità a livello Europeo.

In tal caso, al fine di prevenire una sperequazione a livello Europeo si auspica una ricezione dei contenuti della direttiva che sia totale; un'eventuale modifica delle caratteristiche dei depositi protetti (o del loro ammontare) potrebbe determinare gravi disparità, causando una maggiore o minore estensione della copertura a seconda del paese di residenza dell'istituto di credito incapace di rimborsare il deposito²³.

Così come osservato dal considerando n. 37 della Direttiva “la protezione dei depositi è un elemento essenziale per il completamento del mercato interno e un complemento indispensabile del sistema di vigilanza degli enti creditizi”, l'uniformità delle tipologie di depositi protetti e del loro relativo ammontare è, quindi, basilare per la costituzione di un sistema equo, paritario e competitivo a livello Europeo.

In merito invece al punto 2 lettera e) della Direttiva UE n 49 del 2014, ovvero sia le modalità e tempistiche di raccolta dei mezzi finanziari da parte degli SGD, la nuova normativa Europea differisce parzialmente rispetto alle modalità di finanziamento precedentemente previste dallo Statuto del FITD; si

²³ Art. 2 p. 8 lettera a) del Direttiva UE n. 49 del 2014

prevede un sistema di contribuzione *ex ante*, arricchito però da una ponderazione della contribuzione *risk-based*²⁴. Tale particolare sistema è funzionale, così come osservato dal considerando n. 36, “ad una riflessione sui profili di rischio dei singoli enti creditizi, compresi i loro diversi modelli economici. Portando ad un calcolo equo dei contributi, incentivando a operare in base a un modello economico meno rischioso”.

In tal senso, ad avviso di chi scrive, è necessario sostituire l’attuale modalità di finanziamento del FITD con quanto previsto dalla direttiva; il nuovo modello, garantendo un finanziamento basato sulle caratteristiche sostanziali dell’ente, sulle sue esposizioni e legato alla bontà dell’attività condotta tende a premiare quegli enti che operino mediante un modello economico meno rischioso, che li esponga a minori rischi di tipo finanziario.

Inoltre, la ricchezza delle ulteriori modalità di finanziamento²⁵, in aggiunta alla già citata contribuzione *ex ante*, incrementa l’affidabilità del Sistema di garanzia dei depositi rispetto al modello precedente, maggiormente limitato nelle risorse disponibili ed impiegabili.

Infine l’art. 7 lettera e) punto 4) delega al Governo la determinazione della concessione di prestiti da parte dei sistemi di garanzia dei depositi ad altri sistemi equivalenti all’interno dell’Unione Europea.

²⁴ Art. 13 della Direttiva UE n. 49 del 2015 - “I contributi agli SDG di cui all’articolo 10 sono basati sull’importo dei depositi coperti e sul grado di rischio sostenuto dai rispettivi membri”.

²⁵ Contribuzioni straordinarie *ex post* ed i meccanismi di finanziamento alternativi ed i meccanismi di *mutual borrowing* tra SGD Europei.

In base alla normativa previgente ogni singolo DGS, regolato a livello nazionale, poteva godere di poteri e possibilità di intervento maggiori, in base ad una dotazione di risorse che poteva essere ben diversa. Tale frammentazione interna all'UE ha determinato una distribuzione diseguale del rischio così che, ovviamente, i DGS con minori risorse sarebbero potuti essere maggiormente colpiti dal fallimento di una banca rispetto ai DGS con maggiori risorse, aspetto ulteriormente aggravato dalla mancanza di solidarietà tra i sistemi²⁶.

La direttiva risolve tali problematiche introducendo, come visto, una equiparazione sostanziale delle risorse a disposizione, favorendo quegli intermediari che siano più efficienti e garantendo un livello di copertura uniforme (entro il 2024).

L'ultima modalità di finanziamento dei DGS, ovvero il prestito *infra-network* dei sistemi di garanzia, è uno degli elementi maggiormente innovativi della direttiva, riconoscendo agli Stati membri, su base volontaria, la facoltà di permettere tali prestiti, al verificarsi di alcune condizioni²⁷.

Innanzitutto si deve riconoscere il vantaggio derivante dalla sussistenza di un siffatto regime che garantisce un ulteriore strumento di finanziamento del rimborso, soprattutto nei casi in cui le contribuzioni *ex post* non siano disponibili e non si possa adire alle misure alternative. Il legislatore stesso, al

²⁶ Documento di lavoro dei servizi della Commissione - Sintesi della valutazione d'impatto - Documento di accompagnamento alla Proposta di Direttiva UE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai sistemi di garanzia dei depositi [rifusione] (poi Direttiva UE n. 49 del 2014) e alla Relazione della Commissione al parlamento Europeo e al Consiglio - Revisione della direttiva 94/19/CE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. - Senato della Repubblica - 2010

²⁷ Art. 12 par. 1 e 2 della Direttiva UE n. 49 del 2014.

punto 4) del par. 1 dell'art 7, ha esercitato la facoltà garantitale dalla direttiva, autorizzando il FITD a concedere prestiti ad altri SGD a livello Europeo, delegando al Governo la determinazione delle modalità di concessione degli stessi.

Allo stato attuale non è però chiaro quale organo debba autorizzare tale prestito; ad avviso di chi scrive l'Autorità incaricata di provvedere all'autorizzazione di siffatto prestito dovrebbe essere la Banca d'Italia.

A sostegno di tale tesi possono essere addotte due ragioni;

- possesso delle competenze necessarie, così come dimostrato in merito alla sua designazione quale Autorità amministrativa
- il ruolo di supervisione precedentemente assunto nei confronti del FITD

In primis, le ragioni addotte al fine di argomentare la scelta di designare la Banca d'Italia quale autorità amministrativa possono essere estese anche al caso specifico in esame. *In secundis*, a sostegno di tale attribuzione vi è il ruolo avuto dalla Banca d'Italia²⁸ nei confronti del Sistema di garanzia dei depositi sotto la vigenza della normativa precedente. In particolare si può osservare come, a norma del punto g)²⁹ dell'art. 96 *ter* del TUB, la Banca d'Italia già si occupasse di coordinarsi con le Autorità competenti a livello Europeo in ordine all'adesione delle succursali di banche comunitarie a un sistema di garanzia italiano ed alla loro esclusione dallo stesso. Si può ben supporre quindi come alla Banca d'Italia si possa estendere, vista l'esperienza

²⁸ Art. 96 *ter* del Testo Unico Bancario.

²⁹ Art. 96 *ter* del Testo Unico Bancario - "Disciplina le procedure di coordinamento con le autorità competenti degli altri Stati membri in ordine all'adesione delle succursali di banche comunitarie a un sistema di garanzia italiano e alla loro esclusione dallo stesso".

pregressa, il potere di valutare la sussistenza delle condizioni previste per la concessione di tali prestiti.

1.2 - L'art. 8 della L. n. 114 del 9 luglio 2015

Il punto a) del par. 1 della Legge di delegazione Europea 2014 impone al governo la garanzia della coerenza e della compatibilità fra la disciplina nazionale di recepimento della direttiva e il quadro normativo europeo in materia di vigilanza bancaria, gestione della crisi e tutela dei depositanti.

La nuova disciplina Europea è improntata ad “una logica di armonizzazione minima degli strumenti di intervento nelle situazioni di crisi”³⁰, essendo riconosciuta agli Stati membri la possibilità di integrare o di continuare ad utilizzare strumenti che sono propri della tradizione nazionale.

Sotto tale profilo sono riconosciuti ampi spazi di discrezionalità ed autonomia agli ordinamenti nazionali, purché gli stessi non contrastino con i principi e gli obiettivi della *Banking Recovery and Resolution Directive*.

³⁰ Il recepimento delle nuove regole nell'ordinamento italiano - L'Unione Bancaria Europea - pg. 205 - Giuseppe Boccuzzi

In ambito nazionale bisogna sottolineare come il carattere speciale delle procedure di gestione delle crisi bancarie e la centralità del ruolo dell'autorità amministrativa³¹ siano sempre stati elementi cardine della disciplina nazionale e come molti degli istituti previsti dalla *Banking Recovery and Resolution Directive* non siano nuovi, ma appartengano al novero delle procedure amministrative di gestione della crisi previste dal Testo Unico Bancario³², ovvero amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa.

L'art. 8 della legge di delegazione Europea 2014 prevede numerosi principi funzionali al recepimento della Direttiva UE n. 59 del 2014; al p. 1 lettera a) il legislatore delega il Governo a “garantire la coerenza e la compatibilità fra la disciplina nazionale di recepimento della direttiva ed il quadro normativo Europeo in materia di vigilanza bancaria, gestione della crisi e tutela dei depositanti.”³³

In tal senso le scelte discrezionali previste dalla direttiva, ad esempio quella relativa a quale debba essere l'autorità di risoluzione nazionale, dovranno essere compatibili con quanto previsto dal Regolamento UE n. 806 del 2014 (ovvero il regolamento costitutivo del *Single Resolution Mechanism*).

Il punto b) par. 1 art. 8 della legge di delegazione Europea tratta del *bail-in*; quest'ultimo, a norma dell'art. 130 par. 1 terzo periodo³⁴ della *Banking*

³¹ Elementi che caratterizzano fortemente anche la disciplina prevista dalla BRRD.

³² Ad esempio le operazioni di cessione in blocco di attività e passività, di cessioni di azienda, rami di azienda e rapporti giuridici in blocco, *good bank-bad bank* (vd. Banco di Napoli), operazioni di acquisizione e concentrazione (M&A).

³³ Art. 8 par. 1 l. a)

³⁴ “Essi applicano tuttavia le disposizioni adottate per conformarsi al titolo IV, capo IV, sezione 5, al più tardi a decorrere dal 1o gennaio 2016.” - Art. 130 - BRRD.

Recovery and Resolution Directive, ed in base ai contenuti del disegno di legge che recepisce totalmente tale aspetto, entrerà in vigore a partire dal primo Gennaio 2016.

Durante l'iter parlamentare sono state apportate numerose modifiche al disegno di legge che hanno indotto un ampliamento sostanziale delle deleghe inizialmente previste; tra queste spicca la lettera b), recante un emendamento³⁵ che ha delegato al governo la determinazione di modalità applicative del *bail-in* coerenti con la forma societaria cooperativa.

Come sottolineato da Federcasse³⁶ il credito cooperativo è caratterizzato, *in primis*, da forti vincoli e limitazioni in merito alla composizione del capitale³⁷ ma anche, e soprattutto, in relazione alle tipologie di strumenti di credito emessibili, che constano, principalmente, in *senior unsecured debt*³⁸.

Le Banche Cooperative, inoltre, non emettono un quantitativo considerevole di strumenti di debito che, tra l'altro, sono oggetto di sottoscrizione quasi esclusiva di investitori non qualificati ed al dettaglio, quali famiglie e PMI³⁹.

Alle evidenze di Federcasse l'eventuale estensione alle Banche Cooperative di un *resolution tool* quale il *bail-in* avrebbe indotto due problematiche;

³⁵ Derivante soprattutto da una Raccomandazione della Commissione in merito ad alcune modifiche da apportarsi al Regolamento COM (2012) 511 (Regolamento che attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi) affinché venisse stilata una disciplina di vigilanza apposita per le banche cooperative che tenesse conto del livello amministrativo di azione dell'intermediario (regionale, provinciale ecc).

³⁶ Federazione Italiana delle Banche di Credito Cooperativo Casse Rurali ed Artigiane - Credito Cooperativo - *Comments on bail-in tool* - Novembre 2012.

³⁷ Ricordiamo il sistema di voto capitario o, anche, una partecipazione massima per azionista limitata ad un valore di 50.000 Euro.

³⁸ Ovvero titoli di debito privi di garanzie ma con rimborso prioritario in caso di *default* dell'intermediario.

³⁹ Piccole e medie imprese.

- Aumento dei costi di finanziamento mediante emissione di titoli di debito
- Variazione della base e della tipologia di investitori

L'aumento dei costi di finanziamento mediante debito è endemico alla previsione⁴⁰ di uno strumento quale il *bail-in*; l'esposizione degli obbligazionisti al rischio di conversione o svalutazione del debito impone agli istituti di credito (siano essi normali istituti, popolari o cooperative) la garanzia di un rendimento (ossia un interesse) maggiore, così da riequilibrare il maggior rischio al quale i sottoscrittori si siano esposti.

La variazione della pleora di investitori è ugualmente connessa all'aumento del rischio di credito⁴¹; la previsione del *bail-in* induce gli investitori non professionali, ovvero i *short-term creditors* (tipici di istituti con forte radicamento sul territorio quali le Banche Cooperative), ad un sostanziale disinvestimento⁴² in tali *senior unsecured debts*, aggravando i problemi di liquidità degli istituti⁴³. Tali valutazioni hanno indotto Federcasse a suggerire, già nella fase preparatoria della Direttiva UE n. 49 del 2014, un'esclusione delle banche cooperative dai soggetti suscettibili di *bail-in*.

⁴⁰ In base all'art. 55 par. 1 della BRRD, inoltre, è obbligatorio un riconoscimento contrattuale della possibilità che lo strumento di debito sia oggetto di svalutazione e conversione.

⁴¹ Il rischio di credito (o rischio di insolvenza) è il rischio che, nell'ambito di un'operazione creditizia, il debitore non assolva anche solo in parte ai suoi obblighi di rimborso del capitale e/o al pagamento degli interessi al suo creditore - Per approfondimenti si rinvia ai contenuti dell'accordo Basilea II.

⁴² Definito *run*

⁴³ Così come sottolineato da Carmelo Barbagallo, Capo del Dipartimento di Vigilanza Bancaria e Finanziaria Banca d'Italia, ne "Le banche locali e di credito cooperativo in prospettiva: vigilanza europea ed evoluzione normativa" - Bolzano 2015

Benchè siffatto suggerimento non sia stato condiviso né dal legislatore Europeo prima né da quello nazionale poi, la previsione ex art. 8 par. 1 lettera c) della L. n. 114 del 9 luglio 2015, come visto, delega il Governo alla determinazione di speciali modalità applicative dello strumento che siano compatibili con la forma di società cooperativa, così da garantire quanto meno un modellamento dello strumento in base alle caratteristiche tipiche degli istituti cooperativi.

La lettera d) dell'art. 8 del DDL S. 1758 del 2015 delega la designazione, a norma dell'art. 3 par. 1 della Direttiva UE n. 49 del 2014, della Banca d'Italia quale Autorità di risoluzione nazionale.

Al fine di motivare tale scelta si possono richiamare gli aspetti caratteristici delle Autorità amministrative indipendenti⁴⁴, ovvero l'indipendenza ed autonomia da ogni altro potere dello Stato, professionalità tecnica, giuridica e scientifica dei propri componenti che operano in posizione di terzietà, forte imparzialità, evidente neutralità ed esplicita indifferenza nei confronti degli interessi in gioco. Esse agiscono al fine di garantire un'effettiva protezione del bene giuridico della cui tutela sono investite⁴⁵. L'unica autorità in materia che, a livello nazionale, possiede tali caratteristiche, capacità tecniche e profilo di indipendenza è la Banca d'Italia.

Al fine di suffragare tale scelta, inoltre, si può far riferimento anche all'esperienza assunta in altri paesi che già hanno provveduto alla ricezione

⁴⁴ Cosiddette A.A.I

⁴⁵Le autorità amministrative indipendenti; caratteristiche generali e natura giuridica, Monfreda - 2010

della BRRD quali, ad esempio, la Spagna; il legislatore Iberico ha optato, infatti, per il Banco de España quale *Autoridad de resolución preventiva*⁴⁶, riconoscendole il duplice ruolo di Autorità di vigilanza nazionale⁴⁷ (per gli istituti creditizi *less-significant*) ed Autorità di Risoluzione, benché con mandato ridotto alla sola fase preventiva⁴⁸.

Un'eventuale scelta di tal genere impone che siano adottate alcune accortezze di tipo strutturale, ossia una netta separatezza fra unità operative interne alla Banca d'Italia; la Direttiva impone, qualora venga scelta la Banca Centrale nazionale quale autorità di risoluzione, l'introduzione di idonee disposizioni strutturali per garantire indipendenza operativa e per evitare conflitti di interesse tra le funzioni di vigilanza e di gestione della crisi, vista la competenza in materia di vigilanza delle banche centrali nazionali nei confronti degli istituti *less-significant*, e l'attività di risoluzione.

