

Facoltà di GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto delle crisi d'impresa

**Analisi della disciplina europea in
materia di gestione delle crisi
transfrontaliere nel settore bancario:
diritto vigente e prospettive di riforma**

RELATORE

Prof. Vincenzo De Sensi

CANDIDATO

Giovanni Niccolò Antichi

Matr. 089283

CORRELATORE

Prof. Gustavo Visentini

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

Giovanni Niccolò Antichi

Analisi della disciplina europea in
materia di gestione delle crisi
transfrontaliere nel settore bancario:
diritto vigente e prospettive di riforma



A Marilisa ed Alessandro

“Io non creo niente: io possiedo.
E noi facciamo le regole: le notizie, le guerre,
la pace, le carestie, le sommosse, il prezzo di uno spillo.
Tiriamo fuori conigli dal cilindro mentre gli altri, seduti,
si domandano come accidenti abbiamo fatto.
Non sarai tanto ingenuo da credere
che noi viviamo in una democrazia:
vero, Buddy?
È il libero mercato, e tu ne fai parte:
sì, hai quell'istinto del killer...”

*Gordon Gekko (Michael Kirk Douglas),
tratto dal Film **Wall Street – Il denaro non dorme mai***

INDICE GENERALE

Prefazione e ringraziamenti.....	
Introduzione.....	
INDICE SOMMARIO.....	
CAPITOLO I - Considerazioni introduttive e preliminari: “La crisi finanziaria e i default delle banche”.....	
CAPITOLO II - Disciplina (pre)vigente in ambito nazionale e comunitario.....	
CAPITOLO III - I Consultazione Pubblica relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario.....	
CAPITOLO IV - Breve riflessione sulla riforma finanziaria in U.S.....	
CAPITOLO V - Lavori preparatori alla proposta normativa della Commissione europea in primavera 2011 – II Consultazione pubblica.....	
CAPITOLO VI - Allineamento della nuova disciplina con ordinamento italiano.....	
CAPITOLO VII - Conclusioni e considerazioni personali.....	
Bibliografia generale.....	
Normativa di riferimento.....	
Siti internet.....	

Prefazione e Ringraziamenti

Accingermi oggi a scrivere una tesi sulla gestione delle crisi transfrontaliere dei gruppi bancari, in un momento in cui ancora tutta la Comunità mondiale deve riprendersi dallo shock della crisi finanziaria del 2008, per di più considerando che trattasi di nuove prospettive legislative, può apparire un'impresa quasi temeraria.

*Se, come dice Josè Ortega y Gasset, “**l'ordine non è una pressione imposta alla società dal di fuori, ma un equilibrio instaurato dal di dentro**”, allora mi rincuoro per il fatto che questo scritto nel bene o nel male potrà essere considerato da qualcuno almeno un tentativo di chiarezza in questo quadro normativo che per il momento appare complicato e disorganico, ma che presto troverà la sua dimensione, spero anche grazie a contributi come questo.*

Nell'arco di questi mesi di studio ho avuto modo di approfondire molti istituti, tra cui alcuni recentissimi, che, almeno nelle intenzioni del legislatore europeo, dovrebbero finalmente apportare un ammodernamento decisivo e sistematico della materia, e colmare alcune lacune normative in tema d'insolvenza bancaria.

Inoltre, non deve essere sottovalutato che questa nuova disciplina rinnova completamente l'atteggiamento che gli Stati europei fino ad oggi hanno avuto: introduce forti spinte alla cooperazione e scambio d'informazioni finalizzate principalmente alla tutela dei consumatori e contribuenti.

Ho cercato, nell'esposizione, di unire alla chiarezza del dettato, il necessario rigore scientifico che il tema richiede, tentando altresì, con l'umiltà di un neofita del diritto, di proporre alcune criticità formulando una mia interpretazione.

In ultimo, vorrei rivolgere un vivo ringraziamento al Professore Vincenzo De

Sensi per il costante e validissimo apporto mai venuto meno durante la stesura della tesi.

Ringrazio altresì il Professore Gustavo Visentini per la preziosa collaborazione; la Signora Terenzio e la Dott.ssa Bianconi che con la loro pazienza mi hanno accompagnato lungo il corso di studi aiutandomi ad ottenere splendidi risultati.

*Un ringraziamento particolare va agli amici Fulco, Giovanni, Claudio, Michele, Jacopo, Gabriele, Giacomo e Manuel perché anche grazie a loro ho capito che nella vita non si è mai da soli e, come dice Epicuro, **“di tutti i beni che la saggezza procura per la completa felicità della vita il più grande di tutti è l'acquisto dell'amicizia”**.*

Grazie a Lavinia, che da sempre ha sempre creduto in me e che sin dall'inizio mi ha supportato in questa impresa.

Sono grato, infine, ai miei genitori e a tutta la mia famiglia per l'affetto mostratomi.

Roma - Grosseto, 8 agosto 2011

Giovanni Niccolò Antichi

Introduzione

Con l'elaborazione di questa tesi ho inteso raccogliere l'invito del Professore Vincenzo De Sensi, il quale mi propose, più di un anno fa, di sviluppare il tema della "*Cross-border crisis management in the banking sector*". Pur essendo una materia molto specialistica ho avuto modo di analizzare tematiche di ordine più generale legate alle problematiche attuali della crisi finanziaria e del default degli Stati occidentali.

Ho strutturato l'elaborato in maniera articolata affinché rispecchiasse il più possibile la complessità della sostanza. In questo senso ho dedicato il primo e l'ottavo capitolo all'analisi degli effetti che il sistema bancario e finanziario, di formazione neoliberale, ha riversato sulla società e sull'economia reale.

Nel capitolo secondo, invece, ho ritenuto opportuno introdurre la disciplina comunitaria e nazionali in materia di insolvenza bancaria tutt'oggi vigente, soffermandomi in particolare sulla definizione di gruppo bancario e sulle misure di gestione e coordinamento delle procedure concorsuali contenute nel Testo Unico Bancario e nella Direttiva 2001/24/CE.

Successivamente sono entrato nel merito dell'attività di consultazione che la Commissione europea sta portando avanti dal 2009 analizzando, nel capitolo terzo, la prima consultazione pubblica "relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario" e, nel capitolo quinto, la seconda consultazione pubblica "relativa ai dettagli tecnici di una possibile regolamentazione comunitaria della gestione delle crisi".

Non ho potuto fare a meno, nel capitolo quarto, di esporre una breve riflessione sulla Riforma finanziaria U.S. fortemente voluta dal Presidente degli Stati Uniti, Barack

Obama, e di comparare le misure adottate negli Stati Uniti con quelle attuate in Europa.

Infine, nel capitolo settimo, alla luce degli studi svolti ho espresso la mia visione circa l'implementazione della nuova regolamentazione a livello europeo con l'ordinamento nazionale.

INDICE SOMMARIO

Prefazione e ringraziamenti.....

Introduzione.....

- CAPITOLO I -

Considerazioni introduttive e preliminari: “La crisi finanziaria e i default delle banche”.

La spiegazione dell'attuale devastante crisi finanziaria ed economica va trovata, non tanto nelle facili e consolatorie accuse alla cupidigia e all'avidità dell'homo oeconomicus, quanto invece nell'affermazione teorica con la quale John M. Keynes chiude nel 1936 il suo capolavoro. La frase è tassativa: "But, soon or late, it is always ideas, not vested interests, which are dangerous for good or evil"¹. Insomma, nel bene e nel male sono sempre le idee e non gli interessi consolidati ad essere pericolosi. E così è stato. È fallita, infatti, l'idea che il mercato sia in grado di autoregolamentarsi, poiché secondo l'economia neoclassica in un costante equilibrio stabile l'offerta creava sempre la domanda di beni. Il laissez-faire e la deregolamentazione dei mercati, la cui integrità sarebbe minacciata solo da una disciplina che in quanto tale non può che imbrigliarli e scomporre, non costituiscono più una sicura panacea.²

1.1. Considerazioni economiche.....	18
1.1.1. Introduzione storico-sociale alla crisi finanziaria (dagli Stati Uniti all'Europa).....	18
1.1.2. Segue: Punti deboli dell'economia neoliberale - il concetto “Too Big To Fail”.....	21
1.2. Considerazioni giuridiche.....	23
1.2.1. L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario fino ad oggi intesa	23
1.2.2. Segue: Il recente intervento delle Comunità europea	24
1.3. Considerazioni sociali.....	26
1.3.1. Segue: Fondi di risoluzione per il settore bancario e ripartizione degli oneri.....	27

¹ KEYNES J.M., *General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan Cambridge University Press, Londra, 1936, pag. 384.

1.3.2. Segue: Stress test.....	30
1.3.3. Segue: Rafforzamento dei requisiti delle banche - Basilea 3.....	32

- CAPITOLO II -

Disciplina (pre)vigente in ambito nazionale e comunitario

Alla luce degli accadimenti economico-finanziari legati alla crisi finanziaria la disciplina (pre)vigente in ambito nazionale e comunitario non risulta più essere in grado garantire un assetto normativo idoneo alla gestione delle crisi bancarie. Il mero riconoscimento di procedure concorsuali tra Stati membri è sicuramente un passo importante verso l'armonizzazione di questi sistemi di intervento, ma con altrettanto vigore può essere affermato che questo non è un punto di arrivo della legislazione comunitaria, bensì un ottimo retroscena su cui sviluppare nuove ricerche legislative d'integrazione.

2.1. Disciplina europea: Direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi	34
2.1.1. Principi generali: campo di applicazione e definizioni	35
2.1.2. Legge applicabile.....	39
2.1.3. Tutela dei creditori e pubblicità.....	42
2.1.4. Banche con sede legale fuori della Comunità	44
2.1.5. Liquidazione volontaria e revoca dell'autorizzazione	45
2.2. Disciplina delle crisi dei gruppi bancari transfrontalieri nell' ordinamento italiano: Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385 "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia" (TUB).....	46
2.2.1. Evoluzione della legislazione bancaria.....	46
2.2.2. Segue: Articoli 60 e seguenti - "Gruppo bancario"	47
2.2.3. Segue: Articolo 69 - "Ambito ed esercizio della vigilanza: Collaborazione tra autorità ed obblighi informativi"	51
2.2.4. Segue: Articoli dal 77 al 79 - "Amministrazione straordinaria: Succursali di banche extracomunitarie e Banche comunitarie"	53
2.2.5. Segue: Articolo 95 - "Liquidazione coatta amministrativa: Succursali di banche extracomunitarie"	54
2.2.6. Segue: Articoli 95 Bis e seguenti - "Banche operanti in ambito comunitario"	55
2.2.7. Segue: Articoli 98 e seguenti - Procedure del "Gruppo Bancario"	57

- CAPITOLO III -

I Consultazione Pubblica relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario

L'Unione Europea dovrebbe prevedere un'unica procedura di risoluzione delle crisi bancarie, in modo da rendere possibile la prevenzione e la gestione della crisi in modo unitario e sotto la responsabilità di un'unica autorità amministrativa. Si svolgerebbe secondo il diritto del paese in cui ha sede la società capogruppo e sotto la responsabilità dell'autorità di vigilanza competente, ma sotto il controllo di un collegio dei supervisori rafforzato.³

3.1. Identificazione delle parti interessate coinvolte	62
3.2. Concetto di “Group interest” e “Legal entity”	63
3.3. I tre settori di rilevanza	64
3.3.1. Interventi preventivi (“Early Intervention”)	68
3.3.1.1. Segue: Soglie comuni d’intervento e “trigger events”	69
3.3.1.2. Segue: Sistemi di Controllo (Early warning system)	70
3.3.1.3. Segue: Differenze tra i vari strumenti d’intervento	70
3.3.1.4. Segue: Omogeneizzazione dei poteri delle autorità nazionali di vigilanza e miglioramento della comunicazione e della cooperazione tra autorità nazionali	73
3.3.1.5. Segue: Trasferimenti di attivi all’intero di un gruppo	73
3.3.2. Piano di risoluzione	74
3.3.2.1. Segue: Obiettivi di un quadro omogeneo	75
3.3.2.2. Segue: Differenze negli assetti nazionali	75
3.3.2.3. Segue: Strumenti necessari (Banca ponte, manager straordinario, bad/good bank) e tempistiche d’intervento	76
3.3.2.4. Segue: Tutela diritti degli azionisti	79
3.3.2.5. Segue: Tutela diritti dei creditori	81
3.3.3. Insolvenza	81
3.3.3.1. Segue: Esigenza di armonizzazione delle misure di liquidazione e del regime d’insolvenza a livello bancario	83
3.3.3.2. Segue: Trattamento integrato di gruppi societari	84
3.4. Posizione dei più importanti Paesi europei	84
3.4.1. Italia	85

³ LUCHETTI E. e MICOSSI S., *Crisi bancarie: ci vuole una procedura condivisa*, 23 marzo 2010, cit., www.lavoce.info/articoli/pagina1001618.html.

3.4.2. Francia	87
3.4.3. Germania	88
3.4.4. Gran Bretagna.....	89

- CAPITOLO IV -

Breve riflessione sulla riforma finanziaria in U.S.

As we emerge from the worst financial crisis since the Great Depression, it is imperative that we fix our broken financial regulatory system to protect consumers, rein in Wall Street, and prevent future crises. I am fighting to make that happen, particularly through the establishment of a consumer financial protection agency, and I am optimistic that we can pass a strong, bipartisan regulatory modernization reform bill this year.⁴

4.1. Argomenti della Riforma finanziaria U.S. 2010.....	91
4.1.1. Sezioni 1001-1103: Tutela del consumatore.....	92
4.1.2. Sezioni 101-170: Sistema di avviso avanzato (Advanced Warning System) ...	93
4.1.3. Sezioni 701-765: Trasparenza e responsabilità per gli strumenti tossici (derivati)	94
4.1.4. Sezioni 1151-1108: Supervisione della Banca Federale U.S.....	96
4.1.5. Sezioni 971-973: Responsabilità della governance aziendale.....	96
4.1.6. Sezioni 911-945: Protezione degli investitori e dei creditori	96
4.1.7. Sezioni 601-620: Rafforzamento della normativa sulle banche	97
4.1.8. Sezioni 201-211: Liquidazione ordinaria di enti bancari e finanziari (Orderly Liquidation Authority).....	99
4.1.8.1. Segue: Sezione 201. Definizioni.....	99
4.1.8.2. Segue: Sezione 202. Autorità garante sulla liquidazione ordinaria.....	101
4.1.8.3. Segue: Sezione 203. Determinazione sul rischio sistematico.....	102
4.1.8.4. Segue: Sezione 204. Liquidazione ordinaria	104
4.1.8.5. Segue: Sezione 205. Liquidazione ordinaria di mediatori e concessionari garantiti	105
4.1.8.6. Segue: Sezione 206. Termini e condizioni obbligatori per tutte le azioni di liquidazione ordinaria	106
4.1.8.7. Segue: Sezione 207. Responsabilità dei direttori in diffida di nomina del	

⁴ JERZYK M., *Sen. Jack Reed & the State of Financial Reform, in Economy*, 18 gennaio 2010, cit., rifu-ture.org/sen-jack-reed-the-state-of-financial-reform.html.

ricevitore	107
4.1.8.8. Segue: Sezione 208. Esclusione di altre tipologie di azioni	107
4.1.8.9. Segue: Sezione 209. Organicità della regolamentazione e della legislazione.....	107
4.1.8.10. Segue: Sezione 210. Poteri e obblighi delle società ricevitore	108
4.2. Profilo internazionale: differenze tra l’approccio europeo e quello americano....	110
4.2.1. Internazionalizzazione della problematica	110
4.2.2. Differenze tra l’approccio europeo e la riforma finanziaria statunitense.....	112

- CAPITOLO V -

Lavori preparatori alla proposta normativa della Commissione europea in primavera 2011 – II Consultazione pubblica

Harmonising national resolution instruments is, in my opinion, the first step that needs to be taken with a view to building a crisis management framework. Ideally, all of the national authorities should be involved in one and the same resolution procedure. In practice, this would entail an evaluation of group assets by the national authorities working together, possibly proposing different batches of assets to potential buyers, and giving creditors 'haircuts'. And all this in a coordinated fashion.⁵

5.1. Conferenza stampa di presentazione della COMMUNICATION - An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector del 20 ottobre 2010.....	115
5.2. Da Basilea 3 al G20 di Seoul.....	116
5.3. II Consultazione Pubblica sugli strumenti tecnici d’intervento.....	118
5.3.1. Obiettivi della comunicazione	118
5.3.2. Principi generali.....	118
5.3.3. Autorità responsabili.....	119
5.3.4. Misure preparatorie e preventive	119
5.3.5. “Recovery Planning”	120
5.3.6. Supporto finanziario infra-gruppo	121
5.3.7. “Triggers”	124

⁵ BARNIER M., *Member of the European Commission responsible for the Internal Market and Services - Laying the foundations for crisis prevention and management in Europe (SPEECH/10/112)*, Conference on Building a Crisis Management Framework for the Internal Market, Bruxelles, 19 Marzo 2010, pag. 5, cit..

5.3.8. “Early intervention	125
5.3.9. Piani di Risoluzione.....	125
5.3.9.1. Condizioni per la Risoluzione.....	127
5.3.9.2. Poteri e strumenti di Risoluzione.....	128
5.3.9.3. Trasferimenti parziali: clausole di salvaguardia e risarcimento.....	131
5.3.9.4. Piani di Risoluzione per Gruppi.....	134
5.3.10. “Debt write down”	136
5.3.11. Coordinamento della gestione delle crisi transfrontaliere	137
5.3.11.1. Soluzione coordinate per i gruppi bancari europei	138
5.3.11.2. Influenze nel diritto vigente	139
5.3.11.3. Coordinamento con i Paesi extracomunitari.....	139
5.3.11.4. Il ruolo delle European Supervisory Authorities nella gestione delle crisi.....	139
5.3.12. Risoluzione finanziaria.....	140
5.3.12.1. L’utilizzo dei fondi di risoluzione.....	141
5.3.12.2. Fondi di risoluzione e Deposit Guarantee schemes	141
5.3.12.3. Struttura dei fondi di risoluzione	141
5.3.12.4. Dimensione dei fondi.....	142
5.4. Linee guida conclusive	142

- CAPITOLO VI -

Delineamento nuova disciplina con ordinamento italiano

O perché hanno ricevuto aiuti pubblici, necessari nel momento più acuto della crisi a evitare fallimenti dalle conseguenze devastanti, o perché gli Stati hanno loro offerto garanzie più o meno esplicite, diffusa è la convinzione che le banche più grandi non possano fallire. Ne derivano serie distorsioni alla concorrenza ma soprattutto il fatto inaccettabile che i guadagni spettano ai privati, le perdite alla collettività.

Le SIFI devono poter fallire, se necessario: in modo ordinato, mantenendo in vita le funzioni essenziali della banca e del sistema dei pagamenti, senza che i costi del loro dissesto siano sostenuti dai contribuenti, ma dagli azionisti e da alcune categorie di creditori. A iniziare da quelle di dimensione e natura globali, esse dovranno inoltre avere una maggiore capacità di assorbire le perdite. Il capitale di qualità primaria

*(common equity) rimane essenziale per raggiungere questo obiettivo.*⁶

6.1. Posizione dell'ordinamento italiano nell'implementazione delle nuove misure europee d'intervento	143
6.2. Amministrazione straordinaria delle grandi imprese.....	147
6.3. Regime speciale di gestione delle crisi bancarie disciplinato dal Testo Unico Bancario.....	150
6.4. Limiti e prospettive del Diritto delle crisi d'impresa in Italia	150
6.5. Regolamentazione dell'insolvenza bancaria transfrontaliera.....	151
6.5.1. Tentativi di cambiamento	151
6.5.2. Coordinamento ex post e transazioni infragruppo.....	152
6.6. "Group Insolvency Law" e "Center of Main Interests".....	152
6.6.1. Lettura del Regolamento n. 1346/2000 in un'ottica di Diritto internazionale privato.....	153
6.6.2. Il c.d. "jurisdictional approach".....	153
6.6.3. "Centre of main interests" (COMI).	154
6.6.4. Segue: Casi giurisprudenziali e definizione della Corte di Giustizia europea.....	154
6.6.5. COMI e Lex concursus.....	155
6.7. Insolvenza dei gruppi transfrontalieri di società.....	156
6.8. Ritorno alle categorizzazioni del periodo successivo alla Grande depressione....	156
6.9. Questioni ancora aperte	157
6.9.1. Commento ABI: Come integrare il "bank resolution fund"	157
6.9.2. Commento ABI: Valutazioni circa il "debt write down".....	158
6.10. Applicazione delle nuove misure europee alle Banche di Credito Cooperativo.	159
6.11. Assetto della nuova regolamentazione.....	160
6.12. Commento ASSINOME: L'esposizione dei quattro pilastri.....	161
6.13. Possibili cambiamenti nel diritto societario comunitario vigente.....	162

- CAPITOLO VII -

Conclusioni e considerazioni personali

Passi importanti sono già stati fatti. Grazie a una cooperazione internazionale che non ha precedenti, le misure introdotte renderanno il sistema finanziario molto più solido.

⁶ DRAGHI M., *Considerazioni finali della Banca d'Italia – anno 2010*, Roma, 31 maggio 2011, pagg. 5-7, cit..

Tutti i principali paesi hanno ripensato i propri sistemi di regolamentazione e di supervisione lungo tre direttrici: contenere i rischi per la stabilità, accrescere la collaborazione tra autorità, ampliare l'ambito di applicazione delle regole. (...) La riforma non è però ancora completa: occorre affrontare e ridurre l'azzardo morale delle istituzioni finanziarie sistemiche (Systemically Important Financial Institutions, SIFI); occorre accrescere la trasparenza e contenere i rischi generati dal "sistema bancario ombra", zona grigia tra il settore regolamentato e quello non regolamentato.⁷

7.1. Riepilogo normativo.....	164
7.2. Valutazione della riforma della finanza del Governatore della Banca d'Italia, Mario Draghi.....	165
7.3. Dal "Too Big To Fail" al "Too Big To Save" – la fine di un certo capitalismo?.....	167
Bibliografia generale.....	
Normativa di riferimento.....	
Siti internet.....	

⁷ DRAGHI M., *Considerazioni finali della Banca d'Italia – anno 2010*, Roma, 31 maggio 2011, pagg. 5-7, cit..

- CAPITOLO I -

Considerazioni introduttive e preliminari: “La crisi finanziaria e i default delle banche”

1.1. Considerazioni economiche; 1.1.1. Introduzione storico-sociale alla crisi finanziaria (dagli Stati Uniti all’Europa); 1.1.2. Segue: Punti deboli dell’economia neoliberale - il concetto “Too Big To Fail”; 1.2. Considerazioni giuridiche; 1.2.1. L’insolvenza transfrontaliera nel settore bancario fino ad oggi intesa; 1.2.2. Segue: Il recente intervento delle Comunità europea; 1.3. Considerazioni sociali; 1.3.1. Segue: Fondi di risoluzione per il settore bancario e ripartizione degli oneri; 1.3.2. Segue: Stress test; 1.3.3. Segue: rafforzamento dei requisiti delle banche – Basilea 3.

1.1. Considerazioni economiche.....

1.1.1. Introduzione storico-sociale alla crisi finanziaria (dagli Stati Uniti all’Europa)⁸.....

“While the challenges going forward are clear, the question remains: How did it all happen? This is not the way market economies are supposed to work. Something went wrong – badly wrong.”⁹

La genesi è riconducibile alla bolla economica americana della primavera del 2000 la quale rappresentò la conseguenza logica dello sviluppo e della forte crescita finanziaria negli ultimi anni ’90.

In questo periodo il prezzo dei titoli Tech precipitò vertiginosamente oltre la metà

⁸ Cfr. JOHNSON S. e KWAK J., *13 bankers: the Wall Street takeover and the next financial meltdown*, 2010, “Capitolo III – Wall Street Rising: 1980” e “Capitolo IV – “Greed Is Good”: The Takeover”; PANCI A., *La crisi bancaria negli Stati Uniti. Quale impatto sull’economia reale e sulle prospettive di crescita*, www.crosue.it, 4 ottobre 2010.

⁹ STIGLITZ J. E., *Freefall: Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, 2010, “Capitolo I – The making of a crisis”, pag. 3, cit..

del valore originario per circa due anni¹⁰. Tutti speravano che ciò non influenzasse il mercato e la stabilità finanziaria del sistema economico. Purtroppo la maggior parte degli investimenti era stata effettuata proprio nel settore dell'high-tech, portando nel 2001 gli Stati Uniti in una fase di recessione economica.

L'amministrazione Bush intervenne immediatamente con un taglio delle tasse per permettere uno stimolo all'economia che, però, non fermò la recessione, ma la limitò soltanto. Inizialmente la situazione sembrava essere recuperata, ma presto l'America si trovò davanti ad un fenomeno economico unico: la bolla economica del settore dell'high-tech si trasformò nella bolla immobiliare di entità mai vista.

Gli effetti negativi si riversarono immediatamente sulla politica monetaria US e UE; ciò portò all'aumento del petrolio in coincidenza con il momento in cui fu organizzata la missione mondiale di guerra in Iraq nel 2003.

Nel frattempo Wall Street non elaborò un buon piano di gestione dei prodotti finanziari di mutuo, continuando a svolgere operazioni finanziarie a basso costo e a bassi interessi.

Fino a quel tempo erano stati emessi investimenti ad altissimo rischio, come per esempio la stipulazione di mutui con persone che non prestavano alcuna garanzia di nessun genere al pagamento regolare e tempestivo delle obbligazioni assunte.

Nonostante ciò, questi enti creditizi e finanziari riconfezionavano tali investimenti, c.d. *Titoli garantiti da attività*, e vendevano questi nuovi prodotti finanziari a rischio massimo ed indefinito, una sorta di bomba ad orologeria, agli investitori ignari del potenziale rischio finanziario da loro acquistato.

Agli enti che avevano emesso questi prodotti finanziari non importava se il prestito venisse rimborsato nei termini temporali previsti dal contratto di mutuo, perché tanto sarebbero stati capaci di vendere il rischio del mutuo, attraverso impacchettamenti finanziari, prima ancora che i problemi sorgessero. Tutto ciò ha portato alla situazione complicata dei mutui subprime¹¹ che ha notevolmente aiutato ad affossare l'economia americana, e non soltanto.

Secondo i dati della *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)* soltanto in America nel 2010 i fallimenti sono stati addirittura più numerosi di quelli del 2009. Per la precisione, durante tutto il 2009 sono fallite 140 banche, mentre nel 2010 sono ben oltre 150. Previsioni che tendono a peggiorare entro la fine dell'anno 2011. In Europa la

¹⁰ Cfr. WORLD TRADE ORGANIZATION, *Overview of Developments in the International Trading Environment – Annual report by the Director-General*, WT/TPR/OV/12, 18 novembre 2009, www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min09_e/official_doc_e.html.

situazione è stata meno tragica nelle sue conseguenze in quanto il sistema bancario europeo, salvo alcuni Paesi, era ed è più saldo di quello americano.

Anche in termini di assets totali delle banche fallite, nei primi sette mesi dell'anno 2010 l'ammontare cumulato era superiore a quello del 2009. Tra l'altro continua ad aumentare il numero delle banche in difficoltà. Da dicembre 2009 a luglio 2010 gli istituti non ancora falliti ma a rischio concreto di fallimento sono passati da 702 a 829; e nell'arco dell'anno 2011 il numero sta salendo. E poi non bisogna perdere di vista il mercato immobiliare, che dopo la fine dell'incentivo pubblico (l'ormai famoso credito d'imposta di 8.000\$ concesso agli acquirenti di nuove case da gennaio 2009 a giugno 2010) ha ricominciato ad andare piuttosto male (a luglio 2010 le vendite di case nuove sono diminuite in un mese del 12%, che è la peggiore performance mai registrata da quando esiste la rilevazione ufficiale del dato, cioè dagli anni '60; le vendite complessive, di case nuove ed esistenti, si sono ridotte addirittura del 26,7% sempre nell'arco di un solo mese!). Se i volumi e i prezzi dovessero proseguire a ridursi si farebbe ancora più acuta la crisi di molte piccole e medie banche commerciali, che nella fase di euforia del mercato hanno concesso mutui immobiliari oltre misura e ancora non sono riuscite a recuperarli per intero. E a quel punto la diffusione della crisi bancaria potrebbe diventare praticamente inevitabile.¹²

Attualmente l'economia mondiale si trova in una fase in cui se dovesse concretizzarsi la caduta del mercato immobiliare ricadrebbe in uno scenario di recessione di durata indefinibile. Non a caso, sin dall'inizio della crisi finanziaria nel 2008, molti economisti prospettavano la cosiddetta *recessione a "W"* (doppia vu).

La paura, pertanto, è quella di ricadere in una lunga stagnazione del sistema finanziario senza prospettabili limiti di durata, comportando una consistente riduzione dei tassi di crescita.

Secondo il parere di molti esperti non è tanto preoccupante la *fase recessiva a "W"*, quanto piuttosto lo stato di stagnazione che mostra lo stato di salute allarmante del sistema bancario. Questo è il risultato del fatto che, dopo una prima fase della crisi, l'attenzione si è spostata sugli aspetti reali della stessa lasciando da parte i dubbi sul sistema bancario ritenendo questo sufficientemente solido; tant'è che negli Stati Uniti il TARP, il fondo creato dal piano Paulson, è stato dismesso più di un anno fa.

Purtroppo, però, la realtà dei fatti è un'altra: il sistema bancario internazionale sta

¹¹ Cfr. JOHNSON S. e KWAK J., *13 bankers: the Wall Street takeover and the next financial meltdown*, 2010, pagg. 4, 111-12, 120, 125, 126-9, 132, 141-4, 157, 193, 195-6, 197; JOSEPH E. STIGLITZ, *Free-fall: Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, 2010, "Capitolo IV: The mortgage scam".

¹² PANCI A., *La crisi bancaria negli Stati Uniti. Quale impatto sull'economia reale e sulle prospettive di crescita*, www.crosue.it, 4 ottobre 2010, cit..

ancora soffrendo ed è sempre aperta la possibilità di fallimenti di istituti bancari e finanziari.

1.1.2. Segue: Punti deboli dell'economia neoliberale¹³ - il concetto "Too Big To Fail"¹⁴

Date le condizioni, si è reso necessario un intervento legislativo in tema di salvataggi di gruppi bancari. Fino a pochi mesi addietro, la maggior parte dei giuristi e degli economisti riteneva che per garantire la stabilità finanziaria e la continuità nei servizi bancari e di pagamento lo Stato dovesse intervenire con l'erogazione di denaro pubblico al fine di evitare il fallimento di questi grandi istituti di credito. In realtà, con il senno di poi, ci si è resi conto che tutto ciò ha mostrato un difetto enorme: far ricadere le perdite delle crisi bancarie ed i costi di gestione delle stesse sui contribuenti.

In questo modo, i grandi gruppi finanziari, confidando sull'appoggio governativo in caso di crisi finanziaria, sono stati incentivati ad allargarsi e assumersi sempre più rischi nelle operazioni.

Negli Stati Uniti il *Consiglio di sorveglianza della stabilità finanziaria (Financial Stability Oversight Council)* sta considerando di introdurre delle disposizioni limitative della crescita e della complessità degli istituti di credito. Inoltre, avrà il compito di monitorare il rischio sistematico di ognuno di questi e di indirizzare raccomandazioni alla *Federal Reserve* in ordine ai requisiti minimi di capitale, di liquidità e di gestione del rischio. In parallelo anche la Commissione europea si sta organizzando per la costituzione dell'*ESAs (European Supervisory Authorities)* e dell'*ERA (European Resolution Authorities)*, organismi comunitari aventi funzioni simili al *FSOC*.¹⁵

Ancora, sulla base della "*Volcker Rule*"¹⁶ sono disposte limitazioni per le banche a fare un certo tipo di operazioni speculative, se non per conto dei clienti.

Per di più, i grandi gruppi bancari sono obbligati periodicamente a redigere e sottoscrivere piani di liquidazione per un eventuale ed immediata chiusura. Se

¹³ Cfr. STERN G. H. e FELDMAN R. J., *Too Big To Fail: The hazards of Bank Bailouts*, Washington, D.C., 2004, "Capitolo II – What Is The Problem?"; JOSEPH E. STIGLITZ, *Freefall: Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, 2010, "Capitolo II – Freefall and its aftermath".

¹⁴ Cfr. JOHNSON S. e KWAK J., *13 bankers: the Wall Street takeover and the next financial meltdown*, 2010, "Capitolo V – Too Big To Fail"; JOSEPH E. STIGLITZ, *Too Big to Fail or Too Big to Save? Examining the Systemic Threats of Large Financial Institutions*, 21 aprile 2009.

¹⁵ Ved. *Regolamento EU No 1093/2010* del Parlamento europeo e del Consiglio, 24 novembre 2010, relativo alla costituzione di una European Supervisory Authority (European Banking Authority).

ottemperano a ciò potranno usufruire di benefici in relazione ai requisiti minimi di capitale. Con ciò si tende a dare maggiore garanzia alle controparti contrattuali degli istituti di credito, ma soprattutto maggior trasparenza del mercato.

In ossequio a ciò, la *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)*¹⁷ e la *Commissione europea* hanno intenzione di creare alcuni meccanismi di liquidazione ordinaria (la cui esecuzione può essere data anche in via giudiziale) per rendere meno pericolosi i fallimenti delle società finanziarie e degli istituti di credito. Soltanto in questo modo gli azionisti ed, in via secondaria, i creditori chirografari (*unsecured creditors*) sopporteranno le reali perdite.

Collateralmente è prevista la costituzione di *fondi privati* (che il governo U.S. ha deciso di valore pari a \$50 bilioni) da utilizzare in caso di apertura di procedure di insolvenza. Questo perché i costi della gestione della crisi, da ora in avanti, non devono ricadere più sui contribuenti.

Inoltre la *FDCI* garantisce prestiti agli istituti sottoposti alle procedure limitatamente al capitale di lavoro, che devono essere rimborsati con la vendita degli attivi dell'istituto in liquidazione in maniera privilegiata. Altresì la *FDCI* può svolgere un ulteriore ruolo volto a garantire il debito di alcune banche, che versano in stato d'insolvenza, al fine di evitare il fallimento, soltanto se queste raggiungono le condizioni e i requisiti minimi disposti e valutati dalla *United States Secretary of the Treasury*. Lo stesso, come vedremo nei successivi capitoli, è previsto a livello europeo. Considerate, quindi, queste nuove misure d'intervento è auspicabile che vengano applicate le ordinarie procedure di insolvenza anche ad istituti di credito che fino ad adesso erano stati considerati "*Too Big To Fail*".

Infine, nel mese di novembre 2010 è stato registrato dal *Financial Times* che tra le banche «too big to fail» ci sarebbero una banca tedesca (*Deutsche Bank*), alcune banche statunitensi (*Bank of America-Merrill Lynch, Citigroup, Goldman Sachs, JPMorgan Chase, Morgan Stanley*), alcune britanniche (*Barclays, Hsbc, Royal Bank of Scotland, Standard Chartered*), una canadese (*Rbc*), due spagnole (*Santander, Bbva*), alcune banche francesi (*Bbp Paribas, Société Générale*), alcune italiane (*UniCredit, Intesa Sanpa-*

¹⁶ Cfr. MARGIOCCO M., *Wall Street all'attacco della "regola Volcker"*, Il Sole 24 ore, 6 febbraio 2010: "Come la corazzata Bismarck braccata dalla Royal Navy non doveva trovare rifugio in un porto amico, così la Volcker rule, le regole o meglio i principi dettati dall'anziano ex governatore della Federal reserve per scongiurare il ripetersi di un'altra crisi finanziaria non devono approdare a nessuna sponda legislativa. Su questo Wall Street, il partito repubblicano, e non pochi amici democratici di Wall Street si stanno muovendo con grande determinazione. Nonostante la decisione di Obama, annunciata il 21 gennaio, di dare alla Volcker rule veste ufficiale integrando così le proposte di riforma finanziaria non ancora trasformate in legge".