La lettera d), cogliendo precisamente le disposizioni *ex art. 3 par. 6* della Direttiva UE n. 59 del 2014, impone un forte coordinamento fra l'Autorità di risoluzione nazionale e il Ministero delle finanze, soprattutto in merito a decisioni che abbiano un impatto diretto sul bilancio dello Stato, ossia qualora vengano ad essere attivati gli strumenti di stabilizzazione pubblica previsti

⁴⁶ Art. 2 p. c) de la Ley 11/2015 - “*el Banco de España, en relación con las entidades de crédito, y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación con las empresas de servicios de inversión, en ambos casos a través de sus respectivos órganos operativamente independientes, como autoridades responsables de la fase preventiva de la resolución.*”

⁴⁷ Per gli istituti creditizi *less-significant*.

⁴⁸ L'Autorità di risoluzione esecutiva, ovvero l'Autorità che materialmente conduce la *resolution* è il Frob - “*El FROB tendrá por finalidad gestionar los procesos de resolución de las entidades en su fase ejecutiva y, en todo caso, ejercer las facultades que le atribuye esta Ley, el resto del ordenamiento jurídico nacional y el Derecho de la Unión Europea.*” Art. 52 p. 1 de la Ley 11/2015.

dagli articoli 56, 57 e 58 della Direttiva UE n. 59 del 2014 (ovvero il supporto con capitale pubblico e l'acquisizione temporanea della proprietà) oppure nel caso in cui alcune decisioni assunte dall'Autorità possano avere implicazioni sistemiche⁴⁹.

La lettera f) invece delega al Governo l'applicazione del principio di proporzionalità ai sensi del considerando n. 14 e dell'art. 1 della direttiva.

L'articolo 5 del Trattato dell'Unione Europea (TUE - Trattato di Maastricht) definisce il principio di proporzionalità quale principio generale del diritto comunitario costituente un parametro per valutare la legittimità degli atti comunitari rispetto agli obiettivi che l'azione comunitaria è tenuta a realizzare, stabilendo che l'azione intrapresa non debba oltrepassare lo stretto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito.

Particolarmente interessante è la declinazione di tale principio assume “nel contesto dei piani di risanamento e di risoluzione e in sede di ricorso ai vari poteri e strumenti a disposizione, in base al quale è opportuno che le autorità tengano conto del tipo di attività, della struttura azionaria, della forma giuridica, del profilo di rischio, delle dimensioni, dello status giuridico e delle interconnessioni dell'ente con altri enti o con il sistema finanziario in generale, nonché dell'ambito e complessità delle sue attività, della sua eventuale appartenenza a un sistema di tutela istituzionale o ad altri sistemi di solidarietà mutualistica per le società di credito cooperativo, dell'eventuale esercizio da parte dell'ente stesso di attività o servizi di investimento e della probabilità che il suo dissesto e la sua futura liquidazione secondo la procedura ordinaria

⁴⁹ Ad esempio in caso di risoluzione di un SIFI.

di insolvenza possano avere un effetto negativo significativo sui mercati finanziari, su altri enti, sulle condizioni di finanziamento o sull'economia in generale, accertandosi che il regime sia applicato in modo appropriato e proporzionato e garantendo che gli oneri amministrativi sugli obblighi di elaborazione dei piani di risanamento e di risoluzione siano ridotti al minimo.”

50

In base ai dettami dell'art. 1 e del considerando n. 14 è necessario che l'azione dell'autorità di risoluzione sia guidata, sia in fase di predisposizione del piano di risoluzione, sia qualora si proceda alla sua attivazione o in caso di attivazione di uno degli strumenti di risoluzione previsti dalla Direttiva UE n. 59 del 2014, dal suddetto principio di proporzionalità; nel caso in oggetto la proporzionalità⁵¹ deve guidare la scelta dello strumento di *resolution* applicarsi in base al caso concreto (ovvero in base alla effettiva condizione dell'intermediario ed in base alle sue sostanziali caratteristiche) o, ancora ad esempio, nel momento in cui si provveda all'esclusione di talune passività⁵² da quelle *eligible* per il *bail-in*.

La lettera g) dell'art. 8 della L. n. 114 del 9 luglio 2015 estende il regime di responsabilità, per dolo e colpa grave, previsto dalla L. n. 262 del 2005 alla Banca d'Italia, considerata nella sua funzione di Autorità di risoluzione.

⁵⁰ Considerando n. 14 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

⁵¹ Anche al fine di evitare eccessive compressioni del diritto di libera iniziativa economica.

⁵² In base alle caratteristiche delle stesse, all'appartenenza, all'ammontare, al valore sociale ed economico.

Il regime si estende ai componenti degli organi, ai suoi dipendenti, nonché agli organi delle procedure di intervento precoce e risoluzione, inclusi i commissari, l'ente ponte, la società veicolo per la gestione dell'attività e i componenti dei loro organi che abbiano cagionato danni, in seguito al compimento di atti o alla tenuta di comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave.

L'estensione di tale previsione è funzionale ad equiparare il trattamento della Banca d'Italia quale autorità di risoluzione al regime di responsabilità previsto per l'attività di vigilanza condotta della medesima.

Alla lettera i) della L. n. 114 del 9 luglio 2015 è rinvenibile l'esercizio di un'altra scelta discrezionale, legata ai contenuti dell'art. 85 della Direttiva UE n. 59 del 2015; quest'ultimo lascia, agli Stati membri, la facoltà di imporre che una decisione di adottare una misura di prevenzione della crisi o una misura di gestione della crisi sia soggetta a un'approvazione *ex ante* delle autorità giudiziarie.

Il legislatore nazionale ha scelto di non avvalersi di tale facoltà *ex ante* garantendo, ovviamente, la predisposizione di un sistema di impugnazioni finalizzato a sanzionare l'illegittimità del provvedimento assunto.

La scelta di non avvalersi di suddetta opzione è da ricondursi, ad avviso di chi scrive, a necessità di tipo temporale; le azioni di gestione della crisi, quali l'attivazione di uno degli strumenti di *resolution*, sono studiate al fine di ridurre sensibilmente i tempi della loro applicazione, vista la necessità (ed anche la volontà), manifestata a più riprese anche dalla dottrina⁵³, che tali

⁵³ Antonio Capizzi – Stefano Capiello ne “Prime considerazioni sullo strumento del bail-in: la conversione forzata di debito in capitale.” Roma - 2014 *Cfr. A practical process for*

strumenti siano applicati nella durata di un *week-end*, così da sfruttare la chiusura dei mercati.

In merito alle misure di prevenzione della crisi e di gestione della crisi è evidente la necessità di un'azione rapida ed efficace, al fine di evitare che la situazione di difficoltà possa degenerare in una vera e propria insolvenza, e la sostanziale incompatibilità fra un percorso dai tempi così cadenzati e una valutazione *ex ante* (di suo molto complessa) posta in essere da un'autorità giudiziaria. In tal contesto il necessario bilanciamento⁵⁴ degli interessi considerati fa propendere la scelta verso una maggiore celerità d'azione rispetto ad una tutela così approfondita.

La lettera m) regola, nei vari punti in cui si declina, la disciplina dei fondi di risoluzione nazionali. Il punto 1), in prima specie, delega al governo l'istituzione di uno o più fondi di risoluzione; in tal senso, la scelta da effettuarsi è rilevante, qualora infatti si optasse per la predisposizione di più fondi di risoluzione si potrebbe anche scegliere di preservare il Fondo di Garanzia Istituzionale del Credito Cooperativo⁵⁵, con la costituzione di un sistema bipartito;

1. Un fondo di risoluzione per il finanziamento delle misure di *resolution* degli istituti di credito ordinari

implementing a bail-in resolution power - Speech given by Andrew Gracie, Director, Special Resolution Unit, Bank of England At the British Bankers' Association, London 17 September 2012

⁵⁴ Frutto dell'applicazione del principio di proporzionalità.

⁵⁵ Funzionale alla sostegno degli istituti di credito cooperativo, salvaguardando la "liquidità e la solvibilità" delle Banche aderenti attraverso azioni correttive ed interventi di sostegno e prevenzione delle crisi.

2. Il Fondo di Garanzia Istituzionale del Credito Cooperativo⁵⁶

A tale impostazione si può affiancare, invece, un sistema unico; ad avviso di chi scrive, tal sistema è preferibile, a causa dell'aumento dei costi amministrativi a carico dell'amministrazione pubblica che l'eventuale gestione di due fondi (di cui uno di natura privata) potrebbe comportare⁵⁷, ma anche soprattutto a causa di quanto statuito, in seguito alla sottoscrizione del *intergovernmental agreement*, a livello Europeo.

Come visto al paragrafo 2.4 del capitolo II, in seguito alla sottoscrizione di tale trattato internazionale si è optato per la costituzione di un Fondo di risoluzione unico a livello Europeo⁵⁸ nel quale, entro il 2024, confluiranno i fondi di risoluzione (e le annesse risorse) nazionali. Un regime caratterizzato da un unico fondo risulta, quindi, garantire minori problematiche organizzative ed amministrative nella transizione da una dimensione nazionale ad una paneuropea.

A sostegno di tale tesi può esser assunto il modello Iberico; il governo Spagnolo nella *Ley 11/2015, de 18 de junio 2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*⁵⁹, ha infatti optato per la costituzione di un singolo fondo di risoluzione nazionale, ossia *el Fondo de Resolución Nacional*⁶⁰. La particolarità del regime Spagnolo risiede nelle modalità di gestione e funzionamento del Fondo nazionale di

⁵⁶ Fondo di natura privata.

⁵⁷ Con violazione dei contenuti del punto 2) dell'art. 8 che vieta nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, in seguito all'attuazione del presente articolo.

⁵⁸ In ossequio al principio di solidarietà bancaria.

⁵⁹ Legge recettiva della Direttiva UE n. 59 del 2014, entrata in vigore il 20 Giugno 2015.

⁶⁰ Il cui finanziamento è derivante da contribuzioni *ex ante*, contribuzioni straordinarie *ex post* e misure alternative di finanziamento.

risoluzione; quest'ultimo, quale patrimonio separato e privo di personalità giuridica, è direttamente gestito dal FROB⁶¹, ovvero il *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria* e non dal *Banco de España*.

In merito a tali aspetti il punto 3) della lettera m) della L. n. 114 del 9 luglio 2015 delega al governo la determinazione delle modalità di amministrazione dei fondi e della struttura deputata alla loro gestione.

Ad avviso di chi scrive l'autorità incaricata della gestione del Fondo⁶², della raccolta delle contribuzioni *ex ante* e di quelle *ex post* straordinarie, dei vari aspetti regolamentati dalla direttiva⁶³ e a cui debbano essere rimesse le scelte discrezionali⁶⁴ previste dall'art. 103/106/109 della Direttiva UE n. 59 del 2014 dev'essere la Banca d'Italia.

Le ragioni a sostegno di tale tesi sono sia quelle di cui si è discusso precedentemente⁶⁵, legate alle caratteristiche proprie di tali Autorità, sia la necessaria continuità fra la funzione gestoria della risoluzione e lo strumento di finanziamento della stessa.

In tal contesto è utile, a sostegno di suddetta tesi, far riferimento alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e alla Banca centrale europea, del 26 maggio 2010, intitolata « Fondi di risoluzione per il settore bancario », in merito all'amministrazione degli stessi; la Commissione sosteneva che la

⁶¹ Tale Fondo, nato in seguito alla predisposizione del programma di salvataggio del sistema bancario Spagnolo del 2009, è stato utilizzato al fine di gestire la crisi di numerosi istituti creditizi spagnoli tramite *bail-outs*, ma anche tramite finanziamento di operazioni di M&A.

⁶² Così come disposto dall'art. 100, par. 1 secondo periodo della Direttiva UE n. 59 del 2014.

⁶³ Art. 100 e seguenti della Direttiva UE n. 59 del 2014.

⁶⁴ Come previsto dal p. 4) della lettera m) dell'art. 8 del DDL S. 1758 del 2015

⁶⁵ Vedi *infra*. pg. 19

gestione di tali Fondi di finanziamento della risoluzione dovesse essere “affidata alle autorità incaricate della risoluzione degli istituti creditizi”⁶⁶ che, nel caso specifico, è la Banca d’Italia.

Infine i punti o) e p) si concentrano sul coordinamento della disciplina nazionale di recepimento della Direttiva con il quadro normativo nazionale in materia di gestione delle crisi, contenuto nel Titolo IV del Testo Unico Bancario.

Le novità introdotte dalla Direttiva, come già verificato nel capitolo II, sono talmente numerose e varie (trattandosi di nuove Autorità ed entità di natura privatistica, di nuovi poteri e strumenti di risoluzione, di una precisa regolamentazione in ambito di *early intervention*) da aver indotto il legislatore nazionale a delegare al Governo le necessarie modifiche⁶⁷ al decreto legislativo Primo Settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario) ed al decreto legislativo 24 Febbraio 1998, n. 58 (ovvero Testo Unico sulla Finanza).

Particolarmente interessante è comprendere come si possa coordinare il nuovo strumentario con le due procedure speciali⁶⁸ previste dal Titolo IV del T.U.B; il nuovo quadro normativo differisce, ad esempio, in quanto non si rende necessaria la nomina di organi speciali per la gestione della crisi di un intermediario, rispetto a quanto invece previsto dalla normativa vigente.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e alla Banca centrale europea, del 26 maggio 2010, intitolata «Fondi di risoluzione per il settore bancario» - COM(2010) 254.

⁶⁷ Modifiche non limitate soltanto alla disciplina in materia di gestione della crisi ma in generale a tutto l’impianto dei testi unici, qualora sia necessario.

⁶⁸ Liquidazione Coatta Amministrativa ed Amministrazione straordinaria.

Si potrebbe, ad esempio, modificare l'amministrazione straordinaria, trasformandola in uno strumento di intervento precoce⁶⁹, vista la sostanziale validità dei presupposti⁷⁰ oggettivi, previsti dal Testo Unico Bancario, in ambito di misure di *early intervention* anche nel nuovo *framework* Europeo.

Maggiormente complesso potrebbe essere il coordinamento fra liquidazione coatta amministrativa e gli strumenti di *resolution*; ad avviso di chi scrive lo strumento vigente dovrebbe essere preservato ma ristrutturato, riconoscendogli un ruolo residuale rispetto alle nuove previsioni ex Direttiva UE n. 59 del 2014.

In tal senso il sistema potrebbe essere ristrutturato riconoscendo una priorità sostanziale alla risoluzione (ed ai vari strumenti previsti dalla Direttiva) e l'utilizzabilità della liquidazione coatta amministrativa ove l'interesse pubblico non sussista, qualora una ristrutturazione non sia compatibile con la condizione dell'istituto di credito considerato o allorché la liquidazione non comporterebbe conseguenze di natura sistemica.

Tale teoria, come sottolineato in Dottrina⁷¹, contrasta con i contenuti, poco chiari, dell'art. 42⁷² della Direttiva UE n. 59 del 2014; quest'ultimo, infatti, affermando che "Le autorità di risoluzione possono esercitare il potere di cedere attività, diritti o passività solo se a) la situazione del particolare mercato per le attività in questione è tale che una loro liquidazione con procedura

⁶⁹ Sul carattere preventivo della procedura di amministrazione straordinaria - O.Capolino,G.Coscia,E.Galanti, "La crisi delle banche e delle imprese finanziarie", in *Diritto delle Banche e degli intermediari finanziari* - Cedam - 2008, pp. 1016 e ss.

⁷⁰ Ovvero gravi irregolarità nell'amministrazione e gravi perdite patrimoniali.

⁷¹ Il recepimento delle nuove regole nell'ordinamento Italiano - L'unione Bancaria Europea - Giuseppe Boccuzzi - pg. 207 - BancariaEditrice - 2015

⁷² Vedi Par. 5 p. a)

ordinaria di insolvenza potrebbe incidere negativamente su uno o più mercati finanziari” induce a ritenere che si debba valutare l’opzione della liquidazione ed optare per la *resolution* ove la procedura *ex art. 80* del Testo Unico Bancario possa avere un impatto negativo sui mercati.

A riguardo anche l’*European Banking Authority* ha proposto⁷³ che le Autorità di risoluzione, una volta che risultino essere soddisfatte tutte le condizioni per la risoluzione⁷⁴, avviino la valutazione di *resolvability* della banca verificando anzitutto che la liquidazione sia fattibile.

Ad avviso di chi scrive l’istituto della liquidazione coatta amministrativa deve essere preservato, visti anche gli elementi che accomunano la nuova normativa (in merito, ad esempio, ai presupposti oggettivi tecnici), rendendolo strumento residuale, da utilizzarsi qualora non sussista la condizione maggiormente importante per la risoluzione, ossia l’interesse pubblico.