¹⁷ Per approfondimenti: www.fdic.gov.

olo), una olandese (*Ing*) e alcune svizzere (*Credit Suisse, Ubs*). Ma la lista, secondo il quotidiano, potrebbe ancora subire variazioni nel corso dei prossimi mesi.¹⁸

Tuttavia, dichiarazioni del *Financial Stability Board* presieduto dal Governatore della Banca d'Italia, Mario Draghi, hanno parzialmente screditato le indiscrezioni del *Financial Times*, precisando che a breve saranno pubblicati criteri generali che consentano, su base globale, di stabilire quali siano le banche e gli istituzioni finanziarie che pongono rischi di portata sistemica, ma senza stilare elenchi che potrebbero influenzare negativamente il mercato anche laddove non fossero veritieri.

1.2. Considerazioni giuridiche.....

1.2.1. L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario fino ad oggi intesa¹⁹.....

L'esponentiale crescita della globalizzazione degli operatori economici negli ultimi trent'anni ha fatto sì che fosse necessario anche a livello giuridico un adeguamento degli istituti e dei meccanismi volti a garantire la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici anche in situazioni patologiche dell'attività commerciale. Non a caso è stato espresso sempre più interesse a procedure concorsuali che potessero combinare i caratteri dell'efficienza e della celerità con quello della transnazionalità.

Proprio con il passaggio da un'economia liberale classica a quella neoclassica si è sentita l'esigenza di strumenti preventivi d'insolvenza e di tecniche recuperatorie dell'assetto aziendale. La ragione di questo risiede nel fatto che le scelte imprenditoriali di corporate governance e di allocazione di investimenti, che gli operatori economici adottano, sono influenzate in maniera determinante dal sistema di procedure concorsuali che un ordinamento riesce a garantire.

Inoltre, la visione transnazionale della gestione delle crisi richiede un alto grado di armonizzazione tra le procedure dei singoli Stati membri della Comunità europea. In particolar modo sono possibili tre impostazioni di politica legislativa:

1. *Full universal insolvency*: creazione di un'unica procedura gestita dall'autorità di uno Stato membro;
2. *Territorial insolvency*: ciascuna autorità nazionale mantiene la sua autonomia e la propria sfera di competenza;
3. *Modified universal insolvency*: avvio di autonome procedure nazionali unite da un meccanismo di coordinamento.

Nell'ambito del settore bancario è stato adottato il primo metodo del *Full*

¹⁸ In accordo con LOPS V., *Ecco la lista delle banche troppo grandi per fallire di cui si parlerà al G20 (per Draghi l'elenco non c'è)*, 10 novembre 2010.

universal insolvency; di conseguenza l'unica autorità competente all'apertura di una procedura concorsuale è quella dello Stato d'origine della banca, ossia del Paese ove è stata rilasciata l'autorizzazione all'esercizio dell'attività.

Ciò risponde a due esigenze ben precise: da una parte si tende a porre tale sistema in continuità con il principio del *home country control* caratteristico del settore bancario; dall'altra si cerca di evitare che la scelta della sede della banca possa essere ispirata da considerazioni opportunistiche, e così radicalmente elidendo la concorrenza fra ordinamenti bancari nazionali.

Infine, pur non ravvisando nel concetto di insolvenza bancaria una radicale diversità rispetto a quello di insolvenza industriale, tuttavia bisogna riconoscere che il carattere della specialità, sia sul lato sostanziale che procedurale, trova le sue ragioni nell'ontologica complessità finanziaria dell'impresa bancaria, contraddistinta dalle peculiari interrelazioni fra i propri flussi finanziari.

1.2.2. Segue: Il recente intervento delle Comunità europea²⁰

La Commissione europea considera prioritario introdurre a livello europeo una disciplina unitaria in materia di gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario al fine di consentire una risoluzione efficace ovvero un'ordinaria liquidazione, in caso di fallimento, di una banca comunitaria.²¹

Gli obiettivi generali dell'azione legislativa consistono nel mantenere la stabilità finanziaria e la fiducia nelle banche, e quindi eliminare la possibilità del contagio delle crisi; minimizzare le perdite per la società come insieme e specialmente per i contribuenti; ed infine rafforzare il mercato interno per il servizio bancario.

Principalmente le intenzioni da perseguire sono due: la prima consiste nell'assicurare che tutte le autorità nazionali di vigilanza abbiano la capacità di gestire strumenti adeguati per l'individuazione dei problemi in fase preventiva affinché sia plausibile un intervento di risanamento di prevenzione dell'ulteriore declino; la seconda è evitare che, in situazioni di tensione finanziaria più grave, il crollo di banche transnazionali produca effetti turbativi nei servizi bancari essenziali oppure effetti di contagio sull'intero sistema finanziario.

I principi generali possono essere tradotti nella pratica in circostanze specifiche.

¹⁹ GALLETTI D., *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in BANCA BORSA E TITOLI DI CREDITO, v., n. 5 (2006), pagg. 546-572.

²⁰ Per approfondimenti *Capitolo III – I Consultazione pubblica relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario e Capitolo V – Lavori preparatori alla proposta normativa della Commissione europea in primavera 2011 – II Consultazione pubblica.*

²¹ Ved. COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale *relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore*

Così, il sottostante elenco di strumenti di politica economica potrebbe considerarsi come base programmatica per la risoluzione delle crisi bancarie:

- ***Continuity in core operations.*** *Given the political and economic constraints and recent experience, simply closing down a failing cross-border systemic bank does not seem a viable option. Instead, resolution procedures should seek to continue such a bank's core activities (in particular large retail operations) as a going concern. By maintaining deposit availability, in particular, costs to the economy related to loss of deposit liquidity can be avoided.*
- ***Efficiency and speed.*** *In bank resolution, time is of the essence which undermines lengthy negotiations or arbitration as viable options. Moreover, for a resolution process to be cost-minimizing, it must not only be quick, but also effective in addressing the problems at their roots, so as to avoid recurrence.*
- ***Flexibility.*** *Exceptional measures, and much greater freedom of action than in single bank resolution cases, may be needed in the case of a systemic crisis. A generalized debt crisis, for example, may require addressing the solvency problems of the bank and its clients as a package.*
- ***Moral hazard containment.*** *The most insidious forms of moral hazard in banking have to do with incentive structures for managers and controlling shareholders. In case of failure, these parties can be penalized adequately by firing managers without severance payments, prosecuting them for any illegal actions, and wiping out shareholders. Uninsured and unsecured creditors can also be penalized by applying haircuts to their claims.*²²

In realtà, la Comunità europea, al fine di tamponare l'odierno scenario del sistema bancario, avrebbe già pensato all'istituzione di un organismo a livello europeo (ERA - *European Resolution Authority*) che assuma il compito di gestire le crisi transfrontaliere.

Si è registrato, però, un dibattito molto intenso, tuttora in corso, in ordine al fatto che gli Stati membri non sembrano avere alcuna intenzione di cedere proprie competenze nazionali alla Comunità europea.

La maggior parte dei soggetti interessati non è a favore dell'istituzione di un'Agenzia in questa fase. La resistenza a tale idea è stata particolarmente forte tra gli Stati membri, i quali hanno sostenuto che non sarebbe possibile giacché sono le

bancario, Bruxelles, 20 ottobre 2009, pag. 3.

²² IMF, *Working Paper - European Department, Legal Department, and Monetary and Capital Markets Department, Crisis Management and Resolution for a European Banking System*, Prepared by Wim Fonteyne, Wouter Bossu, Luis Cortavarria-Checkley, Alessandro Giustiniani, Alessandro Gullo, Daniel Har-

Autorità nazionali di vigilanza che rispondono delle implicazioni fiscali con potenziali impatti sui bilanci nazionali.

La priorità dovrebbe invece essere quella di armonizzare gli strumenti d'intervento comuni e di favorire il coordinamento tra le autorità nazionali. Ci sono diverse posizioni a riguardo: uno Stato membro ha sostenuto che il quadro dovrebbe tener conto in realtà di un sistema integrato nel settore bancario europeo, mentre un altro ha suggerito un approccio alternativo, ovvero istituire un sistema di amministratori - *Insolvency Law Group of Experts (ILEG)*²³. Un certo numero di Stati membri ha appoggiato l'introduzione di una funzione di coordinamento dell'EBA²⁴ durante le fasi di crisi. Invece, il CEBS ritiene che la problematica principale sia il miglioramento dell'efficacia del protocollo d'intesa (Memorandum of Understanding - MoU) già esistente in materia.

Di parere opposto è IMF che sostiene l'idea di un'Autorità europea di risoluzione per superare i conflitti d'interesse e proseguire nel bene comune²⁵.

1.3. Considerazioni sociali²⁶

La politica legislativa che la Comunità europea sta mettendo in atto inevitabilmente causa alcune effetti collaterali rispetto alla gestioni delle crisi bancarie. Il grafico sottostante riassume la situazione delle crisi bancarie.

dy, and Seán Kerr1 Authorized for distribution by Luc Everaert, Daniel Hardy, and Barend Jansen, marzo 2010, pagg. 27-29, cit..

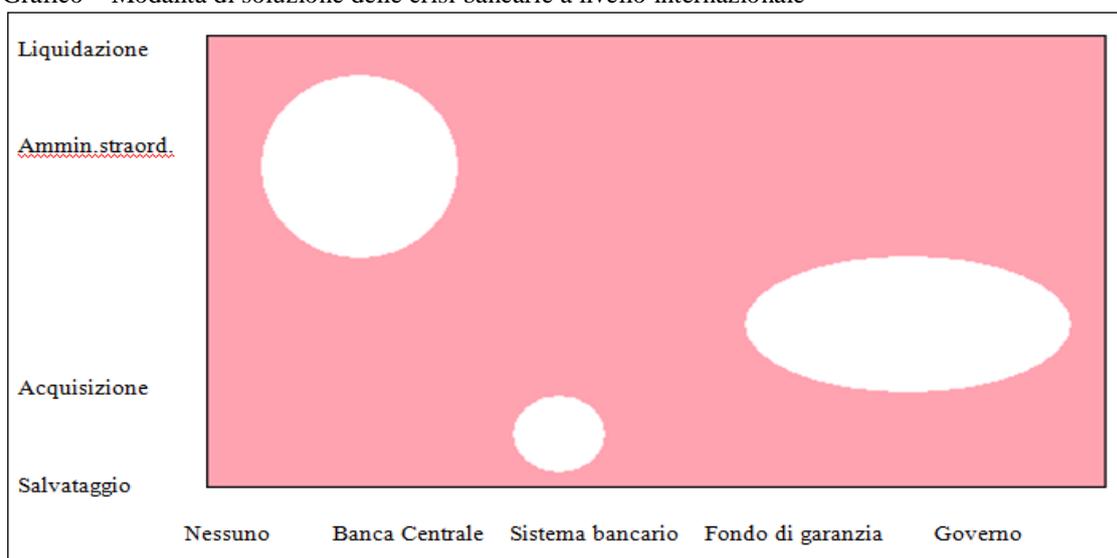
²³ Nel contesto del lavoro che la Comunità europea sta svolgendo circa il rinnovo della disciplina sulla gestione delle crisi transfrontaliere dei gruppi bancari, il Direttore Generale del Mercato Interno della Commissione Europea sta cercando esperti in materia riorganizzazione, risoluzione ed insolvenza nel settore bancario e finanziario per assistere ai lavori preparatori ed allo sviluppo del regime europeo di gestione delle crisi.

²⁴ Organismo a livello europeo volto a regolare il sistema dei pagamenti nella comunità.

²⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector*, 11 marzo 2010, pag. 7, cit..

²⁶ Considerazioni sul controllo delle spese di gestione delle crisi bancarie transfrontaliere e problematica su chi far ricadere tali costi. Analisi sulle modalità di garanzia di stabilità del mercato finanziario: Stress test e Basilea 3;

Grafico – Modalità di soluzione delle crisi bancarie a livello internazionale²⁷



Per il momento, oltre che lavorare per l'adozione di una direttiva per *la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*, la Comunità europea sta operando anche nel senso di tamponare la situazione finanziaria sotto tre diversi versanti:

- costituzione di un *Fondo Privato Europeo*;
- studio della solidità delle banche attraverso degli *Stress Test*;
- revisione dei requisiti minimi bancari con l'accordo di *Basilea 3*.

1.3.1. Segue: Fondi di risoluzione per il settore bancario e ripartizione degli oneri..

Per scongiurare i fallimenti delle banche dovuti alla crisi finanziaria dell'ottobre 2008, i Governi degli Stati hanno stanziato somme di denaro a sostegno del settore finanziario, appesantendo il debito pubblico.²⁸

Secondo l'*IMF* il costo della crisi direttamente a carico dei bilanci ha raggiunto una media del 2,7% del PIL per i Paesi avanzati del *G20*, sebbene gli importi impiegati, escluse le garanzie e le altre passività potenziali, siano ammontati in media al 25% del PIL.²⁹

Tutto ciò è stato necessario affinché potesse essere assicurata la stabilità nei mercati finanziari e garantita la protezione ai depositanti in sostegno a misure volte all'organizzazione dell'economia reale.

In breve, l'effetto generale è stato quello di imporre un pesante onere economico a carico dei contribuenti.

Secondo le proiezioni del debito pubblico del *IMF* nelle economie avanzate del

²⁷ Ved. RUOZI R., *Economia e gestione della banca*, 2006, EGEA, Milano, pag. 358.

²⁸ Ved. *Capitolo 5.3.12. Risoluzione finanziaria*.

²⁹ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale *Fondi di risoluzione per il settore bancario*, Bruxelles, 26 maggio 2010, pag. 1, cit..

G20 dovrebbe aumentare di circa 40 punti percentuali nel periodo 2008-2015 se non vengono prese delle decisioni a breve termine.

In questo senso la Commissione europea è intervenuta in ordine al piazzamento dei “*fondi di risoluzione per il settore bancario*”.

La costituzione di fondi di risoluzione dovrebbe consentire di evitare in futuro il ricorso al sostegno pubblico per risolvere le crisi degli istituti finanziari.

Per fare ciò, essi potrebbero attuare misure quali il finanziamento di banche-ponte, il finanziamento di un trasferimento totale o parziale delle attività e/o delle passività dall’istituto in sofferenza o il finanziamento della scissione tra *Good Bank* e *Bad Bank*; possono anche essere impiegati per la copertura dei costi amministrativi, delle spese legali e di consulenza.

Tuttavia, le banche in difficoltà non devono abusare del fondo evitando fallimenti o risoluzioni inevitabili.

L’aspetto cruciale consiste nel come finanziare questi fondi. I meccanismi di finanziamento devono raccogliere gli importi necessari per incoraggiare condotte virtuose.

Principalmente ci sono tre parametri da tenere in considerazione per il calcolo dei contributi delle varie banche. In primis le *attività bancarie* rappresentano degli indicatori dell’importo necessario per gestire un’eventuale fallimento della banca. Successivamente le *passività bancarie*, ma risultano essere elementi meno precisi per valutare il grado di rischio. E poi i *profitti e i premi* che possono essere utilizzati come riferimento per il calcolo del prelievo.

Gli obiettivi d’imparzialità nell’applicazione di questi meccanismi sono: impedire possibili arbitraggi; riflettere opportunamente i rischi; tenere conto della natura sistematica di alcuni istituti finanziari; impedire distorsioni della concorrenza.

Tuttora gli Stati membri sono alle prese per individuare un metodo di governance dei fondi condiviso da tutti. E’ stato appurato che i fondi di risoluzione per il settore bancario devono rimanere separati dal bilancio nazionale ed essere dedicati unicamente alla copertura dei costi delle misure di risoluzione. Un primo passo di quest’orientamento comune può consistere in un sistema che si basa sull’esecuzione di una rete armonizzata di fondi nazionali legati ad un’autorità di gestione delle crisi.³⁰

La gestione deve essere commissionata alle autorità incaricate della risoluzione degli istituti finanziari a livello europeo che garantiscono un ruolo di organismo esecu-

³⁰ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale *Fondi di risoluzione per il settore bancario*, Bruxelles, 26 maggio 2010, pag. 2.

tivo indipendente. Il ricorso ai fondi di risoluzione deve inoltre verificarsi nel rispetto delle norme europee sugli *aiuti di Stato*.

Comunque sia, sussistono alcune problematiche di carattere generale. Infatti, se è vero che il coinvolgimento del settore privato nel processo risolutivo delle crisi nel settore bancario è di massima auspicabile, è altrettanto vero che la disponibilità di soluzioni basate sul settore privato diminuisce tuttavia rapidamente con l'acuirsi della crisi.³¹ Inoltre, è stata ammessa la possibilità di creare un quadro che faciliti il finanziamento all'interno di un gruppo dopo l'avvio di una procedura di insolvenza.

Il *gruppo di lavoro V* della *UNCITRAL*³² - *Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale* - ha già preso in considerazione le agevolazioni al proseguimento dell'attività di impresa soggetta a misure di risanamento o di liquidazione garantendo la continuità di accesso ai finanziamenti in una serie di documenti contenuti nell'archivio elettronico della commissione.³³

Infine, è necessario che sia garantito il principio della *certezza del diritto* a proposito delle misure adottate dal settore privato nell'ottica in cui si rende accettabile il rischio.

Ripartizione degli oneri

Appare chiaro dall'esperienza recente che non sempre si può contare su soluzioni provenienti dal settore privato. Risulta quindi necessario concentrarsi sui criteri di ripartizione dell'onere finanziario tra i vari Stati membri in caso di applicazione di misure di risoluzione ad un gruppo bancario transfrontaliero.

In una recente relazione il *Comitato economico e finanziario (EFC)*³⁴ ha raccomandato di inserire nel quadro europeo per la stabilità finanziaria misure volontarie *ex ante* in materia di ripartizione degli oneri in conformità a un mandato europeo valido in tutta l'Unione, la cui attuazione dovrebbe essere monitorata in primo luogo da nuovi *Comitati per la stabilità finanziaria transfrontaliera*.³⁵

³¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale *relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*, Bruxelles, 20 ottobre 2009, pag. 16.

³² La *Commissione delle Nazioni Unite sul Diritto Commerciale Internazionale (UNCITRAL)* è stata istituita dal generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 2205 (XXI) del 17 dicembre 1966 "per promuovere la progressiva armonizzazione e unificazione del diritto commerciale internazionale" (Ved. www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html).

³³ Ved. BANCA D'ITALIA, *Comunicato Stampa DIFFUSO A CURA DEL SERVIZIO SEGRETERIA PARTICOLARE*, Roma, 15 luglio 2011.

³⁴ ved.europa.eu/legislation_summaries/economic_and_monetary_affairs/institutional_and_economic_framework/125038_en.htm.

³⁵ Cfr. *Lessons from the financial crisis for European financial stability arrangements*, gruppo di lavoro di alto livello del CEF sui meccanismi di stabilità finanziaria transfrontaliera, luglio 2008.

Inoltre occorre verificare i diritti reciproci (in termini di accesso ai dati ed altri settori simili) degli Stati membri che assumano l'obbligo di ripartire un onere. Un accordo *ex ante* che definisca i principi di un'equa ripartizione degli oneri costituisce uno schema di sicurezza necessario che offre gli incentivi vitali ad incoraggiare le autorità coinvolte.

L'assenza di iniziative in questa materia rischia di mettere a dura prova i principi fondamentali dell'Unione europea come la *libertà di stabilimento*, la *libera circolazione dei capitali* e la *libera circolazione dei servizi*.³⁶

1.3.2. Segue: Stress test³⁷

Nel contesto di riorganizzazione legislativa in materia d'insolvenza bancaria e stabilità del sistema finanziario a livello europeo sono stati eseguiti, e lo saranno di nuovo, i cosiddetti *stress tests* sulle banche comunitarie. Consistono in una valutazione della riserva di capitale dei gruppi bancari più grandi di Europa, ma non solo. Lo scopo è di verificare se queste avrebbero avuto capitale sufficiente a reggere l'impatto di un contesto economico più difficile rispetto alle aspettative.

In ambito europeo l'operazione è stata effettuata da parte del *Comitato delle autorità bancarie europee (CEBS)*³⁸ in collaborazione con la *Banca centrale europea (BCE)* e la *Commissione europea* sulle principali banche Europee (91 di cui 5 Italiane) su iniziativa dell'*EU Economic and Financial Affairs Council (ECOFIN)*.

Il risultato è stato positivo: si è evidenziata una buona attitudine delle banche europee a reggere un eventuale peggioramento dell'economia reale nel prossimo biennio. Infatti solo 7 non hanno passato l'esame.

Ogni istituto creditizio ha dovuto analizzare le potenziali perdite a livello di impresa, in prestiti e nel suo portafoglio titoli, e qualsiasi impegno fuori dal bilancio e passività potenziali, definiti sulla base di due scenari economici su un orizzonte temporale comprendente il 2009 e il 2010. Inoltre è stato chiesto, soltanto ad alcuni gruppi, di stimare il potenziale di perdita legato al trading in questi stessi scenari.

Durante il processo di controllo, l'autorità di vigilanza si è riunita con la dirigenza di ogni ente finanziario per discutere le previsioni sulle perdite e le entrate di reddito.

Sulla base di tali incontri, le autorità nazionali di vigilanza hanno valutato le potenziali perdite specifiche alle istituzioni e stimato le risorse per assorbire tali perdite, e

³⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale *relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*, Bruxelles, 20 ottobre 2009, pag. 17.

³⁷ Ved. per informazioni più approfondite su: www.c-eps.org/EuWideStressTesting.aspx.

stabilito se l'ente ha un capitale tampone sufficiente per garantire continuità nell'erogazione di servizi bancari.

Lo scopo degli esami era di provare la solidità del sistema bancario europeo e la capacità delle banche di assorbire il rischio del mercato finanziario.

Effetti economici e finanziari sullo scenario bancario italiano

La Banca d'Italia ha pubblicato in data 23 luglio 2010 e i risultati degli stress tests operati a livello europeo per i cinque gruppi bancari italiani coinvolti: *Unicredit Group*, *Intesa Sanpaolo Group*, *Monte dei Paschi di Siena Group*, *Banca Popolare Group* e *UBI Banca Group*.

Per ogni gruppo italiano la *Banca d'Italia* ha pubblicato i risultati³⁹ e le informazioni sulle loro esposizioni debitorie verso settori delle amministrazioni pubbliche europee. Dopotutto, gli esiti confermano ciò che il *Governo italiano*, la *Banca d'Italia* e *l'Associazione bancaria italiana* affermano da qualche tempo che le banche italiane con il loro approccio conservativo al mercato, oggi, possono, meglio di altre banche, sopportare gli effetti negativi della crisi.

Nel mese di luglio 2011 sono stati rinnovati gli stress tests sui medesimi cinque gruppi bancari italiani. Dal Comunicato stampa della Banca d'Italia⁴⁰, pubblicato in data 15 luglio 2011, risulta che “hanno superato con ampio margine il valore di riferimento del 5 per cento. Le banche coinvolte rappresentano oltre il 62 per cento del totale dell'attivo del sistema bancario nazionale. L'esercizio conferma l'adeguatezza della capitalizzazione delle banche italiane e la capacità di assorbire l'impatto di un forte deterioramento delle attuali condizioni macroeconomiche e di mercato”.

Alla fine del 2011 il *Tier 1 capital*⁴¹ di nessuno dei cinque gruppi bancari deve essere sotto la soglia del 5%, che è due punti superiore rispetto al vigente minimo richiesto. Applicando le severe condizioni ipotizzate nello stress test, per ognuno dei cinque gruppi il coefficiente relativo al patrimonio di migliore qualità (*Core tier 1 ratio*) risulterebbe, alla fine del 2012, ben al di sopra della soglia del 5 per cento, stabilita dalle autorità come riferimento per valutare la necessità di eventuali interventi di ricapitalizzazione. La media ponderata del *Core tier 1 ratio* post-stress per i cinque intermediari sarebbe del 7,3 per cento.⁴²

³⁸ Cfr. CEBS, *Aggregate outcome of the 2010 EU wide stress test exercise coordinated by CEBS in cooperation with the ECB*, 23 luglio 2010.

³⁹ Consulta www.bancaditalia.it/vigilanza/stress_test.

⁴⁰ Ved. su www.bancaditalia.it/media/comsta/2011/stress_test/CS_stresstest_ITA.pdf.

⁴¹ Per *Tier 1 capital* (o *Core capital*, o *patrimonio di classe 1*) si intende la componente primaria del capitale di una banca.

⁴² Ved. *Comunicato stampa della Banca d'Italia*, op. cit..

Tale soglia era stata introdotta come indice per il quale individuare possibili misure di ricapitalizzazione. Tuttavia, gli istituti di credito italiani sono nettamente al di sopra di questa soglia.

Attraverso un'analisi comparata è semplice capire che i gruppi bancari italiani stanno ad un livello più basso di leva finanziaria in quanto le loro attività principali consistono in operazioni d'intermediazione tradizionali.⁴³

Ciò riflette la politica economica prudentiale che l'Italia ha sempre adottato ponendo limiti più stringenti rispetto alle politiche degli altri Stati membri.

1.3.3. Segue: Rafforzamento dei requisiti delle banche - Basilea 3⁴⁴

La *commissione di Basilea*, come misura integrata nell'ambito legislativo europeo, ha proposto di consolidare i requisiti patrimoniali e di migliorare la vigilanza finanziaria sia all'interno dell'*UE* che a livello mondiale. Essa intende irrobustire i regimi di garanzia dei depositi, al fine di rafforzare la governance degli istituti finanziari.

Con l'accordo raggiunto il 13 settembre 2010 dai Governatori a Basilea, sono aumentati i parametri di patrimonialità delle banche. Ci sono alcune particolarità da evidenziare.

In primo luogo, l'indicatore patrimoniale (*Minimum Common equity Capital Tier I*) dall'attuale minimo del 2% si eleva al 3,5% dal 2013 e al 4,5% entro il 2015.

Inoltre, si associa un *Capital Conservation Buffer* (altro tampone) di ulteriore capitalizzazione obbligatoria: dal primo gennaio 2016 sarà aumentato di 0,625% per arrivare il primo gennaio 2019 al definitivo 2,5%. Così il *Tier I* più il cuscinetto di conservazione del capitale raggiungono il 7% al primo gennaio 2019.

Si continua a richiedere un capitale minimo dell'8% delle attività ponderate per il rischio che con l'aggiunta del cuscinetto sale al 10,5%.

Per di più le autorità di vigilanza potranno decidere discrezionalmente di attivare un nuovo tampone (*Countercyclical buffer*), il cui range è fissato fra 0 e 2,5%, al fine di aiutare gli istituti di credito a far fronte ad eventuali perdite.

Altresì, è avviato un periodo di monitoraggio (tra il 2011 e il 2012) per la valutazione dei *Leverage Ratio*. L'avvio della rivelazione è dal 2015 in poi.

Per quanto concerne il *Net stable funding ratio*, l'osservazione ha inizio nel 2012 e il valore minimo comune è introdotto nel 2018.

⁴³ BANCA D'ITALIA, *Comunicato Stampa DIFFUSO A CURA DEL SERVIZIO SEGRETERIA PARTICOLARE*, Roma, 23 luglio 2010.

⁴⁴ Cfr. AFFARITALIANI.IT, *Basilea 3/ Ecco che cosa cambia*, 13 settembre 2010 (www.affaritaliani.it/economia/basilea_cosa_cambia130910.html).

Indubbiamente, in tutti questi casi l'inserimento è graduale affinché la ripresa economica che si prospetta per i prossimi anni non è manipolata da eventuali impatti negativi. Altrettanto importante è che le banche continuino ad assicurare un sostegno solido all'economia dei Paesi. Per garantire ciò, ci sono tre meccanismi da attuare:

- entrata in vigore graduale (*phasing-in*) al 2013 dei requisiti minimi più bassi e del buffer per la conservazione del capitale solo dal 2016;
- introduzione progressiva delle nuove e più severe regole sulle deduzioni;
- esclusione successiva di strumenti di capitale fin oggi ammessi (eccetto quelli sottoscritti dai governi che potranno permanere per un periodo lungo).

Concludendo, tutta l'operazione finirà definitivamente soltanto nel 2020 in cui i nuovi requisiti saranno interamente a regime. Per l'esclusione completa degli strumenti non più computabili nel patrimonio si dovrà attendere fino al 2023. Ci sarà, tuttavia, spazio per gli aggiustamenti nel corso degli incontri futuri del *G20*.

- CAPITOLO II -

Disciplina (pre)vigente in ambito nazionale e comunitario⁴⁵

2.1. Disciplina europea: Direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi; 2.1.1. Principi generali e campo di applicazione; 2.1.2. Legge applicabile; 2.1.3. Tutela dei creditori e pubblicità; 2.1.4. Banche con sede legale fuori della Comunità; 2.1.5. Liquidazione volontaria e revoca dell'autorizzazione; 2.2. Disciplina ordinamento italiano: Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385 "Testo unico delle legge in materia bancaria e creditizia" (TUB); 2.2.1. Evoluzione della legislazione bancaria; 2.2.2. Segue: Articoli 60 e seguenti - "Gruppo bancario"; 2.2.3. Segue: Articolo 69 - "Ambito ed esercizio della vigilanza: Collaborazione tra autorità ed obblighi informativi"; 2.2.4. Segue: Articoli dal 77 al 79 - "Succursali di banche extracomunitarie e Banche comunitarie"; 2.2.5. Segue: Articolo 95 - "Liquidazione coatta amministrativa: Succursali di banche extracomunitarie"; 2.2.6. Segue: Articoli 95-bis e seguenti - "Banche operanti in ambito comunitario"; 2.2.7. Segue: Articoli 98 e seguenti - Procedure del "Gruppo Bancario".

2.1. Disciplina europea: Direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi.....

La *Comunità europea* sta dimostrando, in questi ultimi anni, un particolare interesse all'adozione di una regolamentazione minima volta a coordinare le procedure concorsuali tra vari Stati membri. Dal punto di vista legislativo gli atti a cui si fa riferimento sono:

- *Regolamento CE n.1346/2000* del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in G.U.C.E. n. L 160 del 30 giugno 2000.
- *Direttiva 2001/17/CE* del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2001, in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione, in G.U.C.E. n. L110 del 19 marzo 2001.
- *Direttiva 2001/24/CE* del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 aprile 2001,

⁴⁵ Ved. DE SENSI V., *Cross-Border Crisis Management in The Banking Sector - An overview of Italian Intervention Measures*, novembre 2010.

in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, in G.U.C.E. n. L125 del 5 maggio 2001.

In generale, queste normative rispondono ad alcune esigenze comuni a tutti gli Stati membri che intendono coordinare le procedure e tutelare la solidità della *par condicio creditorum* nelle crisi di rilevanza comunitaria, ossia transnazionali.⁴⁶

Tuttavia, i tentativi intrapresi a livello europeo non sono stati adeguati al fine di impiantare una disciplina unica delle crisi d'impresa; difatti il legislatore comunitario non ha fatto altro che indicare le modalità ed i meccanismi di coordinamento tra le disposizioni delle varie giurisdizioni nazionali per consentire la prevalenza e l'operatività della procedura del caso.

L'aspetto più rilevante della materia, ai nostri fini, si incentra sulla *direttiva 2001/24/CE* in materia di liquidazione e risanamento degli enti creditizi.

Nel 1978 sono stati portati avanti i primi lavori della proposta di direttiva che condussero, nel gennaio 1986, il *Consiglio* a formulare una prima proposta. Lo stesso ritenne appropriato, data l'attuale struttura del settore degli enti creditizi (i quali sono soggetti alla vigilanza delle autorità nazionali in tutti gli Stati membri della Comunità), contemplare per tali enti provvedimenti specifici in materia di risanamento e liquidazione, modificata a seguito del parere del *Parlamento europeo* e del *Comitato economico e sociale*.

In seguito il procedimento legislativo si interruppe a causa dell'emanazione della *seconda direttiva bancaria*⁴⁷ che prevedeva alcune disposizioni in ordine al coordinamento delle norme nazionali sulle procedure di risanamento.

I lavori ripresero inseguito al fallimento della *Bank of credit and commerce international (BCCI)* nel 1991 per poi terminare alla fine degli anni '90.

2.1.1. Principi generali: campo di applicazione e definizioni.....

Grazie alla *direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi* è stato introdotto il principio del mutuo riconoscimento subentrando all'esigenza di applicare alla disciplina delle crisi delle banche comunitarie un meccanismo di coordinamento.

In precedenza, le autorità di vigilanza degli Stati ospitanti potevano acconsentire a procedure concorsuali separate (c.d. procedure secondarie) di una succursale di un ente creditizio comunitario con sede legale in un altro Stato membro.

⁴⁶ Cfr. DI FONZO F., *La disciplina comunitaria delle crisi bancarie: la direttiva 2001/24/CE*, gennaio 2002, pag. 3.

⁴⁷ Ved. *articolo 21 Seconda direttiva 89/646/CEE*.

In questo senso, l'unicità e l'universalità della procedura sono garantite in nome dei creditori e degli investitori affinché sia scongiurata l'insorgenza di conflitti di competenza e disparità di trattamento tra i creditori. Tutto ciò è dovuto all'introduzione del suddetto principio, per il quale le procedure concorsuali intraprese dall'autorità di vigilanza dello Stato membro in cui l'ente creditizio ha la sede legale sono riconosciute anche negli altri Stati membri in cui l'ente ha delle succursali.

Lo scenario legislativo era già composto dalla *direttiva 2000/12/CE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio* nella quale questa nuova normazione si è inserita.

Da qualche tempo, quindi, la direttiva appena citata prevede che, nel corso del periodo di attività, l'ente creditizio e le sue succursali formano un'entità unica soggetta alla vigilanza delle autorità competenti dello Stato nel quale è stata rilasciata l'autorizzazione valida nella Comunità, per cui sarebbe inopportuno rinunciare a tale unità che l'ente forma con le sue succursali allorché sia necessario adottare provvedimenti di risanamento o aprire una procedura di liquidazione.

Tuttavia, questa disciplina si pone a un livello inferiore rispetto al principio di ravvicinamento delle legislazioni⁴⁸ giacché il fine ultimo non è quello di armonizzare le discipline nazionali in materia di provvedimenti di risanamento e di procedure di liquidazione, bensì quello di assicurare che le stesse, se adottate dall'autorità di vigilanza dello Stato membro in cui l'ente creditizio ha ricevuto l'autorizzazione, siano riconosciute anche negli altri Stati in cui l'ente stesso ha delle succursali in base al principio dell'*home country control*.⁴⁹

⁴⁸ Ved. *articolo 94 Trattato istitutivo della comunità europea – Ravvicinamento delle legislazioni*: “Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune.

⁴⁹ Per di più tale principio è previsto dalla seconda direttiva banche e dispone che le succursali di banche comunitarie sono assoggettate alla vigilanza prudenziale dell'autorità del paese di origine mentre all'autorità del paese ospitante è attribuita la vigilanza sulla liquidità.

- *articolo 13 seconda direttiva 89/646/CEE* (corrisponde all'*articolo 26 della direttiva 2000/12/CE*):

“La vigilanza prudenziale sull'ente creditizio, compresa quella sulle attività che esso esercita in virtù dell'articolo 18, spetta alle autorità competenti dello Stato membro d'origine, fatte salve le disposizioni della presente direttiva che prevedono una competenza dell'autorità dello Stato membro ospitante. Le autorità competenti dello Stato membro d'origine esigono che ciascun ente creditizio sia dotato di una buona organizzazione amministrativa e contabile e di adeguate procedure di controllo interno. I paragrafi 1 e 2 non ostano alla vigilanza su base consolidata a norma della direttiva 83/350/CEE”.