In sostanza, la sussistenza o meno di quest’ultimo condiziona la scelta dell’Autorità fra la liquidazione coatta amministrativa e gli strumenti di *resolution*.

Il dubbio interpretativo si estende anche al concetto stesso di “interesse pubblico”; l’Art. 31 sancisce, infatti, che l’azione di risoluzione sia considerata nell’interesse pubblico qualora sia necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione (tra i quali la continuità dei servizi bancari

⁷³ *Consultation Paper: draft Regulatory Technical standards on the content of resolution plans and the assessment of resolvability* - 9 Luglio 2014 - EBA

⁷⁴ Art. 32 della Direttiva UE n. 59 del 2014.

essenziali, gli effetti sulla stabilità finanziaria e la protezione di depositanti ed investitori).

Ma qual'è l'ordine di rilevanza degli obiettivi? In tal caso particolare interesse potrebbe destare il rapporto che intercorre fra l'obiettivo della stabilità finanziaria, la cui preservazione ha rappresentato un forte stimolo allo sviluppo della stessa normativa, e l'interesse pubblico; si potrebbe supporre che gli effetti sulla stabilità finanziaria possano essere condizionati dalla dimensione dell'ente considerato, inducendo a ritenere che l'interesse pubblico sussista soprattutto qualora si tratti del dissesto di istituti creditizi di rilevanti dimensioni.

Tale supposizione si scontra, però, con la rilevanza egualitaria riconosciuta dalla dottrina⁷⁵ agli altri obiettivi su citati, determinando la secondarietà, o anche irrilevanza, di tale criterio distintivo.

Il concetto di interesse pubblico è quindi caratterizzato da una forte indeterminatezza, che garantisce una notevole autonomia e discrezionalità all'Autorità competente che, benché sia legata ad alcuni elementi di carattere quantitativo, può autonomamente valutare la rilevanza del dissesto di un determinato istituto rispetto ad un altro.

In tal caso si auspica, per finalità garantistiche e di certezza del diritto, una maggiore definizione del concetto di interesse pubblico, in modo da limitare l'eccessiva discrezionalità, non generale ma specifica (e quindi legata al caso concreto) dell'Autorità di Risoluzione.

⁷⁵L'Unione Bancaria: nuovi assetti e regole per la gestione delle crisi bancarie - Giuseppe Boccuzzi - 2015.

2 - Le novità introdotte dal Decreto Legislativo n. 72 del 2015

Il Decreto legislativo n. 72 del 2015 recepisce i contenuti della Direttiva UE n. 36 del 2013, ossia la *Capital Requirements Directive IV*, sostitutiva delle direttive 48 e 49 del 2006.

La *CRD IV* traspone in ambito normativo Europeo le novità introdotte, in relazione all'attività bancaria ed all'attività finanziaria svolta da imprese di investimento, tramite gli accordi di Basilea II e Basilea III, tra le quali;

- accesso all'attività bancaria
- capitale e requisiti patrimoniali specifici (grazie anche alle disposizioni contenute nel regolamento (UE) n. 575/2013, da leggersi in combinato disposto)
- interventi sulla struttura e sull'operatività degli intermediari
- vigilanza prudenziale
- regime sanzionatorio
- il *leverage Ratio*⁷⁶
- *Liquidity coverage ratio*⁷⁷

⁷⁶ Rappresentato dal rapporto fra il capitale di qualità più elevata e gli assetti ponderati per il rischio, consente infatti di disporre di una salvaguardia aggiuntiva rispetto al pericolo di errori e incompletezze dei modelli di valutazione del rischio utilizzati dalle banche - Banca d'Italia - Quaderno di Ricerca Giuridica n. 75 del 2014 - pg. 109

⁷⁷ Tale valore, sviluppato dal Comitato redattore di "*Basilea III*", è funzionale all'aumento della resilienza a breve termine del profilo di rischio di liquidità delle banche assicurando che dispongano di sufficienti *High Quality Leverage Assets* (le attività sono considerate liquide e di elevata qualità se possono essere convertite in contanti in modo facile e immediato con una perdita di valore modesta o nulla.) per superare una situazione di stress acuto della durata di 30 giorni di calendario.

- Modifiche al regime sanzionatorio

Il recepimento della CRD IV ha determinato permeanti modifiche al regime sanzionatorio precedente⁷⁸; se le precedenti fattispecie sanzionatorie presupponevano sempre che la violazione fosse imputabile all'autore a titolo di dolo o di colpa, in ragione di una sua azione od omissione cosciente e volontaria (affinché non si finisse a sanzionare una responsabilità meramente oggettiva degli amministratori) la nuova disciplina amplia sostanzialmente il modello sanzionatorio, introducendo la sanzionabilità non solo delle persone fisiche ma anche delle banche stesse, aumentando il novero degli strumenti di vigilanza, grazie ad interventi quali *public warning*, del *cease and desist* e del *temporary ban*, che consentiranno di intervenire in maniera più calibrata e tempestiva.

In tal direzione, inoltre, si colloca la prospettata attribuzione alla Banca d'Italia del potere di rimuovere, nei casi più gravi, gli esponenti aziendali, come sollecitato anche dal Fondo Monetario Internazionale.

2.1 - Il *Temporary ban*

Il decreto legislativo n. 75 del 12 Maggio 2015 all'art. 1 comma 13 ha determinato l'inserimento, all'interno del Testo Unico Bancario, dell'art. 144 *ter* in ossequio all'art. 67 della Direttiva UE n. 36 del 2013 che al comma 2 p. d) dispone la sanzione dell'interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni in seno agli enti creditizi a carico di un membro dell'organo di gestione dell'ente o di altre persone fisiche, eventualmente responsabili; tale soluzione di *early intervention* è definita *temporary ban*.

⁷⁸ Per una visione completa vd. Diritto delle banche e degli intermediari finanziari - E. Galanti - Wolters Kluwer Italia, 2008 - pg. 1308 ss *Cfr* Renzo Costi - L'Ordinamento Bancario - Il Mulino - 2013 - sez. IX

Tale soluzione non appartiene al novero delle misure di gestione o prevenzione della crisi ma assume i connotati di una sanzione accessoria rispetto ad una ammenda di tipo pecuniario.

Tale accessorietà la si evince dalle previsioni ex art. 144; quest'ultimo, infatti, applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 fino a 5 milioni per gli illeciti commessi dai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo al verificarsi dei seguenti eventi:

- la condotta ha inciso in modo rilevante sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendali
- la condotta ha contribuito a determinare la mancata ottemperanza della società o dell'ente a provvedimenti specifici adottati ai sensi degli articoli 53-bis, 67-ter e 114-quinquies
- le violazioni riguardano obblighi imposti ai sensi dell'articolo 26 o dell'articolo 53, commi 4, 4-ter, e 4-quater

Il comma terzo dell'art. 144 *ter*, in base ai criteri⁷⁹ previsti dall'art. 144 *quarter*, prevede che la Banca d'Italia possa applicare, nei casi di maggiore gravità ed in aggiunta alla sanzione pecuniaria sopra esposta, la sanzione amministrativa accessoria dell'interdizione (il *temporary ban*), per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni, dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari creditizi autorizzati.

A tale sanzione si affianca la previsione ex art. 144 bis del Testo Unico Bancario (che riceve l'art. 66 c. 2 p b) della Direttiva UE n. 36 del 2013) ovvero il *cease and desist order*; tale strumento, previsto esclusivamente per le violazioni di minore entità, consiste nel potere, riconosciuto in capo alla

⁷⁹ Art. 144 *quarter* - Testo Unico Bancario - "a) gravità e durata della violazione; b) grado di responsabilità; c) capacità finanziaria del responsabile della violazione; d) entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate attraverso la violazione, nella misura in cui essa sia determinabile; e) pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione"

Banca d'Italia, di indirizzare, alle persone e agli enti che si siano resi autori di violazioni delle disposizioni indicate all'art. 144 del Testo Unico Bancario, l'ordine di eliminare le infrazioni, anche indicando le misure da adottare e il termine per l'adempimento.

2.2 - Il *removal* degli esponenti aziendali

Benché banche e soggetti abilitati siano imprese private, sono comunque soggette al potere normativo della Banca d'Italia ed alla vigilanza prudenziale. Il provvedimento in oggetto ha introdotto l'art. 70bis⁸⁰ che prevede la rimozione collettiva dei componenti degli organi di amministrazione e controllo. Due sono le particolarità di tale specifico provvedimento; *in primis*, come sottolineato dalla relazione d'accompagnamento al decreto delegato, tale *removal* collettivo non è previsto dall'articolato della *Capital Requirements IV* ma rappresenta il recepimento anticipato dell'art. 27 e 28 della BRRD.

In base ai dettami dell'art. 27 qualora un istituto creditizio violi o rischi di violare nel prossimo futuro i requisiti del regolamento (UE) n. 575/2013 e della Direttiva 2013/36/UE a causa di un rapido deterioramento della situazione finanziaria, le Autorità competenti potranno utilizzare alcuni strumenti di intervento precoce, fra i quali:

1. richiedere all'organo di amministrazione dell'ente di attuare uno o più dei dispositivi o delle misure previsti nel piano di risanamento o di aggiornarlo
2. richiedere all'organo di amministrazione dell'ente di esaminare la situazione, indicare le misure atte a superare i problemi individuati e

⁸⁰ In ossequio all'art. 53 bis del d. lgs. n. 72 del 2015 che, al comma 1, lettera e), statuisce come 'La Banca d'Italia possa disporre, qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca, la rimozione di uno o più esponenti aziendali'.

- preparare un programma d'azione a tal fine, indicandone i tempi di attuazione
3. richiedere all'organo di amministrazione dell'ente di preparare un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni creditori
 4. richiedere la rimozione o la sostituzione di uno o più membri dell'organo di amministrazione, qualora non siano ritenuti idonei a svolgere i loro compiti ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2013/36/UE o dell'articolo 9 della direttiva 2014/65/UE

Particolare rilevanza assume il punto n. 4 in merito alla rimozione o sostituzione di uno o più membri dell'organo di amministrazione; qualora i componenti dello stesso non risultino più idonei a svolgere i loro compiti e non rispettino i principi di *governance*⁸¹ ex art. 88 ed i requisiti di onorabilità e professionalità ex art. 91⁸² della Direttiva UE n. 36 del 2013 le Autorità competenti possono richiedere la rimozione o sostituzione individuale o collettiva dell'organo di amministrazione.

Tale attenzione alla composizione qualitativa e competenziale dell'organo è funzionale a una strutturazione amministrativa che non solo sia rappresentativa di numerose e diverse esperienze ma, soprattutto, che abbia le *skills* funzionali a ripristinare l'ordinario funzionamento dell'istituto di credito.

⁸¹ Fra i quali, ad esempio, la garanzia dell'integrità dei sistemi di contabilità e di rendicontazione finanziaria, la sorveglianza del processo di informativa o la prevenzione dei conflitti d'interesse.

⁸² Art. 91 p. 1, 7 ed 8 della Direttiva UE n. 36 del 2013 - "1. I membri dell'organo di gestione soddisfano sempre i requisiti di onorabilità e possiedono le conoscenze, le competenze e l'esperienza necessarie per l'esercizio delle loro funzioni." "7. L'organo di gestione possiede collettivamente conoscenze, competenze e esperienze adeguate per essere in grado di comprendere le attività dell'ente, inclusi i principali rischi." "8. Ciascun membro dell'organo di gestione agisce con onestà, integrità e indipendenza di spirito che gli consentano di valutare e contestare efficacemente le decisioni dell'alta dirigenza se necessario e di controllare e monitorare efficacemente le decisioni della dirigenza."

L'art. 28, a sua volta, prevede la rimozione totale o parziale dell'alta dirigenza e dell'organo di amministrazione in caso di grave deterioramento della situazione finanziaria o di gravi violazioni delle disposizioni legislative, regolamentari o statutarie e se le altre misure disposte in ossequio all'art. 27 si siano dimostrate insufficienti all'inversione di tale condizione.

Quest'ultimo è uno strumento residuale, da applicarsi qualora gli interventi disposti in ossequio all'art. 27 si siano rivelati insufficienti alla rimozione delle violazioni indicate⁸³.

In secundis, come sancito dal comma terzo dell'art. 70bis, la rimozione collettiva non sostituisce in alcun modo la gestione provvisoria⁸⁴ né si pone in antitesi rispetto all'ordinario provvedimento di scioglimento degli organi amministrativi, previsto dall'art. 70; ciò in quanto il provvedimento di *removal* è erogabile esclusivamente qualora sussistano le condizioni previste dal punto a) dell'art. 70, ovvero qualora si siano verificate gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività della banca che però non abbiano determinato conseguenze patrimoniali di particolare entità, tanto da permettere una riparazione di suddette violazioni mediante la rimozione e sostituzione degli organi amministrativi⁸⁵.

Viene così a determinarsi un trittico di strumenti, modulati in base all'intrinseca gravità delle violazioni perpetrate e della crisi avviluppata;

⁸³ Sul punto vd. Single Rulebook question n. 2015_1862 - EBA - 17/04/2015 (<http://goo.gl/9VQt6V>) oppure *Public Consultation Paper: Bank Recovery and Resolution Directive Department of Finance - Republic of Ireland - December 2014* (<http://goo.gl/7Fiv5J>)

⁸⁴ *Ex art. 76 - Testo Unico Bancario*

⁸⁵ Art. 70bis - Testo Unico Bancario - "La Banca d'Italia convoca l'assemblea della banca per il rinnovo degli organi con funzioni di amministrazione e controllo."

- la gestione provvisoria ex art. 76⁸⁶, da attivarsi qualora non sussistano le tempistiche necessarie alla corretta instaurazione dell'amministrazione straordinaria
- l'amministrazione straordinaria, da attivarsi qualora sussistano le condizioni previste dall'art. 70 c. 1 l. a/b/c
- la rimozione collettiva, da applicarsi qualora sussistano le condizioni sopra indicate.

3 - Crisi bancarie ed aiuti di Stato - Le regole generali

La crisi finanziaria ha profondamente modificato l'approccio agli aiuti di Stato in ambito bancario ed ha riconosciuto la specialità della materia in oggetto tramite apposita regolazione.

La frequente applicazione di tali interventi pubblici nel corso della crisi ha segnato il passaggio da un sistema in cui i salvataggi bancari con denaro pubblico erano considerati non ammissibili e non dichiarabili preventivamente, ma di fatto realizzabili e realizzati in un sistema in cui l'adozione di suddette misure pubbliche abbiano ricevuto un sostanziale riconoscimento normativo come soluzione eccezionalmente attivabile al verificarsi di predeterminate condizioni⁸⁷, in seguito all'esperimento di tutti gli strumenti privatistici disponibili.

Grazie ai principi generali contenuti nelle Comunicazioni⁸⁸ si è venuto, quindi, a consolidare un quadro normativo mirante, da una parte, ad assicurare la regolamentazione dell'applicazione di strumenti pubblici finalizzati alla stabilità finanziaria e, dall'altra, a ridurre al minimo le distorsioni competitive tra le banche e tra gli Stati membri all'interno del mercato unico.

⁸⁶ Per approfondimenti Capitolo I - pg. 17 - par. 1.9

⁸⁷ Condizioni finalizzate a prevenire problematiche di *moral hazard* e di distorsioni competitive sul mercato.

⁸⁸ Comunicazione del 25 Dicembre 2008 (*Banking Communication*), Comunicazione in tema di ricapitalizzazioni delle banche in crisi (15 Gennaio 2009), Comunicazione 5 dicembre 2008, n. 2009/c 10/03 in materia di Assets deteriorati, Comunicazione sulle misure di ristrutturazione (19 Agosto 2009).

3.1 - La Comunicazione del Luglio del 2013 ed il *burden sharing*

A seguito della crisi finanziaria, caratterizzata da forti turbolenze sui mercati finanziari estesi anche ai debiti sovrani⁸⁹ dei paesi UE, la Commissione ha emanato la Comunicazione del 10 Luglio del 2013⁹⁰ sull'applicazione degli aiuti di Stato a supporto di banche nel contesto della crisi finanziaria.

La Comunicazione riscrive le regole degli aiuti di Stato attuando interventi abrogativi della Comunicazione del 2008, aggiornando le precedenti ed introducendo nuovi principi e fattispecie.

Tra i criteri ordinatori del nuovo intervento assume ruolo essenziale l'obiettivo della stabilità finanziaria, interpretato non più esclusivamente nell'ottica preventiva della solidità del sistema bancario in caso di crisi di un intermediario, ma anche di prevenire la ricaduta delle crisi bancarie sull'economia reale.

⁸⁹ Ad esempio, nel Novembre del 2011, il differenziale di rendimento fra i Bund (titolo di debito sovrano di riferimento in ambito Europeo) e BTP decennali raggiunse i 552 punti base garantendo un interesse del 7.2 %.

⁹⁰ Ovvero la “Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione delle crisi degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo unico di risoluzione delle crisi e del Fondo unico di risoluzione delle crisi bancarie e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010”

Tale inversione di tendenza ha, inoltre, determinato una riconsiderazione, un ribilanciamento del rapporto fra politiche di stabilità e politiche di concorrenza in favore di una maggiore attenzione alla prima rispetto a quanto non fosse sotto la vigenza della precedente Comunicazione del 2008. Tale nuovo bilanciamento ha indotto la predisposizione di nuovi criteri e condizioni, quali ad esempio la generalizzazione dei limiti temporali, per la compatibilità delle misure pubbliche applicate dagli Stati per i salvataggi bancari introducendo, anche, nuove e semplificate procedure di sottoposizione delle operazioni alla Commissione.

Come sancito dal comma 1 dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, salvo deroghe, “sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”.

In base ai dettami dell'art. 3 l. b) dell'articolo sono, però, compatibili con il mercato interno quegli aiuti indirizzati a “porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro”, e proprio in tal posizione si inserisce uno dei principi fondamentali della disciplina comunitaria in materia, il *burden sharing*, secondo cui gli aiuti di Stato, benché limitati al minimo necessario, possano essere disposti qualora il beneficiario degli aiuti, ossia gli *stakeholders* e l'istituto di credito in generale, abbia contribuito nella misura massima possibile al superamento della crisi stessa.

Tale principio ha subito un progressivo inasprimento in seguito all'avvitarsi della crisi, con il passaggio da soluzioni più blande, quali l'individuazione di un livello minimo di copertura delle perdite con capitale disponibile ed un'adeguata remunerazione per le risorse finanziarie immesse dallo Stato,

l'introduzione di regole sul *buyback*⁹¹ e sul pagamento di cedole e dividendi senza che ciò comportasse, in alcun modo, il coinvolgimento dei creditori nella copertura perdite.

A causa del progressivo peggioramento della crisi, una volta palesatosi il legame tra crisi bancarie e crisi dei debiti sovrani, la Commissione ha imposto un sostanziale inasprimento dei requisiti di *burden sharing*, prevenendo che la copertura delle perdite fosse estesa sia agli investitori che ai creditori della banca tramite la previsione, al punto 24, dell'articolato previsto dalla Comunicazione, del cd. *bail-in*; tale scelta trova fondamento nella volontà di ridurre e rendere più efficiente l'utilizzo di risorse pubbliche. La Commissione, difatti, autorizzerà misure di ricapitalizzazione pubblica tese a coprire la c.d. carenza di capitale⁹² di istituti bancari in crisi solo laddove lo Stato membro erogatore dimostri che gli aiuti di Stato sono stati limitati al minimo indispensabile.

Successivamente alla promulgazione della Direttiva UE n. 59 del 2014 il rapporto fra *burden sharing* ed il cd. *bail-in* si è ulteriormente esacerbato in quanto, oltre alla completa ricezione del principio cardine in base al quale sia necessario, al fine di legittimare eventuali interventi da parte dello Stato, una sostanziale ripartizione dei costi della crisi in capo ai beneficiari del sostegno pubblico straordinario è stato previsto, in caso di utilizzo del cd. *bail-in*, un livello minimo percentuale da soddisfare, ossia l'8% delle perdite totali subite dall'istituto di credito considerato.

Inoltre al c. 3 dell'art. 34⁹³ della Direttiva UE n. 59 del 2014, recante i 'principi generali che regolano la risoluzione', viene disposto come l'utilizzo

⁹¹ Ovvero il riacquisto di titoli ibridi.

⁹² Per carenza di capitale si intende una carenza constatata mediante un esame del capitale, una prova di stress, un esame della qualità degli attivi o esame equivalente a livello di Unione, di zona euro o di uno Stato, ove del caso confermato dalle autorità competenti.

⁹³ Art. 34 c. 3 della Direttiva UE n. 59 del 2014 - "Nell'applicare gli strumenti ed esercitare i poteri di risoluzione, gli Stati membri provvedono a che essi siano conformi alla disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione, ove applicabile."

di qualsivoglia strumento di risoluzione, l'utilizzo dei Fondi di risoluzione nazionali e dei sistemi di garanzia dei depositi⁹⁴ dev'essere necessariamente accompagnato dalla contestuale valutazione, ad opera degli Stati Membri, della intrinseca compatibilità con la disciplina prevista dagli art. 107 e 108 del TFUE.

In aggiunta a ciò la Comunicazione n. 0253/2013 ha introdotto un secondo principio di fondamentale importanza, ossia che le misure di ricapitalizzazione e di sostegno a fronte delle attività deteriorate possono essere autorizzate esclusivamente in seguito all'approvazione di un piano di ristrutturazione della banca. La Comunicazione muove dal presupposto che, nelle attuali condizioni di mercato, non siano più giustificate misure di salvataggio concesse indiscriminatamente a qualsiasi istituto bancario - prima ancora di varare un rigoroso piano di ristrutturazione - sull'assunto indimostrato che, in presenza di una banca, si porrebbe sempre "un'emergenza sistemica" da affrontare. Sotto il profilo procedurale, quindi, le nuove regole introducono un sistema di controllo preventivo più stringente, atto a prevenire eventuali interventi ingiustificati e dannosi per le risorse statali.

⁹⁴ Che in base all'art. 11 Direttiva UE n. 49 del 2014 può prestare assistenza quale finanziatore in tali operazioni di risoluzione, qualora risultino essere meno onerose rispetto al semplice rimborso dei depositanti garantiti.

3.2- Le misure previste dalla Comunicazione del 2013;

La ricapitalizzazione e le misure a fronte di attività deteriorate

Le prime due misure di supporto pubblico di cui trattasi si applicano, in base ai dettami della Comunicazione ed in relazione a quanto previsto dall'art. 32, comma 4 della Direttiva UE n. 59 del 2014, qualora si verificano carenze di capitale, cd. *capital shortfall*, da considerarsi tali qualora emargano a seguito di uno *stress test* o di un esame della qualità degli attivi, ossia *asset quality review*⁹⁵.

Come indicato dalla figura le operazioni funzionali al sopperimento di tali carenze sono la ricapitalizzazione e misure di supporto di attività deteriorata (*impaired assets*), ivi compreso il semplice rilascio di garanzie.

⁹⁵ Art. 32 c. 4 - “Le misure di sostegno di cui al primo comma, lettera d), punto iii), sono limitate alle iniezioni necessarie per far fronte alle carenze di capitale stabilite nelle prove di stress a livello nazionale, unionale o di Stati membri, nelle verifiche della qualità delle attività o in esercizi analoghi condotti dalla Banca centrale europea, dall'ABE o da autorità nazionali, se del caso, confermate dall'autorità competente.”

Vista l'onerosità di suddetti strumenti la loro applicazione è limitata, in base ai dettami della Comunicazione e della Direttiva UE n. 59 del 2014, esclusivamente agli istituti creditizi solventi, rimettendone l'approvazione, innanzitutto, al previo esperimento di tutte le altre misure previste dalla normativa ed alla presentazione di un progetto di aumento di capitale nell'ambito di un generale piano di ristrutturazione della banca, il cui iter prevede che, qualora una banca necessiti di un intervento pubblico di ricapitalizzazione, la stessa elabori, congiuntamente alle autorità statali e con l'avallo successivo dell'autorità di vigilanza, il suddetto piano di raccolta di capitale sulla base del quale le autorità dello Stato membro dovranno avviare la fase di prenotifica del progettato intervento pubblico dinanzi alla Commissione. In tale contesto andrà immediatamente discusso il piano di ristrutturazione, che sarà valutato sulla base delle regole vigenti e comporterà, di regola, l'implementazione di onerose misure compensative quali cessioni di attività, riduzione dei bilanci, divieti di espansione, di acquisizione e di *price leadership*⁹⁶.

Il piano di ristrutturazione dovrà indicare le misure di aumento di capitale realizzate in via autonoma dalla banca medesima, le clausole di salvaguardia che impediscano il deflusso di fondi da parte della banca, quali l'acquisizione di partecipazioni in altre imprese o il pagamento di cedole e dividendi e le misure di *burden sharing*, così da determinare la parte residua di *capital shortfall* da coprire mediante aiuti di Stato.

Talvolta il principio e le soluzioni dettate dall'applicazione del *burden sharing* possono essere mitigate qualora esse determinino rischi per la stabilità finanziaria o possano condurre a risultati sproporzionati, specialmente qualora

⁹⁶ INVESTOPEDIA - "When a firm that is the leader in its sector determines the price of goods or services. Price leadership can leave the leader's rivals with little choice but to follow its lead and match these prices if they are to hold onto their market share. Alternatively, competitors may also choose to lower their prices in the hope of gaining market share as discounters".

il sostegno necessario sia di ammontare limitato rispetto alle attività ponderate per il rischio o la carenza di capitale sia stata significativamente

Inoltre, affinché tali misure possano essere disposte si rende necessaria la valutazione della compatibilità con la disciplina prevista per gli aiuti di Stato dell'Unione e loro eventuale autorizzazione, ad opera della Commissione. A norma del comma 4 del punto 32, per di più, tali soluzioni potranno assumere esclusivamente dimensione cautelativa, temporanea e propedeutica alla soluzione della grave perturbazione in atto, e non compensare le perdite che l'ente abbia accusato o rischi di accusare nel prossimo futuro.

In aggiunta all'ordinaria procedura è possibile usufruire del cd. *rescue aid*; tale procedura è funzionale alla concessione agli Stati Membri, ad opera della Commissione, di un'autorizzazione temporanea, per misure di aiuti di salvataggio prima che venga ad essere approvato il piano di ristrutturazione finanziaria ed organizzativa dell'istituto e qualora sia necessario intervenire celermente per la preservazione della stabilità finanziaria.

Infine, particolarmente interessante è l'ampliamento della pleora dei soggetti passibili di conversione forzata dei titoli di debito, avvenuto in seguito all'approvazione della *Banking Resolution and Recovery Directive*; in base ai dettami della Comunicazione del 2013, infatti, i titoli oggetto di possibile conversione erano esclusivamente i portatori di titoli *junior*⁹⁷ mentre in seguito alla redazione della Direttiva sono stati inclusi, quali soggetti passivi del cd.

⁹⁷ Tali titoli spesso non hanno una scadenza (e spesso anche quando ce l'hanno) prevedono un'opzione di rimborso anticipato ("call") a favore dell'emittente, da esercitare a partire da una certa data. Questi titoli (spesso denominati "junior" per distinguerli da quelli non subordinati o "senior") hanno tutti una rischiosità superiore alle normali obbligazioni. Il rischio supplementare varia a seconda della tipologia legale e corrisponde ad un rendimento superiore alla norma.

bail-in, i depositanti non protetti, i creditori *senior*⁹⁸ e gli ordinari obbligazionisti.

3.3.1 - Le garanzie ed il supporto di liquidità

Qualora l'istituto creditizio versi in condizione di illiquidità e necessiti di risorse a breve termine al fine di stabilizzare temporaneamente il passivo di bilancio, è possibile usufruire di due misure;

- Le garanzie statali
- il supporto di liquidità da parte delle Banche centrali (sia su base individuale che su base programmatica, per un periodo massimo di sei mesi)

Tali strumenti possono essere applicati mediante la procedura particolare, e semplificata, del *rescue aid* ovvero dell'approvazione temporanea della misura da parte della Commissione prima dell'approvazione del piano di ristrutturazione. Qualora l'istituto creditizio presenti sostanziali carenze di capitale, oltre ai già citati problemi di liquidità, si applica invece la procedura ordinaria con l'obbligo, come visto, di presentazione di un piano di ristrutturazione o di liquidazione, sempre che l'aiuto non sia restituito entro 2 mesi dalla sua erogazione.

Particolare rilevanza hanno le misure di politica monetaria condotte dalle Banche Centrali, quali le operazioni di mercato aperto e le *standing facilities*; le

⁹⁸ Tali titoli sono i più sicuri fra quelli emessi da un istituto creditizio. Grazie a tali obbligazioni, in caso di default dell'emittente, il detentore, quale creditore privilegiato o parzialmente privilegiato, verrebbe rimborsato per primo con il patrimonio derivante dalla liquidazione degli attivi, ovvero con i soldi ricavabili dalla vendita del patrimonio della banca. Tra i bond *senior*, i titoli obbligazionari *covered* e quelli *senior secured* sono altresì garantiti da parti specifiche del patrimonio dell'emittente e, quindi, sono relativamente più sicuri, mentre i *senior unsecured* sono privi di garanzie reali. Inoltre l'ipotesi del mancato pagamento di una cedola non è contemplata per le obbligazioni *senior*: tale evento si tradurrebbe in un default dell'intermediario.

prime sono transazioni che la banca centrale effettua nel mercato interbancario, acquistando o cedendo titoli di Stato con finalità di immissione o emissione di moneta e di variazione della liquidità nel mercato. le seconde invece sono operazioni di credito effettuate dalle Banche centrali (ivi compresa la Banca Centrale Europea) suddivisibili in due categorie;

1. *marginal lending facilities* (operazioni di rifinanziamento marginale) mediante le quali le *controparti* possono ottenere liquidità dalle Banche centrali nazionali a brevissima scadenza e ad un tasso prestabilito;
2. *deposit facilities* (depositi *overnight*) che consentono il deposito presso le Banche centrali nazionali, ed un tasso prefissato, degli eccessi di liquidità giornaliera. (funzionali alla definizione del cd. tasso d'interesse *overnight*⁹⁹)

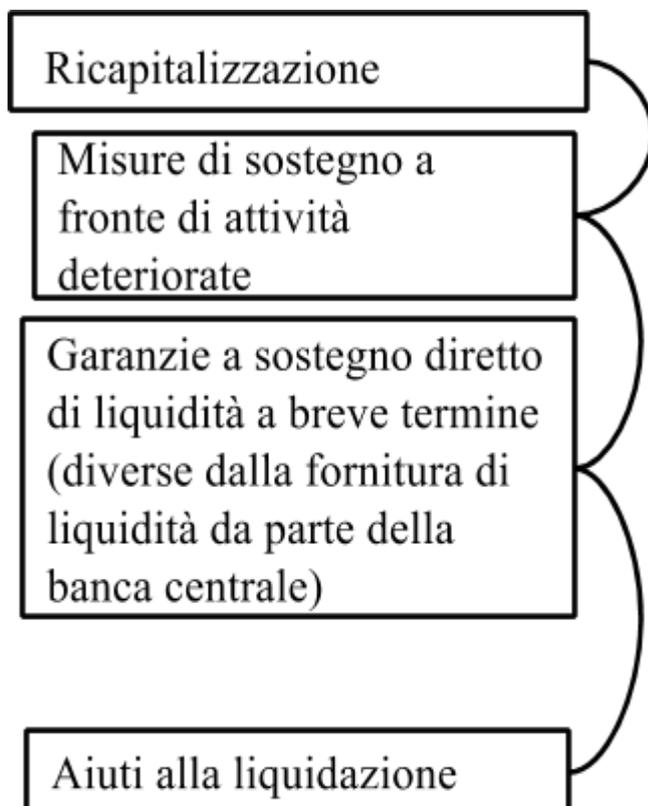
Tali strumenti non rientrano nell'ambito di applicazione delle previsioni in materia di aiuti di Stato ex art. 107/108 del TFUE ove, però, l'intervento fosse diretto ad uno specifico intermediario creditizio si ricadrebbe nell'ambito del cd. *emergency liquidity assistance*¹⁰⁰, così da rendere necessaria l'applicazione della normativa prevista per gli aiuti di Stato qualora non ricorrano le condizioni previste per l'erogazione dell'ELA, ossia:

- Istituto creditizio illiquido ma solvibile
- facilitazione adeguatamente garantita
- tasso di interesse penalizzante
- concessa su iniziativa della Banca centrale
- nessuna garanzia Statale

Schema esplicativo delle varie forme di Sostegno appena esposte.

⁹⁹ Principale strumento per il controllo della liquidità monetaria dell'area dell'euro .

¹⁰⁰Per approfondimento vedi *infra. Cap. I par. 4.*



3.3.2 - Gli aiuti alla liquidazione delle banche

Talvolta l'istituto creditizio in crisi, non essendo in grado di ritornare in condizioni di profittabilità, è destinato all'uscita dal mercato; qualora ciò avvenga è possibile prestare una serie di aiuti, compatibili con le regole della concorrenza e con quanto previsto in materia di aiuti di Stato, alla banca in fase di liquidazione.