- *articolo 14 seconda direttiva 89/646/CEE*:

“L'ultima parte della seconda frase dell'articolo 7, paragrafo 1 della direttiva 77/780/CEE è sostituita dal testo seguente: «nonché tutte le informazioni atte a facilitare il controllo di tali enti, in particolare in materia di liquidità, di solvibilità, di garanzia dei depositi, di limitazione dei grandi fidi, di organizzazione amministrativa e contabile e di controllo interno». (Articolo 7.1. prima direttiva 77/780/CEE così modificato (corrisponde all'articolo 28 della direttiva 2000/12/CE). Lo Stato membro ospitante rimane incaricato, in collaborazione con l'autorità competente dello Stato membro d'origine, della vigilanza sulla liquidità della succursale dell'ente creditizio fino a coordinamento ulteriore. Fatte

E' evidente che prima di uniformare tali normative e usi senza predisporre una prima fase attuativa, è inevitabile un reciproco riconoscimento da parte degli Stati membri delle azioni di ciascuno di essi destinate a risolvere le difficoltà finanziarie dei propri enti; secondo l'IME (*Istituto Monetario Europeo*) questo ha come merito quello di introdurre una maggiore certezza circa i procedimenti che saranno applicati agli enti creditizi nell'Unione europea. Ciò permette ai membri del SEBC (*Sistema Europeo delle Banche Centrali*) e agli altri operatori dei mercati finanziari di valutare i rischi legati alle operazioni effettuate dagli enti creditizi.⁵⁰

Affinché siano superate le difficoltà di armonizzare le normative e le prassi degli Stati membri, è opportuno predisporre il reciproco riconoscimento da parte degli Stati membri dei provvedimenti presi da ciascuno di essi per risanare gli enti da esso autorizzati, che attribuisca alle autorità amministrative o giudiziarie nazionali la competenza esclusiva di decidere e di applicare i provvedimenti di risanamento previsti dalla normativa e dagli usi vigenti della disciplina statale.⁵¹

Per di più, è indispensabile assicurare che il riconoscimento sia totale, ossia che gli effetti dei provvedimenti di risanamento adottati dalle autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine e le misure giuridiche in essi contemplate (incluse le misure che comportano la possibilità di una sospensione dei pagamenti, di una sospensione delle procedure di esecuzione o di una riduzione dei crediti nonché tutte quelle misure che possono incidere sui diritti preesistenti dei terzi) siano effettive in tutti gli Stati membri.⁵²

salve le misure necessarie al rafforzamento del Sistema monetario europeo, esso resta altresì esclusivo responsabile per le misure d'attuazione della sua politica monetaria. Tali misure non possono comportare un trattamento discriminatorio o restrittivo fondato sul fatto che l'ente creditizio ha ricevuto l'autorizzazione in un altro Stato membro (corrisponde all'articolo 27 della direttiva 2000/12/CE). Salvo ulteriore coordinamento delle misure dirette a controllare i rischi derivanti da posizioni aperte sui mercati e qualora detti rischi risultino da operazioni effettuate sui mercati finanziari di altri Stati membri, le autorità competenti di questi ultimi daranno la loro collaborazione alle autorità competenti dello Stato membro d'origine affinché gli enti interessati prendano le misure per coprire i rischi in questione”.

- articolo 15 seconda direttiva 89/646/CEE (corrisponde all'articolo 29 della direttiva 2000/12/CE):

“Gli Stati membri ospitanti prevedono che, allorché un ente creditizio autorizzato in un altro Stato membro esercita la propria attività attraverso una succursale, le autorità competenti dello Stato membro d'origine, dopo averne preventivamente informato le autorità competenti dello Stato membro ospitante, possano procedere esse stesse, o tramite persone da esse incaricate a tal fine, alla verifica sul posto delle informazioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1 della direttiva 77/780/CEE. Le autorità competenti dello Stato membro d'origine possono ugualmente fare ricorso, per l'ispezione delle succursali, a una delle altre procedure di cui all'articolo 5, paragrafo 4 della direttiva 83/350/CEE”. Il presente articolo non inficia il diritto delle autorità competenti dello Stato membro ospitante di procedere ad ispezioni presso le succursali stabilite nel loro territorio per l'esercizio delle responsabilità derivanti dalla presente direttiva”; CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, 2001, Padova, pag. 399; FERRO-LUZZI P. e CASTALDI G., *La nuova legge bancaria*, Giuffrè, Milano, 2000 e aggiornamenti, pag. 1242.

⁵⁰ Cfr. *CIRCOLARE ABI* – Serie Legale n. 27 del 14 agosto 2000.

⁵¹ Cfr. *CIRCOLARE ABI* – Serie Legale n. 27 del 13 luglio 2001.

⁵² Cfr. *CIRCOLARE ABI* – Serie Legale n. 44 del 10 dicembre 2001.

Non a caso l'ABI ha emesso una circolare (*CIRCOLARE ABI – Serie Legale n. 16 del 20 giugno 2003*) in questo senso: “L’uguaglianza tra creditori esige che un ente creditizio sia assoggettato a provvedimenti di risanamento o sia liquidato in conformità a principi di unità e di universalità che implicano la competenza esclusiva delle autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine e il riconoscimento delle loro decisioni, che devono poter produrre senza alcuna formalità, in tutti gli altri Stati membri, gli effetti loro attribuiti dalla legge dello Stato membro d'origine”.

La normativa in oggetto si applica agli enti creditizi e alle loro succursali istituite in uno Stato membro diverso da quello della sede legale, e alle succursali di un ente creditizio la cui sede legale si trova fuori della Comunità, soltanto allorquando detto ente abbia succursali in almeno due Stati membri della Comunità.⁵³

In questo contesto si definiscono *provvedimenti di risanamento* quegli atti destinati a salvaguardare o risanare la situazione finanziaria di un ente creditizio e che possono incidere sui diritti preesistenti dei terzi, compresi i provvedimenti che comportano la sospensione dei pagamenti, la sospensione delle procedure di esecuzione o la riduzione dei crediti (ad esempio la sostituzione degli organi aziendali di gestione e controllo come nell'amministrazione straordinaria), ovvero si riferisce a provvedimenti amministrativi destinati a mantenere o ristabilire la situazione finanziaria della banca, a consentire alle autorità di effettuare controlli e verifiche e ad imporre le misure conseguenti (es. nomina del commissario straordinario).

Si rammenta che, il concetto di “terzi” non comprende le persone che partecipano al funzionamento della struttura interna degli enti creditizi nonché i dirigenti e gli azionisti di detti enti.⁵⁴

Mentre le *procedure di liquidazione* sono le procedure concorsuali aperte e controllate dalle autorità amministrative o giudiziarie di uno Stato membro al fine della realizzazione dell'attivo sottoposto alla vigilanza di dette autorità; sono considerati anche quei casi in cui la procedura si conclude con un concordato, ovvero un procedimento analogo.⁵⁵ Ulteriormente vi sono alcune definizioni uniformi alle disposizioni della direttiva 2000/12/CE:

- *Stato membro di origine*: lo Stato membro nel quale un ente creditizio ha ricevuto l'autorizzazione in conformità agli articoli da 4 a 11 della stessa direttiva;

⁵³ Ved. articolo 1 Direttiva 2001/24/CE.

⁵⁴ Cfr. ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*, Piccola Biblioteca, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 359.

⁵⁵ Ved. articolo 2 Direttiva 2001/24/CE, in analogia con l'articolo 2 del Regolamento sulle procedure di insolvenza Regolamento (CE) n. 1346/00 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza, in GUCE del 30 giugno 2000, n. L 160.

- *Stato membro ospitante*: lo Stato membro nel quale un ente creditizio ha una succursale o presta servizi;
- *Autorità competenti*: le autorità nazionali abilitate, in forza di legge o regolamento, all'esercizio del controllo sugli enti creditizi;
- *Succursale*: una sede di attività che costituisce parte, sprovvista di personalità giuridica, di un ente creditizio e che effettua direttamente, in tutto o in parte, le operazioni inerenti all'attività di ente creditizio; più sedi di attività costituite nello stesso Stato membro da un ente creditizio con sede sociale in un altro Stato membro sono considerate come una succursale unica.

In ultimo, sono considerate altre tematiche come la collaborazione e il coordinamento tra le autorità competenti, l'informazione del pubblico per evitare discriminazioni tra i creditori in base al luogo di residenza.

2.1.2. Legge applicabile.....

Per ciò che concerne l'applicazione del *principio del mutuo riconoscimento* alle procedure di crisi relative ai provvedimenti di risanamento vi è da dire che non si pongono problemi rilevanti in quanto non si creano particolari pregiudizi per i creditori; mentre per le procedure di liquidazione sono state evidenziate differenze difficilmente eliminabili attraverso il ricorso alla modifica del diritto interno degli Stati membri, tant'è che con queste posso derivare difficoltà a proposito della diversità di trattamento della ripartizione dell'attivo e del concorso tra i privilegi dei creditori previsti dagli ordinamenti giuridici della sede principale e delle succursali.⁵⁶

L'unica soluzione è di integrare il principio dell'applicazione integrale della legislazione del Paese di origine anche alle succursali in altri Stati membri.

Limitatamente ai provvedimenti di risanamento l'articolo 3 dispone che “le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine sono le sole competenti a decidere sull'applicazione ad un ente creditizio, incluse le succursali stabilite in altri Stati membri, di uno o più provvedimenti di risanamento. I provvedimenti di risanamento sono applicati secondo le leggi, i regolamenti e le procedure applicabili nello Stato membro d'origine, salvo che la presente direttiva non disponga diversamente, e producono i loro effetti secondo la legge di tale Stato membro in tutta la Comunità, senza ulteriori formalità, non appena essi producono effetti nello Stato membro nel quale sono stati presi”.

⁵⁶ Cfr. BOCCUZZI G., *La crisi dell'impresa bancaria: profili economici e giuridici*, Giuffrè, Milano 1998, pag. 464.

E' presente, però, un'eccezione all'articolo 5 per cui in casi di urgenza "le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro ospitante qualora ritengano necessaria l'applicazione nel loro territorio di uno o più provvedimenti di risanamento sono tenute a informarne le autorità competenti dello Stato membro d'origine. Le informazioni sono trasmesse dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante".

Per le procedure di liquidazione l'articolo 9, invece, prevede che "le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro di origine responsabili della liquidazione sono le sole competenti a decidere dell'apertura di una procedura di liquidazione nei confronti di un ente creditizio, incluse le succursali stabilite in altri Stati membri, la decisione relativa all'apertura della procedura di liquidazione presa dalle autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine è riconosciuta, senza ulteriori formalità, nel territorio di tutti gli altri Stati membri e vi produce effetti non appena essa li produce nello Stato membro in cui è stata aperta la procedura" e, come prevede l'articolo 10, "l'ente creditizio è liquidato secondo le leggi, i regolamenti e le procedure applicabili nello Stato membro di origine, salvo che la presente direttiva non disponga diversamente".

Tale principio è stato in parte attenuato con l'inserimento di alcune deroghe che comportano l'applicazione del diritto del Paese ospitante e si riferiscono alle seguenti fattispecie:

- a) contratti di lavoro;
- b) godimento o acquisto di beni;
- c) diritti reali e riserva di proprietà: è possibile esperire soltanto le azioni di annullamento, nullità e inopponibilità;
- d) diritti su beni sottoposti a registrazione;
- e) diritti di proprietà su strumenti registrati in un conto, registro o deposito;
- f) accordi di compensazione e novazione;
- g) transazioni effettuate in un mercato;
- h) cessioni con patto di riacquisto.

L'adozione di un provvedimento di risanamento o l'apertura di una procedura di liquidazione non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali o immateriali, mobili o immobili, siano essi beni determinati o universalità di beni indeterminati variabili nel tempo, di proprietà dell'ente creditizio, che al momento dell'adozione del provvedimento o dell'apertura di una tale procedura si trova nel territorio di un altro Stato membro.⁵⁷

⁵⁷ *Articolo 21 Direttiva 2001/24/CE, cit..*

Come effetto che “l'articolo 10 non si applica alle disposizioni relative alla nullità o annullamento o inopponibilità degli atti pregiudizievoli alla massa dei creditori quando il beneficiario di tali atti provi che:

- a) l'atto pregiudizievole alla massa dei creditori è soggetto alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato membro d'origine, e
- b) questa legge non consente, nella fattispecie, di impugnare detto atto con alcun mezzo”.⁵⁸

La previsione del principio dell'unicità della procedura implica inoltre che “gli amministratori straordinari e i liquidatori hanno la facoltà di esercitare nel territorio di tutti gli Stati membri tutti i poteri che esercitano nel territorio dello Stato membro di origine e possono designare persone incaricate di assisterli o rappresentarli negli Stati membri ospitanti”.⁵⁹

Gli articoli 23 e 25 illustrano l'istituto della compensazione secondo cui “l'adozione di un provvedimento di risanamento o l'apertura di una procedura di liquidazione non pregiudicano il diritto del creditore di invocare la compensazione del proprio credito con il credito dell'ente creditizio, quando la compensazione sia consentita dalla legge applicabile al credito dell'ente creditizio; tale diritto può essere sottoposto all'esercizio delle azioni di annullamento, nullità e inopponibilità”.

In aggiunta, gli accordi di compensazione e di novazione sono disciplinati esclusivamente dalla *lex contractus* sotto la quale ricadono.

Di particolare interesse sono rivestiti i principi in base ai quali le transazioni effettuate nel quadro di un sistema di pagamento o di regolamento rientrano nella direttiva 98/26/CE, del 19 maggio 1998, concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli⁶⁰ e l'adozione della presente direttiva non rimette in discussione le disposizioni della direttiva 98/26/CE secondo cui una procedura d'insolvenza non deve avere alcun effetto sull'opponibilità degli ordini debitamente immessi in un sistema e della garanzia fornita al sistema.⁶¹

⁵⁸ *Articolo 30 Direttiva 2001/24/CE*, cit.

⁵⁹ In questo senso l'*articolo 28, comma 2*, riprende *articolo 18 comma 1 del Regolamento insolvenza*. Il comma 1 riprende l'*articolo 19 del Regolamento insolvenza*, il comma 3 riprende l'*articolo 18, comma 3 del Regolamento insolvenza*. L'*articolo 29* sull'annotazione nel registro pubblico riprende gli *articoli 22 e 23 del Regolamento insolvenza*.

⁶⁰ Ved. *Proposta di direttiva del Consiglio relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi*, COM(85) 788 def. (85/C 356/10) in GU C 356 del 31.12.1985.

⁶¹ *Articolo 21 Seconda direttiva 89/646/CEE*.

Gli effetti dei provvedimenti di risanamento o delle procedure di liquidazione su un processo pendente sono disciplinati dalla legge dello Stato membro nel quale è pendente detto processo.⁶²

2.1.3. Tutela dei creditori e pubblicità.....

Al fine di consentire la parità di trattamento tra i creditori, sono contemplate diverse forme di pubblicità.

L'articolo 7 prescrive che “se la legge dello Stato membro d'origine esige che, per essere riconosciuto, un credito debba essere insinuato o prevede l'obbligo di notificare il provvedimento ai creditori aventi residenza, domicilio o sede legale in tale Stato, le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine o l'amministratore straordinario informano altresì i creditori conosciuti aventi residenza, domicilio o sede legale negli altri Stati membri; se la legge dello Stato membro di origine prevede il diritto dei creditori aventi residenza, domicilio o sede legale in tale Stato di insinuare i loro crediti o di presentare le osservazioni ad essi relative, tale diritto spetta altresì ai creditori aventi residenza, domicilio o sede legale negli altri Stati membri”.

L'articolo 16 regola il diritto di insinuazione dei crediti, con riferimento ai creditori degli altri Stati membri, ordinando che i crediti di tutti i creditori aventi la residenza, il domicilio o la sede legale in Stati membri diversi dallo Stato membro d'origine beneficino dello stesso trattamento e dello stesso grado dei crediti di natura equivalente che possano essere insinuati dai creditori aventi la residenza, il domicilio o la sede legale nello Stato membro d'origine.⁶³

Quando viene aperta una procedura di liquidazione, l'autorità amministrativa o giudiziaria dello Stato membro d'origine o il liquidatore informa senza indugio e individualmente i creditori conosciuti che hanno la residenza, il domicilio o la sede legale negli altri Stati membri, salvo che la legislazione dello Stato di origine non esiga l'insinuazione del credito ai fini del suo riconoscimento.⁶⁴

Perché sia rispettato il principio di parità di trattamento e di grado, i creditori, insinuatisi al passivo, stabiliti in altri Stati membri saranno informati allo stesso modo degli altri creditori, riceveranno informazioni rapide e individuali nella lingua/e ufficiali

⁶² Così la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo in applicazione dell'articolo 251, paragrafo 2, secondo comma del trattato CE relativa alla posizione comune approvata dal Consiglio in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione* /* SEC/2000/1714 def. - COD 86/0080 */.

⁶³ Considerando che l'articolo 16, comma 1 Direttiva 2001/24/CE riprende l'articolo 39 del Regolamento insolvenza mentre il comma 3 riprende l'articolo 41 del Regolamento insolvenza.

⁶⁴ Considerando che l'articolo 14 Direttiva 2001/24/CE riprende l'articolo 40 del Regolamento insolvenza.

dello Stato membro di origine⁶⁵ e saranno regolarmente informati sull'andamento della liquidazione.⁶⁶

Sarà pubblicato in tutte le lingue ufficiali comunitarie un apposito formulario con cui i creditori potranno insinuare i loro crediti, da compilarsi nella lingua/e ufficiali dello Stato membro di origine.⁶⁷

Qualora l'applicazione dei provvedimenti di risanamento adottati a norma dell'articolo 3, paragrafi 1 e 2, possa incidere sui diritti dei terzi in uno Stato membro ospitante e se nello Stato membro d'origine è possibile ricorrere contro la decisione che adotta il provvedimento, le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine, l'amministratore straordinario o ogni altra persona a ciò legittimata nello Stato membro d'origine fanno pubblicare un estratto della decisione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee e in due quotidiani a diffusione nazionale di ciascuno Stato membro ospitante, affinché il diritto di ricorso possa essere esercitato in tempo utile.⁶⁸

A norma dell'articolo 13 “i liquidatori o qualsiasi autorità amministrativa o giudiziaria assicurano la pubblicità della decisione di apertura della liquidazione mediante inserzione, nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee e in almeno due quotidiani a diffusione nazionale di ciascuno Stato membro ospitante, di un estratto della decisione stessa”.

Sino a prova contraria si presume che chi adempie un'obbligazione prima delle misure di pubblicità di cui all'articolo 13, non fosse stato a conoscenza dell'apertura della procedura di liquidazione.⁶⁹

Possibilmente prima dell'adozione del provvedimento (ovvero dell'apertura della procedura o, altrimenti, immediatamente dopo) è necessario che le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro di origine informino le autorità competenti dello Stato membro ospitante dell'adozione di qualsiasi provvedimento di risanamento o dell'apertura di qualsiasi procedura di liquidazione.⁷⁰

Per ciò che concerne segreto di ufficio, l'articolo 33⁷¹ è segue la disciplina del segreto in materia bancaria prevista dall'articolo 30 della direttiva 2000/12/CE, salvo una

⁶⁵ Considerando che l'articolo 17 Direttiva 2001/24/CE riprende l'articolo 42 del Regolamento insolvenza.

⁶⁶ Ved. articolo 18 Direttiva 2001/24/CE.

⁶⁷ Ved. articolo 21 seconda direttiva 89/646/CEE e Cfr. CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, 2001, Padova, pag. 405.

⁶⁸ Articolo 6 Direttiva 2001/24/CE, cit..

⁶⁹ Considerando che l'articolo 15 Direttiva 2001/24/CE riprende l'articolo 24 del Regolamento insolvenza.

⁷⁰ Cfr. FERRO-LUZZI P. e CASTALDI G., *La nuova legge bancaria*, Giuffrè, Milano, 2000 e aggiornamenti, pagg. 1239 e 1650.

⁷¹ Rinvio all'articolo 33 direttiva 2001/24/CE - Segreto d'ufficio: “Tutte le persone chiamate a ricevere o a fornire informazioni nel quadro delle procedure di informazione o di consultazione di cui agli articoli 4, 5, 8, 9, 11 e 19 sono tenute al segreto d'ufficio, secondo le disposizioni e le condizioni di cui all'articolo

disciplina particolare per le Autorità giudiziarie alle quali si applicano le disposizioni nazionali.

2.1.4. Banche con sede legale fuori della Comunità.....

Con riferimento alle banche con sede legale fuori della Comunità vi è da sottolineare che sono rinforzate le attitudini degli Stati membri di adottare provvedimenti nei confronti di tali succursali in accordo alla legge nazionale, disponendo oneri di informazione verso gli altri Stati membri dove sono situate le succursali.

Così, l'articolo 8 circa i provvedimenti di risanamento di succursali di enti creditizi di Paesi terzi dispone che "le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro ospitante una succursale di un ente creditizio con sede legale fuori della Comunità, sono tenute a informare immediatamente, con ogni mezzo, della propria decisione di adottare un qualsiasi provvedimento di risanamento nonché degli effetti concreti di tale provvedimento, possibilmente prima della sua adozione oppure subito dopo, le autorità competenti degli altri Stati membri ospitanti nei quali l'ente abbia creato succursali che figurano nell'elenco di cui all'articolo 3, paragrafo 11, della direttiva 2000/12/CE, pubblicato annualmente nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Le informazioni sono trasmesse dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante le cui autorità amministrative o giudiziarie decidono l'applicazione del provvedimento. Le autorità amministrative o giudiziarie di cui al paragrafo 1 si sforzano di coordinare le loro azioni".

Mentre l'articolo 19 prevede disposizioni circa le procedure di liquidazione per succursali di enti creditizi di Paesi terzi per cui "le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro ospitante di una succursale di un ente creditizio con sede legale fuori della Comunità sono tenute a informare immediatamente, con ogni mezzo, della propria decisione di aprire una procedura di liquidazione e degli eventuali effetti concreti di tale procedura possibilmente prima dell'apertura di quest'ultima, oppure subito dopo, le autorità competenti degli altri Stati membri ospitanti nei quali l'ente abbia stabilito succursali che figurano nell'elenco di cui all'articolo 11, della direttiva 2000/12/CE, pubblicato annualmente nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Le informazioni sono trasmesse dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante menzionato in primo luogo. Le autorità amministrative o giudiziarie che decidono di aprire la procedura di liquidazione di una succursale di un ente creditizio con sede legale fuori della Comunità informano le autorità competenti degli altri Stati membri ospitanti

30 della direttiva 2000/12/CE, tranne le autorità giudiziarie, alle quali si applicano le disposizioni nazionali vigenti".

dell'apertura di una procedura di liquidazione e della revoca dell'autorizzazione. Le informazioni sono trasmesse dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante che ha deciso di aprire la procedura, competenti per la vigilanza sugli enti creditizi. Le autorità amministrative o giudiziarie di cui al paragrafo 1 si sforzano di coordinare le loro azioni. Anche gli eventuali liquidatori si sforzano di coordinare le loro azioni”.

Pertanto, nel caso in cui un ente creditizio avente la sede legale al di fuori della Comunità abbia succursali in vari Stati membri, ciascuna succursale gode di un trattamento individuale; le autorità amministrative o giudiziarie nonché gli amministratori straordinari e i liquidatori (comunque sia le autorità competenti in genere) hanno il compito di coordinare per quanto possibile le proprie azioni.⁷²

2.1.5. Liquidazione volontaria e revoca dell'autorizzazione.....

Come ultimo argomento rilevante ai nostri fini in ordine alla direttiva 2001/24/CE vi è da trattare la liquidazione volontaria.

Questa forma di liquidazione è prevista esclusivamente nei casi in cui l'ente creditizio è solvibile. L'apertura di una liquidazione volontaria non ha alcun effetto preclusivo rispetto a eventuali provvedimenti di risanamento o procedure di liquidazione adottati dalle autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine successivamente all'apertura.⁷³

Le autorità competenti dello Stato membro di origine sono consultate, nella forma più appropriata, prima che gli organi statutari di un ente creditizio adottino qualsiasi decisione di liquidazione volontaria.⁷⁴

Quindi, in mancanza di provvedimenti di risanamento o scaduti questi ultimi senza esito, l'autorizzazione dell'ente creditizio è revocata nel rispetto della procedura di cui alla direttiva 2000/12/CE. La revoca dell'autorizzazione non impedisce alla o alle persone incaricate della liquidazione di proseguire talune attività dell'ente creditizio, quando ciò sia necessario o opportuno ai fini della liquidazione. Lo Stato membro di origine può prevedere che tali attività siano svolte con il consenso e sotto il controllo delle proprie autorità competenti.⁷⁵

⁷² Cfr. CAPRIGLIONE R., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 1994, pag. 496.

⁷³ In questo senso, l'articolo 55 TUB - *Controlli sulle succursali in Italia di banche comunitarie*: “La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, esercita controlli sulle succursali di banche comunitarie nel territorio della Repubblica”.

⁷⁴ *Articolo 11 Direttiva 2001/24/CE*, cit..

⁷⁵ *Articolo 12 Direttiva 2001/24/CE*, cit..

2.2. Disciplina delle crisi dei gruppi bancari transfrontalieri nell' ordinamento italiano: Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385 "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia" (TUB).....

2.2.1. Evoluzione della legislazione bancaria⁷⁶

Il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB), ovvero il D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, è un testo legislativo organico, in vigore dal 1 gennaio 1994, che subentra alla legge bancaria del 1936 e disciplina l'attività delle banche e il sistema di vigilanza su di essa.

Fino ai primi anni '90 le banche venivano considerate come pubblica istituzione operante in regime di separatezza temporale, settoriale e istituzionale dell'attività bancaria. Con la riforma delle leggi in materia bancaria, le banche possono assumere soltanto le forme di S.p.A. o cooperative, ed hanno poteri di azione più ampi e di creazione di nuovi mercati, anche esteri.

Ad una progressiva liberalizzazione delle banche, è seguita una maggiore autonomia dei poteri di vigilanza, così da consentire la monitorizzazione dell'attività bancaria attraverso lo strumento della vigilanza prudenziale. La conseguenza è stata che il sistema finanziario italiano è divenuto, in breve tempo, più articolato ed eterogeneo, a causa della creazione di un mercato finanziario a livello europeo che a) ha stimolato la costituzione di un fondo interbancario dei depositi, al fine di favorire il sistema dei pagamenti; b) ha comportato la nascita (o lo sviluppo) di grandi gruppi bancari, per affrontare la concorrenza estera e per offrire ai clienti prodotti efficienti e a basso costo; c) ha sollecitato le banche all'adeguatezza patrimoniale, per far fronte a improvvise situazioni di tensione finanziaria, anche di rilevanza internazionale; d) ha regolato le partecipazioni delle banche nelle società anche di tipo industriale; e) ha permesso la nascita di nuovi organi di vigilanza anche a livello europeo.

Inquadramento della disciplina sulla crisi del gruppo bancario⁷⁷

Le problematiche connesse alle situazioni di crisi dei gruppi bancari sono relazionate, dal punto di vista giuridico, a due diverse materie: la disciplina delle procedure concorsuali e quella del gruppo bancario (che a sua volta richiama il concetto di gruppo di società).

A questo punto si pone una prima questione nell'ottica di configurare il gruppo societario come una pluralità di entità autonome, sotto il profilo giuridico gestionale e patrimoniale, e l'unicità dello scopo imprenditoriale, dal punto di vista economico. "Tra

⁷⁶ Cfr. ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*, Milano, 2006, pagg. 1-34.

⁷⁷ Cfr. BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2006, pagg. 244-246.

queste due direttrici, una centrifuga e l'altre centripeta, si consumano molte delle delicate questioni poste dall'operatività dei gruppi societari.”⁷⁸

La maggior parte degli aspetti del gruppo di società – come il perseguimento da parte della controllata di interessi propri della controllante o di altre controllate o del gruppo come insieme, la responsabilità della capogruppo nei confronti dei terzi per le obbligazioni assunte dalle controllate, la responsabilità degli amministratori della controllante per le scelte effettuate degli amministratori delle controllate, la configurabilità del rapporto di lavoro con diverse società dello stesso gruppo come rapporto unitario ai fini per i quali tale unitarietà può assumere rilevanza, la possibilità di riferire il marchio al gruppo anziché ad una singola società dello stesso, infine la configurabilità di una nozione di insolvenza di gruppo – sono contraddistinti dalla dicotomia tra pluralità e unità.

Non a caso, la soluzione del problema deve essere affrontata con criteri di flessibilità, “che permettano di valorizzare complessivamente i benefici e i sacrifici di ciascuna unità, evitando di isolare gli uni o gli altri in una visione frammentaria delle relazioni infragruppo, che non darebbe conto della ricchezza e della complessità di situazioni che si vengono a determinare.”⁷⁹

Adesso passiamo in rassegna le disposizioni del Testo unico bancario che assumono un significato in relazione alla disciplina delle crisi transfrontaliere dei gruppi bancari.

2.2.2. Segue: Articoli 60 e seguenti - “Gruppo bancario”⁸⁰

Sin dagli inizi l'ordinamento nazionale ha sempre contrastato il concetto di banca universale, così da rendere inevitabile che le banche italiane iniziassero a svilupparsi sotto altri aspetti costituendo i c.d. gruppi polifunzionali⁸¹. Tale figura trova spunti a livello legislativo con la legge Amato e al relativo decreto di attuazione.

Una vera regolamentazione, però, si ha soltanto con l'adozione del Testo unico in materia bancaria e creditizia, che disciplina la forma giuridica di gruppo creditizio alla

⁷⁸ BOCCUZZI G., *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998, pag. 348, cit..

⁷⁹ BOCCUZZI G., *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998, pag. 352, cit..

⁸⁰ Cfr. COSTI, *La disciplina dei gruppi bancari, in banca impresa società*, 1990, pag. 341; TROIANO, *Credito speciale e disciplina del gruppo bancario polifunzionale*, in AA.VV., *Despecializzazione istituzionale e nuova operatività degli enti creditizi*, pag. 171, cit.; LUPOI, *Gruppo bancario e unità d'impresa*, Milano, 2003, pagg. 220 e ss.; CAPRIGLIONE F., *L'Ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2005, tomo II, pag. 404: “Risale alla fine degli anni settanta la tendenza delle aziende di credito ad espandere la propria attività verso i settori dell'innovazione finanziaria. Ciò avvenne non già in maniera diretta, ampliando il proprio oggetto sociale, quanto piuttosto attraverso l'assunzione di partecipazioni nel capitale di imprese esercenti attività finanziarie, in prevalenza del c.d. parabancario”.

⁸¹ Cfr. MINERVINI, *Capogruppo e componenti dei gruppi polifunzionali*, in *Riv. dir. impr.*, 1990, pag. 1: “Entità costituite dall'aggregazione di più società, tra loro legate da rapporti partecipativi, al cui vertice si collocava un ente creditizio, e successivamente, anche un'impresa finanziaria”.

sezione prima del capo relativo alla vigilanza su base consolidata. Il gruppo bancario⁸² è composto alternativamente da:

- una banca italiana capogruppo⁸³ e dalle società bancarie, finanziarie⁸⁴ e strumentali⁸⁵ da questa controllate;
- una società finanziaria capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'ambito del gruppo abbia rilevanza la componente bancaria, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR.⁸⁶

Al fine di conseguire, quindi, la qualifica di capogruppo è necessario che, in primis, faccia capo a detta banca o società finanziaria il controllo diretto o indiretto delle altre società componenti del gruppo e che la stessa non sia a propria volta controllata da un'altra banca o società finanziaria che possa essere considerata capogruppo.

Il Testo unico bancario, come integrato sul punto da quanto stabilito dalla Banca d'Italia in conformità con le deliberazioni del CICR, prevede alcune condizioni⁸⁷ affinché una società finanziaria con sede legale in Italia possa essere posta al vertice del gruppo: per esempio, la finanziaria sia costituita in forma di società di capitali.

Tra l'altro, ciò significa che non possano rivestire il ruolo di capogruppo enti pubblici o fondazioni bancarie.

Sia lo statuto della capogruppo bancaria che finanziaria è sottoposto al controllo della Banca d'Italia, volto ad accertare che non si ponga in contrasto con “la gestione

⁸² Cfr. DE VARTI, *Definizioni*, in AA.VV., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, I, pag. 914, cit..

⁸³ Ved. *articolo 61 T.U.B. – Capogruppo*.

⁸⁴ Cfr. CAPRIGLIONE F., *L'Ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2005, tomo II, pag. 415, cit.: “Per società finanziarie devono intendersi le società che esercitano, in via esclusiva o prevalente, l'attività ammesse al mutuo riconoscimento di cui all'art. 1, 2° comma, TUB. Come si vede, non rientrano nel novero delle società finanziarie le imprese di assicurazione; quest'ultime, tuttavia, vengono egualmente prese in considerazione ai fini della individuazione del perimetro del gruppo”.

⁸⁵ In accordo con l'*articolo 59, I comma, lett. c)*: Sono società strumentali quelle che esercitano, in via esclusiva o prevalente, attività che hanno carattere di funzionalità e sussidiarietà all'attività delle società del gruppo (comprese quelle di gestione di immobili e di servizi anche informatici).

⁸⁶ Ved. *articolo 60 T.U.B. - Composizione*.

⁸⁷ CAPRIGLIONE F., *L'Ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2005, tomo II, pag. 417: “Devono altresì sussistere i requisiti di finanziarietà e bancarietà. Ricorre il primo requisito allorché nell'ambito delle società controllate della finanziaria abbiano una rilevanza determinante quelle esercenti attività bancaria, finanziaria e strumentale. Vi è bancarietà quando a) la quota di mercato nazionale detenuta dalle banche controllate della società finanziaria capogruppo è almeno pari all'1% dei depositi della clientela o degli impieghi con la clientela, ovvero b) la somma degli attivi di bilancio delle banche e delle società da questa controllate, esercente attività bancaria e strumentale è almeno pari al 50% dell'attivo di bilancio del gruppo. I requisiti aggiuntivi richiesti per l'emersione di un gruppo a vertice finanziario, per il loro essere soggetti a variazione di tempo, determinano una naturale mutevolezza della configurazione del gruppo creditizio suscettibile di dover passare dal modello a vertice finanziario a quello a vertice bancario per il solo evolversi di situazioni di mercato, quale quelli che possono incidere sul profilo della bancarietà. Pur in presenza di tutti questi requisiti, la società finanziaria può chiedere alla Banca d'Italia di essere sollevata dal ruolo di capogruppo, laddove tra l'altro rinunci per statuto ad esercitare prerogative connesse a tale posizione ed esista altra banca o società finanziaria che possa assumere il ruolo di vertice del raggruppamento (c.d. *opting-out della capogruppo finanziaria*)”.

sana e prudente del gruppo stesso”⁸⁸.

In accordo con l’articolo 62 T.U.B. sui requisiti di professionalità, onorabilità, indipendenza, i rappresentanti aziendali sono trattati alla stregua degli esponenti di banche; nei confronti della capogruppo finanziaria, inoltre, trovano diretta applicazione le disposizioni in tema di partecipazione al capitale di banche⁸⁹ e di requisiti di onorabilità dei partecipanti.

Allo stesso modo delle imprese bancarie, anche il gruppo viene iscritto in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia.⁹⁰

La capogruppo, in quanto titolare delle funzioni di vigilanza e controllo sulle controllate, informa la Banca d'Italia dell'esistenza del gruppo bancario e della sua composizione aggiornata. Quest'ultima può procedere d'ufficio all'accertamento dell'esistenza di un gruppo bancario, e quindi alla sua iscrizione nell'albo; può anche determinare la composizione del gruppo bancario in difformità da quanto comunicato.

L’iscrizione all’albo ottempera principalmente alla funzione di conoscibilità dei terzi dell’esistenza del gruppo bancario.⁹¹

Obiettivo è, altresì, adempiuto dalla previsione⁹² secondo la quale le società appartenenti al gruppo bancario devono indicare negli atti e nella corrispondenza l’iscrizione all’albo.

Deve comunque segnalarsi che, secondo parte della dottrina, l’iscrizione all’albo avrebbe *natura costitutiva* del gruppo bancario, tant’è che da questa dipenderebbe l’applicazione della disciplina giuridica riferibile a tale figura soggettiva.

La Banca d’Italia, in ultimo, si riserva di non iscrivere i richiedenti là dove non siano soddisfatte tutte le condizioni necessarie.

In ordine, invece, alla nozione di controllo rilevante ai fini della disciplina dei gruppi l’art. 59, 1° comma, lett. a) del T.U.B.⁹³ rinviava alle ipotesi previste dall’art. 2359 c.c.⁹⁴ e alle presunzioni semplici di controllo da influenza dominante contemplate

⁸⁸ Approfondimenti sul tema con CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo I-II, Padova, 2001.

⁸⁹ Ved. *articolo 63 T.U.B. - Partecipazioni*.

⁹⁰ Ved. *articolo 64 T.U.B. - Albo*.

⁹¹ PERNA, PISANTI, ZAMBONI e GARAVELLI, *Albo dei gruppi bancari*, in AA.VV., *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, pag. 1053, cit..

⁹² Ved. *articolo 64, IV comma, T.U.B.*

⁹³ Oggetto di revisione ad opera del *D.lgs. 28 dicembre 2004, n.310*.

⁹⁴ Si riporta il testo dell’*articolo 2359 c.c. (Società controllate e società collegate)*: “Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.”

dal 2° comma dell'art. 23 T.U.B.⁹⁵; data una analisi più approfondita delle due disposizioni è stato notato che anche l'art. 23 T.U.B. rimanda all'art. 2359 c.c., e che pertanto le due nozioni di controllo largamente coincidenti e si differenziano unicamente per l'inciso, presente nel 23 e non nel 59, che figurava esistente il controllo “*anche con riferimento a soggetti diversi dalle società*”.

La riforma del 2004, ha apportato modifiche sia all'art. 23 che all'art. 59. In particolare, il 1° comma dell'art. 23 è stato integrato per “cui anche in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento”.

Con ciò, le definizioni di controllo contenute nel Testo unico bancario in tema di assetti proprietari e di gruppi bancari finiscono per coincidere perfettamente poiché l'art. 59 fa pieno rinvio all'art. 23.

Inoltre, non è da sottovalutare che, sul piano della disciplina del gruppo bancario, si registra la necessità di dare rilevanza alla figura del c.d. gruppo paritetico o orizzontale.⁹⁶

In conclusione, da un punto di vista empirico, dato il sistema creditizio italiano impostato su radici liberali e privatistiche, la strutturazione dell'attività bancaria odierna corrisponde a fondamentali istanze di modernizzazione del impianto, ma anche a garanzie di funzionalità al controllo e vigilanza della Banca d'Italia (a livello nazionale) e la Banca Centrale Europea (a livello comunitario).

Dal punto di vista giuridico, invece, emerge che il fenomeno-gruppo è disciplinato in quanto soggetto alla cosiddetta vigilanza consolidata. La vigilanza su di esso si esercita quindi ad opera della Banca d'Italia, ma per il tramite dei poteri della capogruppo, esplicitati in poteri fondamentalmente informativi, ovvero, al limite, inibitori.

⁹⁵ Il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salvo prova contraria, allorché ricorra una delle seguenti situazioni: 1) esistenza di un soggetto che, sulla base di accordi, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti ai fini delle deliberazioni relative alle materie di cui agli articoli 2364 e 2364-bis del codice civile; 2) possesso di partecipazioni idonee a consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza; 3) sussistenza di rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario ed organizzativo idonei a conseguire uno dei seguenti effetti: a) la trasmissione degli utili o delle perdite; b) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune; c) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute; d) l'attribuzione, a soggetti diversi da quelli legittimati in base alla titolarità delle partecipazioni, di poteri nella scelta degli amministratori o dei componenti del consiglio di sorveglianza o dei dirigenti delle imprese; 4) assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi.

⁹⁶ Cfr. SANTAGATA R., *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001; CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, pag. 185.

2.2.3. Segue: Articolo 69 - “Ambito ed esercizio della vigilanza: Collaborazione tra autorità ed obblighi informativi”⁹⁷

La genesi di questa norma si rinviene nel D.lgs. 30 dicembre 1992, n.528, nel dare attuazione alla Direttiva comunitaria n.92/30 del 6 aprile 1992, che al suo art. 6 provvedeva a disciplinare la materia della collaborazione tra autorità di vigilanza, la cui formulazione è stato oggi ripresa dal presente art. 69 T.U.B..

La relazione che accompagnava l'articolo 6 recitava come segue: “La norma attribuisce alla Banca d'Italia la facoltà di individuare, attraverso accordi con le altre autorità di vigilanza, le concrete misure di cooperazione e di scambio di informazioni. Ciò al fine anche di stabilire rispettive competenze per l'esercizio della vigilanza su base consolidata dei gruppi operanti in più Paesi. La norma si riferisce, in particolare, ai casi in cui una società di partecipazione finanziaria sia stata costituita in uno Stato membro diverso da quello in cui abbiano sede l'ente o gli enti creditizi da essa controllati”.

L'articolo 69 T.U.B. fa rinvio in modo implicito all'articolo 7 dello stesso testo⁹⁸, il quale disciplina il segreto d'ufficio e la cooperazione tra autorità interne ed esterne all'ordinamento italiano. La peculiarità si rinviene nel fatto che ribadisce il principio di collaborazione tra autorità di vigilanza in quelle situazioni che hanno come soggetti coinvolti i gruppi bancari operanti in più Paesi nei cui confronti si rende necessaria una vigilanza su base consolidata.⁹⁹

A questo punto, ritengo di dover trattare, seppur brevemente (in quanto non è oggetto diretto della mia ricerca), l'evoluzione che a livello comunitario abbiamo avuto nel senso di implementare la collaborazione tra autorità di vigilanza con la possibilità di costituire anche organi ad hoc.¹⁰⁰

Nel 1972 fu attuato il Gruppo di contatto tra autorità di vigilanza bancaria dei Paesi della Comunità europea volto a studiare problematiche di interesse comune e di

⁹⁷ Considera l'articolo 69 T.U.B. - *Collaborazione tra autorità e obblighi informativi* (Rubrica sostituita dall'articolo 1, comma 1, lettera l) del D.L. 27 dicembre 2006, n. 297).

⁹⁸ Ved. articolo 7 T.U.B. - *Segreto d'ufficio e collaborazione tra autorità*: “1. Tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti da segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, a eccezione del Ministro dell'economia e delle finanze, Presidente del CICR. Il segreto non può essere opposto all'autorità giudiziaria quando le informazioni richieste siano necessarie per le indagini o i procedimenti relativi a violazioni sanzionate penalmente. 2. I dipendenti della Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, sono pubblici ufficiali e hanno l'obbligo di riferire esclusivamente al Governatore tutte le irregolarità constatate, anche quando assumano la veste di reati. 3. I dipendenti della Banca d'Italia sono vincolati dal segreto d'ufficio. 4. Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici forniscono le informazioni e le altre forme di collaborazione richieste dalla Banca d'Italia, in conformità delle leggi disciplinanti i rispettivi ordinamenti. 5. La Banca d'Italia, la CONSOB, la COVIP, l'ISVAP e l'UIC collaborano tra loro, anche mediante scambio di informazioni, al fine di agevolare le rispettive funzioni. Detti organismi non possono reciprocamente opporsi il segreto d'ufficio”.

⁹⁹ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo I, Padova, 2001, pagg. 526 e ss..

implementare la conoscenza reciproca degli assetti normativi.

Un successivo tentativo in questo senso fu la costituzione nel 1974 a Basilea presso la Banca dei Regolamenti Internazionali di un Comitato, inizialmente denominato “Blunden” dal nome del primo presidente ed oggi “Comitato di Basilea”, che diede vita ad un complesso di regole denominato Concordato di Basilea che ha rappresentato le basi nei primi passi dell’Unione europea in questa materia.

In questo contesto, oggi, si collocano le previsioni dell’Articolo 105 Trattato CE¹⁰¹. L’attività di vigilanza resta un competenza riservata alle autorità dei singoli Stati membri e, soltanto parzialmente, è affidata alla BCE. Nell’articolo 105 Trattato CE dispone solamente che “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”, il medesimo concetto è ripreso dall’articolo 3.3 dello Statuto del SEBC e della BCE¹⁰² ed è confermato dai limiti posti agli interventi della BCE in materia di vigilanza prudenziale dall’art. 25, 1° e 2° comma, dello stesso Statuto.

La BCE può fornire pareri ed essere consultata dal Consiglio, dalla Commissione e dalle autorità competenti degli Stati membri sul campo d’applicazione e sull’attuazione della legislazione comunitaria relativa alla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e concernente la stabilità del sistema finanziario e conformemente alle decisioni del Consiglio ai sensi dell’articolo 105, paragrafo 6, del trattato, può svolgere compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, eccettuate le imprese di assicurazione.

Nel luglio 2010 è stata approvata dal Parlamento di Strasburgo una riforma europea della vigilanza finanziaria. È stato dato il via libera definitivo per le tre nuove autorità europee con poteri di supervisione su banche, assicurazioni e mercati. Queste disposizioni, che sono contenute nella Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l’Autorità bancaria europea¹⁰³, sono operative dal gennaio 2011.

¹⁰⁰ Cfr. ANTONUCCI A., *La vigilanza bancaria nell’Unione europea fra cooperazione e “Metodo lamfalussy”*, *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2004, tomo V, pagg. 3185 e ss..

¹⁰¹ Considerando l’articolo 105 Trattato CE – “...4. La BCE viene consultata: in merito a qualsiasi proposta di atto comunitario che rientri nelle sue competenze, dalle autorità nazionali, sui progetti di disposizioni legislative che rientrino nelle sue competenze, ma entro i limiti e alle condizioni stabiliti dal Consiglio, secondo la procedura di cui all’articolo 107, paragrafo 6. La BCE può formulare pareri da sottoporre alle istituzioni o agli organi comunitari competenti o alle autorità nazionali su questioni che rientrano nelle sue competenze. 5. 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”.

¹⁰² Ved. *Protocollo n. 18, ex n. 3, sottoscritto a Maastricht e allegato al Trattato CE*.

¹⁰³ Ved. *Proposta di regolamento 2009/0142/COD*.

2.2.4. Segue: Articoli dal 77 al 79 - “Amministrazione straordinaria: Succursali di banche extracomunitarie e Banche comunitarie”¹⁰⁴

Nella trattazione delle crisi bancarie, oltre alla disciplina delle succursali di banche extracomunitarie in relazione alla procedura di amministrazione straordinaria ex art. 77 T.U.B., sono previsti anche i c.d. “provvedimenti straordinari” che la Banca d’Italia può adottare nei confronti di banche italiane e di succursali in Italia di banche extracomunitarie ai sensi dell’articolo 78 T.U.B., nonché nei confronti di banche comunitarie operanti in Italia ai sensi dell’articolo 79 T.U.B..

In ordine all’articolo 77 T.U.B., debbo accennare che già nell’articolo 5 della legge bancaria del 1936-38 si considera che le succursali di banche extracomunitarie in Italia potessero essere assoggettate alle procedure di crisi previste dall’ordinamento italiano.¹⁰⁵

Nello specifico, le succursali di banche comunitarie sono equiparate a succursali di banche italiane ai fini dell’autorizzazione sulla base del principio dell’*home state control*; inoltre le norme comunitarie prevedono l’assoggettamento alla vigilanza da parte dell’autorità di controllo della società controllante, tuttavia disciplinando le modalità di cooperazione tra Stati membri interessati. Mentre, per quanto riguarda le succursali di banche extracomunitarie si tende, tutt’oggi, a considerarle alla stregua di entità autonome sulla base del concetto “*single entity*”.

È talmente differenziata la disciplina, che in relazione ai provvedimenti straordinari, come è già stato detto, sono previste due disposizioni differenti: circa la liquidazione coatta amministrativa l’articolo 95 T.U.B., come vedremo, disciplina con due diverse previsioni la posizione delle banche comunitarie al I comma e ed extracomunitarie al II comma. Questo, è quanto più vero, esaminando la norma circa la revoca dell’autorizzazione che per le banche comunitarie è competente l’autorità di controllo della società controllante, mentre per le banche extracomunitarie è previsto un rinvio alle disposizioni applicabili alle banche nazionali.¹⁰⁶

L’articolo 77 T.U.B. dispone che “nel caso di amministrazione straordinaria di succursali di banche extracomunitarie stabilite nel territorio della Repubblica, i commissari straordinari e il comitato di sorveglianza assumono nei confronti delle succursali stesse i poteri degli organi di amministrazione e di controllo della banca di appartenenza. La Banca d’Italia informa dell’apertura della procedura di amministrazione straordi-

¹⁰⁴ In accordo con l’articolo 77 T.U.B. - *Succursali di banche extracomunitarie*.

¹⁰⁵ Sull’argomento DE VECCHIS, *Filiali in Italia di banche estere*, in *Bancaria*, 1982, pag. 1346; VELLA, *Le succursali di banche estere in Italia*, Milano, 1987, pagg. 75 e ss. e 88 e ss..

¹⁰⁶ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo I, Padova, 2001, pagg. 595 e ss..

itaria le autorità di vigilanza degli Stati comunitari che ospitano succursali della banca extracomunitaria. L'informazione è data, con ogni mezzo, possibilmente prima dell'apertura della procedura ovvero subito dopo”.

Tuttavia, quanto su detto deve essere rivisitato alla luce degli articoli 8 e 19 della direttiva 2001/24/CE sulle Banche con sede legale fuori della Comunità.

Proseguendo nella trattazione dell'articolo 78 T.U.B. prevede che per quanto concerne le banche autorizzate in Italia “la Banca d'Italia può imporre il divieto di intraprendere nuove operazioni oppure ordinare la chiusura di succursali alle banche autorizzate in Italia, per violazione di disposizioni legislative, amministrative o statutarie che ne regolano l'attività, per irregolarità di gestione ovvero, nel caso di succursali di banche extracomunitarie, anche per insufficienza di fondi”.

Quindi, circa i provvedimenti straordinari nei confronti di banche italiane e succursali italiane di banche extracomunitarie la disciplina è pressoché identica, con l'unica differenza che è rappresentata dall'applicabilità soltanto alle succursali italiane di banche extracomunitarie dello specifico presupposto dell'”insufficienza di fondi”¹⁰⁷.

Mentre circa le banche comunitarie il comma I dell'articolo 79 T.U.B. prevede che “in caso di violazione da parte di banche comunitarie delle disposizioni relative alle succursali o alla prestazione di servizi nel territorio della Repubblica, la Banca d'Italia può ordinare alla banca di porre termine a tali irregolarità, dandone comunicazione all'autorità competente dello Stato membro in cui la banca ha sede legale per i provvedimenti eventualmente necessari”.

Tuttavia, al comma II ordina che “quando manchino o risultino inadeguati i provvedimenti dell'autorità competente, quando le irregolarità commesse possano pregiudicare interessi generali ovvero nei casi di urgenza per la tutela delle ragioni dei depositanti, dei risparmiatori e degli altri soggetti ai quali sono prestati i servizi, la Banca d'Italia adotta le misure necessarie, comprese l'imposizione del divieto di intraprendere nuove operazioni e la chiusura della succursale, dandone comunicazione all'autorità competente”.

2.2.5. Segue: Articolo 95 - “Liquidazione coatta amministrativa: Succursali di banche extracomunitarie”¹⁰⁸.....

Gli articoli 95 e seguenti del Testo unico bancario asseriscono che le autorità italiane hanno la capacità di sottoporre alla procedura di liquidazione coatta

¹⁰⁷ Cfr. RANIERI RAZZANTE e LEONOARDO LACAITA, *Il governo delle banche in Italia: commento al testo unico bancario ed alla normativa collegata*, 2006, G. Giappichelli editore, Torino, pagg. 623-628.

¹⁰⁸ *Articolo 95 T.U.B. - Succursali di banche extracomunitarie* (Articolo sostituito dall'articolo 6 del D.Lgs. 19 luglio 2004, n. 197).

amministrativa le succursali di banche estere, distinguendo tra banche extracomunitarie (art. 95 T.U.B.) e banche comunitarie (artt. 95bis - 95 septies T.U.B.).¹⁰⁹

A norma dell'articolo 95 T.U.B. alle succursali di banche extracomunitarie si applicano le disposizioni previste dalla presente sezione e dall'articolo 77, comma 1-bis, in quanto compatibili.

La differenza tra le fattispecie riguardante le banche comunitarie e quella concernente gli enti extracomunitari attiene ai presupposti per l'adozione del provvedimento liquidatorio.

2.2.6. Segue: Articoli 95 Bis e seguenti - "Banche operanti in ambito comunitario"¹¹⁰.....

Il recepimento della direttiva in materia di risanamento e liquidazione delle banche ha determinato l'introduzione della sezione III - bis, del titolo IV del TUB, comprendente gli articoli da 95-bis a 95-septies.

La nuova sezione disciplina le ipotesi di crisi delle banche operanti in ambito comunitario e il riconoscimento delle procedure di risanamento e liquidazione sulla base del principio dell'*home country control*.¹¹¹

Prima, in caso di instabilità di una banca, le autorità nazionali disponevano l'apertura delle procedure di liquidazione indipendentemente da ciascuno stato comunitario di insediamento; ciò naturalmente portava a irrisolvibili problemi di coordinamento delle attività di accertamento e di realizzazione degli attivi, ma soprattutto non si tutelava in modo adeguato gli interessi dei creditori nelle singole procedure.

La direttiva comunitaria 2001/24/CE introduce anche nel nostro ordinamento i *principi di universalità e di unità* delle procedure di risanamento e liquidazione.

Così, la nuova normativa stabilisce che i provvedimenti e le procedure di risanamento e liquidazione di banche comunitarie sono disciplinati e producono i loro effetti, senza ulteriori formalità, nell'ordinamento italiano secondo la normativa dello stato di origine e che, reciprocamente, i provvedimenti e le procedure di amministrazione straordinaria, di gestione provvisoria, e di liquidazione coatta amministrazione di banche italiane si applicano e producono i loro effetti negli stati

¹⁰⁹ Cfr. BOCCUZZI G., *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998, pag. 340.

¹¹⁰ Tenendo conto, quindi, degli articoli introdotti dalla *Direttiva 2001/24/CE: Articolo 95-bis - Riconoscimento delle procedure di risanamento e liquidazione; Articolo 95-ter - Deroghe; articolo 95-quater - Collaborazione tra autorità; Articolo 95-sexies - Norme di attuazione; Articolo 95-septies - Applicazione.*

¹¹¹ Cfr. CAPRIGLIONE F., *L'Ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2005, tomo II, pag. 558; ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*, Milano, 2006, pag. 347.

comunitari.¹¹²

Tuttavia, taluni effetti di un provvedimento di risanamento o dell'apertura di una procedura di liquidazione sono disciplinati dalla legge dello stato ospitante in deroga al principio di universalità: per esempio gli effetti sui contratti e i rapporti di lavoro sono disciplinati dalla legge dello stato comunitario, applicabile al contratto di lavoro; i contratti che danno diritto al godimento di un bene immobile sono disciplinati dalla legge dello stato comunitario nel cui territorio è situato il bene immobile; i diritti relativi a un bene immobile, a una nave ovvero beni soggetti a iscrizione in un pubblico registro, sono disciplinati dalla legge dello stato comunitario sotto la cui autorità si tiene il registro.¹¹³

L'autorità di vigilanza dello stato di origine della banca in via esclusiva decide sull'apertura di procedure, che hanno efficacia in tutti gli stati comunitari, secondo la disciplina dello Stato di origine.

La Banca d'Italia, qualora ritenga necessaria l'applicazione in Italia di una procedura di risanamento nei confronti di una banca comunitaria, ne fa richiesta all'autorità di vigilanza dello Stato d'origine.¹¹⁴

Per ciò che concerne la collaborazione tra autorità il Testo unico bancario dispone, in aggiunta, che la Banca d'Italia informa le autorità di vigilanza degli Stati comunitari ospitanti dell'apertura delle procedure di amministrazione straordinaria, di gestione provvisoria e di liquidazione coatta amministrativa, nei confronti di banche italiane, precisando gli effetti concreti che tali procedure potrebbero avere. L'informazione è data, con ogni mezzo, possibilmente prima dell'apertura della procedura ovvero subito dopo.

Secondo quanto dispone l'articolo 95-quinquies, I comma, T.U.B. “i provvedimenti di amministrazione straordinaria, di gestione provvisoria, di liquidazione coatta amministrativa adottati nei confronti di una banca italiana che abbia succursali o prestato servizi in altri stati comunitari sono pubblicati per estratto anche nella gazzetta ufficiale delle comunità europee e in due quotidiani a diffusione nazionale di ciascuno stato ospitante”.

In conclusione, quindi, le banche comunitarie sono sottratte all'applicazione delle norme nazionali disciplinanti le crisi conclamate pur non escludendo, in via cautelare,

¹¹² In questo senso l'articolo 95 bis T.U.B. e Cfr. CAPRIGLIONE F., *L'Ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2005, tomo II, pagg. 559-560.

¹¹³ Ved. articolo 95 ter T.U.B.. Altre deroghe all'articolo 95-bis T.U.B., riguardano le *azioni revocatorie*, che non possono essere promosse in base alla legge del paese di origine allorché la legge dello stato comunitario, che sarebbe applicabile all'atto da revocare, non consente nella fattispecie alcun tipo di azione d'inefficacia.

¹¹⁴ Articolo 95-quater 2° comma T.U.B., cit..

taluni interventi delle autorità di vigilanza italiane.

2.2.7. Segue: Articoli 98 e seguenti - Procedure del “Gruppo Bancario”.....

Il comma di apertura dell'articolo 98 del T.U.B. sull'Amministrazione straordinaria rinvia alle norme sull'amministrazione straordinaria delle imprese bancarie in generale, salvo alcune disposizioni specifiche ai gruppi bancari dal secondo comma.

Inoltre la norma individua le situazioni (oltre le ipotesi contemplate all'art. 70 T.U.B.) al cui verificarsi la capogruppo può essere sottoposta alla procedura prevista nei commi successivi:

- a) caso in cui risultino gravi inadempienze nell'esercizio dell'attività prevista dall'articolo 61, comma 4;
- b) oppure quando una delle società del gruppo bancario sia stata sottoposta alla procedura del fallimento, dell'amministrazione controllata, del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa, dell'amministrazione straordinaria ovvero ad altra analoga procedura prevista da leggi speciali, nonché quando sia stato nominato l'amministratore giudiziario secondo le disposizioni del codice civile in materia di denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione e possa essere alterato in modo grave l'equilibrio finanziario o gestionale del gruppo.¹¹⁵

La disposizione in questione rinvia all'art. 32 d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 - Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio¹¹⁶ - in ordine

¹¹⁵ Ved. articolo 98, II comma, T.U.B..

¹¹⁶ Ved. articolo 32 d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 - *Amministrazione straordinaria della capogruppo*: “Con decreto del Ministro del tesoro, sentito il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio, su proposta della Banca d'Italia, può disporsi lo scioglimento degli organi amministrativi della capogruppo e la sua sottoposizione alla amministrazione straordinaria: a) qualora risultino gravi irregolarità nell'amministrazione o gravi inadempienze nell'esercizio dell'attività di direzione di cui all'art. 25, comma 4, ovvero gravi violazioni delle norme legali e statutarie che ne regolano l'attività, oppure gravi infrazioni delle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia; b) nel caso in cui risultino gravi perdite del suo patrimonio; c) quando tale scioglimento sia richiesto dagli stessi organi amministrativi; d) qualora ad una società del gruppo sia stata applicata una delle procedure previste dai capi II e III del titolo VII del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375 e successive modificazioni e integrazioni, dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, dal decreto-legge 5 giugno 1986, n. 233, convertito, con modificazioni, nella legge 1° agosto 1986, n. 430, dall'art. 2409, comma 3, del codice civile, ovvero altra analoga procedura prevista da leggi speciali, e possa essere alterato in modo grave l'equilibrio finanziario o gestionale del gruppo. L'amministrazione straordinaria è regolata dalle disposizioni del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375 e successive modificazioni e integrazioni, salvo quanto previsto dal presente decreto. Le funzioni dei commissari straordinari e del comitato di sorveglianza durano per un periodo massimo di un anno, quando un termine più breve non sia prescritto dal decreto di cui al comma 1. Solo in casi eccezionali potranno essere prorogate per un periodo non superiore ad un altro anno. I commissari straordinari della capogruppo, sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono revocare e sostituire, anche in parte, gli amministratori delle società e enti del gruppo al fine di realizzare i mutamenti degli indirizzi gestionali che si rendano necessari. I nuovi amministratori restano in carica al massimo sino al termine dell'amministrazione straordinaria della capogruppo. Gli amministratori revocati hanno titolo esclusivamente ad un indennizzo corrispondente ai compensi ordinari ad essi spettanti per il periodo di durata residua del mandato e, comunque, per un massimo di sei mesi. I commissari possono richiedere l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza delle società e enti appartenenti al gruppo secondo le disposizioni degli articoli 195 e 202 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. I commissari possono richiedere alle società e enti del gruppo i dati, le informazioni e ogni altro elemento utile per adempiere al

ai presupposti di commissariamento della capogruppo: sia in rapporto alla controllante in quanto impresa dotata di una propria autonomia gestionale ed operativa, sia che afferissero ad essa come soggetto responsabile della direzione dell'intero gruppo.¹¹⁷

Ciò induceva con ragionevole certezza a ritenere che l'impresa bancaria investita della funzione di capogruppo fosse soggetta non alla normativa di cui all'art. 98 T.U.B. e seguenti, ma a quella dell'art. 32 d.lgs. n.356, nella quale la prima era inglobata.¹¹⁸

Appurato che l'art. 32 d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 è norma di riferimento costante in materia, è certo, però, che l'articolo 98 T.U.B. si discosta parzialmente introducendo le seguenti disposizioni:

- l'amministrazione straordinaria della capogruppo ha durata un anno dalla data di emanazione del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, salvo che sia prescritto un termine più breve dal decreto medesimo o che la Banca d'Italia ne autorizzi la chiusura anticipata. In casi eccezionali la procedura può essere prorogata per un periodo non superiore a un anno, come dispone il comma 3;
- altrettanto chiaro è che gli organi preposti all'amministrazione straordinaria hanno i poteri di cui ai commi 4, 5, 6 e 7 (sostituzione e revoca degli amministratori delle controllate, sull'accertamento dell'insolvenza, sull'acquisizione di dati informativi nei riguardi delle filiazioni e di disposizione sulla sospensione dei pagamenti nelle forme e con gli effetti previsti dall'articolo 74 T.U.B.).

Per concludere, circa l'amministrazione straordinaria, è evidente che tale disposizione¹¹⁹ rappresenta una forma speciale rispetto all'art.70 T.U.B..

L'articolo 99¹²⁰, invece, introduce alcune previsioni specifiche per la liquidazione della capogruppo, rispetto alle norme ordinariamente applicabili alle banche.¹²¹

proprio mandato. Al fine di agevolare il superamento di difficoltà finanziarie i commissari, sentito il comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono disporre la sospensione dei pagamenti prevista dall'art. 63 del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375 e successive modificazioni e integrazioni, per un periodo non superiore a tre mesi, prorogabile eventualmente con le stesse formalità di altri sei mesi. Il bilancio e il conto profitti e perdite previsti dall'art. 64, comma 3, del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375 e successive modificazioni e integrazioni, sono presentati alla Banca d'Italia per l'approvazione entro quattro mesi dalla cessazione dell'amministrazione straordinaria. La Banca d'Italia può prescrivere che sia data notizia dell'avvenuto deposito mediante speciali forme di pubblicità. L'esercizio cui si riferisce il bilancio costituisce un unico periodo d'imposta. Entro un mese dall'approvazione della Banca d'Italia gli organi subentrati ai commissari presentano la dichiarazione dei redditi relativi a detto periodo secondo le disposizioni tributarie vigenti. Alla capogruppo non si applicano l'amministrazione controllata prevista dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e l'art. 2409 del codice civile".

¹¹⁷ La capogruppo è responsabile di una vigilanza mediata dei rapporti con l'autorità di controllo e garante della corretta gestione del gruppo nei rapporti con le sue filiali.

¹¹⁸ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo II, Padova, 2001, cit., pag. 781.

¹¹⁹ La disposizione si applica sia per banche che per finanziarie capogruppo.

¹²⁰ *Articolo 99 T.U.B. - Sulla liquidazione coatta amministrativa.*

¹²¹ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo II, Padova, 2001, pag. 386.

Anzitutto, il comma 3 prescrive che i commissari liquidatori depositano annualmente presso l'ufficio del registro delle imprese una relazione sulla situazione contabile e sull'andamento della liquidazione, corredata da notizie sia sullo svolgimento delle procedure cui sono sottoposte altre società del gruppo sia sugli eventuali interventi a tutela dei depositanti. La relazione è accompagnata da un rapporto del comitato di sorveglianza. La Banca d'Italia può prescrivere speciali forme di pubblicità per rendere noto l'avvenuto deposito della relazione.

Questo non è altro che un particolare adempimento diretto ad assicurare l'informativa al pubblico sulla situazione contabile e sull'andamento della liquidazione, nonché sullo svolgimento delle procedure cui siano sottoposte altre società del gruppo e sugli eventuali interventi a tutela dei depositanti; per di più deve essere distinto rispetto a quelli che gli organi liquidatori debbono compiere nei confronti della Banca d'Italia, in qualità di supervisore della procedura.

La previsione del comma 3 non si riscontra né nella disciplina della liquidazione coatta bancaria, né nelle leggi speciali sulle crisi di gruppi societari¹²². Inoltre il comma IV rinvia all'articolo 98 T.U.B. commi 5 e 6 accennando alla facoltà di richiedere la dichiarazione giudiziale dello stato d'insolvenza delle controllate e i poteri di acquisizioni informative presso le stesse.

Un ultimo completamento alla disposizione sulla liquidazione coatta amministrativa è contenuto nel comma 5 dell'articolo 99 T.U.B.: compete ai commissari l'esperimento dell'azione revocatoria prevista dall'articolo 67 della legge fallimentare nei confronti di altre società del gruppo. L'azione può essere esperita per gli atti indicati ai numeri 1), 2) e 3) dell'articolo 67 della legge fallimentare che siano stati posti in essere nei cinque anni anteriori al provvedimento di liquidazione coatta e per gli atti indicati al numero 4) e al secondo comma dello stesso articolo che siano stati posti in essere nei tre anni anteriori. La peculiarità consta nell'estensione dell'arco temporale di individuazione degli atti revocabili, ampliando così le possibilità di ripristino delle consistenze patrimoniali che sono state depauperate per effetto di atti anomali posti in essere all'interno del gruppo (Revocatoria aggravata).¹²³

L'articolo 100 T.U.B. sull'amministrazione straordinaria delle controllate e il successivo¹²⁴ sono rivolti, invece, a disciplinare le crisi delle società appartenenti al

¹²² Cfr. BOCCUZZI G., *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998, pag. 347; CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo II, Padova, 2001; pag. 787.

¹²³ SANDULLI M., *La revocatoria aggravata nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa dei gruppi bancari*, in *La crisi del gruppo bancario*, a cura di G. Bavetta, pag. 154, cit..

¹²⁴ Ved. articolo 101 T.U.B. - *Liquidazione coatta amministrativa (delle controllate)*, risulta simmetrico rispetto al precedente articolo anche se non privo di differenze. Per quanto riguarda le analogie è

gruppo bancario diverse dalla capogruppo, quando quest'ultima è soggetta alle procedure ex articoli 98 - 99 T.U.B..¹²⁵

Il coordinamento delle diverse procedure voluto dal legislatore è stato realizzato con la previsione che, quando la capogruppo è assoggettata a tali procedure, le società del gruppo sono soggette alla disciplina dell'amministrazione straordinaria (ex artt. 70 e ss. T.U.) o della liquidazione coatta amministrativa (ex art.80 e ss. T.U.B.), ove ne ricorrono i presupposti ex artt. 100-101 T.U.B.; ovvero se sono già soggette a procedure concorsuali queste si convertono.

E' evidente che la procedura cui è sottoposta la capogruppo ha una particolare vis attrattiva¹²⁶, rispetto alle altre procedure. Quindi rendendo omogenee le diverse procedure delle società del gruppo con quella della capogruppo si ottiene un significativo effetto di coordinamento.¹²⁷

La conclusione è che il commissariamento o la liquidazione coatta della capogruppo sono incompatibili con il contemporaneo svolgimento di procedura coattiva non bancaria presso le società del gruppo, con conseguente prevalenza della procedura amministrativa rispetto a quella giurisdizionale.

L'articolo 102 T.U.B. - Procedure proprie delle singole società - dispone che le società del gruppo sono soggette alle procedure previste dalle norme di legge a esse applicabili (fermo restando che la capogruppo non sia commissariata né in liquidazione coatta). La questione si risolve nel senso che le procedure che dovessero venire in applicazione per effetto di situazioni di crisi in senso ampio saranno regolate dal diritto applicabile a ciascuna società.¹²⁸

E' stato illustrato in dottrina da Fortunato che la norma in commento costituisce il cardine della disciplina della crisi del gruppo bancario.

In ultimo, gli articoli 103¹²⁹,104¹³⁰ e 105¹³¹ T.U.B., che completano lo statuto della crisi della capogruppo e delle società partecipanti al gruppo, rispecchiano le norme

sufficiente prendere in considerazione l'articolo 100 T.U.B..

¹²⁵ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo II, Padova, 2001; pagg. 802-803: queste disposizioni sono implicitamente applicabili sia alle banche che alle società finanziarie e strumentali.

¹²⁶ Cfr. FORTUNATO, *La liquidazione coatta amministrativa delle società del gruppo bancario*, in *La crisi del gruppo bancario*, a cura di G. Bavetta, Milano, 1997, pag. 119.

¹²⁷ Non è così tra le sole società del gruppo, che invece sono regolate ex articolo 102 T.U.B..

¹²⁸ Rinvio a CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo II, Padova, 2001 pagg. 833-834: si fa riferimento alle situazioni di crisi perché è solo in quelle occasioni che la disciplina propria di ciascuna società deve lasciare il passo alla disciplina bancaria ex 100 e 101 T.U.;

¹²⁹ Concernente gli "organi delle procedure".

¹³⁰ Circa "Le competenze giurisdizionali".

¹³¹ Per quanto riguarda "I gruppi e società non iscritti all'albo".

contemplate negli artt. 38, 39 e 36 D.lgs. n.356/90.¹³²

Gli articoli 103 e 104 disciplinano dal punto di vista procedurale rispettivamente le funzioni e i compiti degli organi delle procedure, e le competenze giurisdizionali rispondendo alla necessità di coordinamento propria di queste disposizioni.

In maniera a sé stante deve essere contemplata la norma di cui all'articolo 105 T.U.B., relativa al c.d. gruppo bancario di fatto: si limita ad estendere la portata delle disposizioni di cui agli articoli 98 - 104 T.U.B. anche al caso di mancata iscrizione di una o più componenti di un gruppo iscritto, o di mancata iscrizione dell'intero gruppo all'albo previsto dall'articolo 64 T.U.B..