Eventuali implicazioni in termini di aiuti di Stato si determinano esclusivamente quando non sia possibile liquidare l'impresa con le ordinarie procedure di insolvenza e sia necessaria l'attivazione di strumenti di sostegno che consentano un ordinato processo di uscita dal mercato della banca insolvente; qualora ciò si verifichi la Commissione prevede che gli Stati membri provvedano alla redazione di un piano per l'ordinata liquidazione mediante misure¹⁰¹ che limitino le distorsioni competitive.

Delle misure di sostegno possono beneficiare due soggetti;

- L'acquirente della banca in risoluzione
- Aiuti a favore dell'attività economica da vendere nell'ambito della liquidazione

Nel primo caso lo Stato membro provvederà a finanziare parzialmente o, in generale, a facilitare l'acquisizione degli *assets* di proprietà del ente in liquidazione. La Commissione provvederà a valutare la compatibilità con il regime in merito agli aiuti di Stato alla luce delle modalità effettivamente seguite nel processo di vendita, al fine di verificarne la massima apertura e trasparenza. Tale procedimento è volto all'accertamento della competitività delle procedure ed alla verifica del rispetto delle condizioni di mercato per la selezione della controparte e per la massimizzazione dei realizzi.

Qualora invece gli aiuti siano rivolti a favore delle attività economica da alienare, la Commissione provvederà a valutare la necessità di porre in essere misure volte a limitare le distorsioni alla concorrenza, in base alla rilevanza della quota di mercato detenuta dalla attività e della *viability*¹⁰² dell'entità risultante dalla vendita in relazione alla dimensione delle attività acquisite.

¹⁰¹ Interruzione attività o ritiro della licenza bancaria.

¹⁰² Ovvero la dimensione e la capacità di collocarsi sul mercato della nuova entità risultante dalla vendita, in relazione alle dimensioni delle attività acquisite.

Infine la Comunicazione, qualora il sostegno sia predisposto a favore di intermediari creditizi di piccole dimensioni, prevede un'apposita procedura autorizzativa semplificata, conforme ai requisiti di *burden sharing*. Tale semplificazione è legittima esclusivamente per quegli intermediari che abbiano un valore di bilancio uguale o inferiore ai 100.000.000 di Euro e non posseggano più dell'1.5 % degli attivi patrimoniali detenuti dagli istituti di credito attivi nello Stato Membro considerato.

3.4 - Il regime previsto dalla Direttiva UE n. 59 del 2014

La promulgazione della *Banking Recovery and Resolution Directive* ha comportato, in materia di sostegno pubblico agli Istituti di credito, alcune importanti modifiche; innanzitutto, a norma dell'art. 56, gli Stati possono “ fornire sostegno finanziario pubblico straordinario mediante strumenti di stabilizzazione finanziaria al fine di partecipare alla risoluzione di un ente creditizio [...] anche intervenendo direttamente per evitarne la liquidazione, al fine di realizzare gli obiettivi della risoluzione”.

Anche in tale ambito si preserva la residua importanza di tali strumenti rispetto ai *tool* di *resolution* previsti dalla Direttiva; gli Stati Membri, infatti, potranno autorizzarne l'impiego¹⁰³ soltanto dopo aver valutato e utilizzato, nella massima misura possibile consentita dal mantenimento della stabilità finanziaria, gli altri strumenti di risoluzione¹⁰⁴.

¹⁰³ Attività condotta direttamente dai Governi o da un Ministero designato, con annessi poteri di risoluzione previsti dalla normativa.

¹⁰⁴ Art. 56 della Direttiva UE n. 59 del 2014

L'applicazione degli strumenti previsti dagli art. 57 e 58 è condizionata dal soddisfacimento delle condizioni previste dall'art. 32 par. 1 della Direttiva¹⁰⁵ nonché da una delle seguenti condizioni:

- Il Ministero competente o il governo e l'autorità di risoluzione stabiliscono che l'applicazione degli strumenti di risoluzione non sarebbe sufficiente a evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria
- Il Ministero competente o il governo e l'autorità di risoluzione stabiliscono che l'applicazione degli strumenti di risoluzione non sarebbe sufficiente a tutelare l'interesse pubblico, laddove l'ente abbia già precedentemente ricevuto un'assistenza straordinaria alla liquidità da parte della banca centrale
- Con riferimento allo strumento relativo alla proprietà pubblica temporanea, il Ministero competente o il governo stabilisce che l'applicazione degli strumenti di risoluzione non sarebbe sufficiente a tutelare l'interesse pubblico, laddove l'ente abbia già beneficiato dello strumento pubblico di sostegno al capitale

3.4.1 - Lo strumento pubblico di sostegno al capitale

L'art. 57 prevede, quale strumento di stabilizzazione pubblica, il sostegno al capitale.

In base ai dettami della normativa gli Stati Membri, in ossequio alle previsioni derivanti dal Regolamento UE n. 575 del 2013, possono partecipare alla

¹⁰⁵ Ovvero le condizioni previste per la risoluzione.

ricapitalizzazione di un ente creditizio mettendo a disposizione capitali in cambio dei seguenti strumenti:

- strumenti del capitale primario di classe 1
- strumenti aggiuntivi di classe 1 o strumenti di classe 2

Inoltre, il par. 3 dell'art. 57 impone non solo che la gestione, in base alla quota acquisita, sia condotta su base commerciale secondo professionalità, ma soprattutto che la partecipazione al capitale di suddetto ente creditizio sia temporanea ed oggetto di dismissione al settore privato non appena le circostanze commerciali e finanziarie lo consentano.

3.4.2 - Strumento relativo alla proprietà pubblica temporanea

L'art. 58 prevede un ulteriore strumento, ossia la proprietà pubblica temporanea dell'ente che soddisfi sia i requisiti ex art. 32 par. 1 della Direttiva sia di uno degli aggiuntivi previsti dall'art. 56.

Al fine di provvedere al corretto impiego dello strumento gli Stati membri eseguono uno o più ordini di trasferimento azionario in cui il cessionario sia:

- un rappresentante designato dello Stato membro;
- una società interamente di proprietà dello Stato membro.

La gestione temporanea deve essere, infine, condotta su base commerciale e con professionalità, al fine di aumentare il valore della partecipazione stessa. La temporaneità della proprietà pubblica, inoltre, limita l'utilizzabilità dello strumento imponendo agli Stati membri la cessione della partecipazione non appena le circostanze di mercato e finanziarie lo permettano.

4 - Il cd. *bail-in* e la compatibilità con l'art. 47 della Costituzione

Premessa.

Il risparmio e la sua tutela, in considerazione dell'elevato valore sociale ad essa riconosciuto, trova riconoscimento all'art. 47 della nostra Costituzione¹⁰⁶, che così dispone: “La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito”.

Esso rappresenta un valore costituzionale che lo Stato deve promuovere attivamente, vista anche la competenza esclusiva¹⁰⁷, e proteggere in tutte le sue forme; fra queste è possibile ricordare la dimensione di liquidità monetaria, che richiede la protezione del valore della moneta contro l'inflazione¹⁰⁸, il credito e le sue variegate forme di erogazione, ma anche le attività mobiliari ed assicurative.

In ambito giurisdizionale Costituzionale, tale precetto non costituisce parametro autonomo di censura ma è stato principalmente utilizzato quale principio *ad adiuvandum*, ovvero sia legato ad altri anche non relativi alla cd. Costituzione Economica. Tale principio assume infatti natura programmatica e non immediatamente precettiva, segnando un indirizzo politico al quale ispirare la redazione della futura e relativa normativa¹⁰⁹.

In merito al concetto di tutela del risparmio due sono i filoni interpretativi principali; *in primis*, alcune teorie hanno inteso quale suscettibile di tutela costituzionale il risparmio che confluisca all'interno del ciclo economico, che sia funzionale al finanziamento delle attività economiche ed imprenditoriali e all'investimento mobiliare.

¹⁰⁶ Ovvero all'interno di quella che è definita quale ‘Costituzione Economica’.

¹⁰⁷ Riconosciute dall'art. 117 p. e) della Costituzione.

¹⁰⁸ Benché tale compito sia riconosciuto in via esclusiva alla Banca Centrale Europea, in seguito all'adozione della moneta unica.

¹⁰⁹ L'unico limite è la non contraddizione o compromissione dello stesso.

La tutela del risparmio¹¹⁰ assume valore non in quanto tale ma per la sua funzione strumentale alla distribuzione della ricchezza e della proprietà¹¹¹.

Altre teorie contrariamente, partendo dalla tradizionale definizione di “risparmio quale accantonamento di beni da parte di soggetti privati mediante rinuncia a spese di consumo e di investimento”¹¹², hanno sostenuto che l’art. 47 non tuteli esclusivamente il risparmio in moneta o quello previsto dal c. 2 dell’articolo in oggetto, ma vada necessariamente esteso anche a quello consistente nel mero accumulo di beni senza previsione di destinazione.

Benché sia stato riconosciuto rango costituzionale alla tutela del risparmio, la legislazione in materia è stata a lungo decisamente deficitaria, limitandosi esclusivamente alla tutela della politica monetaria ed alla tutela del valore della moneta¹¹³; le disposizioni in materia si sono limitate a quanto dettato dalla legge bancaria del 1936-38, rimasta in vigore fino agli anni Ottanta. Tale legge regolamentava in maniera dettagliata il settore bancario, ponendolo sotto l’ala protettrice dello Stato e attribuendo alla Banca d’Italia ampi poteri di vigilanza strutturale che hanno fortemente frenato l’instaurarsi di un sistema concorrenziale, ritenuto eccessivamente rischioso per la stabilità del sistema creditizio.

Verso gli inizi degli anni Ottanta le istanze riformatrici hanno indotto, in combinato con le prime direttive¹¹⁴ Europee, una profonda riforma della regolamentazione bancaria sfociata nel d.lgs. primo Settembre 1993, n. 385, il cd. Testo Unico Bancario.

¹¹⁰ Come evidenziato da G. Ariolli ne *“La tutela del risparmio - Quaderno di sintesi della giurisprudenza costituzionale”* e da Baroncelli ne *“Art. 47 voce in “Commentario alla Costituzione”*

¹¹¹ L’art. 117 c. 2 l. e) conferma ulteriormente tale stretto legame intercorrente fra liquidità risparmiata ed attività di investimento, visto l’abbinamento fra tutela del risparmio e tutela dei mercati finanziari.

¹¹² M. Mazziotti, Di Celso-G.M. Salerno, *op. cit.*, 251.

¹¹³ Con sostanziale rimando degli ulteriori contenuti alla discrezionalità del legislatore.

¹¹⁴ Le Direttive 77/780/CE e la 89/646/CE.

Nel 2005 si è arrivati all'emanazione di una nuova legge che rispondeva all'urgenza di dare un segnale di chiarezza e trasparenza al mercato creditizio e finanziario al fine di restituire fiducia ai risparmiatori grazie alla promulgazione della legge del 28 Dicembre 2005, n. 262 intitolata "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari". Quest'ultima è intervenuta con decisione sul TUF, TUB, sulla legislazione *antitrust* e sul codice civile.

Lo scopo principale della nuova normativa fu quello di raggiungere, mediante precise modifiche alle regole di *governance* societaria e nuove forme di operatività finanziaria, un soddisfacente livello di tutela dei risparmiatori ed allo stesso tempo uno stabile equilibrio nel rapporto fra emittenti, intermediari ed investitori.

A favore della tutela del risparmio fu istituito un fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori, con annesso sistema di indennizzo, con la previsione di apposite procedure di conciliazione¹¹⁵ e arbitrato per la decisione delle controversie tra le controparti.

La legge 262 del 2005 ha dato adito a pareri contrastanti; alcuni¹¹⁶ l'hanno ritenuta passo necessario e reazione adeguata a porre rimedio agli effetti degli scandali finanziari succedutisi negli anni, altri¹¹⁷ invece ne hanno sottolineato le mancanze, la strutturazione inorganica e le lacune tecniche.

Tra i meriti ricordiamo, ad esempio, il rafforzamento del coordinamento tra le singole Autorità di vigilanza, l'individuazione prioritaria degli obiettivi di vigilanza o la precisa indicazione delle competenze delle singole autorità¹¹⁸.

¹¹⁵ Art. 9 della Legge n. 262/2005

¹¹⁶ V. De Luca, "Lo spazio regolatorio delle autorità indipendenti tra principi di buona regolazione e garanzie procedurali" op. cit. 314 ss., spec. 322

¹¹⁷ S. Micossi, "Cose buone e cose da sistemare nella legge sul risparmio, in P. Abbadessa-F.Cesarini (a cura di), op. cit., 267 ss.

¹¹⁸ Atta alla prevenzione di sovrapposizioni e duplicazioni di norme e costi amministrativi.

Fra le lacune, tuttavia, non può non sottolinearsi la mancanza di organicità¹¹⁹ o l'eccessivo ampliamento dei poteri della Consob rispetto alla sua struttura organizzativa e finanziaria. Altre critiche si sono concentrate su singole previsioni dell'articolato della legge quali, ad esempio, l'art. 27 recante disposizioni, ritenute eccessivamente generiche, in merito alla tutela del risparmiatore, oppure la mancanza di una disciplina organica e dettagliata della *class action*.

Al fine di completare il quadro della legislazione nazionale in materia di risparmio è necessario accennare brevemente alla sempre crescente disciplina Europea; *in primis* è necessario citare le previsioni¹²⁰ derivanti dai Trattati europei, ossia l'art. 17 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e gli art. dal 63 ss in merito alla libertà di circolazione dei capitali e l'art. 49 in merito alla libertà di stabilimento.

L'art. 17 della Carta in merito al diritto di proprietà merita un'apposita e dettagliata analisi; quest'ultimo, così come affermato dalle sentenze *Iatridis c. Grecia 25 marzo 1999* e *Beyeler c. Italia 5 gennaio 2000*, si lega sia al concetto di "bene attuale", sia a quello di "bene per il quale sussiste una speranza legittima" di ottenimento, mentre non è considerato un bene, ad esempio, l'aspettativa di far rivivere un diritto di proprietà inesercitato.

La proprietà, secondo i dettami della Carta e la relativa *interpretatio* proposta dalla Corte, si identifica con la "cosa" oggetto del diritto e non più con il diritto stesso. In questo modo la Corte conferma una propria idea di bene – e quindi di proprietà - autonoma rispetto alla qualificazione giuridica data dagli ordinamenti interni.

¹¹⁹ G. Ferrarini, "La legge sul risparmio, ovvero un pout-pourri della corporate governance, cit., 573 ss.

¹²⁰ Impossibile non citare alcune direttive, tra le quali la MiFID ovvero la Direttiva CE n.44 del 2004 oppure la Direttiva CE n.71 del 2003.

Conclusa questa breve esegesi sugli avvicendamenti legati al concetto di proprietà, di risparmio e le relative fonti si rende necessario analizzare con precisione l'art. 47, le sue caratteristiche endemiche ed il suo rapporto con l'obbligazione bancaria; soltanto un'analisi esaustiva del rapporto intercorrente fra tali due elementi permetterà, infatti, di individuare i possibili effetti che nuova normativa ex Direttiva UE n. 59 del 2014, cd. *bail-in*, possa avere sul concetto di risparmio e relativa tutela derivante dal più volte citato art. 47.

4.1 - L'art. 47 della Costituzione.

I principi costituzionali in materia di risparmio ed investimento condizionano l'approccio culturale che il legislatore ed il regolatore sono tenuti a far proprio in sede normativa.

Tali principi non vincolano esclusivamente il legislatore ma, in sede di *enforcement*¹²¹, anche le autorità di vigilanza dei mercati finanziari e bancari¹²², le quali dovranno tener conto dei principi e dei valori generali contenuti nella Carta Costituzionale in sede di regolamentazione secondaria.

L'innesto della normativa Europea ha determinato, inoltre, la lenta ma costante erosione della primizia normativa riconosciuta alla Carta, collimata nella nuova interpretazione dei principi costituzionali in campo economico, ossia nella nascita della "Nuova Costituzione Economica"¹²³.

¹²¹ Azione di soggetti soprattutto pubblici (polizia, organi giurisdizionali e amministrativi), volta ad assicurare il rispetto delle norme. La teoria economica dell'e. pubblico si è sviluppata a seguito di un articolo di G.S. Becker dal titolo *Crime and punishment: an economic approach* («Journal of Political Economy», 1968, 76, 2). Da esso emerge che il rispetto della legge dipende dalla sanzione prevista e dalle risorse pubbliche e private dedicate a prevenire le violazioni e a punirle.