¹³² Cfr. CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, To-
61

- CAPITOLO III -

“Consultazione pubblica relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario”¹³³

3.1. Identificazione delle parti interessate coinvolte; 3.2. Concetti (preliminari) di “Group interest” e “Legal entity”; 3.3. I tre settori di rilevanza - Distinzione tra “going concern situation” e “gone concern situation”; 3.3.1. Interventi preventivi (“Early Intervention”); 3.3.1.1. Segue: Soglie comuni d’intervento e “trigger events”; 3.3.1.2. Segue: Sistemi di Controllo (Early warning system); 3.3.1.3. Segue: Differenze tra i vari strumenti d’intervento; 3.3.1.4. Segue: Omogeneizzazione dei poteri delle autorità nazionali di vigilanza e miglioramento della comunicazione e della cooperazione tra autorità nazionali; 3.3.1.5. Segue: Trasferimenti di attivi all’intero di un gruppo; 3.3.2. Piano di risoluzione; 3.3.2.1. Segue: Obiettivi di un quadro omogeneo; 3.3.2.2. Segue: Differenze negli assetti nazionali; 3.3.2.3. Segue: Strumenti necessari (Banca ponte, manager straordinario, bad/good bank) e tempistiche d’intervento; 3.3.2.4. Segue: Tutela diritti degli azionisti; 3.3.2.5. Segue: Tutela diritti dei creditori; 3.3.3. Insolvenza; 3.3.3.1. Segue: Esigenza di armonizzazione delle misure di liquidazione e del regime d’insolvenza a livello bancario; 3.3.3.2. Segue: Trattamento integrato di gruppi societari; 3.4. Posizione dei più importanti Paesi europei; 3.4.1. Italia; 3.4.2. Gran Bretagna; 3.4.3. Francia; 3.4.4. Germania.

3.1. Identificazione delle parti interessate coinvolte¹³⁴

Alla consultazione pubblica indetta dalla Commissione europea nel mese di ottobre del 2009 in tema di gestione delle crisi transfrontaliere nel settore bancario hanno risposto sessantaquattro diverse parti interessate.

Venti risposte sono giunte dalle *Autorità pubbliche nazionali*, quindici da *Paesi europei* e una da un paese membro dell’*EEA (European Environment Agency)*. Ulteriori contributi sono pervenuti da tre organizzazioni internazionali ed europee come *CEBS*

mo II, Padova, 2001, pag. 835.

¹³³ Ved. sito della Commissione europea in materia:
http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm.

(Committee of European Banking Supervisors), IMF (International Monetary Fund) e ECB (European Central Bank). In aggiunta sono intervenute venti associazioni di categoria, sei banche, quattro studi legali, due associazioni di consumatori, un sindacato, un'associazione di azionisti e sette commissioni accademiche.

3.2. Concetto di “Group interest” e “Legal entity”¹³⁵

Un primo problema si prospetta nell'ottica per cui, in momenti di tensione finanziaria di un gruppo bancario, non tutte le unità facenti parte di un gruppo bancario transfrontaliero hanno gli stessi interessi. Basti pensare che vi possono essere situazioni in cui le società controllate hanno un profilo finanziario ed economico forte mentre la capogruppo versa in difficoltà, oppure viceversa.

In questi casi dal punto di vista economico sarebbe giustificato un intervento di risoluzione unico poiché il gruppo bancario, pur essendo composto da unità tra loro autonome dal punto di vista giuridico, risponde, comunque sia, ad un unico progetto imprenditoriale. Quindi si dovranno necessariamente aprire tante procedure di risoluzione o liquidazione, nei singoli Stati membri di appartenenza, quante sono le società interne al gruppo.

In accordo con la *Direttiva 2001/24/EC* in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi (analizzata nel Capitolo II) le filiali transfrontaliere (*cross-border branches*) di un istituto di credito sono trattate come parti dello stesso, e quindi sono incluse nelle procedure di insolvenza dello stesso istituto sotto il regime applicabile dello stato membro di appartenenza.¹³⁶

Ciò significa che se una banca fallisce i depositanti della filiale transfrontaliera saranno trattati secondo le misure di risoluzione adottate dallo Stato membro di appartenenza dell'istituto di credito. Così, però, c'è il pericolo di minare la stabilità finanziaria dello Stato membro ospitante la filiale.

Inoltre la medesima direttiva non disciplina affatto la posizione delle succursali all'estero. Perciò queste sono soggette al regime d'insolvenza dello Stato dove sono state costituite. In questo senso è essenziale un intervento legislativo a livello europeo

¹³⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector*, 11 marzo 2010, pag. 2.

¹³⁵ Ved. Capitolo 6.6. “Group Insolvency Law” e “Center of Main Interests” e COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *on an EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pag. 32.

¹³⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pag. 6.

al fine di identificare una disciplina di risoluzione integrata ed unitaria per le *subsidiaries*.

3.3. I tre settori di rilevanza¹³⁷

Nell'approcciare lo studio delle possibili politiche di salvataggio di gruppi bancari in crisi, innanzitutto è necessario far presente il sistema normativo europeo già in vigore e le iniziative intese a rafforzarne la solidità con questa tabella¹³⁸.

¹³⁷ Ved. *Contract ETD/2008/IM/H1/53 implemented by for Demolin Brulard Barthelemy EUROPEAN COMMISSION, Pre-insolvency - Early intervention - Reorganization - Liquidation: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200911/final_report200911_en.pdf.*

¹³⁸ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale *relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*, Bruxelles, 20 ottobre 2009, pag. 5.

	Vigilanza / Prevenzione crisi per enti in attività	Intervento precoce	Misure di risoluzione	Insolvenza
Situazione Attuale	Direttiva sui requisiti patrimoniali (CRD) – approccio terzo pilastro Collegi Autorità nazionali Comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria (CEBS) Test di stress	CRD(Art. 130 + 136) Collegi Immissione di liquidità come aiuto di emergenza da parte delle banche centrali nazionali Protocollo di intesa 2008	Protocollo di intesa 2008 – determina chi (es. ministeri delle finanze, banche centrali) coordina gli interventi con le altre autorità competenti (coordinamento via i gruppi per la stabilità transfrontaliera)	Direttiva liquidazione: liquidazione di succursali transnazionali nell’ambito delle procedure di insolvenza del Paese della banca controllante; liquidazione di controllate transnazionali nell’ambito delle procedure del Paese in cui la controllata è autorizzata.
Modifiche eventuali da esaminare	Creazione del comitato europeo per il rischio sistemico (ERSB) e dell’Autorità bancaria europea (E-BA) Coefficiente di leva Gestione del rischio (strutture di retribuzione) Quantità e qualità del capitale Rafforzamento dei requisiti patrimoniali Vigilanza sulla liquidità Preparazione di piani di Liquidazione	Autorità bancaria europea Nuovi poteri nei confronti della direzione della banca Quadro comune di valutazione Piani di risanamento Quadro per la trasferibilità degli attivi Potenziamento degli strumenti comuni per le autorità di vigilanza (CEBS) Chiarire la vigilanza esercitata dal Paese di origine/ospitante di una succursale (Art. 33 CRD)	Nuovi strumenti di risoluzione nel settore bancario Nuovo quadro di cooperazione Ampie modifiche del quadro normativo a sostegno dei nuovi strumenti di risoluzione Meccanismi di finanziamento della risoluzione transfrontaliera (con possibile ruolo dei sistemi di garanzia dei depositi) Applicazione di piani di Liquidazione	Facilitare la liquidazione integrata di un gruppo: – Quadro di coordinamento delle procedure di insolvenza – Amministratore capofila – Risoluzione integrata a cura di una singola autorità – Trasferimenti di attivi attraverso finanziamenti posteriori all’avvio della procedura

La struttura delle politiche di salvataggio si compone di tre settori:

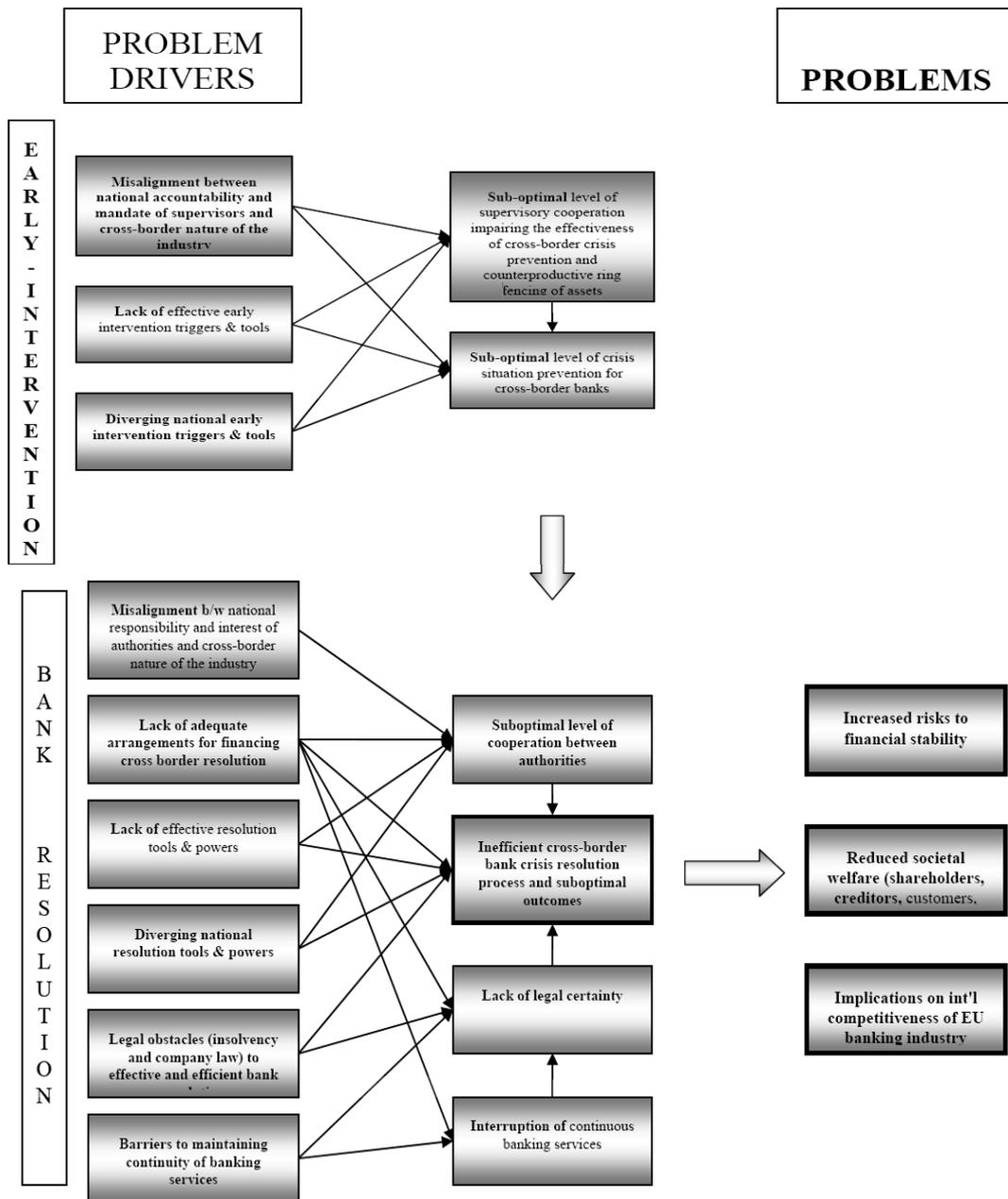
- *Interventi preventivi*;¹³⁹
- *Piani di risoluzione*;¹⁴⁰
- *Insolvenza*.¹⁴¹

Teoricamente queste misure sono presentate come concettualmente distinte, ma in realtà non costituiscono mai fasi separate di una crisi. In pratica ci possono essere casi di sovrapposizione tra i campi dell'insolvenza e della risoluzione, mentre l'intervento precoce di vigilanza può divenire rapidamente provvedimento di risoluzione.

Inoltre, la Commissione delle Comunità Europee nel “*COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND THE EUROPEAN CENTRAL BANK on an EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*”, a pag. 35, offre una panoramica dei diversi problemi che si prospettano nello studio di questa nuova materia.

¹³⁹ Ved. *Capitolo 3.3.1. Interventi preventivi (“Early Intervention”)*; *Capitolo 5.3.4. Misure preparatorie e preventive* e *Capitolo 5.3.8. “Early Intervention”*.

¹⁴⁰ Ved. *Capitolo 3.3.2. Piani di risoluzione* e *Capitolo 5.3.9. Piani di Risoluzione*.



Distinzione tra “going concern situation” e “gone concern situation”¹⁴²

In accordo con L’Associazione Bancaria Italiana è possibile suddividere lo scenario dei momenti di crisi in due diverse categorie: “going concern situation” e “gone concern situation”.

Le “going concern situations”¹⁴³ si hanno quando le autorità di vigilanza intervengono al fine di minimizzare gli effetti della crisi finanziaria dell’istituto di credito e mantenere la fiducia nel mercato assicurando la continuazione nell’erogazione dei servizi bancari vitali, per esempio i servizi di pagamento. Infatti, tale impostazione tende ad eliminare l’instabilità del sistema bancario e prevenire la propagazione della crisi nel mercato cercando di bloccare le perdite e di stabilire misure di prevenzione.

Il problema è che questa tipologia d’intervento potrebbe distorcere l’equilibrio competitivo tra le banche europee e compromettere l’integrazione del mercato unico dei servizi finanziari.

Le “gone concern situations”¹⁴⁴, invece, sono le situazioni in cui l’interesse primario è quello di fornire appropriati poteri e strumenti giuridici al fine di disporre di procedure risolutive, nel peggiore dei casi liquidative.

3.3.1. Interventi preventivi (“Early Intervention”)¹⁴⁵

Sono gli interventi delle autorità di vigilanza miranti a ripristinare la stabilità e la solidità finanziaria di un istituto in caso di problemi e al trasferimento di attivi all’interno del gruppo tra entità solvibili ai fini del supporto finanziario. Questi interventi dovrebbero essere attuati prima che si presentino le condizioni per dover passare alla risoluzione e, quindi, prima anche che gli istituti siano diventati o stiano per diventare insolventi. La nuova Autorità europea dovrebbe svolgere un ruolo di coordinamento degli interventi precoci delle autorità di vigilanza all’interno di un

¹⁴² ABI, *The ABI response to the Commission’s Communication “an EU cross-border frame work in the banking sector” Consultation’s questions*, Roma, 20 gennaio 2010, pagg. 8-9.

¹⁴³ Nella sostanza queste situazioni sono il presupposto per l’applicazione delle misure di intervento preventivo.

¹⁴⁴ Mentre le “gone concern situations” corrispondono ai casi in cui si procede con l’applicazione delle misure di risoluzione.

¹⁴⁵ Ved. BURANI U., *Ordinamento comunitario sui mezzi di prevenzioni delle crisi bancarie*, in Aa.Vv., *La prevenzione della crisi bancaria nell’ordinamento italiano e comunitario, Diritto delle imprese in crisi*, Atti di seminari di Dottorato, vol. II, a cura di G. Restuccia, *Collana Quaderni della Rivista di Diritto dell’impresa*, n.7, Napoli, pag. 72: “La longevità di questa pratica e le innumerevoli versioni del testo che sono state redatte nel corso del suo travagliato iter testimoniano, a nostro avviso, la mancanza di convinzione degli Stati membri sull’opportunità di addivenire ad una regolamentazione comune della materia (...) la proposta della direttiva, nella sua presente versione si limita al riconoscimento delle procedure esistenti in ciascun Paese – non gran cosa per una azione che vorrebbe essere di armonizzazione – che dovrebbero essere applicate nei confronti delle succursali nell’Unione Europea di banche comunitarie e di Paesi terzi. Se e quando sarà approvata la direttiva lascerà inalterate le procedure stabilite in ciascun Stato membro dell’U.E.”; L. DESIDERIO, *Le crisi bancarie: profili comparatistici e comunitari*, ne *Il sistema creditizio nella prospettiva del mercato unico europeo*, a cura di M. T. CIRENEI e G. C. DE MARTIN, Milano, 1990, pagg. 227 e ss..

gruppo transfrontaliero.¹⁴⁶

Nella *Direttiva 2006/48/CE*¹⁴⁷ è proposto un quadro prudenziale per le banche nella misura in cui sono specificati una serie minima di poteri di cui devono disporre le autorità di vigilanza per far fronte ai fallimenti di enti creditizi.

Tuttavia, questo quadro normativo odierno non è sufficiente a garantire un adeguato controllo degli istituti di credito. A seguito della consultazione pubblica, nondimeno, sono state proposte modifiche in ordine ai requisiti patrimoniali e al ruolo delle autorità di vigilanza nel controllo.¹⁴⁸

In quest'ottica, non ci rimane che analizzare alcune questioni normative aperte che attendono un intervento legislativo a breve termine.

3.3.1.1. Segue: Soglie comuni d'intervento e “trigger events”.....

Nello scenario di base sono prese in considerazione due diverse alternative:

- a) la prima consiste nello stabilire omogeneamente un elenco minimo di indicatori per la valutazione comune delle situazioni di tensione finanziaria al fine di facilitare la cooperazione, riservandosi, in ogni caso, un grado sufficiente di discrezionalità e flessibilità nell'applicazione delle procedure;
- b) l'altra invece coinvolge la realizzazione di una serie di rigorose e automatiche soglie che determinano il livello al quale è richiesto l'intervento di un organo supervisore volto a chiarificare la situazione finanziaria e disporre le successive procedure.

Vi è consenso diffuso riguardo alla prima soluzione per cui l'utilizzo degli strumenti d'intervento preventivo non si attivi automaticamente, ma anzi integri fasi di discrezionalità e di flessibilità nella scelta della procedura.¹⁴⁹

Alcuni Stati membri permettono un intervento preventivo sulla base delle “*regulatory thresholds*” dell'*IMF* (condizioni per l'intervento per-insolvenza). Queste soglie si basano sulla violazione dei requisiti normativi bancari e non sulle condizioni d'insolvenza delle imprese.

¹⁴⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale *relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*, Brussels, 20 ottobre 2009, pag. 4.

¹⁴⁷ La direttiva sui requisiti patrimoniali (CRD) introduce un quadro di vigilanza della UE che riflette l'accordo Basilea II, cioè norme in materia di misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali.

¹⁴⁸ Ved. anche la proposta della “*Capital Requirement Directive 2*” in riferimento alla Direttiva 2006/48/CE: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0602:EN:NOT.

¹⁴⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector*, Bruxelles, 11 marzo 2010, pag. 3.

3.3.1.2. Segue: Sistemi di Controllo (Early warning system).....

Nell'arco degli anni gli Stati membri hanno sviluppato sistemi in grado di fornire informazioni tempestive sullo stato di salute delle banche e di suggerire le azioni più appropriate¹⁵⁰, sono i c.d. *Sistemi di controllo*.

Il monitoraggio della solidità delle banche, quindi, si risolve in due diversi tipi di controllo:

- *controllo di tipo cartolare*: consiste nella richiesta alle banche di segnalazioni periodiche contenenti le informazioni necessarie per valutare il rispetto dei *ratios patrimoniali* imposti ai fini prudenziali;
- *controllo di tipo ispettivo*: è volto a verificare periodicamente l'attendibilità delle informazioni oggetto di comunicazione nelle segnalazioni di vigilanza.

In particolare, anche in Italia sono stati adottati sistemi di questo genere: la Banca d'Italia si è dotata di un meccanismo denominato *PAT.R.O.L.* con lo scopo di procurarsi informazioni aggiuntive rispetto a quelle che per legge assume tramite le segnalazioni di vigilanza.

Un altro tentativo è stato il *Fondo interbancario di tutela dei depositi*, che altresì mostro difetti di non poca rilevanza; in primis soffriva delle stesse carenze del controllo proprio della Banca d'Italia, ma poi si limitava ad inviare procedure sanzionatorie interne alle banche di poca efficacia.

3.3.1.3. Segue: Differenze tra i vari strumenti d'intervento.....

L'articolo 136 del *Capital Requirements Directive*¹⁵¹ contiene una lista di strumenti che potrebbero essere presi in considerazione e successivamente integrati con altri che per adesso non sono disponibili alle autorità nazionali come ad esempio il potere di richiedere la sottoscrizione di un piano di risanamento, il rafforzamento dei

¹⁵⁰ RUOZI R., *Economia e gestione della banca*, 2006, EGEA, Milano, cit., pagg. 347-348.

¹⁵¹ Ved. *Articolo 136 Direttiva 2006/48/CE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (rifusione)*: "Le autorità competenti esigono che ciascun ente creditizio che non soddisfa i requisiti della presente direttiva adotti tempestivamente le azioni o le misure richieste dalla situazione. A tali fini, tra le misure a disposizione delle autorità competenti figurano le seguenti:

a) obbligare gli enti creditizi a detenere fondi propri superiori al livello minimo fissato dall'articolo 75;
b) chiedere il rafforzamento dei dispositivi, processi, meccanismi e strategie messi in atto per conformarsi agli articoli 22 e 123;
c) esigere che gli enti creditizi applichino una politica di accantonamenti specifica o che riservino alle voci dell'attivo un trattamento specifico con riferimento ai requisiti patrimoniali;
d) restringere o limitare le attività, le operazioni o la rete degli enti creditizi;
e) chiedere la riduzione del rischio connesso alle attività, ai prodotti e ai sistemi di enti creditizi.

L'adozione di tali misure è soggetta al capo 1, sezione 2.

2. Le autorità competenti impongono un requisito patrimoniale specifico, superiore al livello minimo fissato dall'articolo 75, almeno agli enti creditizi che non soddisfano i requisiti fissati agli articoli 22, 109 e 123, o nei confronti dei quali è stata presa una decisione negativa circa gli elementi di cui all'articolo 124, paragrafo 3, se la semplice applicazione di altre misure non sembra in grado di migliorare sufficientemente i dispositivi, i processi, i meccanismi e le strategie entro un periodo di tempo adeguato".

poteri di gestione, il potere di limitare il trasferimento di attività, il potere di iniziare una procedura di riorganizzazione aziendale e il potere di richiedere alla banca di ridurre l'esposizione al rischio negli investimenti.

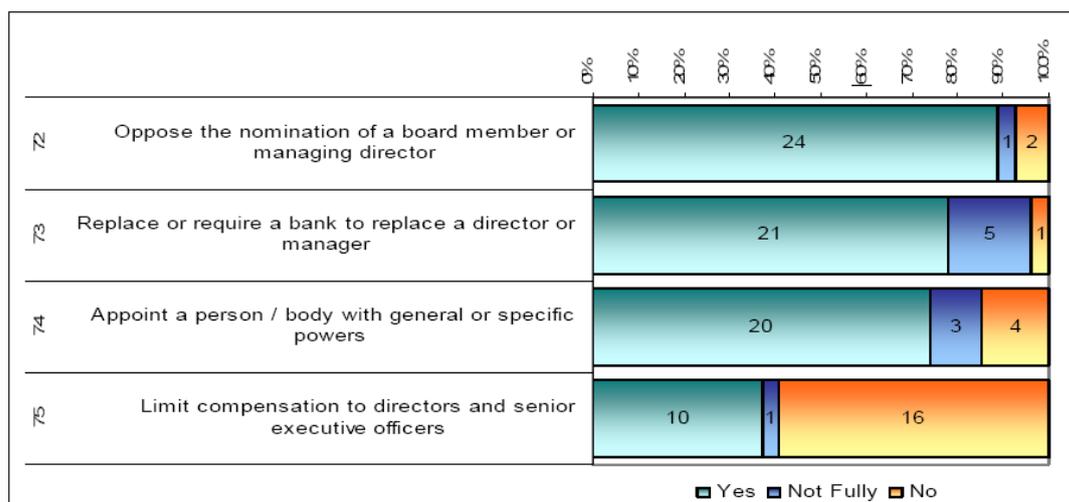
Queste misure lasciano il controllo e l'amministrazione dell'istituto di credito nelle mani del *Consiglio di amministrazione* e comportano un'interferenza minima con i diritti degli azionisti e dei creditori.

Attualmente la disposizione che regola questo tipo di strumenti non è applicata in maniera omogenea degli Stati membri; tant'è che ci sono autorità nazionali che hanno i poteri, persino, di nominare amministratori speciali in sostituzione del Cda (Austria e Luxembourg) e altre che invece possono soltanto nominare supervisor volti al controllo delle decisioni prese dal Consiglio di amministrazione.

Le misure di riorganizzazione non possono essere generalmente imposte se non con il consenso degli azionisti, salvo casi eccezionali. Per esempio in Italia l'amministratore straordinario opera sotto la commissione di sorveglianza che esercita il controllo sulle misure e scelte adottate.

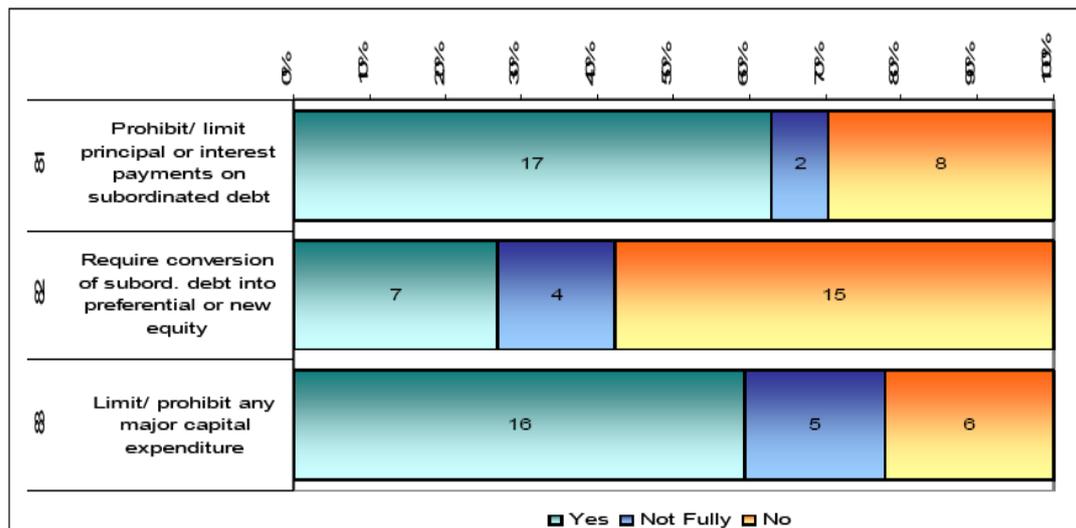
Queste tabelle approfondiscono in un'ottica comparata la situazione attuale, mettendo in luce la disorganicità della materia. Oltre a ciò, mettono in luce la capacità degli stati membri di utilizzare gli strumenti e i poteri d'intervento.

Tabella 1: Poteri dell'autorità competente verso il Cda della banca (Source: CEBS)¹⁵²



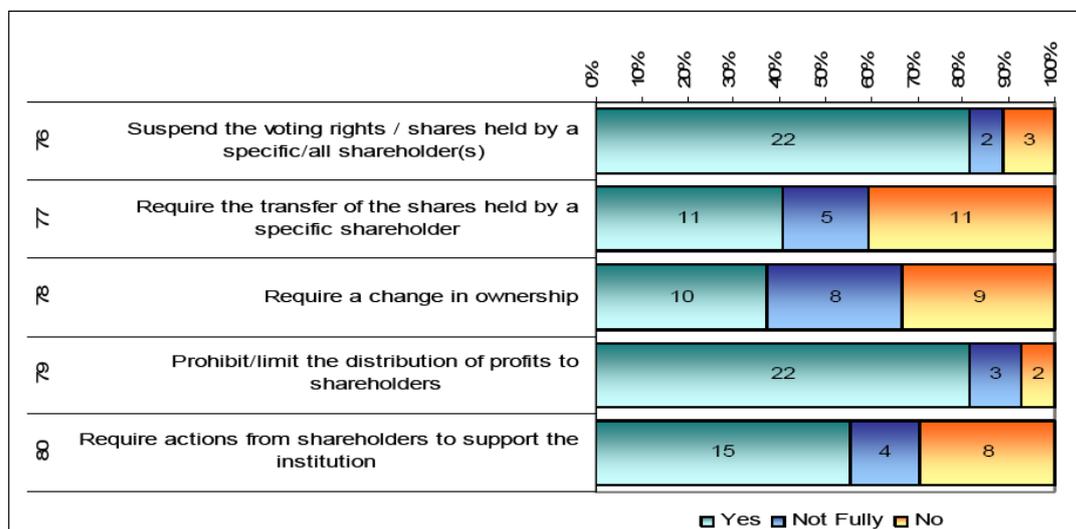
¹⁵² COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pagg. 10-11.

Tabella 2: Misure dirette agli azionisti (Source: CEBS)



Nella tabella sovrastante sono evidenziate le norme a restrizione dei diritti degli azionisti a proposito del mantenimento della stabilità finanziaria e la protezione degli interessi dei depositanti.

Tabella 3: Misure d'intervento in relazione al capitale (Source: CEBS)



Come si vede dalla tabella 3 soltanto una minoranza di autorità nazionali ha il poteri di richiedere la conversione di obbligazioni in azioni, anche se molte possono impedire certe tipologie di impieghi di capitale.

Infine, soltanto sedici autorità nazionali hanno il potere di coordinare i piani di recupero preventivi alla dichiarazione d'insolvenza.

Sarebbe, pertanto, auspicabile che gli Stati membri stipulassero un nuovo accordo contenente un elenco unico di strumenti d'intervento preventivo e di supervisione, partendo da una base legislativa già presente.

3.3.1.4. Segue: Omogeneizzazione dei poteri delle autorità nazionali di vigilanza e miglioramento della comunicazione e della cooperazione tra autorità nazionali.....

Un altro punto importante della consultazione consta nella necessità di armonizzare i suddetti poteri delle autorità nazionali di vigilanza, ma soprattutto nell'incrementare la comunicazione e collaborazione tra esse.

Secondo parte dei soggetti consultati, sarebbe gradita la promulgazione di una nuova normativa europea volta a vincolare gli Stati membri a obblighi di collaborazione minima; purtroppo anche questa è una materia difficilmente regolabile a livello unitario. Altri suggeriscono di investire l'EBA o ad altre autorità europee del ruolo di mediatore nei conflitti e nello scambio d'informazioni tra stati membri.

3.3.1.5. Segue: Trasferimenti di attivi all'intero di un gruppo¹⁵³.....

L'attività di finanziamento intragrupo rappresenta un altro rilevante strumento di prevenzione. In particolare trasferire gli attivi tra un'entità e l'altra finalizzato al finanziamento dell'intero gruppo comporta notevoli vantaggi sotto il profilo delle liquidità e della stabilità. Ci sono, però, alcune problematiche che limitano tale attività per i gruppi transnazionali.

In primis dobbiamo constatare che non esiste un regime europeo¹⁵⁴ che autorizzi al trasferimento di attivi senza una contropartita indipendentemente dal rapporto di controllo tra le società (non si può dimenticare il regime del *transfer pricing* che disciplina proprio queste tipologie di trasferimenti).

In secondo luogo, ci sono casi in cui i trasferimenti di attivi svolti senza considerare le condizioni commerciali possono avere effetti negativi sui creditori e sugli azionisti esponendo così gli amministratori alla responsabilità civile e penale.¹⁵⁵

L'unica possibilità di superamento di tali problematiche sta nell'introduzione del concetto di "interesse del gruppo". Così si potrebbero ridurre i rischi riguardo alla responsabilità degli amministratori collegando il principio dell'interdipendenza e d'interesse reciproco alle condizioni per i trasferimenti di attivi infragrupo. Dall'altra,

¹⁵³ COMMISSIONE EUROPEA, *EUROPEAN COMMISSION Internal Market and Services DG FINANCIAL INSTITUTIONS Banking and financial conglomerates, Commission services' report on 'asset transferability,* 14 novembre 2008: ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/rep141108_en.pdf; COMMISSIONE EUROPEA *Contract ETD/2008/IM/H1/53 implemented by for DBB LAW COMMISSION EUROPEENNE Study on the feasibility of reducing obstacles to the transfer of assets within a cross border banking group during a financial crisis:* ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200908/final_report20091218_en.pdf.

¹⁵⁴ Nella direttiva 2006/48/CE viene specificato solo che la gestione delle esposizioni assunti dagli enti creditizi dovrebbe essere ridotta in maniera autonoma nell'osservanza dei principi di una sana gestione bancaria.

¹⁵⁵ *Relazione dei servizi della Commissione del 14 novembre 2008 sulla trasferibilità degli attivi:* ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/per141108_en.pdf.

però, dovrebbero essere anche previste una serie di garanzie per evitare il ricorso abusivo a tale strumento per scopi criminosi.

3.3.2. Piano di risoluzione.....

Sono le misure adottate dalle autorità nazionali competenti per gestire una crisi che colpisce un gruppo bancario, e per contenerne l'impatto sulla stabilità finanziaria e, se del caso, facilitare la corretta liquidazione dell'intero istituto o di sue parti. Queste misure sono attuate al di fuori dell'attività di vigilanza bancaria e possono essere disposte da autorità diverse dalle autorità di vigilanza, senza tuttavia precludere in nessun modo un coinvolgimento di queste ultime¹⁵⁶.

Quasi la totalità degli Stati membri si è mostrata disponibile all'idea di introdurre a livello europeo procedure "amichevoli" di risoluzione della crisi.

Rispetto a ciò, tuttavia, sono sorte questioni non di poco conto: prima di tutto la *Banca Centrale Europea* ha sottolineato come tale soluzione contrasti con il principio generale della libertà nel mercato interno¹⁵⁷; per di più, come evidenziato dai rappresentanti delle associazioni di categoria, è estremamente importante evitare che le notizie in relazione alle procedure di risoluzione intraprese dalle banche non siano diffuse nel mercato altrimenti si potrebbe avere un'influenza dello stesso ottenendo così l'effetto contrario rispetto alla stabilità del sistema bancario.¹⁵⁸

Al momento le competenze in materia sono lasciate alle autorità nazionali le quali inevitabilmente utilizzano procedure e strumenti di risoluzione differenti. Questo, ovviamente, è un problema in caso di gruppi bancari transnazionali in quanto ogni singola controllata sarà sottoposta alla procedura dello stato di appartenenza. Mentre le semplici filiali saranno assoggettate alla procedura della capogruppo.

Ci sono Stati membri come l'Inghilterra che prevedono la costituzione di una banca speciale al fine della riorganizzazione di una banca in crisi, oppure casi come l'Italia in cui l'autorità nazionale ha il potere di nominare un amministratore speciale, ovvero come la Germania in cui è intrapresa una procedura d'insolvenza giudiziale.¹⁵⁹

¹⁵⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale *relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*, Bruxelles, 20 ottobre 2009, pag. 4, cit..

¹⁵⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector*, Bruxelles, 11 marzo 2010, pag. 3.

¹⁵⁸ Ved. BBA, *BBA response to commission staff working document on EU CROSS BORDER CRISIS MANAGEMENT FRAMEWORK*, 2 febbraio 2010, paragrafo 11.

¹⁵⁹ In questo senso COMMISSIONE EUROPEA, *Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank on an EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pag. 47.

In questo contesto, pertanto, si sono evidenziate delle mancanze nella gestione di situazione di crisi:

- Mantenimento della sicurezza e solidità del sistema finanziario;
- Prevenzione di qualsiasi effetto di contagio;
- Salvaguardia degli interessi dei depositanti, azionisti, creditori, clienti e impiegati;
- Disponibilità degli istituti creditizi all'applicazione di procedure preventive o di risoluzione.

La nuova disciplina cercherà proprio di andare a colmare questi vuoti normativi.

3.3.2.1. Segue: Obiettivi di un quadro omogeneo.....

In seguito alla consultazione pubblica si è tracciato un chiaro quadro degli scopi complessivi: introdurre strumenti comuni a tutti gli stati membri, allocare le perdite derivanti dalla crisi presso gli azionisti e meno sui creditori, minimizzare gli effetti economici di un fallimento bancario ed evitare che sia violato il diritto di proprietà tutelato dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.¹⁶⁰

Nell'ambito di un regime specifico per affrontare l'insolvenza delle banche vengono in rilievo anche altri obiettivi d'interesse pubblico come quello di salvaguardare la stabilità finanziaria, la continuità nei servizi e l'integrità del sistema di pagamento.

Quanto detto vale a dire che le perdite causate da una crisi bancaria non devono ricadere sui Governi degli Stati membri, e quindi sui contribuenti, ma sugli azionisti e, parzialmente, sui creditori. Questo è indispensabile al fine di evitare il rischio morale (*moral hazard*) connesso all'idea che le banche troppo grandi, o troppo interconnesse tra loro per fallire, sono salvate con denaro pubblico.¹⁶¹

3.3.2.2. Segue: Differenze negli assetti nazionali.....

Come abbiamo visto nel capitolo precedente le misure europee vigenti in materia di insolvenza bancaria hanno una portata minima: riguardano soltanto l'intervento delle autorità nazionali di vigilanza e il mutuo riconoscimento delle procedure di insolvenza per le succursali di banche transfrontaliere.

In particolare gli articoli 8 e 19 Direttiva 2001/24/CE¹⁶² prevedono che il

¹⁶⁰ Su www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0D3304D1-F396-414A-A6C1-97B316F9753A/0/ITA_CONV.pdf.

¹⁶¹ Ved. *Dichiarazione capi di stato o di governo del G20 a Pittsburgh*, 24-25 settembre 2009, <http://mediacenter/129639.htm>.

¹⁶² *Articolo 8 - Succursali di enti creditizi di paesi terzi*: "1. Le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro ospitante una succursale di un ente creditizio con sede legale fuori della Comunità, sono tenute a informare immediatamente, con ogni mezzo, della propria decisione di adottare un

risanamento o la liquidazione di un ente creditizio con succursali all'estero devono essere avviati o effettuati nell'ambito di un'unica procedura da parte delle competenti autorità dello stato membro di origine .¹⁶³

La medesima normativa non considera nello specifico il caso di gruppi bancari transfrontalieri composti da una società capogruppo con controllate in altri Stati membri. Oltretutto non è da sottovalutare che una risoluzione transfrontaliera diviene sempre più complessa all'aumentare delle differenze tra le misure ed i requisiti procedurali dei vari stati coinvolti.

3.3.2.3. Segue: Strumenti necessari (Banca ponte, manager straordinario, bad/good bank) e tempistiche d'intervento.....

Al momento è presente una vasta gamma di possibili strumenti utilizzabili al fine della risoluzione/liquidazione dell'ente creditizio, considerando anche che le autorità nazionali di vigilanza si stanno accordando su un elenco minimo di misure a supporto della finanza pubblica¹⁶⁴:

- Il potere di organizzare l'acquisizione da parte di acquirenti del settore privato;
- Il potere di trasferire beni e responsabilità in una banca ponte;
- Il potere di trasferire parzialmente i beni costituendo una "bad bank"¹⁶⁵ e una

qualsiasi provvedimento di risanamento nonché degli effetti concreti di tale provvedimento, possibilmente prima della sua adozione oppure subito dopo, le autorità competenti degli altri Stati membri ospitanti nei quali l'ente abbia creato succursali che figurano nell'elenco di cui all'articolo 3, paragrafo 11, della direttiva 2000/12/CE, pubblicato annualmente nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Le informazioni sono trasmesse dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante le cui autorità amministrative o giudiziarie decidono l'applicazione del provvedimento. 2. Le autorità amministrative o giudiziarie di cui al paragrafo 1 si sforzano di coordinare le loro azioni".

Articolo 19 - Succursali di enti creditizi di paesi terzi: "1. Le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro ospitante di una succursale di un ente creditizio con sede legale fuori della Comunità sono tenute a informare immediatamente, con ogni mezzo, della propria decisione di aprire una procedura di liquidazione e degli eventuali effetti concreti di tale procedura possibilmente prima dell'apertura di quest'ultima, oppure subito dopo, le autorità competenti degli altri Stati membri ospitanti nei quali l'ente abbia stabilito succursali che figurano nell'elenco di cui all'articolo 11, della direttiva 2000/12/CE, pubblicato annualmente nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Le informazioni sono trasmesse dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante menzionato in primo luogo. 2. Le autorità amministrative o giudiziarie che decidono di aprire la procedura di liquidazione di una succursale di un ente creditizio con sede legale fuori della Comunità informano le autorità competenti degli altri Stati membri ospitanti dell'apertura di una procedura di liquidazione e della revoca dell'autorizzazione. Le informazioni sono trasmesse dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante che ha deciso di aprire la procedura, competenti per la vigilanza sugli enti creditizi. 3. Le autorità amministrative o giudiziarie di cui al paragrafo 1 si sforzano di coordinare le loro azioni. Anche gli eventuali liquidatori si sforzano di coordinare le loro azioni".

¹⁶³ Per approfondimenti DBB Law, *Study on the feasibility of reducing obstacles to the transfer of assets within a cross border banking group during financial crisis and of establishing a legal framework for the reorganization and winding-up of cross border banking groups*, 2008.

¹⁶⁴ COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *on an EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pag. 47.

¹⁶⁵ Cfr. VISENTINI G., *Le crisi bancarie in Italia: un approccio interdisciplinare, Incontro di studio*, Roma, 9 dicembre 1998, pagg. 1-10, nota 6: "Gli strumenti di intervento non disposti formalmente sono:

“good bank”;

- Il potere di assistere le vendite di parte dell’impresa bancaria ad acquirenti del settore privato;
- Il potere di nazionalizzare le banche in crisi.

All’interno di queste grandi categorie esistono ulteriori differenze in base alle scelte che adottate dagli Stati membri.

Come primo passo questi devono scegliere se applicare il diritto fallimentare delle società oppure optare per un regime speciale per le banche¹⁶⁶. La valutazione è importante nella misura in cui a seconda del regime di risoluzione assunto si influenza il risultato e gli obiettivi predisposti: “Bank specific regimes generally seek to achieve broader social objectives including the preservation of financial stability, continuity of key banking services, protection of insured depositors and the minimisation of costs to the public; In the case of corporate insolvency law, by contrast, objectives pursued are aimed at achieving fair and predictable treatment of creditors and maximisation of asset value in the interest of creditors.”¹⁶⁷

Successivamente, devono esprimere una preferenza in ordine alle modalità di procedura: intraprendere un procedimento giudiziale, ovvero far condurre la gestione da un’autorità amministrativa. “General corporate insolvency proceedings are invariably initiated and overseen by the courts and carried out by court-appointed officials”. E “bank-specific regimes can on the other hand be either court based or administrative. In certain cases the administration is conducted by administrative authorities, although this may be subject to judicial oversight, and the liquidation proceedings remain under the control of the judicial authorities.”¹⁶⁸

Un singolare istituto è il *credito di ultima istanza (CUI)*, cioè il rifinanziamento erogato dalla banca centrale al sistema bancario. Questo strumento, che è già nelle disponibilità delle autorità creditizie, ha come obiettivo di normalizzare la liquidità del sistema, al fine di stabilizzare i volumi dei crediti erogati e dei mezzi di pagamento in

(...) *Intervento della Banca Centrale come prestatore di ultima istanza (...) Costituzione di una bad bank*. Si considera ancora, a titolo esemplificativo, la vicenda del Banco di Napoli. Si è ripulito il bilancio del Banco spostando i crediti incagliati in una controllata (Società di gestione degli attivi-Sga) che, grazie ad una deroga di Banca d’Italia, non sarà consolidata nel bilancio dell’Istituto Partenopeo, in attesa che la crisi venga ripianata. La bad bank ha al suo attivo i crediti in sofferenza e al passivo il finanziamento che per pari importi il Banco le ha erogato con la finalità dell’acquisto dei crediti. Le perdite generate dalla società rifluiscono nel Banco, dove saranno neutralizzate dal differenziale che in Banco stesso lucrerà tra l’interesse passivo dell’1% per anticipazioni sovvenute da Banca d’Italia e gli interessi attivi ottenuti con l’utilizzo delle anticipazioni stesse (meccanismo del Decreto Sindona).

¹⁶⁶ Ved. IMF, *Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Frameworks for bank Insolvency*, 2009.

¹⁶⁷ COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pagg. 25-26.

circolazione e i relativi tassi d'interesse, e di svolgere una funzione di garanzia della stabilità del sistema bancario.¹⁶⁹

La questione legata all'erogazione del CUI assume rilevanza considerando che al momento siamo di fronte ad una situazione di globalizzazione dei sistemi finanziari sia a livello europeo che internazionale. E, quindi, secondo il principio dell'*home country control* si estende alla banca centrale del Paese di origine la responsabilità del CUI, anche quando non vi sia coincidenza tra autorità di vigilanza e la banca centrale.

Sarebbe pertanto opportuno che un istituto di questo tipo venisse armonizzato a livello europeo per incentivare la cooperazione tra Stati membri in ordine alla costituzione di un sistema bancario unico.

Misure collaterali a supporto del piano di risoluzione¹⁷⁰

Per completare il quadro di misure utili ad un piano di risanamento è indispensabile considerare alcuni aspetti specifici seppur secondari:

- Continuità nei servizi¹⁷¹:

Durante le misure di riorganizzazione aziendale è auspicabile l'adozione di meccanismi volti al mantenimento dei servizi di pagamento per i clienti tramite la costituzione di una "banca ponte".

Di contro, però, è necessario restringere i diritti dei terzi di terminare il contratto in caso di novazione soggettiva onde evitare che alcuni soggetti abusino della propria posizione.

- Parziale trasferimento dei beni:

Le autorità di vigilanza, in casi specifici, hanno il potere di far trasferire parte o tutte le attività della banca in crisi ad un'altra entità.

Facendo ciò, inevitabilmente i diritti dei creditori sono lesi: se la scissione in due entità si traduce in una società insolvente, i creditori che rimangono in questa si trovano in uno stato svantaggioso rispetto ai creditori trasferiti nella "banca ponte"; in aggiunta il trasferimento parziale di proprietà può interferire con le strutture commerciali e con gli accordi di compensazione, con gli interessi di sicurezza e di finanza strutturata. Ciò potrebbe avere gravi conseguenze.

¹⁶⁸ Op. cit.

¹⁶⁹ RUOZI R., *Economia e gestione della banca*, 2006, EGEA, Milano, pagg. 352 e 357, cit..

¹⁷⁰ COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pag. 37.

¹⁷¹ COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *on an EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pag. 58.

Soglie e tempistiche d'intervento

Al fine di disciplinare un regime europeo di risoluzione chiaro ed efficace è indispensabile definire le condizioni per le quali le autorità di vigilanza possono intervenire.

Ogni intervento che vada a ledere gli interessi e i diritti degli azionisti e dei creditori deve essere commisurato alla gravità dei problemi dell'ente creditizio e giustificato da legittime considerazioni di pubblico interesse.

Un corretto provvedimento prevede che l'autorità nazionale di vigilanza intervenga prima che la banca sia insolvente a termini di bilancio, ossia prima che abbia raggiunto la soglia che fa scattare le procedure ordinarie d'insolvenza.

Siffatto risultato potrebbe essere raggiunto da una parte attraverso la fissazione di valori soglia regolamentari, dall'altra con considerazioni d'interesse pubblico più generali. In concreto le soglie d'intervento adottate dalla maggior parte degli Stati membri sono:¹⁷²

- *"illiquidity threshold"*: caso in cui il soggetto debitore è incapace di adempiere alle obbligazioni da lui assunte;
- *"balance sheet threshold"*: caso in cui il bilancio dell'azienda mostra un valore negativo netto.

In alcuni casi è consentito un intervento preventivo sulla base delle *"regulatory thresholds"*.

Infine, ci sono alcuni Stati membri, come l'Italia, che considerano la stabilità finanziaria una condizione per l'applicabilità delle misure di risoluzione.

3.3.2.4. Segue: Tutela diritti degli azionisti.....

Nel contesto di banche quotate in borsa per la tutela della governance societaria è fondamentale disporre di un quadro solido a tutela di diritti degli azionisti. Adesso il diritto comunitario dispone alcuni requisiti obbligatori:

- Diritto di approvazione assembleare per aumento/diminuzione del capitale;¹⁷³
- Diritto di approvazione assembleare per fusioni o scissioni;¹⁷⁴
- Diritto di prelazione sugli strumenti finanziari emessi;
- Diritto di non subire diminuzione del valore delle azioni.

Indiscutibilmente, tali diritti non costituiscono di norma ostacolo

¹⁷² COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pag. 33.

¹⁷³ Articolo 58 Second Council Directive 77/91/EEC.

all'approvazione di misure di risanamento giacché una volta approvate dall'organo assembleare gli azionisti si assumono il rischio delle stesse.

Il problema, allora, sorge allorquando, date esigenze di urgenza e celerità, l'autorità di vigilanza deve intervenire prima che la crisi finanziaria raggiunga lo stato finale dell'insolvenza e viola così il principio della previa approvazione assembleare delle misure da parte degli azionisti. E' pertanto auspicabile che la futura normativa regoli questa tematica.

La maggior parte degli Stati membri è concorde nel prevedere casi eccezionali e di emergenza in cui limitare i diritti degli azionisti affinché possa essere tutelata la stabilità finanziaria del mercato.¹⁷⁵

Appare esserci anche un notevole consenso in ordine all'intenzione di limitare i comportamenti abusivi e fraudolenti degli azionisti nell'utilizzo di aiuti derivati da interventi di salvataggio statali.

Analogamente, non è possibile trasferire attività o proprietà da una banca in crisi previa approvazione dell'assemblea se c'è lesione del diritto di proprietà dei titolari degli strumenti finanziari tutelato dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*¹⁷⁶.

In conclusione, è assai importante tenere presente l'equilibrio che si viene a creare tra gli interessi pubblici in generale e i diritti degli azionisti nello specifico. Questa tabella¹⁷⁷ esemplifica molto bene l'impatto che potrebbe avere l'introduzione di una nuova disciplina sui vari soggetti interessati.

¹⁷⁴ Articolo 54 Third Council Directive 78/855/EEC e Direttiva 2005/56/CE.

¹⁷⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector*, Bruxelles, 11 marzo 2010, pag. 6.

¹⁷⁶ Articolo 1 *Convenzione europea dei diritti dell'uomo – protocollo I - Protezione della proprietà*: “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. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.

¹⁷⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank on an EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pag. 40.

Key Stakeholders / Policy options	Banking Industry	Supervisors/Crisis management authorities	Creditors	Shareholders	Bank Employees	Depositors	Bank customers	Taxpayers
Baseline	+/- Expectation that in the absence of alternatives, banks will be saved, but risks to financial stability	- Absence of clear incentives to fully cooperate and coordinate combined with lack of harmonised tools	- Legal uncertainty	+/- Continued protection of rights under EU and national legislation, but uncertainty about how resolution measures will be applied	- Uncertainty about how a banking group would be resolved and how it might impact employees	- Uncertainty about how cross-border deposits would be treated in event of bank failure	- Uncertainty around the continuity of the banking operation in a crisis situation.	- Absence of clear framework tailored for ailing banks will result in increased fiscal burdens
Introduction of an EU bank resolution framework	+/- Improved financial stability, but no bank would be too big to fail and resolution outcomes could entail radical changes in operation and structure.	+ Improved incentives and ability to cooperate. Better chances for optimal solutions (all interests taken into consideration and solutions optimised at EU level)	+ Clearer framework would improve prospects of equal treatment across the group, with better prospects for maintenance of continuous operation	+/- Potential loss of protection under EU and national laws, but greater certainty about when and how authorities are allowed to act, backed, when necessary, by safeguards and compensation mechanisms	+/- Ability of authorities to cooperate and manage problems in a group would increase chances of effective early intervention but enhancing the option to allow a bank to fail may result in job losses.	+ More certainty about effective cross-border handling and focus on continuity of services should allow depositors to benefit from cross-border competition	+ Maintenance of continuous banking services.	+ A new framework to enable effective crisis management should reduce fiscal burdens
Scaling back of cross border groups	- Damage to cross-border bank business models and to international competitiveness, higher cost, lower synergies, lower profitability.	+ Less need to cooperate, reduced risk of conflicts, clearer responsibilities.	+/- More certainty about treatment, but possible unequal treatment across the group	+/- Less profitable firms as a result of less efficient business models, but greater certainty about how resolution would apply at national level, more adapted to national circumstances	+/- More clarity that resolution will take place at national level – but possible negative impacts on cross-border business models and competitiveness	+/- More clarity about deposit protection, but fewer cross-border opportunities and higher prices for services due to reduced competition	- Limited choices for banking products and potentially higher pricing due to lower competition	+/- National solutions maybe suboptimal at EU level, certain countries may bear higher fiscal cost. More certainty would reduce risk that national taxpayers might contribute to resolution in other Member States

Legend: + overall positive effect, - overall negative effect, +/- overall mixed effect

3.3.2.5. Segue: Tutela diritti dei creditori.....

Nell'adozione di misure di risoluzione, oltre agli azionisti, devono essere presi in considerazione anche i creditori. Per questo è necessario che la normativa a livello europeo contempra garanzie adeguate per proteggere gli interessi di questi.

Si potrebbe pensare ad esempio a *sistemi di indennizzo* che garantiscano che i creditori non si trovino in una situazione peggiore di quella in cui si sarebbero trovati se la banca a cui si applica il dispositivo di risoluzione fosse stata liquidata applicando la normativa vigente in materia di insolvenza.

Tutela delle controparti contrattuali

Inoltre ci sono anche altri soggetti che meritano sufficienti garanzie, le controparti contrattuali. Questi, naturalmente, hanno l'interesse a non modificare, ovvero a non mutare in maniera significativa, gli accordi di compensazione e i meccanismi di finanziamento strutturato preventivamente stipulati. E quindi la tutela dovrà agire in questo panorama.

3.3.3. Insolvenza.....

Il concetto d'insolvenza consiste nella liquidazione di un'impresa nell'ambito del regime in vigore in ambito nazionale.¹⁷⁸

In accordo con la disciplina vigente - Direttiva 2001/24/CE in materia di

¹⁷⁸ COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*, Bruxelles, 20 ottobre 2009, pag. 4, cit..

risanamento e liquidazione degli enti creditizi integrata nella disciplina nazionale (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) – tutte le liquidazioni intraprese nell’ambito di una misura di risoluzione devono rispondere alla normativa nazionale ed eventualmente ad accordi che siano presi tra autorità nazionali di vigilanza in materia d’insolvenza. Ancora oggi, tuttavia, tale collaborazione tra autorità risulta imperfetta e poco efficace, incapace quindi di far fronte a situazioni di procedure complesse di liquidazione come quelle sorte dal 2008 ad oggi.

Basti pensare al *caso Lehman Brothers*, oramai emblematico per i nostri tempi: “il 15 settembre 2008 la società **Lehman Brothers Holdings Inc.** ha annunciato di trovarsi in condizioni economicamente e finanziariamente critiche così da avvalersi del Chapter 11, la procedura di "fallimento pilotato" prevista dalla legge statunitense, rivelando debiti bancari per \$ 613 miliardi, debiti obbligazionari per \$ 155 miliardi e attività per un valore di \$ 639 miliardi. Questo è tutt’oggi la più grande bancarotta nella storia degli Stati Uniti, e del mondo intero. La società è ancora esistente, fino al completamento della procedura di bancarotta”.¹⁷⁹

Nello specifico, la direttiva in oggetto vieta l’applicazione di misure di insolvenza separate a succursali nell’ambito della legislazione dello Stato ospitante. La direttiva garantisce il riconoscimento reciproco e il coordinamento delle procedure sotto il controllo del Paese di origine, impone un approccio per singole entità attraverso il quale tutti gli attivi e passivi della banca madre e delle sue succursali estere sono risanati o liquidati in quanto unico soggetto giuridico nel quadro della legislazione dello Stato di origine, tranne le deroghe esclusivamente precisate nella direttiva. La direttiva tuttavia non prevede il consolidamento delle procedure di insolvenza per soggetti giuridici separati all’interno di un gruppo bancario e non si prefigge l’armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di insolvenza.¹⁸⁰

Le possibili opzioni per migliorare il quadro legislativo odierno sono svariate; si potrebbe realizzare un sistema obbligatorio di collaborazione e scambio d’informazioni¹⁸¹ tra autorità amministrative e giudiziarie dei vari stati membri, ma non

¹⁷⁹ Cfr. BENCINI R., *Il caso Lehman Brothers: Cause di default e prospettive di tutela* (www.associazionepreite.it/materiali/Il_caso_Lehman_Brothers_def.pdf).

¹⁸⁰ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale *relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*, Bruxelles, 20 ottobre 2009, pag. 17, nota 27.

¹⁸¹ COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, pag. 48, paragrafo 144: “The first – a framework for cooperation and exchange of information – would entail EU rules requiring courts and insolvency officials to exchange information in respect of the different group entities under resolution. However, the insolvency of the individual group entities would continue to be conducted in

solo sarebbe auspicabile l'introduzione del concetto di "amministrazione capofila"¹⁸² (ovvero un'autorità nazionale che coordina tutte le altre procedure di insolvenza intraprese negli altri Stati membri).

3.3.3.1. Segue: Esigenza di armonizzazione delle misure di liquidazione e del regime d'insolvenza a livello bancario.....

E' evidente che nella legislazione odierna in relazione alla gestione delle crisi di gruppi bancari transfrontalieri si creano situazioni di discriminazione tra succursali dato l'approccio per entità separate.

Anche Mario Draghi, Governatore della *Banca d'Italia*, nelle "Considerazioni finali Assemblea Ordinaria dei Partecipanti Roma, 31 maggio 2010 anno 2009 - centosedicesimo esercizio"¹⁸³ tenutasi il 31 maggio 2010 a Roma ha espresso un parere favo-

accordance with the applicable national insolvency regime. Going further, a new EU instrument might also provide a framework for coordinated stabilisation or reorganisation plans and, in the context of reorganisation or liquidation, facilitate the coordination of the use and disposition of assets, use of avoidance powers and distributions to creditors. Such measures might address some of the problems experienced in the liquidation of affiliated entities where there has been significant co-mingling of assets".

¹⁸² COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Brussels, 2009, pag.48, paragrafo 145: "The second approach would facilitate a more directed coordination of national proceedings in relation to group entities by a 'lead' administrator or liquidator. EU rules would determine the identity of that lead practitioner in a way that was consistent with the principal focus of its business activities. . Such rules might also include procedures for the adoption of a coordinated stabilisation or reorganisation plan and for decision-taking in accordance with agreed objectives. More radically, this approach could provide for the nomination of the same insolvency administrator to all the group members concerned. Those proceedings would be conducted in accordance with the applicable national insolvency regime".

¹⁸³ Rinvio alle pagg. 4-5: "Dall'inizio della crisi il Financial Stability Board (FSB) è stato investito dalle massime istanze politiche mondiali della responsabilità di disegnare il quadro regolamentare in cui opererà l'industria finanziaria negli anni a venire. Ho più volte descritto le linee che hanno guidato, che guidano questo disegno; come esse traggano dalla diagnosi delle debolezze del passato la traccia per l'azione presente e futura; come l'obiettivo finale del lavoro sia quello di rendere il sistema più solido di fronte alle crisi. Alcune potranno essere prevenute; altre saranno inevitabili, ma possiamo agire per limitarne danni e contagio. L'agenda si sviluppa su quattro filoni:

- i) definire regole generali per le banche: un patrimonio più robusto, una leva finanziaria più contenuta, il controllo dei rischi di liquidità ne sono i pilastri;
- ii) introdurre disposizioni specifiche per gli intermediari sistemici, dirette a ridurre la probabilità di un loro eventuale fallimento; a permetterne, ove questo si produca, una gestione ordinata e arginarne il contagio;
- iii) ridurre la rilevanza dei rating nella supervisione, al tempo stesso accrescendo la concorrenza tra le agenzie di rating e controllando efficacemente l'integrità dei loro processi decisionali, la trasparenza dei loro giudizi;
- iv) aumentare la trasparenza delle contrattazioni sui mercati finanziari già regolamentati; ricondurre i mercati *over the counter* entro un quadro di regole globalmente condivise che impongano contratti standard e il regolamento delle transazioni presso controparti centrali assoggettate a vigilanza.

Per il primo blocco di riforme la convergenza internazionale deve essere massima, altrimenti l'arbitraggio regolamentare e l'integrazione tra i mercati ne vanificheranno l'applicazione. Per il secondo blocco è più opportuno parlare di armonizzazione minima: tutti dovranno prendere delle misure nei confronti degli intermediari sistemici, ma è illusorio pensare che modi e tempi di attuazione siano gli stessi per tutti i paesi, perché troppo grande è la diversità di istituzioni, mercati, modelli di business, storie economiche. Solo quando governi e regolatori potranno lasciar fallire le istituzioni che lo meritano, senza provocare cata-

revole affinché si proceda all'armonizzazione internazionale delle norme in materia d'insolvenza onde evitare che si continui ad applicare procedure di insolvenza per entità separate a strutture societarie complesse.

Necessariamente, questo tipo d'intervento legislativo a livello comunitario non può non considerare altresì una rivisitazione delle considerazioni politico-legislative anche su altri rami del diritto nazionale come il diritto commerciale e il diritto dei contratti.

In ultimo, quindi, sarebbe augurabile che fosse proposto un regime speciale di insolvenza separato e autonomo per i gruppi bancari transfrontalieri nell'Unione Europea in sostituzione ai regimi nazionali. Soprattutto sarebbe opportuna una profonda riflessione che imponga obbligatoriamente l'applicazione di tale regime in casi di importanza sistematica.

3.3.3.2. Segue: Trattamento integrato di gruppi societari.....

Il raggiungimento di un'effettiva soluzione normativa è subordinato all'integrazione di alcuni principi di diritto societario degli Stati membri. Come abbiamo già detto, nella maggior parte di questi, come per esempio in Italia, il gruppo di società non è considerato come un'unità giuridica. In alcune normative di Stati membri si contemplano determinate tecniche che permettono di applicare le misure di insolvenza unitarie limitatamente ad entità che si trovano su uno stesso territorio ovvero soggette alle stesse disposizioni in materia di insolvenza.

Allora l'unico modo di poter superare le disparità e le inefficienze, che si fanno sentire nell'approccio per singole unità, è quello di introdurre il concetto di gruppo come unica impresa a livello giuridico.

3.4. Posizione dei più importanti Paesi europei.....

A questo punto dell'analisi della *Consultazione Pubblica relativa ad un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario* ritengo coerente esaminare la posizione che alcuni dei più importanti Stati europei hanno assunto.

Questo certamente permette di svolgere uno studio comparato valido ai fini di una comprensione maggiore delle problematiche giuridico-economiche, ma soprattutto conveniente per vedere gli effetti a livello politico-sociale sui vari Paesi.

strofi come quella seguita al fallimento di Lehman, essi avranno riacquisito vera indipendenza rispetto all'industria dei servizi finanziari”.

3.4.1. Italia.....

L'Italia nel corso di questi mesi ha espresso, attraverso fonti amministrative (es. *Banca d'Italia*) ovvero associazioni di categoria (es. *Associazione bancaria italiana*), la sua posizione sulle possibili vie di fuga dalla crisi finanziaria e modalità d'intervento legislativo a livello europeo.

In particolare, L'ABI nel "*The ABI response to the Commission's Communication an EU cross-border frame work in the banking sector*" Consultation's questions pubblicata a Roma il 20 gennaio 2010 a pagina 2 insiste nel dichiarare che se l'Europa crede fortemente in un mercato comunitario unico dei servizi finanziari non può adesso non disporre di regole comuni nelle modalità di supervisione delle banche e nella gestione delle crisi dei gruppi bancari transfrontalieri. Questi sono obiettivi legislativi vitali per continuare a mantenere stabilità finanziaria e continuazione nell'erogazione di servizi bancari.

E', tuttavia, vantaggioso in questa sede cogliere le condizioni di diversità del *mercato bancario italiano*.

Le differenziazioni tra Paese e Paese, anche dell'Area Euro sono naturalmente il riflesso delle difformi strategie che sono state adottate nel tempo dai singoli sistemi europei, frutto della combinazione di molteplici fattori, quali, fra gli altri, i modelli di *business* prevalenti in ciascun Paese, i fattori sociali e culturali e le caratteristiche della clientela.

Per quel che concerne la composizione dell'attivo si deve evidenziare in primo luogo la prevalenza della voce dei finanziamenti a clientela residente nell'Area Euro delle banche italiane, la cui quota sul totale attivo è di quasi il 50%, un valore superiore alla media Area Euro (36,2%) ed alla media dei principali 4 Paesi considerati (Germania, Francia, Spagna ed Olanda: 43,1%). Solo la Spagna si colloca su un valore superiore (oltre il 60%).

Altrettanto rimarchevoli sono le differenze nella composizione del passivo. Sul mercato bancario italiano così come in quello tedesco, spagnolo e olandese si rilevano quote sul totale delle passività della raccolta diretta (depositi a residenti e obbligazioni) superiori al 50%. Incidenza che per la Francia si posiziona al 34,6% ed al 45,4% nella media di Eurolandia. Le banche italiane e quelle tedesche sono quelle che fanno il maggior ricorso all'emissione di obbligazioni con quote intorno al 20% (15,2% nella

media Area Euro, appena il 14% in Francia ed in Olanda)¹⁸⁴. I punti su cui l'Italia auspica un intervento sono principalmente due:

- definire regole bancarie generali come un patrimonio più robusto, una leva finanziaria più contenuta e il controllo dei rischi di liquidità;
- introdurre norme specifiche per gli intermediari sistemici, volti a ridurre la probabilità di un loro eventuale fallimento e a permetterne, ove questo si produca, una gestione ordinata e arginarne il contagio;

Per quanto riguarda il primo punto una parziale risposta si è già avuta con la disposizione del nuovo accordo *Basilea 3* sui requisiti patrimoniali delle banche adottato il 13 Settembre 2010. In ossequio a ciò l'ABI ha già espresso un suo parere: "In vista della riunione del Comitato di Basilea, che dovrebbe affrontare, tra gli altri, il tema della fissazione dei nuovi coefficienti minimi di capitale, l'Associazione Bancaria Italiana auspica che sia tenuto nella massima considerazione il differente peso che le banche rivestono per il finanziamento dell'economia nei diversi Paesi. Nell'Europa continentale il canale bancario è preponderante rispetto a quello di mercato. Se la decisione del Comitato comportasse, oltre alle misure già annunciate, in ordine alle quali abbiamo da tempo chiesto importanti modifiche, un innalzamento degli attuali coefficienti minimi di patrimonio, ne deriverebbe una penalizzazione dell'economia, attraverso una diretta riduzione di risorse disponibili per il suo finanziamento. Ribadiamo quindi la necessità che le esigenze di stabilità e di risposta tempestiva alla crisi non vadano ad incidere sulla crescita e lo sviluppo rendendo complicati i rapporti tra banche e imprese. Non vi può essere stabilità, infatti, in assenza di una vigorosa ripresa".

A tal fine sarà anche determinante la previsione di un periodo transitorio sufficientemente lungo e sfasato rispetto ai tempi del consolidamento della ripresa economica. Inoltre il periodo transitorio sarà necessario per consentire, attraverso clausole specifiche, di tener conto delle caratteristiche dei diversi modelli di business delle banche e dei differenti contesti nazionali, normativi e fiscali. Per le banche italiane è fondamentale che siano previste soluzioni che consentano, ai fini del computo del patrimonio di vigilanza, un equo trattamento degli avviamenti e delle imposte differite attive. Queste ultime in particolare non derivano da perdite di bilancio ma da un penalizzante regime fiscale degli accantonamenti su crediti. Svantaggi competitivi potrebbero infatti emergere da una sottovalutazione di questi aspetti. E' condizione indispensabile che la nuova

¹⁸⁴ FAISSOLA C., SENATO DELLA REPUBBLICA 6a Commissione (Finanze e Tesoro) - *Indagine conoscitiva sulla crisi finanziaria internazionale e i suoi effetti sull'economia italiana*, 28 ottobre 2008, Audizione del Presidente dell'ABI, pagg. 6-7.

normativa trovi attuazione omogenea non solo in Europa ma a livello globale, cominciando dagli Stati Uniti.¹⁸⁵

Tuttavia al termine del vertice dei governatori della *Banca dei regolamenti internazionali (BRI)*, che ha approvato le nuove regole sui requisiti di capitale delle banche, Mario Draghi, governatore della *Banca d'Italia*, ha rassicurato dicendo che le banche italiane «saranno in grado di raggiungere gradualmente i livelli di capitale più alti richiesti dalle nuove regole di *Basilea 3* continuando a sostenere le imprese e l'economia». Secondo Draghi nella fase iniziale di *Basilea 3* le banche italiane «mostreranno livelli di capitale molto superiori agli standard minimi richiesti».¹⁸⁶

Per quanto concerne, invece, il secondo punto *L'ABI* ha comunicato pareri favorevoli in relazione alle soluzioni di politica legislativa che si sono prospettate in seguito alla chiusura della consultazione pubblica su *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*.

In particolar modo ritiene essenziale introdurre strumenti di risoluzione comuni e suddivisi nei tre settori di rilevanza già messi a fuoco dalla Commissione delle Comunità Europee nella *COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE E ALLA BANCA CENTRALE EUROPEA relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*.

Per di più *L'ABI* appoggia, con parziali critiche, la soluzione per cui debba essere istituito un *fondo privato europeo* volto a sopportare la maggior parte dei costi legati alla gestione delle crisi bancarie e identificato un organo a livello europeo come *European Investment Bank (EIB)* che svolga l'attività di gestione del fondo e di organizzazione delle procedure e piani di riorganizzazione.

3.4.2. Francia.....

Danièle Nouy, Segretario Generale della “*Autorité de Contrôle Prudentiel - ACP*”, è intervenuta alla *Conferenza in tema di gestione delle crisi transfrontaliere nel settore bancario* tenutasi a Brussels il 19 marzo 2010.¹⁸⁷

In quest'occasione ha considerato l'importanza di disporre a livello europeo di

¹⁸⁵ Cfr. COMUNICATO STAMPA - *Basilea3: ABI, un eccesso di rigore non penalizzi sviluppo e crescita*, Roma, Palazzo Altieri, 6 settembre 2010: “l'eccesso di rigore non deve penalizzare sviluppo e crescita”.

¹⁸⁶ Ved. “*Trichet: «Basilea 3 elimina l'incertezza» E Draghi: «Istituti sosterranno la ripresa»*” (www.corriere.it/economia/10_settembre_13/trichet-banche_e224a74c-bf32-11df-8975-00144f02aabe.shtml).

una serie di strumenti comuni sia per gli interventi preventivi sia per misure di risoluzione e di riorganizzazione.

Inoltre si è fortemente opposta all'idea di interventi automatici legati alle soglie d'intervento in quanto la realtà è molto più complessa degli schemi giuridici e, quindi, ritiene necessario lasciare un ampio margine di discrezionalità alle autorità nazionali.

Per di più, non è affatto concorde nel prevedere procedure di “*living wills*”¹⁸⁸ poiché l'impatto sui modelli economici e concorrenziali sarebbe enorme, tale da rendere impossibile la gestione della crisi anche da parte del *Pan-European group*¹⁸⁹.

In aggiunta è favorevole allo sviluppo di un regime comune del trasferimento degli attivi attraverso un mutuo riconoscimento del concetto di “*interesse di gruppo*”.

Infine, consiglia:

- di inserire le imprese di investimento nella lista di soggetti destinatari della “*Winding Up Directive*” per ampliare il raggio di applicazione della normativa;
- di sviluppare e migliorare il *Sistema europeo di garanzia dei depositi*¹⁹⁰ già presente sia nelle norme che nella pratica;
- di appoggiare la visione di *Mr Carosio*¹⁹¹ in ordine all'adozione di un approccio cooperativo unico a livello europeo¹⁹².