¹²² Rispettivamente Consob e Banca d'Italia.

¹²³ S. Cassese, "La nuova Costituzione economica", Roma-Bari, 2011.

Prima di analizzare dettagliatamente l'evoluzione interpretativa dell'art. 47 si rende necessario un esame preliminare dell'impostazione generale delle relazioni economiche prospettata dalla Costituzione; quest'ultima, da un lato, ha inteso preservare la spontaneità dei meccanismi di mercato, evitando che i necessari atti di indirizzo della politica economica potessero annichilire l'iniziativa privata¹²⁴ e dall'altro ha posto al centro la persona umana e non la proprietà individuando quale nucleo centrale del sistema il profilo sociale dell'agire economico, più che le egoistiche logiche del mercato.¹²⁵

In sostanza, il nostro sistema economico misto, definito 'Economia sociale di mercato', è tale anche per altre due ragioni; *in primis* grazie alla possibile commistione tra l'iniziativa privata e pubblica ed, *in secundis*, per il fatto che l'agire economico sia regolato sia dai principi del libero mercato che da valori di carattere sociale¹²⁶.

Il sistema così delineato ha subito, visto l'avvicinarsi della normativa di origine comunitaria e delle relative libertà¹²⁷, una sostanziale trasposizione verso un modello marcatamente liberistico, collimato nella creazione di un mercato unico europeo improntato alla massima concorrenza.

Tale mutamento non è stato seguito da un'accettazione acritica e pedissequa della visione liberale di origine comunitaria; ad esempio, forti contrasti con il dettato costituzionale si sono verificati in sede di ricezione della legge in materia di *antitrust*¹²⁸, largamente criticata dalla dottrina prevalente¹²⁹.

¹²⁴ In tal caso chiaro è il riferimento all'art. 41 della Costituzione che così, al primo comma, recita: "L'iniziativa economica privata è libera."

¹²⁵ Cfr. G. Rolla, *Il sistema costituzionale italiano*, Milano, 2005, vol. III, pp. 155-158.

¹²⁶ Cfr. C. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e costituzione "vivente", contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41*, Padova, 1978.

¹²⁷ Libertà di circolazione delle merci, persone, capitali e servizi.

¹²⁸ Legge 10 Ottobre 1990, n. 287.

¹²⁹ C. Pinelli, *I rapporti economici-sociali fra Costituzione e trattati europei*, in *La Costituzione Economica: Italia, Europa*. Bologna, 2010, p. 7.

Le ragioni di siffatta criticità nella ricezione della normativa, così come fatto notare da autorevole dottrina¹³⁰, è da rinvenirsi nel fatto che il legislatore costituente abbia introdotto la libertà di iniziativa economica non poiché ritenesse di aderire consapevolmente all'opzione capitalista e liberale di matrice europeista ma per scelta politica, visto che alcune forze, durante la stesura della Carta Costituzionale, identificarono siffatta libertà quale proiezione economica e sistemica dei principi democratici da loro condivisi.

L'art. 47, come più volte affermato, ha subito nel corso del tempo un'interpretazione evolutiva che ha determinato, visti gli avvicendamenti economici finanziari ed istituzionali, una sostanziale divaricazione fra la Costituzione vivente ed il testo positivizzato; nei primi anni di vigenza della norma l'indeterminatezza giuridica del concetto di risparmio¹³¹ indussero la giurisprudenza¹³² ad attribuire carattere programmatico alla disposizione, a ritenere cioè che tale articolo segnasse non un precetto, ma solo un "principio politico cui ispirare la futura normativa"¹³³, un "indirizzo politico" cui il legislatore dovesse orientarsi nell'esercizio di un potere discrezionale che incontra l'"unico limite della compromissione del principio stesso"¹³⁴.

¹³⁰ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, Quaderni Costituzionali, 1992, 1, pp. 7-19.

¹³¹ A. Cerri, A. Baldassarre, *Interpretazione dell'ordinanza di remissione, tutela del risparmio, decreti legislativi vincolati*, Giurisprudenza Costituzionale, 1965, p. 824

¹³² Corte Cost., sent. n. 143/1982, n. 19/1975, n. 143/1995.

¹³³ Corte cost., sent. 8 luglio 1982, n. 143. Cfr. anche sent. 20 febbraio 1975, n. 29; 4 maggio 1995, n. 145 e 14 febbraio 2002, n. 29. Sul punto si veda: S. BARONCELLI, op. cit., e G. ARIOLLI (a cura di), *La tutela del risparmio*. Quaderni di sintesi della giurisprudenza costituzionale, ottobre 2008, reperibile sul sito della Corte costituzionale alla seguente pagina www.cortecostituzionale.it/informazione/file/STU_211_LaTuteladelRisparmio.pdf

¹³⁴ Corte cost., sent. n. 143/1995.

Successivamente, visto l'accresciuto ruolo assunto dall'investimento nei mercati finanziari¹³⁵, divenuto ormai mezzo di allocazione delle risorse molto frequente e diffuso fra tutte le classi sociali della popolazione, parte della dottrina e la stessa sensibilità del legislatore sono profondamente mutate; l'oggetto della tutela ex art. 47, infatti, si è spostato dal risparmio in quanto tale a quello che, grazie all'esistenza ed al corretto funzionamento del mercato, si risolve in un investimento finanziario¹³⁶.

Ciò ha determinato una reinterpretazione del precetto costituzionale finalizzato ad imporre al legislatore la salvaguardia di qualsiasi forma di investimento, a prescindere dalla forma giuridica che lo stesso assuma, ponendo al centro della tutela non più l'oggetto-risparmio, ma un'accezione soggettiva dello stesso, declinata nella protezione sia del singolo risparmiatore/investitore, sia nella generica efficienza del mercato.

Ciò induce a ritenere ormai superata la dimensione del risparmio quale accumulo di ricchezza derivante dalla conservazione parziale del reddito percepito, determinando il definitivo accoglimento di una dimensione maggiormente dinamica, più orientata al concetto di investimento che necessita, però, di tutela differente per natura e modalità. La protezione dell'investimento e dell'investitore medio¹³⁷ è, infatti, affidata ad una forma di vigilanza attuata mediante imposizione di obblighi a carico degli emittenti intermediari e mercati di natura informativa, contrattuale e di vera e propria vigilanza diretta. Una lettura così attualizzata dell'art. 47 non può non collegarsi all'efficienza ed alla trasparenza dei mercati finanziari; soltanto in presenza di un mercato che rifletta correttamente l'andamento degli indici

¹³⁵ Senza dimenticare la forte globalizzazione, l'integrazione fra i diversi mercati all'insegna dell'efficienza e lo sviluppo di prodotti finanziari sempre più sofisticati.

¹³⁶ Grazie soprattutto alla rinnovata convinzione che promuovendo e tutelando l'investimento finanziario e le aspettative di redditività dell'investitore si soddisfa un duplice interesse; quello di guadagno individuale e quello collettivo all'ottimale ed equilibrata distribuzione delle risorse.

¹³⁷ Vista la natura popolare del risparmio ex art. 47.

azionari, le cui attività siano facilmente individuabili e di quasi immediata percezione si può giungere ad una tutela effettiva di tutti i risparmiatori¹³⁸ ed investitori. E', quindi, compito del legislatore, visti i contenuti del secondo comma dell'art. 47, provvedere alla predisposizione di tutti gli strumenti funzionali alla protezione dei risparmiatori-investitori ed al mantenimento del massimo grado di fiducia nel sistema finanziario¹³⁹.

4.2 - L'obbligazione bancaria quale mezzo di raccolta del risparmio; la tutela generica del risparmiatore/investitore

Le obbligazioni bancarie rappresentano uno degli strumenti tipici di raccolta del risparmio¹⁴⁰ ad opera della banca universale, ossia di quell'istituto creditizio capace di operare su tutta la gamma delle scadenze sia dal lato del passivo che da quello dell'attivo¹⁴¹. In tal senso dispongono le istruzioni della Banca d'Italia che, all'art. 11 c. 1, sanciscono come sia "raccolta di risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sottoforma di depositi sia sotto altra forma, ossia mediante emissione di obbligazioni bancarie, con l'eccezione delle obbligazioni irredimibili".

La Legge Bancaria 36'/38'¹⁴², in virtù del vincolo di specializzazione previsto dal legislatore, riconosceva l'emissibilità di suddetti strumenti di debito esclusivamente ad imprese di credito specializzato a medio e lungo termine, escludendo le banche di credito ordinario. In seguito alla promulgazione della Direttiva 89/646/CEE e dei relativi D. Lgs n. 481/92¹⁴³, poi trasfuso nell'art. 12 del Testo Unico Bancario (D. Lgs n. 385/93), attualmente disciplinata dalla Direttiva UE n. 79 del 2010, dal Regolamento CE n. 809 del 2004 e dalle

¹³⁸ Nell'assunto che non tutti i risparmiatori siano investitori.

¹³⁹ F. Vella, *Capitalismo e finanza*, Bologna, 2001.

¹⁴⁰ Art. 12 c. 1 Testo Unico Bancario: "Le banche, in qualunque forma costituite, possono emettere obbligazioni, anche convertibili, nominative o al portatore."

¹⁴¹ Cfr, Costi (1994), pg. 197.

¹⁴² In base ai dettami dell'art. 44.

¹⁴³ Precisamente all'art. 4.

disposizioni¹⁴⁴ della Banca Centrale Europea e del SEBC¹⁴⁵, tale limitazione è stata rimossa riconoscendo la facoltà di emettere titoli obbligazionari a tutti gli istituti di credito a prescindere dalla specificità dell'attività svolta dall'istituto e dal modello organizzativo adottato.

Tale regime di raccolta del risparmio, inoltre, è stato oggetto di particolari incentivi finalizzati ad ampliarne l'impiego rispetto ad altri strumenti, quali certificati di deposito o aperture di credito; l'art. 10¹⁴⁶ della l. 483/1993, ad esempio, esclude da qualsiasi obbligo di riserva a fronte dell'attività di raccolta i fondi raccolti dagli istituti di credito mediante l'emissione di titoli obbligazionari aventi scadenza originaria non inferiore ai diciotto mesi.

Ulteriore particolarità è dettata dalla sostanziale deroga delle previsioni civilistiche in tema di prestiti obbligazionari; non si applicano, ad esempio, le previsioni sui diritti particolari degli obbligazionisti¹⁴⁷, 2411 c.c., la gran parte delle previsioni ex art. 2414 c.c. circa il contenuto delle obbligazioni ed, infine, l'art. 2420 c.c. in merito al sorteggio.

In seguito alla novella introdotta dalla L. 262/2005, la disciplina dell'offerta al pubblico (cd. OPV) trova applicazione anche per l'emissione di obbligazioni bancarie, qualora ricorrano i seguenti presupposti;

1. strumenti diversi dai titoli di capitale emessi in modo continuo o ripetuto dalle banche
2. strumenti non subordinati, convertibili o scambiabili

¹⁴⁴ Ad esempio il parere della Banca Centrale Europea CON n. 73 del 2010.

¹⁴⁵ Il Sistema europeo delle banche centrali (SEBC), istituito dal trattato di Maastricht, è costituito dalla Banca centrale europea e dalle banche centrali nazionali dei 28 stati membri dell'Unione europea, a prescindere dall'adozione della moneta unica.

¹⁴⁶ Art. 10 c. 1 periodo secondo della L. 483 del 1993 - "Resta comunque esclusa da qualsiasi obbligo di riserva la raccolta effettuata attraverso l'emissione di obbligazioni e certificati di deposito aventi scadenza originaria non inferiore a diciotto mesi.

¹⁴⁷ Non è contemplata la creazione di un apposita assemblea degli obbligazionisti.

3. strumenti che non conferiscano il diritto di sottoscrivere o acquisire altri tipi di strumenti finanziari e che non siano connessi ad un titolo derivato
4. strumenti coperti da un sistema di garanzia dei depositi

L'emissione di obbligazioni bancarie non convertibili o convertibili in titoli di altre società non trova alcun limite quantitativo, a differenza di quanto previsto per le obbligazioni emesse da altre società; inoltre, qualora pervenga l'autorizzazione della Banca d'Italia, possono emettersi, sotto tale forma, prestiti irredimibili¹⁴⁸ o rimborsabili.

Sussistono delle limitazioni, invece, qualora si tratti dell'importo minimo del valore nominale unitario della singola obbligazione; il taglio può variare da 1.000 a 10.000 euro mentre la durata minima, in base ai rigorosi dettami delle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, deve essere necessariamente di 36 mesi o, qualora inferiore, di 24 mesi¹⁴⁹.

A conclusione di tale analisi strutturale dello strumento, competente all'emissione delle obbligazioni bancarie, titoli a letteralità diretta¹⁵⁰, è l'organo amministrativo¹⁵¹ la cui delibera, qualora esistente (visto che le obbligazioni assumono dimensione di mezzo di raccolta del risparmio), non è soggetta al controllo notarile dell'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge e iscrizione nel registro delle imprese.

L'art. 47 della Costituzione dispone, come visto, l'incoraggiamento del risparmio e la sua generica protezione qualunque sia la forma assunta; in tal senso si inserisce la tutela del risparmiatore - investitore. Il mutamento delle

¹⁴⁸ In finanza pubblica e privata, si definisce irredimibile un prestito (o debito) di cui non si può avere (o chiedere) il rimborso.

¹⁴⁹ Cd. durata media minima.

¹⁵⁰ Fauceglia G., *Le obbligazioni emesse dalle banche*, pg. 474

¹⁵¹ Sempre che lo Statuto non disponga diversamente.

scelte di investimento degli italiani, che sempre più si stanno muovendo¹⁵² verso nuove modalità di impiego del risparmio, hanno reso l'obbligazione bancaria uno strumento molto diffuso¹⁵³ nei portafogli gestiti dagli intermediari finanziari per conto dei piccoli risparmiatori.

Ciò ha indotto il legislatore, anche grazie alla copiosa produzione in materia di matrice Europea, a regolamentare in maniera stringente tutti gli aspetti genericamente connessi, quali l'emissione, la quotazione e la relativa informativa. L'idea di fondo della normativa Europea è che la protezione del risparmiatore - investitore debba passare per una complessiva armonizzazione delle norme interne, ed un avvicinamento dei singoli organismi di controllo.

L'intervento Europeo ha perseguito il miglioramento della posizione giuridica dei risparmiatori, garantendo l'integrità dei mercati dei capitali e rafforzando i meccanismi di vigilanza con annesso potenziamento degli strumenti di autodisciplina, al fine di dare una risposta ai mutamenti strutturali in corso nei mercati europei dei valori mobiliari.

In primis la nuova disciplina di matrice Europea¹⁵⁴ suddivide i risparmiatori in varie categorie diversificate che, in base al grado di cognizione dell'investimento, offrono modelli di comportamento, di azione e di informazione altrettanto differenziati; a prescindere dal tipo di clientela¹⁵⁵ che rappresenti, il legislatore Europeo mira a proteggere la parte contrattualmente più debole, imponendo che l'intermediario agisca secondo schemi contrattuali e regole comportamentali predefinite e tarate in base alla controparte.

¹⁵² Benché la recente crisi abbia determinato una riduzione complessiva degli investimenti finanziari corrispondente a 100 miliardi di Euro. (Per maggiori informazioni vedere Indagine sul Risparmio e sulle scelte finanziarie degli italiani 2015 - Centro di Ricerca e Documentazione Einaudi per Intesa San Paolo).

¹⁵³ Indagine sul Risparmio e sulle scelte finanziarie degli italiani 2015 - Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi per Intesa San Paolo.

¹⁵⁴ *Markets in Financial Instruments Directive (Mifid)* - Direttiva CE n. 39 del 2004.

¹⁵⁵ Ovvero qualora sia cliente occasionale - professionale, investitore professionale o controparte estremamente qualificata.

In secundis gli intermediari devono intrattenere rapporti improntati ai criteri di buona fede, correttezza e trasparenza nell'esecuzione degli obblighi contrattuali; le operazioni debbono essere condotte secondo la massima diligenza, con obblighi informativi stringenti e cadenzati¹⁵⁶, con l'obiettivo di rendere conosciuti e conoscibili ai risparmiatori gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni, indicando anche agli stessi i diritti e gli strumenti posti a tutela dalle disposizioni normative vigenti.

In conclusione, al fine di garantire la massima protezione del risparmio (in ossequio alle previsioni costituzionali ex art. 47) il legislatore nazionale, su spinta di quello Europeo, ha strenuamente regolamentato i rapporti intercorrenti fra le controparti, sia dal punto di vista economico che contrattuale.