3.4.3. Germania.....

Sempre in occasione della *Conferenza in tema di gestione delle crisi transfrontaliere nel settore bancario* del marzo scorso Jörg Asmussen, Segretario di stato responsabile per le politiche finanziarie ed europee presso il *Ministero delle Finanze federale tedesco*, argomenta che il problema è più complesso di quanto sembra in quanto gli Stati membri hanno bisogno di poteri capaci di far adottare rapidi trasferimenti di attivi, responsabilità, rischi e oneri contrattuali verso terzi.

A suo dire, il settore finanziario privato dovrebbe provvedere alla costituzione di fondi nazionali per le risoluzioni basate sui contributi dei diversi istituti creditizi sul ri-

¹⁸⁷ NOUY D., Secretary General of the French Prudential Supervisory Authority, *European Commission International Conference - Building a Crisis Management Framework for the Internal Market, Early Intervention: Which new tools for supervisors ?*, Bruxelles, 19 marzo 2010.

¹⁸⁸ Consistono in meccanismi che tendono a salvare, a tutti i costi, i gruppi bancari che già hanno superato le soglie di insolvenza.

¹⁸⁹ *Pan-European Group* è un gruppo internazionale di professionisti con track record di successo nella finanza, nell'industria e nella politica economica. Offre consulenza strategica e finanziari secondo un piano internazionale per lo sviluppo dei servizi (paneuropiangroup.com).

¹⁹⁰ *Direttiva 94/19/CE* del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 1994, *relativa ai sistemi di garanzia dei depositi*.

¹⁹¹ Presidente della commissione di vigilanza bancaria europea (CEBS).

¹⁹² Cfr. *Conference Building a Crisis Management Framework for the Internal Market, Summary of the Panel Discussions*, Bruxelles, 19 marzo 2010, pag. 1.

schio sopportato. Ritiene, inoltre, necessario che gli stati membri si accordino, sarebbe preferibile *ex ante*, sulle regole di divisione degli oneri e delle spese.

Nell'opinione di Hugo Bänziger, Capo dell'ufficio rischi della *Banca Federale Tedesca*, una volta tamponato il problema della solidità della società capogruppo, la questione sulle misure unitarie di gestione delle crisi bancarie passa in secondo piano in quanto l'applicazione di misure di risoluzione diverrebbe un'ipotesi sporadica ed eccezionale facilmente gestibili con i principi generali del diritto della crisi d'impresa degli Stati membri.

Per esempio, nel corso di questi anni di crisi la *Banca Federale Tedesca* ha sempre contato su una parte di "debito privilegiato" (*senior debt*) con il quale avrebbe potuto ricapitalizzare i gruppi bancari fornendo liquidità a tutte le succursali senza la necessità di ricorrere ad un fondo pubblico, ma questo non è stato possibile poiché l'autorità nazionale di vigilanza era priva di poteri impositivi.¹⁹³

3.4.4. Gran Bretagna.....

Paul Tucker, Deputy Governor della *Banca d'Inghilterra*, afferma che i problemi nella gestione delle *Large and Complex Financial Institutions (LCFI)*¹⁹⁴ nascono dalla complessità e dalla dimensione transfrontaliera dell'impresa.

Inoltre, è pienamente convinto che le medesime problematiche sorgerebbero anche laddove una *LCFI* operasse in una singola giurisdizione, quindi priva del profilo transnazionale.

Pertanto, l'unica opzione è quella di individuare un regime speciale di risoluzione che permetta alle autorità di vigilanza di inserire creditori chirografari (*uninsured creditors*)¹⁹⁵ nel rischio sistematico collegato agli oneri debitori della banca prima che divenga insolvente.¹⁹⁶

Questo tipo di operazione potrebbe materialmente permettere una ricapitalizzazione dell'impresa bancaria potendo così continuare a mantenere attivi i servizi finanziari e bancari vitali e, eventualmente, sottoscrivere delle misure di intervento preventivo rimanendo così in *going concern situation*.

In ossequio a ciò, il carattere transnazionale dei gruppi bancari può essere approcciato in due modi (come abbiamo già visto): secondo il criterio della territorialità,

¹⁹³ Conference Building a Crisis Management Framework for the Internal Market, *Summary of the Panel Discussions*, Bruxelles, 19 marzo 2010, pagg. 2-3.

¹⁹⁴ Ved. www.bankofengland.co.uk/publications/fsr/2003/fsr15art3.pdf: "It is a polite term for the bulge bracket banks. The context is that of systemic risk, a topic of particular concern to central banks, financial regulators and the Bank for International Settlements".

¹⁹⁵ Ved. STERN G. H. e FELDMAN R. J., *Too Big To Fail: The hazards of Bank Bailouts*, pagg. 12-13, 29, 40-42, 49, 75, 78-79, 122-123, 147, 162-163, Washington, D.C., 2004.

ovvero svolgendo procedure di risoluzione separate per ogni succursale nelle differenti giurisdizioni sotto i diritti nazionali, oppure il criterio dell'universalità, attraverso il quale intraprendere una singola procedura applicabile sia alla capogruppo che alle succursali all'estero.

Sicuramente, questo secondo criterio è preferibile nell'ottica di incoraggiare la cooperazione tra Stati membri; dall'altra però nascono non poche questioni legate all'indipendenza fiscale e normativa degli stessi.

In conclusione, ritiene che la soluzione migliore sia quella di introdurre il principio dell'universalità, al fine di incentivare la cooperazione tra Stati membri e garantire un equo trattamento tra tutti i creditori, integrato, però, nei casi concreti da interventi volti ad assicurare un certo grado di discrezionalità ed indipendenza delle autorità di vigilanza. Anche questo, purtroppo, non sarà per nulla semplice dato che non c'è convergenza piena tra gli Stati membri attorno alle misure legislative di armonizzazione.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Conference Building a Crisis Management Framework for the Internal Market, *Summary of the Panel Discussions*, Bruxelles, 19 marzo 2010, pag. 2.

¹⁹⁷ Cfr. TUCKER P., *Remarks by PAUL TUCKER DEPUTY GOVERNOR, FINANCIAL STABILITY, BANK OF ENGLAND at the European Commission's Conference on Crisis Management*, Bruxelles, 19 marzo 2010.

- CAPITOLO IV -

Breve riflessione sulla riforma finanziaria 2010 in U.S.¹⁹⁸

4.1. Argomenti della Riforma finanziaria U.S. 2010; 4.1.1. Sezioni 1001-1103: Tutela del consumatore; 4.1.2. Sezioni 101-170: Sistema di avviso avanzato (Advanced Warning System); 4.1.3. Sezioni 701-765: Trasparenza e responsabilità per gli strumenti tossici (derivati); 4.1.4. Sezioni 1151-1108: Supervisione della Banca Federale U.S.; 4.1.5. Sezioni 971-973: Responsabilità della governance aziendale; 4.1.6. Sezioni 911-945: Protezione degli investitori; 4.1.7. Sezioni 601-620: Rafforzamento della normativa sulle banche; 4.1.8. Sezioni 201-211: Liquidazione ordinaria di enti bancari e finanziari (Orderly liquidation authority); 4.1.8.1. Segue: Sezione 201. Definizioni; 4.1.8.2. Segue: Sezione 202. Autorità garante sulla liquidazione ordinaria; 4.1.8.3. Segue: Sezione 203. Determinazione sul rischio sistematico; 4.1.8.4. Segue: Sezione 204. Liquidazione ordinaria; 4.1.8.5. Segue: Sezione 205. Liquidazione ordinaria di mediatori e concessionari garantiti; 4.1.8.6. Segue: Sezione 206. Termini e condizioni obbligatori per tutte le azioni di liquidazione ordinaria; 4.1.8.7. Segue: Sezione 207. Responsabilità dei direttori in diffida di nomina del ricevitore; 4.1.8.8. Segue: Sezione 208. Esclusione di altre tipologie di azioni; 4.1.8.9. Segue: Sezione 209. Organicità della regolamentazione e della legislazione; 4.1.8.10. Segue: Sezione 210. Poteri e obblighi delle società ricevitore; 4.2. Profilo internazionale: differenze tra l'approccio europeo e quello americano; 4.2.1. Internazionalizzazione della problematica; 4.2.2. Differenze tra l'approccio europeo e la riforma finanziaria statunitense.

4.1. Argomenti della Riforma finanziaria U.S. 2010.....

La riforma finanziaria U.S. è stata la più rilevante degli ultimi ottanta anni. Nel luglio 2010 i Senatori, con una maggioranza bipartitica di 59 voti contro 39, hanno approvato il pacchetto di regole che cambia il volto del settore bancario americano, con probabili effetti anche a livello mondiale.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Ved. su baselinescenario.com.

¹⁹⁹ Cfr. PLATERO M., *Il Senato americano approva la riforma finanziaria*, www.ilsole24ore.com, 21 maggio 2010.

La legge è stata fortemente voluta dal Presidente Obama²⁰⁰ e dal partito dei democratici del Congresso. Ad oggi rappresenta il terzo grande traguardo legislativo raggiunto dall'amministrazione americana dopo il pacchetto di stimolo all'economia e la riforma sanitaria. Dopo i fallimenti dovuti alla crisi del 2008, è parso necessario rendere più efficace e funzionante l'intero sistema dei mercati finanziari americani e dei loro strumenti di controllo.²⁰¹

Adesso passiamo in rassegna alcune disposizioni del testo di legge “*Restoring American Financial Stability Act of 2010*” approvato al fine di capire quali siano le novità annunciate dall'amministrazione Obama alla luce della riforma intrapresa dalla Comunità europea.

4.1.1. Sezioni 1001-1103: Tutela del consumatore²⁰²

Con la seguente riforma è stata prevista la costituzione di una nuova autorità amministrativa “*Consumer Financial Protection Bureau*” (*Ufficio di protezione finanziaria del consumatore*) volta unicamente a tutelare i cittadini da prodotti e pratiche finanziarie abusive ed a garantire un elevato grado di informazione circa tutti i servizi bancari sia per aziende che per privati. Ecco alcune delle caratteristiche principali di tale autorità:

- Indipendenza gestionale: l'amministratore sarà nominato dal Presidente degli Stati Uniti e confermato dal Senato;
- Indipendenza finanziaria: potrà disporre di una somma che annualmente viene messa a disposizione dal *Federal Reserve Board*;
- Autonomia regolamentare: avrà la capacità di stabilire norme in materia di protezione dei consumatori e potrà offrire servizi di consulenza finanziaria. Inoltre avrà il compito di esaminare e rendere esecutivi i regolamenti per banche e cooperative di credito con attivi oltre i \$10 bilioni, e qualsiasi altra tipologia di istituto di credito.

La grande novità consiste nel fatto che, data la celerità e l'urgenza di tali interventi, non sarà necessario alcun passaggio legislativo al Congresso per l'esecuzione pratica delle normative che adotta.

- Unitarietà: in questa nuova istituzione vengono concentrate le funzioni che fino ad adesso sono state svolte da diversi uffici - *Office of the Comptroller of the Cur-*

²⁰⁰ COLOMBINI F., *La crisi finanziaria e la riforma Obama*, Rivista trimestrale di Diritto dell'economia (G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI - F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - G. MONTEDORO), 2010 - n. 3.

²⁰¹ Ved. articolo di rivista - *Cosa c'è nella riforma finanziaria americana*, www.ilpost.it, 16 luglio 2010.

²⁰² Cfr. JOHNSON S. e KWAK J., *13 bankers: the Wall Street takeover and the next financial meltdown*, 2010, circa la *consumer protection regulation* alle pagg. 64, 191, 195-200, 211, 221.

rency, *Office of Thrift Supervision*, *Federal Deposit Insurance Corporation*, *Federal Reserve*, *National Credit Union Administration*, e *Federal Trade Commission* - in maniera disorganica.

- Funzione sociale: verrà istituito anche un ufficio appositamente destinato alla “alfabetizzazione finanziaria” del cittadino (*Office of Financial Literacy*);
- Servizio telefonico: disporrà anche di una linea telefonica (un numero verde) sempre a disposizione del cittadino per eventuali consulenze su problemi o prodotti finanziari;
- Responsabilità: sarà fornita di un ufficio responsabile in maniera diretta ed esclusiva per la protezione del consumatore;
- Funzione accessoria: coordinerà tutti gli interventi legislativi esaminati dal Congresso in materia prestando consulenza.

4.1.2. Sezioni 101-170: Sistema di avviso avanzato (Advanced Warning System).....

Il *Financial Stability Oversight Council*, recentemente istituito, ha il compito di identificare e monitorare il rischio sistematico legato agli investimenti dei gruppi bancari e finanziari e di emanare raccomandazioni in ordine al rispetto dei requisiti di grandezza e complessità.

Un membro del board of Governors della *Federal Reserve*, Daniel K. Tarullo, ha dichiarato che: “Financial institutions are systemically important if the failure of the firm to meet its obligations to creditors and customers would have significant adverse consequences for the financial system and the broader economy”.

In breve, ha sottolineato come in un’economia globale, quale la nostra, è relativamente semplice che problemi di singoli privati diventino problemi della comunità internazionale. Tant’è che da questa crisi finanziaria, nata in America agli inizi del 2008, hanno tratto svantaggio tutti i consumatori dell’intero globo.

Entrando nel dettaglio della riforma, il *Financial Stability Oversight Council* è composto da 9 membri, più un indipendente, nominati dai diversi organismi che operano a livello federale come: *Federal Reserve Board*, *SEC (Securities and Exchange Commission)*, *CFTC (Commodity Futures Trading Commission)*, *OCC (Orange County Choppers)*, *FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation)*, *FHFA (Federal Housing Finance Agency)* e il nuovo *Consumer Financial Protection Bureau*.

Il *FSOC* avrà il compito di identificare e monitorare il rischio sistematico del sistema finanziario. Inoltre, ha ulteriori competenze collaterali:

- è autorizzato a segnalare, con voto a maggioranza qualificata, le società finanziarie non bancarie che rappresentano un rischio alla stabilità finanziaria alla *Federal Reserve*;
- ha la capacità di approvare, con voto a maggioranza qualificata, una decisione della *Federal Reserve* al fine di obbligare una società troppo grande a cedere parte delle sue aziende se rappresenta un rischio per la stabilità finanziaria;
- ha il dovere di costituire un nuovo *Ufficio delle Ricerca Finanziaria*, all'interno del *Dipartimento del Tesoro*, composto da esperti economisti, giuristi, supervisori e altri specialisti volto a supportare l'attività tecnica del Consiglio;
- ha, inoltre, la funzione di redigere annualmente un report contenente pubbliche informazioni in ordine al monitoraggio del rischio sistematico e presentarlo al Congresso;
- deve, poi, individuare sistemi di pagamento chiari e trasparenti da segnalare alla *Federal Reserve*;
- infine, garantisce che i gruppi bancari, che ricevono *fondi TARP (Troubled Asset Relief Program)*, siano sottoposti ai controlli di supervisione da parte della *Federal Reserve (The Hotel California Provision)*.

4.1.3. Sezioni 701-765: Trasparenza e responsabilità per gli strumenti tossici (derivati)²⁰³

I Senatori, **Jack Reed** and **Judd Gregg**, hanno proposto un emendamento in materia in quanto il mercato degli strumenti finanziari derivati in America ha registrato un incremento costante dal 1998 al 2008 (da \$91 trilioni to \$592 trilioni).

Nel corso della crisi finanziaria, l'eccessivo utilizzo di questi contratti e la carenza di trasparenza hanno portato alla totale paralisi del mercato; tant'è che gli investitori (come per esempio *Bear Stearns*, *AIG*, e *Lehman Brothers*) sono, ancora oggi, intimiditi a scambiare questi prodotti per paura di assumersi un rischio smisurato.

Da adesso, i "*derivati quotati in borsa*" saranno regolati dalla *SEC (U.S. Securities and Exchange Commission)* e dalla *CFTC (U.S. Commodity Futures Trading Commission)*. Ciò porterà centralizzazione nel monitoraggio del mercato, ma soprattutto trasparenza. Per di più, ad ogni operatore finanziario saranno richiesti specifici requisiti per l'emanazione di prodotti derivati. Ecco alcune misure rilevanti: saranno imposti requisiti di trasparenza e certezza nello scambio commerciale dei derivati attraverso

²⁰³ Cfr. JOHNSON S. e KWAK J., *13 bankers: the Wall Street takeover and the next financial meltdown*, 2010, pagg.4, 7-8, 78-82, 83, 86, 94, 114, 119, 121-122, 163, 180,201-202, 215,219; STERN G. H. e FELDMAN R. J., *Too Big To Fail: The hazards of Bank Bailouts*, Washington, D.C., 2004, pagg. 51, 71-72, 83, 117.

l'attribuzione di un ruolo centrale alle *clearing houses*²⁰⁴; saranno salvaguardati gli scambi non trasparenti con l'imposizione di margini volti a tagliare fuori i rischi eccessivi che ricadrebbero sul sistema finanziario; saranno costituiti repertori e archivi elettronici di collezione dati e pubblicazioni; ed infine saranno garantiti agli organi regolatori adeguati strumenti di monitoraggio del rischio.

I Fondi speculativi (i c.d. Hedge funds)²⁰⁵

I Fondi speculativi sono costituiti da oltre \$100 milioni. Con le nuove regole è richiesto agli operatori intermediari di registrarsi al *SEC* come consulenti di investimento al fine di divulgare le informazioni finanziarie rilevanti per monitorare il rischio e proteggere gli investitori.

Attualmente i Fondi speculativi sono responsabili degli enormi trasferimenti di capitale e di rischi connessi tra i vari mercati finanziari. Non esiste autorità di regolamentazione capace di archiviare dati riguardo alla natura e alla misura delle entità giuridico-economiche che stanno dietro, e di calcolare il rischio che è gestito; neppure la *SEC* ha ancora esaminato questa situazione. In questo senso la nuova riforma tenta di dare risposte chiare ed efficaci. Prima di tutto, è necessario colmare alcune lacune normative, ormai di rilevanza enorme, portando fine a questo sistema di investimento non controllato, il c.d. *sistema finanziario ombra*.

La *SEC* annualmente ha l'obbligo di rendere conto al *Congresso* delle notizie riguardo all'iscrizione dei Fondi speculativi ed alle informazioni rilevanti per l'integrità del mercato finanziario.

In ultimo, statisticamente lo *Stato Maggiore di Vigilanza* si aspetta che aumenteranno i soggetti sottoposti al controllo federale.

Le Assicurazioni²⁰⁶

In quest'ottica l'ufficio competente (*Office of National Insurance*) crea un nuovo organismo all'interno del *Dipartimento del Tesoro (Treasury Department)* per monitorare il mercato assicurativo, coordinare nelle questioni assicurative internazionali, e richiedere uno studio in ordine alle modalità di modernizzazione del

²⁰⁴ La *Clearing House (CH)* è un'agenzia o una società indipendente che ha il compito di assicurare il corretto funzionamento di una *borsa future*. Le funzioni esercitate da una *CH* principalmente sono le seguenti: essa diviene la controparte nelle operazioni concluse in borsa, assoggettando l'accettazione di ciascun contratto al rispetto dei limiti legali stabiliti; si fa garante del buon esito dell'operazioni; adegua le diverse posizioni rispetto al prezzo di chiusura al termine di ciascuna giornata (*marking to the market*); sceglie gli intermediari finanziari che possono entrare a far parte dei suoi membri; diffonde quotidianamente le informazioni sull'*open interest* (cioè delle posizioni rimaste aperte alla fine della seduta borsistica); tutela anche la fase di consegna dei contratti giunti alla scadenza. In Italia le funzioni proprie della *Clearing House* sono assolte dalla *Cassa di Compensazione e Garanzia (CCG)*.

²⁰⁵ Ved. Sezioni 401 - 416 del *Restoring American Financial Stability Act of 2010*.

²⁰⁶ Ved. Sezioni 501 - 542 del *Restoring American Financial Stability Act of 2010*.

sistema assicurativo e, infine, per promuovere raccomandazioni al *Congresso*.

4.1.4. Sezioni 1151-1108: Supervisione della Banca Federale U.S.....

Anche alla *Federal Reserve* è richiesta la cooperazione nella vigilanza del sistema finanziario. Non a caso ha il compito di semplificare la supervisione sulle banche sostenendo la trasparenza e la responsabilità degli enti creditizi. Per di più ha il dovere di proteggere da attacchi speculativi il sistema bancario che, a sua volta, supporta i grandi gruppi bancari americani.

4.1.5. Sezioni 971-973: Responsabilità della governance aziendale.....

L'obiettivo principale in questo senso è di garantire e rafforzare i diritti degli azionisti, dando loro il diritto di decidere le retribuzioni dei dirigenti, garantendo l'indipendenza delle *compensation committees* e richiedendo alle società pubbliche di disporre di politiche di ritorno dei compensi dei dirigenti nei casi in cui vi sia un'eccessiva retribuzione dell'organo esecutivo.

Durante questi anni *Wall Street* ha sviluppato un sistema fuori controllo che premiava profitti a breve termine a scapito della sicurezza e stabilità a lungo termine. La concezione era quella di dare incentivi per guadagni a breve termine facendo assumere ai dirigenti grossi rischi di un'eccessiva leva finanziaria. Quindi la riforma finanziaria del 2010 parte da due punti fondamentali: garantire agli azionisti la possibilità di decidere su compensi dei dirigenti; e costituire un sistema di attribuzione delle responsabilità.

In ossequio alla prima questione, deve essere dato agli azionisti il diritto di esprimere un voto circa le retribuzioni dell'organo amministrativo. Questo comporta che gli stessi assumono la capacità di riconoscere maggiori responsabilità agli amministratori e di disapprovare eventuali bonus o incentivi retributivi eccessivi.

Infine, l'autorità di vigilanza (*SEC*) garantisce che agli azionisti sia riconosciuto il diritto di nominare i direttori ed i dirigenti aziendali attraverso un sistema elettivo assembleare a maggioranza; ancora è previsto che possano far parte delle *Compensation Committees* soltanto soggetti di comprovata professionalità ed indipendenza.

4.1.6. Sezioni 911-945: Protezione degli investitori e dei creditori²⁰⁷

Ogni tipologia di investitore – dal lavoratore contribuente americano al sindacato dei pensionati – richiede una maggiore protezione negli investimenti. La situazione potrebbe essere facilmente risolta aumentando le competenze della *SEC* e, nello stesso

²⁰⁷ Cfr. STERN G. H. e FELDMAN R. J., *Too Big To Fail: The hazards of Bank Bailouts*, Washington, D.C., 2004, "Capitolo XI – Limiting Creditor Losses".

tempo, garantendogli adeguati strumenti.

Come è stato dimostrato dallo *scandalo finanziario di Madoff* la *SEC* ha fallito nella prestazione di un servizio di vigilanza dei mercati adeguato ed è stata incapace di fornire una proporzionata disciplina di sorveglianza dei gruppi bancari. In questo contesto parte degli investitori hanno abusato del mercato che si basava su un sistema di avviso finanziario anticipato mai attuato.

Rafforzamento delle tutele degli investitori

In primo luogo, è indispensabile creare un programma interno alla *SEC* al fine di incoraggiare le persone a denunciare le violazioni e gli abusi nello scambio dei titoli finanziari, cercando di incrementare del 30% i fondi destinati allo sviluppo degli informatori finanziari.

Dopodiché deve essere riformata la gestione della *SEC* prevedendo un piano annuale di valutazione dei controlli interni e richiedendo uno studio al *GAO (U.S. Government Accountability Office)*.

Non è affatto da sottovalutare l'introduzione di un sistema di avviso degli investimenti basato un programma unico per tutti i consulenti finanziari i quali dovranno seguire degli standard di fiducia e buona fede nel rapporto con i clienti-investitori. Pertanto, è prevista la realizzazione di una commissione di investitori (*Investment Advisory Committee*) con il compito di avvisare la *SEC* in ordine alle priorità d'intervento sul mercato e alle pratiche necessarie per l'assistenza diretta agli investitori.

Fenomeno della Cartolarizzazione

Agli enti creditizi e finanziari, che scambiano prodotti come i *titoli garantiti da attività (mortgage-backed Securities)*, è richiesto di conservare parte del rischio per garantire che non stiano commerciando *titoli spazzatura* agli investitori.

Quindi, questa nuova riforma finanziaria è tesa a ridurre i rischi imposti dallo scambio di titoli. In questo senso, gli enti creditizi e finanziari adesso sono obbligati a conservarsi almeno il 5 % del rischio del credito in caso di vendita di *titoli garantiti da attività (mortgage-backed Securities)*, a meno che adempiano agli standards di riduzione dell'esposizione al rischio. Così se gli investimenti non vanno come era previsto, la banca o l'ente finanziario che ha rinegoziato e venduto i prodotti finanziari derivati perderà i diritti verso le persone a cui è stato venduto il prodotto.

4.1.7. Sezioni 601-620: Rafforzamento della normativa sulle banche.....

Il disegno di legge razionalizza il sistema di vigilanza sulle banche identificando

alcune linee guida circa la distribuzione delle responsabilità, la riduzione dell'arbitraggio e il miglioramento delle consistenze patrimoniali delle banche. Per la prima volta saranno disposti in modo chiaro i profili di sanzionabilità degli operatori finanziari.

Questa riforma interviene in un sistema involuto di regolamentazione delle banche caratterizzato da notevoli incidenti storici. Ci sono quattro *agenzie bancarie federali* che supervisionano sistematicamente grandi e piccoli enti bancari e finanziari. Da circa sessanta anni esperti, membri del *Congresso* e commissioni accademiche stanno cercando di dimostrare l'irragionevolezza di questo sistema.

Per questo è necessario inserire alcune disposizioni circa responsabilità degli enti creditizi e finanziari nella disorganica disciplina odierna delle banche (peraltro pericolosamente piena di lacune normative).

La *FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation)* avrà l'incarico di regolare le banche e le casse statali di ogni dimensione e le società holding dei gruppi bancari statali con attivi sotto i \$50 milioni.

Le *OCC (Orange County Choppers)* regoleranno, invece, le banche e le casse federali di qualsiasi dimensione e le società holding dei gruppi bancari federali con attivi sotto i \$50 milioni.

L'*Ufficio delle Casse di Risparmio (Office of Thrift Savings)* sarà abolito, mentre le esistenti casse verranno conservate.

La *Banca Federale Americana* disciplinerà le banche, le casse e le società holding dei gruppi bancari con attivi oltre \$50 milioni. Inoltre dovrà sorvegliare il mercato finanziario identificando i rischi al di dentro di banche capogruppo, ovvero banche sussidiarie. Il board of Governors della *Banca Federale Americana* sarà responsabile del sistema di vigilanza e dovrà proporre annualmente al *Congresso* una relazione circa il suo andamento.

Infine, viene conservato il sistema bancario binario lasciando in esistenza il sistema bancario statale, che regola la maggior parte delle comunità bancarie nazionali, e parallelamente anche quello federale.

Rafforzamento della Banca Federale Americana

Come abbiamo detto, la *Banca Federale Americana* vigilerà sulle grandi e complesse società holding dei gruppi bancari con attivi oltre \$50 milioni. Con questo nuovo ruolo sarà migliorata la gestione della responsabilità e della trasparenza nel mercato finanziario.

In questo senso, il *GAO (U.S. Government Accountability Office)* sarà l'autorità

che controlla qualsiasi strumento di prestito destinato ad istituti bancari o finanziari in emergenza secondo la *sezione 13 (3) del Federal Reserve Act*.

Il board of Governors della *Federal Reserve* avrà la formale responsabilità di identificare, misurare, monitorare e mitigare il rischio del sistema finanziario americano.

Verrà costituito il *Vice Presidente di Vigilanza*, membro del board of Governors *Federal Reserve*, designato dal Presidente, che svilupperà una politica riguardante la vigilanza e la regolamentazione per il consiglio stesso, e assumerà l'incarico di esporre ogni sei mesi gli sforzi fatti in questo ambito al *Congresso*.

Affinché siano eliminati i conflitti d'interesse nella gestione della *Federal Reserve*, a nessuna capogruppo, sussidiaria o filiale di un gruppo bancario, che è supervisionata direttamente dalla *Federal Reserve*, sarà consentito votare i membri del board of Governors della *Federal Reserve* stessa ed i dirigenti, i direttori e gli impiegati di queste non potranno essere assunti all'interno della *Federal Reserve*. Attualmente sono i membri della banca eletti come direttori a scegliere il Presidente del Consiglio di amministrazione; e le funzioni di vigilanza della *Federal Reserve supervisory* sono attribuite alle *Federal Reserve Banks*.

In ultimo, il Presidente della *Banca Federale di New York* sarà nominato dal *Presidente degli Stati Uniti di America*, con la consultazione ed il consenso del Senato. Tuttavia, il Presidente della *Banca Federale di New York* è un membro permanente della *Commissione federale sul libero mercato*. Questa ha il compito di svolgere operazioni sul libero mercato e rappresenta un fonte rilevante di informazioni sul mercato dei capitali; inoltre vigila su molte importanti società holding di grossi gruppi bancari.

Tuttavia, il Presidente della *Banca Federale di New York* momentaneamente è ancora scelto dai direttori delle Banche a livello federale, sei dei quali sono eletti dai membri delle banche nei vari distretti statali.

4.1.8. Sezioni 201-211: Liquidazione ordinaria di enti bancari e finanziari (Orderly Liquidation Authority).....

4.1.8.1. Segue: Sezione 201. Definizioni.....

Prima di entrare nel vivo della disciplina è necessario fornire alcune definizioni di base: per esempio il termine “*administrative expenses of the receiver*” include (A) i costi necessari e spese effettuate della società come ricevitore di una società finanziaria garantita in liquidazione di una società finanziaria; e (B) qualsiasi obbligazione che la società si è assunta come ricevitore di una società finanziaria al fine di facilitare una

liquidazione regolare ed ordinata della società finanziaria in oggetto.

Per le nozioni concernenti il “*Bankruptcy Code*” si rimanda al titolo XI del *United States Code*. Tuttavia, la parola “*company*” assume lo stesso significato che ha nella *sezione 2(b) del Bank Holding Company Act of 1956*, eccetto il fatto che include le società descritte nel *paragrafo (12)* della medesima legge, cioè quelle per cui la maggior parte dei titoli che sono posseduti dagli Stati Uniti o da qualsiasi altro Stato. La “*Covered broker or dealer*” consiste in una società finanziaria garantita in qualità di mediatore o concessionario che (A) è registrato alla Commissione secondo *sezione 15(b) del Securities Exchange Act of 1934*; e (B) è membro del *SIPC*; e la “*Covered financial company*”, invece, è una società finanziaria per la quale viene emessa una determinazione sotto la *sezione 203(b) del Restoring American Financial Stability Act of 2010*; e non include l’istituto di deposito non garantito.

In aggiunta il termine “*covered subsidiary*” consiste in una sussidiaria di una società finanziaria garantita, salvo che sia (A) un istituto di deposito non garantito, (B) una società di assicurazione, o (C) una *covered broker or dealer*. Mentre la “*bridge financial company*” risulta essere una nuova società finanziaria organizzata da un’altra società con lo scopo di salvarla, e una “*financial company*” consiste in qualsiasi società che è incorporata e organizzata secondo qualsiasi disposizione delle leggi federali o statali; ed è (i) una società holding bancaria, così definite dalla *sezione 2(a) del Bank Holding Company Act of 1956*; (ii) una società finanziaria non-bancaria supervisionata dal *Consiglio dei Governatori* secondo le disposizioni di questo titolo; (iii) qualsiasi società che è coinvolta prevalentemente in attività che il *Consiglio dei Governatori* ha definito come attività finanziaria e, quindi, rientrate nei fini determinati dalla *section 4(k) del Bank Holding Company Act of 1956*, eccetto le figure descritte alle clausole (i) o (ii); o (iv) qualsiasi sussidiaria di qualsiasi società descritta nelle clausole dalla (i) alla (iii) (eccetto quelle che hanno la forma di istituto di deposito non garantito o di società di assicurazione).

Oltre a ciò “*Insurance company*” significa qualsiasi entità che (A) è coinvolta nel business delle assicurazioni; (B) è soggetta alla regolamentazione delle assicurazioni a livello statale; e (C) è coperta dalla legge statale che è progettata specificatamente per la riorganizzazione, liquidazione, o insolvenza di una società di assicurazione.

Il termine “*claim*” significa qualsiasi diritti di pagamento liquidato, non liquidato, fisso, contingente, maturato o non, contestato o meno, legale, garantito o non.

Inoltre, non si può tralasciare il significato di “*Customer*”, “*customer property*”, “*customer name securities*”, e “*net equity*” che nel contesto di una *covered broker or dealer*, hanno lo stesso significato che assumono nella *sezione 16 del Securities Investor*

Protection Act of 1970.

Il vocabolo “*determination*” risulta far riferimento alla determinazione che la *Segreteria del Tesoro* adotta nei confronti di una società finanziaria.

Il termine “*Fund*” rinvia al *Orderly Liquidation Fund* disciplinato alla *sezione 210(n)* del testo di legge in esame.

Il vocabolo “*Panel*” rinvia all’*Orderly Liquidation Authority Panel* disciplinata alla *sezione 202* e “*SIPC*” è la *Securities Investor Protection Corporation*.

4.1.8.2. Segue: Sezione 202. Autorità garante sulla liquidazione ordinaria.....

Con questa riforma è disposta la costituzione di un’*Autorità garante sulla liquidazione ordinaria* nella *United States Bankruptcy Court for the District of Delaware*.

Il Giudice Supremo della *United States Bankruptcy Court for the District of Delaware* nomina i giudici membri delle giurie, considerando le loro competenze in materia finanziaria. Ogni giuria è composta da tre giudici della *United States Bankruptcy Court for the District of Delaware*.

In questa sezione sono approfondite anche tematiche tecnico-procedurali del nuovo testo di legge come le modalità di petizione alla giuria²⁰⁸, i meccanismi di ricorso in appello²⁰⁹ ed, infine, il rinvio in *Corte Suprema*²¹⁰. Di particolare rilevanza sono gli studi sui processi di bancarotta e liquidazione ordinaria per le società finanziarie.²¹¹

²⁰⁸ Ved. *Sezione 202 Restoring American Financial Stability Act of 2010* “PETITION TO PANEL—Subsequent to a determination by the Secretary under section 203 that a financial company meets the criteria in section 203(b), the Secretary, upon notice to the Corporation and the covered financial company, shall petition the Panel for an order authorizing the Secretary to appoint the Corporation as receiver”.

²⁰⁹ In questo senso la legge *Restoring American Financial Stability Act of 2010* alla *Sezione 202* dispone che:“(…) the United States Court of Appeals for the Third Circuit shall have jurisdiction of an appeal of a final decision of the Panel filed by the Secretary or a covered financial company, through its board of directors, notwithstanding section 210(a)(1)(A)(i), not later than 30 days after the date on which the decision of the Panel is rendered or deemed rendered under this subsection”; ed inoltre afferma l’ambito di giurisdizione: “JURISDICTION.—The Court of Appeals shall have jurisdiction of an appeal by a covered financial company only if the covered financial company, did not acquiesce or consent to the appointment of a receiver by the Secretary under paragraph (1)(A)”.

²¹⁰ Cfr. *Sezione 202 Restoring American Financial Stability Act of 2010*: “A petition for a writ of certiorari to review a decision of the Court of Appeals under subparagraph (A) may be filed by the Secretary or the covered financial company, through its board of directors, notwithstanding section 210(a)(1)(A)(i), with the Supreme Court of the United States, not later than 30 days after the date of the final decision of the Court of Appeals, and the Supreme Court shall have discretionary jurisdiction to review such decision”.