4.3 - La Tutela del Risparmio ed il cd. *bail-in*

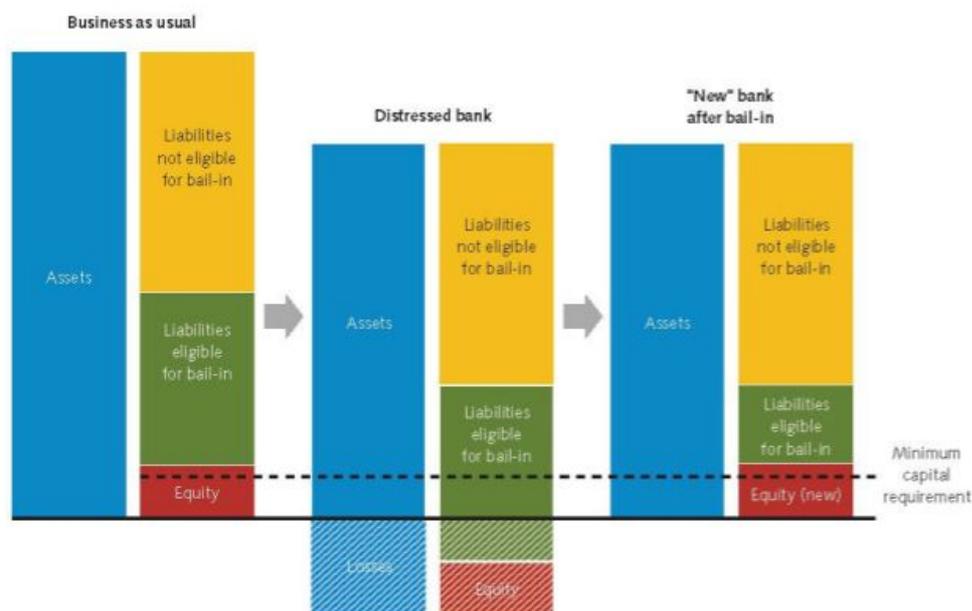
Il recepimento della Direttiva UE n. 59 del 2014, nello specifico strumento del cd. *bail-in*, ha modificato in modo significativo il sistema di tutela del risparmio.

Al fine di comprendere il corretto funzionamento dello strumento, di come lo stesso possa determinare la svalutazione o conversione delle *liabilities bail-inable* si rende necessario descriverne il funzionamento in relazione ad un esempio pratico¹⁵⁷

¹⁵⁶ I rendiconti, la cui cadenza dipende dalle richieste e dalle caratteristiche dell'investitore, possono essere trimestrali, semestrali o annuali.

¹⁵⁷De Aldisio A., *La gestione delle crisi bancarie nell'area Euro*, Paper, LUISS, 2015

Figure 1. Simplified description of application of the bail-in tool on the balance sheet of a distressed bank



Nella situazione iniziale a sinistra l'istituto creditizio, che opera a pieno regime, dispone di capitale, passività *bail-inable* e passività escluse, quali i depositi garantiti dai Sistemi di Garanzia dei Depositi.

Qualora la stessa, per vari motivi, subisca perdite che eccedano il capitale il valore delle attività sarà ridotto, determinando un azzeramento del capitale (*distressed bank* - figura centrale). In tale occasione si renderà necessario attivare lo strumento del *bail-in*, accompagnato da un piano di riorganizzazione aziendale, finalizzato alla creazione della "new" bank; quest'ultima vedrà il proprio passivo ricomporsi secondo la struttura usuale, grazie alla svalutazione o conversione di parte delle passività in azioni di nuova emissione. Talvolta può rendersi necessario l'intervento integrativo del Fondo di risoluzione il quale, qualora l'Autorità di risoluzione competente abbia deciso di escludere (integralmente o parzialmente) una passività

ammissibile o una classe di passività ammissibili e le perdite che tali passività avrebbero subito non siano state trasferite ad altri creditori, potrà:

- coprire le perdite non assorbite da passività ammissibili
- acquisire azioni o altri titoli di proprietà o strumenti di capitale

Tale possibile intervento è limitato al 5% delle passività totali della banca e sempre che, come disposto dall'art. 44 c. 5 punto a) della BRRD, siano state svalutate o convertite passività corrispondenti all'8 % del passivo totale.

Tale *tool*, come visto¹⁵⁸, è quindi funzionale al salvataggio di un ente sottoposto a risoluzione mediante ricapitalizzazione (con annessa totale o parziale esclusione dell'azionariato precedente) derivante da conversione/svalutazione del valore nominale dei crediti *eligible*¹⁵⁹. La partecipazione dei creditori al risanamento di impresa¹⁶⁰, talvolta a discapito della *par condicio creditorum*¹⁶¹, è un elemento che sta rapidamente caratterizzando il nostro diritto fallimentare; suddetta partecipazione si esaurisce, però, all'interno di uno schema concorsuale definito che richiede l'accordo dei creditori. Al contrario gli strumenti di *resolution*, ponendosi al di

¹⁵⁸ Per approfondimenti vd. *infra* Capitolo II, par. 1.8.1 pg. 34 (da integrarsi dopo accorpamento capitolo)

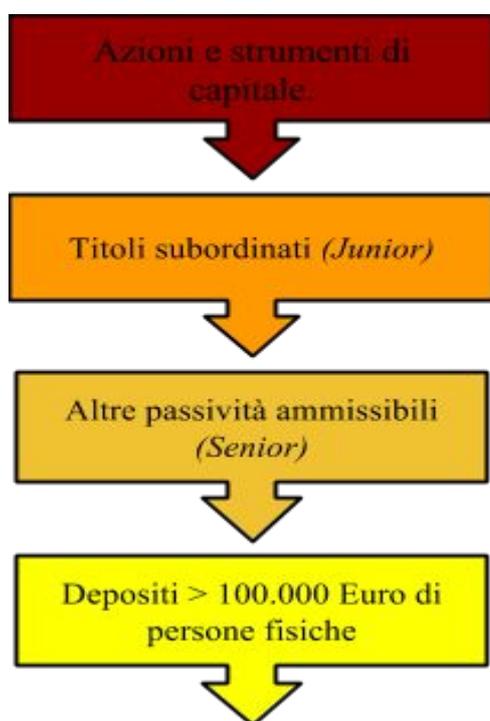
¹⁵⁹ Art. 43 c. 2 p. a) e b) della Direttiva UE n. 59 del 2014 in GU LEGGE 9 luglio 2015 , n. 114

¹⁶⁰ G. Meo, "Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria", Giuffrè, Milano, 2013.

¹⁶¹ Art. 2741 c.c. - è il principio in base al quale tutti i creditori hanno il diritto ad essere soddisfatti nella medesima percentuale rispetto al valore del loro credito.

fuori di tali procedure concorsuali, attuano tale coinvolgimento creditorio mediante atto d'imperio dell'autorità di risoluzione competente¹⁶².

Ponendosi al di fuori degli ordinari schemi di liquidazione, l'impiego del cd. *bail-in* pone numerosi problemi in merito al trattamento dei diritti di proprietà dei precedenti¹⁶³ e dei nuovi azionisti, successivi alla conversione delle passività¹⁶⁴.



Schema esemplificativo delle passività ammissibili.

L'ordinamento, come visto, tutela pienamente il risparmio investito in tali tipologie di strumenti e la possibilità che suddette passività possano essere

¹⁶² Considerazioni pacificamente estendibili al trasferimento coattivo delle azioni o delle attività, diritti e passività dell'impresa, nonché alle ipotesi di trasferimento parziale delle attività, dei diritti e delle passività.

¹⁶³ Che subiscono o un totale spossessamento o una sostanziale diluizione della loro partecipazione.

¹⁶⁴ Ricordiamo che da suddetta conversione sono esclusi i depositi protetti, le passività garantite ed alcune altre passività relative a specifici rapporti, escluse su base soggettiva o temporale.

oggetto di parziale svalutazione o totale conversione in capitale di *equity* può contrastare con la norma programmatica ex art. 47 della Costituzione; ben sappiamo come le obbligazioni bancarie, in base ai dettami dell'art. 12 del Testo Unico Bancario, assurgano a metodo ordinario di raccolta del risparmio ad opera degli istituti di credito e mezzo di impiego dello stesso da parte degli investitori. A tal dimensione, contrariamente, non appartiene l'eventuale sottoscrizione di strumenti di capitale quali azioni e simili.

Ciò induce a riflettere su di una duplice serie di effetti:

- violazione unilaterale della posizione creditizia dell'investitore, talvolta con effetto retroattivo
- violazione del concetto di tutela del risparmio ex art. 47

In merito al primo punto, si ripropone il discorso parzialmente affrontato in apertura di paragrafo; in ambito concorsuale il concordato preventivo¹⁶⁵ permette di ottenere risultati non dissimili rispetto al cd. *bail-in*, a condizione che sussista l'accordo dei creditori i quali, qualora lo ritengano conveniente, possono sottoscrivere la proposta di concordato proveniente dal debitore che soddisfi i requisiti previsti dall'art. 1 della legge fallimentare¹⁶⁶. In caso di applicazione dello strumento del *bail-in* tale scelta discrezionale non viene riconosciuta in alcun modo vista l'origine autoritativa del provvedimento¹⁶⁷. In aggiunta a ciò si consideri anche il cd. "approccio legale al *bail-in*", che

¹⁶⁵ L'art. 160 individua i presupposti per l'ammissione alla relativa procedura.

¹⁶⁶ Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.

¹⁶⁷ Che, ricordiamo, è disposto dall'Autorità di risoluzione qualora siano soddisfatte le condizioni minime per la *resolution*.

include fra quelle suscettibili di conversione anche le passività già circolanti. Ciò impone agli intermediari bancari stringenti obblighi informativi sia in merito agli strumenti di nuova emissione (in fase di collocamento dovrà essere predisposta apposita clausola contrattuale che indichi chiaramente la convertibilità/svalutabilità dello strumento), che in merito a quelle già circolanti. In tale ultimo caso, ad avviso di chi scrive, sarebbe doveroso provvedere ad una informazione tempestiva mediante apposita comunicazione che renda chiari al sottoscrittore-risparmiatore i rischi a cui sia esposto in seguito alla nuova normativa¹⁶⁸.

In relazione al secondo punto si rende evidente come l'eventuale conversione/svalutazione di una passività¹⁶⁹ (tra le quali spiccano le obbligazioni bancarie *senior* - ovvero quelle con il più alto tasso di diffusione fra gli investitori-risparmiatori¹⁷⁰) contrasti con il concetto di tutela del risparmio esposto ai paragrafi precedenti; la sottoscrizione di obbligazione bancaria, oltre a rappresentare mezzo ordinario di raccolta del risparmio, riconosce al risparmiatore il diritto alla restituzione del capitale alla scadenza ed alla garanzia di un interesse, sotto forma di cedola, con cadenze variabili in base al titolo in oggetto.

L'impiego di risorse in capitale di *equity* non è oggetto della tutela prevista per il risparmio, in quanto considerato¹⁷¹ mezzo ordinario di investimento a cui si

¹⁶⁸ Valida a partire dal Gennaio del 2016.

¹⁶⁹ E' doveroso sottolineare come sia altamente improbabile che un istituto creditizio necessiti di una ricapitalizzazione talmente profonda da coinvolgere le passività previste dal terzo insieme della figura n. 3

¹⁷⁰ Indagine sul Risparmio e sulle scelte finanziarie degli italiani 2015 - Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi per Intesa San Paolo.

¹⁷¹ G. Meo, "Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria.", Giuffrè, Milano, 2013.

riconnettono vari rischi quali la perdita del capitale, la fluttuazione del valore mobiliare o la mancata erogazione del dividendo.

In aggiunta ai problemi di compatibilità costituzionale se ne pongono di ulteriori in relazione al concetto derivante dall'art. 17¹⁷² della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea; quest'ultimo dispone quanto segue: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale."

L'art. 32 della Direttiva UE n. 59 del 2014 individua quale condizione essenziale per la *resolution* l'interesse pubblico¹⁷³ la cui sussistenza, in base ai dettami del secondo periodo dell'art. 1 del protocollo, legittima la privazione della proprietà. Quest'ultima può avvenire in seguito ad applicazione autoritativa del cd. bail-in. Ad avviso di chi scrive, qualora sussista l'interesse pubblico, l'azione dell'Autorità di risoluzione che privi il titolare di un diritto di proprietà del bene oggetto dello stesso è legittima e doverosa in quanto finalizzata alla preservazione di un valore superiore di matrice pubblicistica.

A sostegno di tale tesi è invocabile la sentenza della Corte EDU n. 34940/10 del 10 luglio 2012 – Grainger v. UK (caso Northern Rock); tale ricorso fu

¹⁷² Precedentemente art. 1 protocollo addizionale CEDU.

¹⁷³ Art. 32 par. 5 della Direttiva UE n. 59 del 2014 - "Ai fini del presente articolo, paragrafo 1, lettera c), l'azione di risoluzione è considerata nell'interesse pubblico se è necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione di cui all'articolo 31 ed è ad essi proporzionata e se la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura."

promosso da alcuni ex azionisti della banca britannica Northern Rock¹⁷⁴ che ritenevano di aver subito un grave pregiudizio per non aver ricevuto alcun indennizzo a seguito della nazionalizzazione (*temporary public ownership*) della banca e del trasferimento delle azioni, in loro possesso, allo Stato. A tali strumenti di capitale, sulla base della valutazione condotta dal panel nominato dal Governo, venne attribuito valore pari a zero con conseguenziale mancata previsione di un indennizzo.

La pretesa degli Azionisti, basata sulla presunta violazione del criterio di giusto equilibrio fra interessi pubblici e privati, fu respinta dalla Corte sull'assunto che qualora siano in gioco le grandi scelte¹⁷⁵ di politica sociale ed economica (come, nel caso concreto, la preservazione della stabilità del settore finanziario del Regno Unito) il margine di libero apprezzamento dell'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU debba essere particolarmente ampio.

La Corte, benché avesse riconosciuto la natura di *possessions*¹⁷⁶ alle azioni di cui erano titolari i ricorrenti e che tale ordine di trasferimento li avesse privati di tale possesso, riconobbe la necessità della nazionalizzazione di *Northern Rock* nell'interesse pubblico e la sua compatibilità con la legge. Ciò che si evince dalla Sentenza Corte EDU n. 34940/10 del 10 luglio 2012 è che, qualora sussista un rilevante interesse pubblico, i principi contenuti all'interno

¹⁷⁴ Banca Britannica nazionalizzata nel 2008 a causa di problemi finanziari derivanti dall'avviluparsi della crisi dei mutui subprime. Nel 2010 la banca fu divisa in due parti (da un parte gli *assets* dall'altra il *banking*) al fine di facilitare l'acquisto da parte di investitori privati. Ciò avvenne nel 2012 quando *Virgin Money* acquisì, per un miliardo di sterline, il settore banking di Northern Rock (precedentemente confluito in una *newco*, ovvero *Northern Rock plc.*)

¹⁷⁵ Cfr. Giovanna Adinolfi e Michele Vellano in "La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro: Profili giuridici" - Giappichelli - Torino - 2013

¹⁷⁶ Corte EDU n. 34940/10 del 10 luglio 2012 – Grainger v. UK (caso Northern Rock), par. 2 punto 38 pg. 12.

dell'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU possano essere derogati in ossequio al necessario bilanciamento che debba intercorrere fra l'interesse dei singoli ed il pubblico interesse.

In tale senso particolare rilevanza assume la domanda di pronuncia pregiudiziale n. C-526 del 2014 posta da alcuni risparmiatori sloveni nei confronti della Corte di Giustizia Europea; tale domanda reca, fra le questioni pregiudiziali, una richiesta di valutazione della compatibilità¹⁷⁷ fra le previsioni ex art. 43 ss della Direttiva UE n. 59 del 2014 ed i contenuti dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in materia di proprietà. Benché la causa sia ancora pendente è evidente come eventuali pronunce che dichiarino l'incompatibilità fra gli strumenti previsti dalla BRRD ed il su citato art. 17 possano avere conseguenze più che profonde sulla disciplina in oggetto. In tal senso è però necessario rimarcare come la privazione totale o parziale della proprietà debba essere ritenuta, viste le ragioni sopra esposte, compatibile con i dettami dell'art. 17 della Carta Citata qualora ragioni di interesse pubblico la rendano necessaria. In tale ambito, inoltre, si innestano le previsioni ex art. 32 della *Banking Recovery and Resolution Directive* che, richiedendo la sussistenza di tale interesse¹⁷⁸ ai fini di un legittimo utilizzo di uno degli strumenti di *resolution*, rendono compatibile il cd. *bail-in* con i dettami dell'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁷⁷ Viene richiesta, soprattutto, una pronuncia in merito alla compatibilità fra la svalutazione/conversione autoritativa degli strumenti di debito, emessi prima della pubblicazione della Direttiva UE n. 59 del 2014, ed i contenuti dell'art. 17 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁷⁸ Presente qualora l'utilizzo del *tool* sia necessario al conseguimento di uno o più degli obiettivi previsti dall'art. 31 della medesima direttiva.

5 - La proposta per la compatibilità fra previsioni costituzionali e la normativa Europea.

Nel corso del dibattito¹⁷⁹ che ha preceduto l'introduzione del cd. *bail-in* si è pensato di attribuire ai creditori convertiti particolari categorie di azioni prive dei diritti amministrativi in continuità con la posizione precedentemente ricoperta da tali soggetti; tale soluzione, tuttavia, avrebbe presentato lo svantaggio di lasciare il diritto di nominare il *management* in capo al precedente azionariato, con evidenti problematiche di *moral hazard*. Infatti, nella logica di una ristrutturazione aziendale, dettata dall'inadeguatezza delle scelte di *governance* effettuata dalla precedente amministrazione, sarebbe infatti più opportuno fossero i nuovi azionisti a nominare il nuovo *management*.

¹⁷⁹ Boccuzzi. G, *L'Unione Bancaria europea, nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Bancaria Editrice, Roma, 2015 - pag. 201 ss

Nella fase di studio della Direttiva UE n. 59 del 2014 venne all'attenzione anche la possibilità che i nuovi azionisti non avessero alcuna interesse al coinvolgimento nell'adozione di decisioni strategiche tipiche dell'azionista né di mutare radicalmente la forma della propria partecipazione al finanziamento della banca. Dinanzi a tale prospettiva si era addirittura giunti ad elaborare un apposito modello idoneo ad ovviare a tali problematiche; in base a tale schema i creditori convertiti avrebbero ricevuto strumenti finanziari emessi da una società veicolo che, in seguito alla *resolution*, avrebbe acquisito il controllo totalitario dell'istituto di credito considerato.

L'intermediario, una volta ricapitalizzato mediante il cd. *bail-in*, sarebbe stato oggetto di libera vendita, a condizioni di mercato, entro un termine ragionevole. Il ricavato dell'ipotetica vendita sarebbe stato ripartito, secondo le regole dettate dal diritto fallimentare, fra i titolari degli strumenti finanziari (cioè i creditori convertiti) emessi dalla società veicolo, ossia la *holding company*, mediante liquidazione della stessa.

Le soluzioni appena esposte non hanno però trovato alcun riscontro all'interno della normativa. Ciò ha indotto ad una necessaria attività di analisi finalizzata a riorganizzare le modalità di approvvigionamento degli intermediari con la massima tutela possibile nei confronti degli investitori; ad avviso di chi scrive, *in primis*, gli intermediari dovrebbero essere tenuti ad una immediata informazione nei confronti dei portatori di passività di *Common Tier 1* ed al *Common Tier 2* già circolanti, in quanto suscettibili di svalutazione e conversione fin dal primo Gennaio 2016. Dal punto di vista contrattuale

infatti, dato il mutamento della disciplina in *itinere*, non vi è alcun riferimento documentale al cd *bail-in*; si rende quindi doverosa un'immediata informazione da parte dell'intermediario, in ossequio agli obblighi informativi derivanti dalle previsioni ex L. 252/2005.

Chiarito tale aspetto gli intermediari, *in secundis*, dovrebbero modificare le proposte di investimento dirette alla clientela cd. "al dettaglio", caldeggiando innanzitutto strumenti quali i certificati di deposito coperti dal Fondo di garanzia in luogo delle obbligazioni, soggette al cd. *bail-in*. Qualora, invece, i risparmiatori-investitori optassero per la sottoscrizioni di passività *eligible* per la conversione/svalutazione sarebbe doveroso provvedere¹⁸⁰, nei loro confronti, ad una precisa e dettagliata informazione sia in fase di emissione che in fase di conduzione del rapporto; sarebbe necessaria la predisposizione di un prospetto informativo ancora più dettagliato e preciso in merito alle eventuali conseguenze che l'applicazione del cd. *bail-in* determinerebbe, con l'inserimento di apposita clausola contrattuale recante il riconoscimento della possibilità che lo strumento sia oggetto di conversione/svalutazione. In fase di conduzione del rapporto sarebbe doverosa una costante e approfondita informazione sull'attività svolta dall'intermediario e sui rischi assunti dallo stesso che potrebbero rendere più vivida la prospettiva della *resolution*.

¹⁸⁰In tal senso: "nel collocare propri titoli, le banche dovranno applicare la disciplina a tutela degli investitori con cura particolare, poiché i sottoscrittori potrebbero essere chiamati a sostenere i costi della risoluzione. Andranno fornite alla clientela informazioni esaustive sulle caratteristiche dei diversi strumenti. Quelli più rischiosi dovrebbero essere esplicitamente riservati a investitori istituzionali"., Intervento del Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco - Roma - 8 Luglio 2015

L'implementazione del cd. *bail-in* quale strumento di gestione del dissesto degli istituti creditizi pone in essere, quindi, un sistema che coinvolge in prima battuta gli investitori, che saranno i primi a subire le conseguenze derivanti dalla *resolution* in quanto considerati direttamente responsabili, dato il potere di condizionare la scelta del *management* e le relative scelte di *governance*.

La partecipazione dei creditori è, invece, riconnessa alla volontà di imporre una copertura interna delle perdite, sempre considerando i dettami del *no creditor worse off principle*¹⁸¹ e della *par condicio creditorum*, riservando il finanziamento Statale della risoluzione a casi limitati e di eccezionale rarità.

In fase di strutturazione del *bail-in* si è deciso di renderlo applicabile ad un'ampia categoria di crediti, con la previsione di alcune eccezioni¹⁸² individuate *ex lege*. La sussistenza di tali esclusioni, riconducibili a crediti che sarebbero suscettibili di protezione nell'ambito di una procedura fallimentare ordinaria, induce a ritenere che il passivo degli istituti creditizi debba essere strutturato come segue; tralasciando gli strumenti di capitale, le obbligazioni *senior, junior* e quelle non garantite dovrebbero divenire strumenti riservati esclusivamente alle cd. "controparti qualificate", ovvero quegli investitori professionali dotati delle conoscenze tecniche sufficienti ad una perfetta cognizione dei rischi assunti ed alla gestione degli stessi, mentre ai normali risparmiatori dovrebbero essere riservati esclusivamente strumenti alternativi

¹⁸¹ Ovvero quella condizione in cui il creditore non sia posto in una condizione economica peggiore di quella in cui si sarebbe trovato qualora la banca fosse stata sottoposta ad una procedura di "insolvenza ordinaria" (il c.d. NCWO).

¹⁸² Fra le quali; 1. Depositi protetti ai sensi della Direttiva UE n. 49 del 2015; 2. crediti garantiti, *covered bonds* e *collateral*; 3. le passività derivanti dalla detenzione di bene della clientela; 4. crediti interbancari

di raccolta del risparmio, dotati di coperture e garanzie¹⁸³, esclusi dal cd. *bail-in*.

Fra questi è doveroso ricordare due particolari tipologie di obbligazioni garantite, non suscettibili di svalutazione o conversione in base ai dettami dell'art. 44 par. 2 punto b) della BRRD, ovvero i *covered bonds* ed obbligazioni garantite da *collateral*; i primi sono strumenti caratterizzati da elevata liquidità e rischio molto basso e sono direttamente garantiti dalla segregazione di appositi attivi. I secondi pongono quale garanzia appositi *asset* finanziari sui quali rivalersi in caso di insolvenza dell'emittente.

Tale strutturazione del passivo risulterebbe, inoltre compatibile, con la previsione ex. art. 45 della Direttiva UE n. 59 del 2014; la BRRD ha infatti previsto, al fine di evitare che gli intermediari creditizi possano optare per un sistema di finanziamento che si basi, totalmente o parzialmente, su passività escluse¹⁸⁴ *ex lege* dal *bail-in*, il cd. *MREL*¹⁸⁵ (*Minimum Requirement of Own Funds and Eligible Liabilities*) ossia un livello percentuale minimo di fondi propri e passività *bail-inable* sulle passività totali.

Al fine di soddisfare tale requisito, inoltre, si potrebbe provvedere all'emissione di apposite passività subordinate che dovrebbero essere sottoscritte dalle sopracitate controparti qualificate.

¹⁸³ Come detto, ad esempio, i certificati di deposito.

¹⁸⁴ Per un quadro completo vd. *infra*. Cap. II par. 1.8.1 pg. 33

¹⁸⁵ I cui criteri di determinazione sono contenuti nel *consultation Paper EBA/CP/2014/41*, dal titolo "*Draft Regulatory Technical Standards on criteria for determining the minimum requirement for own funds and eligible liabilities under Directive 2014/59/EU*" - EBA - 2014

Si ritiene che, ove tale proposta venisse accolta, il cd. *bail-in*¹⁸⁶ risulterebbe compatibile con l'interpretazione del concetto di risparmio esposta al paragrafo n. 4.1 ; la riserva degli strumenti subordinati e convertibili a favore di investitori qualificati permetterebbe la completa protezione dei risparmiatori e delle risorse impiegate da realtà finanziarie ormai non più compatibili con il concetto di risparmio. Inoltre, vista l'offerta di strumenti alternativi di impiego¹⁸⁷, garantirebbe comunque la possibilità agli stessi di impiegare il proprio capitale in maniera redditizia.

Al fine di ottenere tale risultato, si auspica una sostanziale rivisitazione dell'art. 12¹⁸⁸ del Testo Unico Bancario, vista l'ormai accertata impossibilità di considerare ulteriormente le obbligazioni alla stregua di altri mezzi ordinari di raccolta del risparmio quali, ad esempio, il conto corrente bancario.

Le obbligazioni bancarie dunque, al di fuori di quelle direttamente escluse dalla Direttiva UE n. 59 del 2014¹⁸⁹, dovrebbero divenire mezzi di finanziamento degli istituti creditizi alternativi al capitale, così come avviene per le ordinarie Società per Azioni.

Last but not least, si debbono considerare gli effetti negativi del cd. *bail-in* sui costi di finanziamento degli istituti di credito; *in primis*, l'innalzamento repentino dei requisiti patrimoniali indotti dalla Direttiva UE n. 36 del 2013, in

¹⁸⁶ Ed in generale tutta la normativa derivante dalla *Banking Recovery and Resolution Directive*.

¹⁸⁷ Alcuni gruppi Bancari stanno già da ora provvedendo in tal senso.

¹⁸⁸ Che, ricordiamo, indica le obbligazioni bancarie quale mezzo ordinario di raccolta del risparmio.

¹⁸⁹ Ad esempio le passività garantite, inclusi i covered bonds e altri strumenti garantiti.

G.U. come D. Lgs. 72 del 2015, potrebbe produrre una contrazione dell'attività di erogazione del credito con effetti perversi sulle prospettive di ripresa congiunturale. Sebbene tali costi di aggiustamento siano contenuti rispetto ai benefici conseguibili nel lungo periodo vanno valutati alla luce della fase congiunturale, al fine di evitare che le politiche di vigilanza inducano comportamenti pro-ciclici da parte degli intermediari.

In secundis, l'adozione di un sistema di copertura delle perdite che preveda la diretta partecipazione dei creditori determina un logico innalzamento dei costi di finanziamento (nei termini di un sostanziale aumento del rendimento da garantire affinché i *bond* siano sottoscritti). Maggiori saranno le probabilità del cd. *bail-in* rispetto alla probabilità teorica di *default*, maggiore sarà il costo del credito *bailinable*.

Benché il costo di tale credito sia ormai orientato ad un sostanziale aumento è interessante notare come il mercato obbligazionario bancario italiano sia, in tal senso, abbastanza particolare; in base ai “dati riportati dall’Indagine sul Risparmio e sulle scelte finanziarie degli italiani 2015”, raccolti dal Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi per Intesa San Paolo, un’obbligazione bancaria con durata triennale garantisce al sottoscrittore un rendimento medio inferiore rispetto al corrispondente BTP emesso dal Ministero dell’Economia e delle finanze. Tale inusuale rapporto (rispetto ad altre realtà¹⁹⁰) garantirà, così, un aumento del costo del credito tollerabile.

¹⁹⁰ Ad esempio l’obbligazione bancaria a 5 anni di Caixa (banca spagnola) rende mediamente il 2% in più rispetto al corrispondente Bonos emesso dal Tesoro Spagnolo.

- Costi R., *L'ordinamento Bancario*, Il Mulino, 2013.
- Prosperetti M., Colavolpe A., *Banche, Assicurazioni e Gestori di Risparmio*, IPSOA, 2012
- Parrella M., *Le crisi Bancarie*, in *Il Governo delle banche in Italia: Commento al Testo Unico Bancario e alla Normativa collegata*, a cura di Ranieri R., Lacaita L., G. Giappichelli Editore, 2006
- Boccuzzi G., *La crisi dell'impresa bancaria*, Giuffrè, Milano, 1998
- De Tomasi F., *Il credito di ultima istanza in Europa*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2010
- Marullo P., *Principi classici e ruolo attuale del credito di ultima istanza*, in *Rivista Bancaria*, 1992
- Brescia Morra C., *Il diritto delle banche*, Il Mulino, 2012
- D. lgs. 23 Luglio 1996, n. 415, in materia di *coordinamento con la disciplina dell'intermediazione mobiliare*
- L. 1° Marzo 2002, n. 39, in materia di *estensione disciplina istituti di moneta elettronica*
- D. lgs. 4 dicembre 1996, n. 659, in materia di *garanzia dei depositi*

- D. lgs. 9 Luglio 2004, n. 197, in materia di *risanamento e liquidazione delle banche*
- Capolino O., Coscia G., Galanti E., *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, in *Diritto delle Banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti E., CEDAM, 2008
- D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*
- D. Lgs. 24 Febbraio 1998, n. 58, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*
- D. Lgs. 23 Luglio 1996, n. 415, in materia di *recepimento della Direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi*
- Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, *Legge Fallimentare*
- Bachelet V., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Giuffrè, 1957

- Augenti G.P., *L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta delle aziende di credito*, CEDAM, 1938
- Belviso U., *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Jovene, 1973
- Cass. civ. Sez. II, Sent., 24-02-2012, n. 2896, cd. *Sicilcassa*
- De Aldisio A., *La gestione delle crisi bancarie nell'area Euro*, Paper, LUISS, 2015
- Capizzi A., Cappiello S., *Prime considerazioni sullo strumento del bail-in: la conversione forzata di debito in capitale*, V Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di Diritto commerciale, Roma, 21-22 Febbraio 2014
- Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Protocollo addizionale, Protocollo 4, 6, 7, 12, 13
- Domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, Causa C-526, *Tadej Kotnik* ed altri, 2014
- Direttiva UE n. 59 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 Maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE,

2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio

- Direttiva UE n. 49 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi

- Cassese S., *La nuova Costituzione economica*, La Terza, 2011.

- Fauceglia G., *Le obbligazioni emesse dalle banche*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, 2000

- Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi per Intesa San Paolo, *Indagine sul Risparmio e sulle scelte finanziarie degli italiani*, 2015

- Visco I., *Intervento del Governatore della Banca d'Italia*, Roma, 8 Luglio 2015

- Sabatini G., *Tematiche concernenti l'attuazione dell'Unione Bancaria Europea ed il credito all'economia*, Audizione del Direttore Generale dell'Abi, 2014

- D. Lgs. 4 Dicembre 1996, n.659, *Recepimento della direttiva 94/19/CEE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi*

- Maccarone S., *Diritto della banca e del mercato finanziario*, a cura di Alessandro Nigro, 2009

- Moretti R., De Lisa R., De Cesare M., Pluchino F., *La gestione delle crisi delle banche e i ruoli dei fondi di garanzia* - Collana Working Papers, n. 13 del 2014
- Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Statuto e Regolamento*, 2014
- Banca Centrale Europea, *Rapporto annuale, 1999 - Opinione sulla proposta di direttiva del Parlamento Europea e del Consiglio che modifichi le Direttive CE n. 71 del 2003 e 109 del 2004*, 26 Gennaio del 2010
- Protocollo sullo Statuto del Sistema Europeo di Banche centrali e della Banca Centrale Europea, Francoforte sul Meno, 1992