²¹¹ In tal senso la legge di riforma “ISSUES TO BE STUDIED —In conducting the study under subparagraph (A), the Administrative Office of the United States Courts and the Comptroller General of the United States each shall evaluate—(i) the effectiveness of chapter 7 or chapter 11 of the Bankruptcy Code in facilitating the orderly liquidation or reorganization of financial companies; (ii) ways to maximize the efficiency and effectiveness of the Panel; and (iii) ways to make the orderly liquidation process under the Bankruptcy Code for financial companies more effective. REPORTS.—Not later than 1 year after the date of enactment of this Act, in each successive year until the third year, and every fifth

In generale, l'Ufficio amministrativo delle Corti degli Stati Uniti (*Administrative Office of the United States Courts*) e il Controllore generale degli Stati Uniti (*Comptroller General of the United States*) vigilano sull'attività dell'*Autorità garante sulla liquidazione ordinaria* e portano avanti, separatamente, studi sui processi di bancarotta e di liquidazione ordinaria per le società finanziarie in accordo con il *Bankruptcy Code*.

Il Controllore generale degli Stati Uniti (*Comptroller General of the United States*) ha il compito di produrre studi in materia di coordinamento internazionale dei processi di bancarotta e di liquidazione ordinaria per le società finanziarie²¹². Nel fare ciò, deve tener conto dei meccanismi e delle strutture per facilitare una cooperazione internazionale, degli ostacoli effettivi a tale obiettivo e dei modi per rendere più effettivo il coordinamento internazionale.

4.1.8.3. Segue: Sezione 203. Determinazione sul rischio sistematico.....

Il board of Governors della *Federal Reserve*, su sua istanza della *United States Secretary of the Treasury*, emana raccomandazioni e determinazioni scritte come disciplinate dalle disposizioni della Sezione 203. Queste sono adottate con il voto di 2/3 dei membri del board of Governors e la maggioranza, sempre di 2/3, del consiglio di amministrazione della società²¹³. Ogni raccomandazione deve obbligatoriamente contenere:

- una valutazione secondo cui la società finanziaria è in stato d'insolvenza o meno;
- una descrizione degli effetti che l'insolvenza della società finanziaria che possono influenzare la stabilità finanziaria del mercato;
- una rappresentazione delle azioni opponibili secondo questa sezione della riforma;
- una valutazione di un eventuale intervento da parte del settore private per

year after that date of enactment, the Administrative Office of the United States Courts and the Comptroller General of the United States shall submit to the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs and the Committee on the Judiciary of the Senate and the Committee on Financial Services and the Committee on the Judiciary of the House of Representatives separate, reports summarizing the results of the studies conducted under paragraph (1)".

²¹² In aggiunta "REPORT—Not later than 1 year after the date of enactment of this Act, the Comptroller General of the United States shall submit to the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs and the Committee on the Judiciary of the Senate and the Committee on Financial Services and the Committee on the Judiciary of the House of Representatives and the Secretary a report summarizing the results of the study conducted under paragraph (1)".

²¹³ Casi in cui sono coinvolte le società d'intermediazione o concessione: "CASES INVOLVING COVERED BROKERS OR DEALERS —In the case of a covered a broker or dealer, or in which the largest United States subsidiary (as measured by total assets as of the end of the previous calendar quarter) of a financial company is a covered broker or dealer, the Commission and the Board of Governors, at the request of the Secretary, or on their own initiative, shall consider whether to make the written recommendation described in paragraph (2) with respect to the financial company. Subject to the requirements in paragraph (2), such recommendation shall be made upon a vote of not fewer than 2/3 of the members of the Board of Governors then serving and the members of the Commission then serving,

prevenire l'insolvenza;

- una spiegazione circa l'inopportunità di applicare le norme contenute nel *Bankruptcy Code*;
- una stima degli effetti sui creditori, controparti contrattuali, azionisti e tutti gli altri partecipanti del mercato finanziario.

Determinazione della *United States Secretary of the Treasury*

Nonostante le disposizioni delle leggi federali e statali la *Secretary of Treasury* può adottare azioni in accordo con la *sezione 202(b)(1)(A)*, se, all'interno della raccomandazione sopra descritta, definisce (previa consultazione del Presidente):

- la società finanziaria è in stato d'insolvenza o in pericolo di insolvenza;
- una valutazione degli effetti di un eventuale fallimento della società finanziaria sulla stabilità finanziaria in America;
- la statuizione per cui non ci possono essere alternative di salvataggio da parte del settore private;
- una stima degli effetti sui creditori, controparti contrattuali, azionisti e tutti gli altri partecipanti del mercato finanziario come risultato dell'impatto delle azioni adottate secondo queste sezione del testo di legge;
- una descrizione delle possibili azioni adottabili per mitigare gli effetti negativi suddetti;
- una Agenzia federale di regolamentazione che impone alla società finanziaria di convertire tutti gli strumenti di debito possibili.

Relazione al Congresso ed al pubblico²¹⁴

Non oltre 60 giorni dalla data di incarico di ricevitore (di un'altra *covered financial company*), la società deve preparare una relazione circa le informazioni sulle attività e passività alla data di incarico della *covered financial company*, archiviare tale relazione alla *Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs of the Senate* e alla *Committee on Financial Services of the House of Representatives* ed infine pubblicarla sul sito web della società.

and in consultation with the Corporation”.

²¹⁴ Inoltre è prevista un'ulteriore recensione del *GAO (Government Accountability Office)*: “The Comptroller General of the United States shall review and report to Congress on any determination under subsection (b), that results in the appointment of the Corporation as receiver, including— (A) the basis for the determination; (B) the purpose for which any action was taken pursuant thereto; (C) the likely effect of the determination and such action on the incentives and conduct of financial companies and their creditors, counterparties, and shareholders; and (D) the likely disruptive effect of the determination and such action on the reasonable expectations of creditors, counterparties and shareholders, taking into account the impact any action under this title would have on financial stability in the United States, including whether the rights of such parties will be disrupted”.

Dopo la pubblicazione della relazione suddetta, la società deve disporre delle politiche e delle procedure che potranno essere promosse dalla *Secretary of Treasury* che ha il compito di gestire l'utilizzo dei fondi disponibili alla società secondo le disposizioni di questa legge, secondo i termini e le condizioni disposti dalla *sezioni 204(d), 210(h)(2)(G)(iv) e 210(h)(9)*.

Trattamento delle società di assicurazione e delle sussidiarie²¹⁵

Nonostante quanto disposto, se una società di assicurazione è una *covered financial company* o una sussidiaria o una filiale di una *covered financial company*, la liquidazione o la riorganizzazione di tale entità, o di ogni altra sussidiaria o filiale di questa, che non sono ricomprese nella categoria generale, sono regolate dalle disposizioni della legge statale di competenza.

4.1.8.4. Segue: Sezione 204. Liquidazione ordinaria.....

La finalità di questa sezione è di promuovere un'Autorità per il sostegno della liquidazione di una società finanziaria fallita che determina un probabile rischio al sistema finanziario degli Stati Uniti in modo tale da mitigare e minimizzare il rischio e il *moral hazard*.

L'Autorità suddetta deve perseguire tale scopo con la presunzione che i creditori e gli azionisti sopporteranno le perdite della società finanziaria, e la società ricevitore e le altre agenzie specializzate eseguiranno tutte le fasi necessarie per assicurare che tutte le parti, inclusi i dirigenti e i soggetti terzi, responsabili delle condizioni di crisi della società finanziaria, sopportino le perdite a causa delle loro responsabilità, considerando anche le azioni di risarcimento, azioni di restituzione, recupero degli indennizzi e altri benefici non compatibili con questa.

Al momento della nomina della società secondo la *sezione 202*, la stessa deve agire come il ricevitore della *covered financial company* con tutti i diritti e tutti gli obblighi previsti da questo titolo della riforma.²¹⁶

²¹⁵ Alcune eccezioni: "EXCEPTION FOR SUBSIDIARIES AND AFFILIATES —The requirement of paragraph (1) shall not apply with respect to any subsidiary or affiliate of an insurance company that is not itself an insurance company".

²¹⁶ In questo senso la società ha un particolare compito: "The Corporation, as receiver— (1) shall consult with the primary financial regulatory agency or agencies of the covered financial company and its covered subsidiaries for purposes of ensuring an orderly liquidation of the covered financial company; (2) may consult with, or under subsection (a)(1)(B)(v) or (a)(1)(K) of section 210, acquire the services of, any outside experts, as appropriate to inform and aid the Corporation in the orderly liquidation process; (3) shall consult with the primary financial regulatory agency or agencies of any subsidiaries of the covered financial company that are not covered subsidiaries, and coordinate with such regulators regarding the treatment of such solvent subsidiaries and the separate resolution of any such insolvent subsidiaries under other governmental authority, as appropriate; and (4) shall consult with the Commission and the Securities Investor Protection Corporation in the case of any covered financial

Finanziamento per la liquidazione ordinaria

Al momento della nomina della società come ricevitore, e successivamente, la stessa, a sua discrezione, stabilisce se è opportuno mettere a disposizione i fondi per la regolare liquidazione della *covered financial company*, fatte salve le condizioni stabilite nella *sezione 206*.

4.1.8.5. Segue: Sezione 205. Liquidazione ordinaria di mediatori e concessionari garantiti.....

Al momento della nomina della società come ricevitore di una *covered broker or dealer*, la stessa deve menzionare, senza alcuna approvazione giurisdizionale, la *Securities Investor Protection Corporation* che agisce come trustee della liquidazione secondo il *Investor Protection Act of 1970*.

Poteri ed obblighi del SIPC²¹⁷

Salvo alcune disposizioni, al momento di nomina di trustee della liquidazione di una *covered broker or dealer* la *SIPC* deve assumere i poteri e gli obblighi previsti dal *Securities Investor Protection Act of 1970*, compresi, senza alcuna limitazione, tutti i diritti di azione contro i terzi, ma non può disporre di poteri circa le attività e le passività trasferite dalla società ricevitore dalla *covered broker or dealer* a qualsiasi società finanziaria ponte.

Azione da parte della società in qualità di ricevitore

Al di là di ogni previsioni normativa, nessuna azione disposta dalla società ricevitore deve influenzare i diritti dei consumatori, diminuire i pagamenti dei crediti netti, o comunque sia, mettere in pericolo gli stessi ai sensi del *Securities Investor Protection Act of 1970*.

Rivendicazione contro la società in qualità di ricevitore

Qualsiasi rivendicazione contro la società ricevitore di una *covered broker or dealer*, per attività trasferite ad una società finanziaria ponte, deve essere disciplinata in

company for which the Corporation has been appointed as receiver that is a broker or dealer registered with the Commission under section 15(b) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(b)) and is a member of the Securities Investor Protection Corporation, for the purpose of determining whether to transfer to a bridge financial company organized by the Corporation as receiver, without consent of any customer, customer accounts of the covered financial company”.

²¹⁷ Ecco alcuni limiti: “LIMITATION OF POWERS —The exercise by SIPC of powers and functions as trustee under subsection (a) shall not impair or impede the exercise of the powers and duties of the Corporation with regard to— (A) any action, except as otherwise provided in this title— (i) to make funds available under section 204(d); (ii) to organize, establish, operate, or terminate any bridge financial company; (iii) to transfer assets and liabilities; (iv) to enforce or repudiate contracts; or (v) to take any other action relating to such bridge financial company under section 210; or (B) determining claims under subsection (d)”.

accordo con la *sezione 210(a)(2)* e può essere proposta alla competente Corte distrettuale degli Stati Uniti secondo la *sezione 210(a)(5)*.

Oltre a ciò, vi sono anche altre tipologie di rivendicazioni (“*claims*”): *SATISFACTION OF CUSTOMER CLAIMS - OBLIGATIONS TO CUSTOMERS* — *Notwithstanding any other provision of this title, all obligations of a covered broker or dealer or of any bridge financial company established with respect to such covered broker or dealer to a customer relating to, or net equity claims based upon, customer property shall be promptly discharged by the delivery of securities or the making of payments to or for the account of such customer, in a manner and in an amount at least as beneficial to the customer as would have been the case had the covered broker or dealer been subject to a proceeding under the Securities Investor Protection Act of 1970 (15 U.S.C. 78aaa et seq.) without the appointment of the Corporation as receiver, and with a filing date as of the date on which the Corporation is appointed as receiver; SATISFACTION OF CLAIMS BY SIPC* — *SIPC, as trustee for a covered broker or dealer, shall satisfy customer claims in the manner and amount provided under the Securities Investor Protection Act of 1970 (15 U.S.C. 78aaa et seq.), as if the appointment of the Corporation as receiver had not occurred, and with a filing date as of the date on which the Corporation is appointed as receiver. The Corporation shall satisfy customer claims, to the extent that a customer would have received more securities or cash with respect to the allocation of customer property had the covered financial company been subject to a proceeding under the Securities Investor Protection Act (15 U.S.C. 78aaa et seq.) without the appointment of the Corporation as receiver, and with a filing date as of the date on which the Corporation is appointed as receiver.*²¹⁸

4.1.8.6. Segue: Sezione 206. Termini e condizioni obbligatori per tutte le azioni di liquidazione ordinaria.....

La società ricevitore deve definire che queste azioni sono finalizzate alla stabilità finanziaria degli Stati Uniti, e non allo scopo di salvare la *covered financial company*. Deve, inoltre, garantire che gli azionisti della *covered financial company* non ricevano i pagamenti dei loro titoli fino a quando il *Fund* e tutti gli altri crediti sono interamente liberati; per di più ha l’incarico di assicurare che i dirigenti responsabili del fallimento della *covered financial company* siano rimossi dagli incarichi, se ciò non è ancora accaduto.

²¹⁸ *Restoring American Financial Stability Act of 2010*, pagg. 137-138, cit..

4.1.8.7. Segue: Sezione 207. Responsabilità dei direttori in diffida di nomina del ricevitore.....

I membri del Consiglio di amministrazione della *covered financial company* non devono essere responsabili di fronte agli azionisti e ai creditori di ciò che hanno consentito in buona fede circa la nomina della società ricevitore.

4.1.8.8. Segue: Sezione 208. Esclusione di altre tipologie di azioni.....

Dalla decorrenza della data di nomina della società ricevitore della *covered financial company*, o di nomina del *SIPC* come trustee della *covered broker or dealer*, o, se applicabile, in ogni caso di inizio di procedimenti in relazione ad una *covered financial company* ai sensi del *Bankruptcy Code* o del *Securities Investor Protection Act of 1970*, deve essere rigettata ogni azioni con una notifica alla *Bankruptcy Court* (per i procedimenti intrapresi secondo il *Bankruptcy Code*), e con una notifica alla *SIPC* (per le procedure della *covered broker or dealer*), se è pendente una procedura di liquidazione ordinaria.

Reinvestimento degli assets²¹⁹

Dalla decorrenza della data di nomina della società ricevitore della *covered financial company*, le attività di questa devono essere reinvestite in essa nella misura in cui sono state investite in qualsiasi altro soggetto diverso dalla *covered financial company* a causa di una controversia o procedimento avviato in relazione alla *covered financial company* ai sensi del *Bankruptcy Code*, del *Securities Investor Protection Act of 1970*, o ogni altra disposizione statale simile.

4.1.8.9. Segue: Sezione 209. Organicità della regolamentazione e della legislazione...

La società ricevitore, inseguito alla consultazione del *Consiglio di sorveglianza della stabilità finanziaria*, deve prescrivere regole ritenute necessarie ed opportune per implementare quelle contenute nel nuovo testo di legge, incluse norme in ordine ai diritti, interessi, privilegi dei creditori e delle controparti contrattuali, e in ossequio alla sicurezza di ulteriori soggetti coinvolti a qualsiasi titolo nella *covered financial company*. Per quanto possibile, la società ricevitore deve cercare di armonizzare le regole previste dalla *sezione 209* con la disciplina generale dell'insolvenza che è in ogni modo applicabile alla *covered financial company*.

²¹⁹ Limiti a tale attività: "LIMITATION —Notwithstanding subsections (a) and (b), any order entered or other relief granted by a bankruptcy court prior to the date of appointment of the Corporation as receiver shall continue with the same validity as if an orderly liquidation had not been commenced".

4.1.8.10. Segue: Sezione 210. Poteri e obblighi delle società ricevitore.....

La società deve, al momento di nomina di ricevitore della *covered financial company*, in accordo con le sezioni precedenti, riuscire a tutelare i diritti, i titoli, i poteri, i privilegi del *covered financial company* e i libri contabili di ogni altra società ricevitore o altro custode legale di tale *covered financial company*.

Operazioni della *Covered financial company* durante la liquidazione ordinaria

La società ricevitore della *covered financial company* dovrebbe: (i) rilevare le attività delle operazioni della *covered financial company* con i poteri delegati dagli azionisti e dai dirigenti, e portare avanti gli affari della *covered financial company*; (ii) raccogliere tutte le obbligazioni di cui è titolare la *covered financial company*; (iii) eseguire tutte le funzioni della *covered financial company*, in nome e per conto della stessa; (iv) gestire le attività e le proprietà della *covered financial company*, cercando di massimizzare il loro valore nel corso della liquidazione ordinaria; (v) provvedere al soddisfacimento delle funzioni, delle attività, delle azioni e dei doveri della società ricevitore.

Funzione dei dirigenti amministrativi e degli azionisti²²⁰

La società ricevitore dovrebbe provvedere all'esercizio delle funzioni proprie degli azionisti e dei dirigenti della *covered financial company* secondo le norme disposte dalla *sezione 210*.

E' consigliato, inoltre, che la società ricevitore rimuova dagli incarichi i dirigenti responsabili del fallimento della *covered financial company*.

Trattamento delle sussidiarie della *Covered financial company*

Per di più, se la società è nominata ricevitore di una sussidiaria della *covered financial company*, quest'ultima deve essere trattata come una *covered financial*

²²⁰ Ulteriori poteri sono definiti dalla seguente disposizione: "ADDITIONAL POWERS AS RECEIVER —The Corporation may, as receiver for a covered financial company, and subject to all legally enforceable and perfected security interests and all legally enforceable security entitlements in respect of assets held by the covered financial company, liquidate, and wind-up the affairs of a covered financial company, including taking steps to realize upon the assets of the covered financial company, in such manner as the Corporation deems appropriate, including through the sale of assets, the transfer of assets to a bridge financial company established under subsection (h), or the exercise of any other rights or privileges granted to the receiver under this section. ADDITIONAL POWERS WITH RESPECT TO FAILING SUBSIDIARIES OF A COVERED FINANCIAL COMPANY - In any case in which a receiver is appointed for a covered financial company under section 202, the Corporation may appoint itself as receiver of any subsidiary (other than an insured depository institution, any covered broker or dealer or an insurance company) of the covered financial company that is organized under Federal law or the laws of any State, if the Corporation and the Secretary jointly determine that— (I) the subsidiary is in default or in danger of default; (II) such action would avoid or mitigate serious adverse effects on the financial stability or economic conditions of the United States; and (III) such action would facilitate the orderly liquidation of the covered financial company".

company secondo le disposizioni di questa sezione; in aggiunta la società ricevitore deve esercitare tutti i poteri e i diritti della sussidiaria.

Organizzazione delle società-ponte

La società ricevitore della *covered financial company*, ha la possibilità di organizzare una società-ponte secondo le norme disposte dalla nuova riforma.

Fusioni e trasferimenti di attività e passività²²¹

La società ricevitore della *covered financial company* può effettuare operazioni di fusione della *covered financial company* con altre società. Oltre a ciò, può promuovere il trasferimento delle attività o delle passività della *covered financial company* senza la necessità di ottenere il consenso da parte del Consiglio di amministrazione della *covered financial company*.

Sfruttamento del settore privato

Nel corso della gestione della *covered financial company*, la società ricevitore può ricorrere ai fondi del settore privato – compresi fondi immobiliari, fondi di gestione del portafoglio crediti, fondi legali, ovvero fondi di intermediazione - se rinviene che tale intervento sia praticabile, efficace e meno costoso di un intervento pubblico.

Azionisti e creditori della *Covered financial company*

Sebbene le disposizioni di legge dispongano diversamente, la società ricevitore della *covered financial company* deve garantire i diritti, i titoli, i poteri ed i privilegi riconosciuti dal testo di legge agli azionisti ed ai creditori della *covered financial company*, i quali possono far valere le azioni processuali di cui sono titolari, eccetto quelle in ordine al diritto di rimborso dei titoli, di risoluzione del contratto di società, o altre circa il soddisfacimento delle rivendicazioni permesse dalla *sezione 205*.

In più, come già ripetuto, la società ricevitore deve assicurarsi che le perdite della *covered financial company*, ricadano sugli azionisti e, parzialmente, sui creditori

²²¹ Ecco il ruolo dell’Agenzia federale in materia: “FEDERAL AGENCY APPROVAL, ANTITRUST REVIEW —With respect to a transaction described in clause (i)(I) that requires approval by a Federal agency — (I) the transaction may not be consummated before the 5th calendar day after the date of approval by the Federal agency responsible for such approval; (II) if, in connection with any such approval, a report on competitive factors is required, the Federal agency responsible for such approval shall promptly notify the Attorney General of the United States of the proposed transaction, and the Attorney General shall provide the required report not later than 10 days after the date of the request; and (III) if notification under section 7A of the Clayton Act is required with respect to such transaction, then the required waiting period shall end on the 15th day after the date on which the Attorney General and the Federal Trade Commission receive such notification, unless the waiting period is terminated earlier under subsection (b)(2) of such section 7A, or is extended pursuant to subsection (e)(2) of such section 7A. (iii) SET-OFF —Subject to the other provisions of this title, any transferee of assets from a receiver, including a bridge financial company, shall be subject to such claims or rights as would prevail over the rights of such transferee in such assets under applicable non-insolvency law”.

chirografari.

Coordinamento con le autorità estere

La società ricevitore della *covered financial company*, deve coordinare, nel miglior modo possibile, le attività circa la liquidazione ordinaria con le autorità finanziarie degli stati esteri diversi dagli Stati Uniti.

Restrizione dei trasferimenti ad una società finanziaria ponte

Se la società ricevitore costituisce una o più società ponte rispetto alla *covered broker or dealer*, deve trasferire alla società finanziaria ponte tutti i conti bancari dei clienti della *covered financial company* a meno che la società ricevitore, dopo aver consultato la Commissione e la *SIPC*, determini che: i conti bancari dei clienti siano trasferiti ad un'altra *covered broker or dealer*, o il trasferimento dei conti alla società finanziaria ponte può materialmente interferire con la capacità della società ricevitore di eliminare o ridurre gli effetti negativi sulla stabilità finanziaria e sulle condizioni economiche degli Stati Uniti.

La *SIPC*, in qualità di trustee della liquidazione ordinaria della *covered broker or dealer*, e la *Commissione* devono provvedere ad una ragionevole assistenza affinché sia completato il trasferimento alla società ricevitore.

In aggiunta, non è richiesto né il consenso dei clienti né un provvedimento giurisdizionale di approvazione per trasferire i conti bancari e le proprietà dei clienti alla società finanziaria ponte in accordo con questa sezione.

La società ricevitore deve indicare alla *SIPC* i conti bancari e le proprietà dei clienti trasferiti alla società finanziaria ponte. La società ricevitore e la *SIPC* devono cooperare nella condivisione di informazioni necessarie ad ogni entità per regolare le sue obbligazioni contrattuali secondo il testo di riforma e il *Securities Investor Protection Act of 1970*, promuovendo l'accesso ai libri contabili e ai documenti della *covered financial company* e ogni altre società finanziari ponte.

4.2. Profilo internazionale: differenze tra l'approccio europeo e quello americano...

4.2.1. Internazionalizzazione della problematica.....

A questo punto della trattazione abbiamo inteso che il problema della gestione delle crisi dei gruppi bancari non riguarda soltanto gli organismi a livello europeo, ma ha interessato anche ambiti internazionali come *G20*, *Financial Stability Board*, *Basel Committee* ed altre organizzazioni internazionali con rilevanza significativa nell'area finanziaria e creditizia, oltre le istituzioni governative statunitensi.

Questo è un chiaro sintomo del fatto che molte delle tematiche incontrate - circa le difficoltà di cooperazione e coordinamento, la circolazione di informazioni e mancanza di efficaci programmi e strumenti condivisi - devono essere sviluppate su un duplice piano legislativo (quello internazionale e quello europeo) in quanto gli obiettivi che possono essere raggiunti sono decisamente differenti.²²²

Tuttavia assicurare l'integrazione a livello globale dei sistemi bancari e la convergenza di strumenti d'intervento a livello europeo permetterebbe, senza dubbio, un irrobustimento del mercato interno europeo.

²²² *An EU framework for Crisis Management in the Financial Sector – Frequently Asked Questions* (MEMO/10/506), Bruxelles, 20 ottobre 2010, pag. 6.

4.2.2. Differenze tra l'approccio europeo e la riforma finanziaria statunitense²²³.....

Sia nel continente europeo che in quello americano la politica economico-giuridica, da pochi anni a questa parte, è quella di sviluppare meccanismi capaci di gestire crisi transfrontaliere di gruppi bancari in maniera integrata; tant'è che, come abbiamo visto, vi sono continui dibattiti anche in sede internazionale.

La principale preoccupazione della riforma finanziaria statunitense è quella di

²²³ Johnson S., *Who Is In Worse Shape – the United States or Europe?*, The Baseline Scenario: “If economic performance is in part a beauty pageant, as John Maynard Keynes suggested, both the U.S. and Europe seem to be competing hard this summer for last place. If anything, based on the latest flow of news coverage, Europe might seem to be experiencing something of a resurgence – last week the eurozone agreed on a big deal involving mutual support and limiting the fallout from Greece’s debt problems. In contrast, the U.S. this week seems to be completely mired in a political stalemate that becomes more complex and confused at every turn. But rhetoric masks the reality on both sides of the Atlantic. The eurozone still faces an immediate crisis – the can was kicked down the road last week, but not far. The United States, on the other hand, is in much better shape over the next decade than you might think listening to politicians of any stripe. The American problems loom in the decades that follow 2021 – the good news is that there is still plenty of time to sort these out; the bad news is that almost no one is currently talking about the real issues. In a policy paper released by the Peterson Institute for International Economics last Thursday, Peter Boone and I went through the details on the eurozone crisis, including how this common currency area got itself into such deep trouble – and what exactly are the likely scenarios. In our assessment, the issue is lack of effective governance within the eurozone. Governments had an incentive to run reckless policy – either in terms of budget deficits (Greece), out-of-control banks (Ireland), or refusing to create an economic structure that would support growth (Portugal). These policies were financed by loans from other countries, particularly within the eurozone, because there was a widely shared perception that if any country were to get into trouble, it would be bailed out by deep-pocketed neighbors (Germany). At the heart of this system was a great deal of “moral hazard,” meaning that investors stopped doing meaningful credit analysis – consequently Greek or Spanish or Italian governments could borrow at just a few basis points above the rate for the German government (where one basis point is a hundredth of a percentage point, 0.01 percent). The shock to investors’ thinking over the past three years has been the combined realizations that Greece and some other “peripheral” countries have so much debt they may not be able to make all the contracted payments by themselves, while Germany and other northern countries have become convinced that foolish investors should suffer some losses. Imposing losses on banks that made bad decisions is a sensible principle – but getting from here to there is not easy, particularly when the “periphery” includes Italy, which has gross debt of nearly 2 trillion euros (about 120 percent of its GDP). Either Europe really ends moral hazard, in which case there will be widespread restructuring of sovereign debts or it keeps the bailouts coming, particularly involving the European Central Bank, which will ultimately be inflationary. The package announced last week is a classic case of “muddling through,” meaning that it doesn’t really solve anything. If Europe and the world now experience a growth miracle, these debt problems will recede in importance – because solvency is all about debt burdens relative to GDP. But if near term growth is not strong – as seems increasingly likely – market participants will soon resume their contemplation of European dominoes. In contrast, the United States has a simple fiscal problem. Government debt surged from 2008, not due to Greek-style profligacy but rather due to Irish-style banking disaster. When credit collapses, so does revenue. As the economy recovers, revenue comes back. The single most interesting point about today’s “debt ceiling” debate is that over the 10-year forecast horizon that frames for the entire discussion, there is simply no fiscal problem by any conventional definition. In 2021, the US will likely have a small primary surplus at the federal level – meaning that the budget, before interest payments, will no longer be in deficit. The really bad budget numbers for the US come after 2021 – but these are not the focus of anyone’s current proposals on Capitol Hill. Compared with other countries, it is the increase in health care spending, 2010-30, that will ruin us. The debate in Washington DC is fraught not because anyone is grappling with the difficult issue of how to control health care costs. Rather the tea party wing of the Republican party is intent on insisting on near term government spending cuts, as a condition of supporting any increase in the debt ceiling. It seems increasingly likely that some version of this libertarian tax revolt will carry the day. The resulting fiscal contraction will slow the economy and result in fewer jobs being created. It does nothing directly to address the looming budget issues beyond 2021 – there is no “down payment” on the table, just measures that are tangential to rising health care costs. In the near term, the Europeans have the big problem – and this will only be compounded by slower growth in the US (we’re about one-quarter of the world

porre un fine al problema delle banche “Too Big To Fail” assicurando che gli istituti finanziari possano essere assoggettati ad amministrazione controllata da parte della *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)*.

Un altro passo importante di tale riforma riguarda le regole di raccolta dei fondi per il sostenimento dei costi delle misure di risoluzione delle crisi. In questo senso il *Congresso U.S.* ha approvato un sistema di finanziamento *ex post*, ossia gli istituti finanziari e creditizi dovranno contribuire al pagamento dei fondi soltanto se ne hanno usufruito.

Nondimeno, questo sistema di fondi privati di finanziamento *ex post* negli Stati Uniti ha già una sua dimensione nella misura in cui la *FDIC* è da anni che promuove un apparato per la risoluzione delle crisi bancarie che si applica agli istituti di deposito di piccole e medie dimensioni. Ciò significa che sarebbe sufficiente estendere l'applicabilità di questo, con le adeguate garanzie, agli istituti bancari medio-grandi e grandi per risolvere la problematica dei costi della gestione delle crisi.

Rispetto a quest'argomentazione, la *Commissione* europea non è concorde con l'approccio degli Stati Uniti. Piuttosto supporta l'idea di un sistema di fondi privati di finanziamento *ex ante*, con il quale tutte le banche di uno Stato membro sono obbligate a contribuire alla costituzione di un fondo nazionale volto a ricoprire i costi di eventuali crisi future.

Oltre a ciò, la *Commissione* ha considerato la necessità di conferire alle autorità di vigilanza nuovi poteri per consentire di intervenire nel principio delle crisi mantenendo così una situazione di *going concern*, ed attraverso la trasformazione del capitale debito in capitale di rischio, preservare la continuità nelle funzioni banche essenziali.

Inoltre, non è da escludere che alle autorità di vigilanza venga anche attribuita la capacità di cedere le attività o, addirittura, rami di azienda del gruppo bancario al fine di garantire un'ordinaria riorganizzazione. In aggiunta, ha anche proposto l'introduzione di nuovi strumenti attraverso i quale le autorità di vigilanza possano mettere le banche in crisi in una fase di *orderly resolution*, così da permettere il mantenimento dei servizi bancari essenziali mentre l'istituto di credito finalizza le procedure di liquidazione.

Tuttavia, ciò che preme maggiormente al legislatore europeo, in queste situazioni di crisi, è di abbattere il *moral hazard* prevedendo condizioni restrittive circa la governance societaria dei gruppi bancari. Non a caso saranno introdotte misure in ordine alla differenziazione di trattamento degli azionisti, al continuo turnover ai vertici

economy). Over the longer haul, it remains to be seen when and how US politicians will get to grips with our real budget issues; so far the evidence is not encouraging”.

amministrativi, alla riduzione dei creditori e alla riorganizzazione aziendale per garantire la conservazione dell'entità.

Non è da sottovalutare il fatto che questi tipi di interventi normativi devono necessariamente essere coordinati con le disposizioni europee in materia di Aiuti di stato.

- CAPITOLO V -

Lavori preparatori alla proposta normativa della Commissione europea in primavera 2011 – II Consultazione pubblica

5.1. Conferenza stampa di presentazione della *COMMUNICATION - An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector* del 20 ottobre 2010; 5.2. Da Basilea 3 al G20 di Soul; 5.3. II Consultazione Pubblica sugli strumenti tecnici d'intervento; 5.3.1. Obiettivi della comunicazione; 5.3.2. Principi generali; 5.3.3. Autorità responsabili; 5.3.4. Misure preparatorie e preventive; 5.3.5. "Recovery Planning"; 5.3.6. Supporto finanziario infra-gruppo; 5.3.7. "Triggers"; 5.3.8. "Early intervention"; 5.3.9. Piani di Risoluzione; 5.3.9.1. Condizioni per la Risoluzione; 5.3.9.2. Poteri e strumenti di Risoluzione; 5.3.9.3. Trasferimenti parziali: clausole di salvaguardia e risarcimento; 5.3.9.4. Piani di Risoluzione per Gruppi; 5.3.10. "Debt write down"; 5.3.11. Coordinamento della gestione delle crisi transfrontaliere; 5.3.11.1. Soluzione coordinate per i gruppi bancari europei; 5.3.11.2. Influenze nel diritto vigente; 5.3.11.3. Coordinamento con i Paesi extracomunitari; 5.3.11.4. Il ruolo delle *European Supervisory Authorities* nella gestione delle crisi; 5.3.12. Risoluzione finanziaria; 5.3.12.1. L'utilizzo dei fondi di risoluzione; 5.3.12.2. Fondi di risoluzione e *Deposit Guarantee schemes*; 5.3.12.3. Struttura dei fondi di risoluzione; 5.3.12.4. Dimensione dei fondi; 5.4. Linee guida conclusive.

5.1. Conferenza stampa di presentazione della COMMUNICATION - An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector del 20 ottobre 2010.....

Nei capitoli precedenti abbiamo trattato della I Consultazione pubblica e della riforma statunitense. Stando a quanto ha dichiarato il commissario M. Barnier alla Conferenza stampa di presentazione della *COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, THE COMMITTEE OF THE REGIONS AND THE EUROPEAN CENTRAL BANK An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector* del 20 ottobre 2010, da questa data fino alla

primavera del 2011 si prospetta un periodo di assimilazione di proposte sugli strumenti tecnici per arrivare alla proposizione di una direttiva in materia entro l'estate del 2011.

Tuttavia, inizierei dallo studio della comunicazione del 20 ottobre 2010 per evidenziare le novità legislative introdotte e le vie che la Commissione ha voluto percorrere. Ciò potrà sembrare una ripetizione (in quanto le tematiche trattate nelle due Consultazioni pubbliche sono molto simili), ma è indispensabile per capire come il dibattito di questi ultimi anni si è svolto nelle sedi comunitarie.

"In primo luogo dobbiamo tentare di evitare in futuro il ripetersi di crisi finanziarie ed è per questo che è così importante il nostro impegno per rafforzare il settore bancario e creare un reale quadro di vigilanza. Ma anche in futuro le banche non saranno esenti da difficoltà. Potrebbero persino fallire e dovrebbero avere la possibilità di farlo; spetta però a noi garantire che il loro eventuale fallimento non faccia crollare l'intero sistema finanziario e che i relativi costi non ricadano sui contribuenti. Nessuna banca dovrebbe essere troppo grande o interconnessa per fallire. Perciò c'è bisogno di un quadro chiaro che garantisca che le autorità in tutta Europa siano in grado di occuparsi delle banche in difficoltà e di gestire eventuali fallimenti in modo ordinato. È questo l'obiettivo dei piani che esponiamo oggi", è quanto dichiarato dal commissario per il mercato interno ed i servizi Michel Barnier alla conclusione della Conferenza stampa.²²⁴

In merito a questa materia la Commissione ha già pubblicato due comunicazioni precedenti dedicate agli orientamenti da tenere in futuro (*IP/09/1549* e *IP/10/610*).²²⁵

5.2. Da Basilea 3 al G20 di Seoul.....

Il vertice del *G20* di Seoul affida all'*FSB* il compito di determinare per la metà del 2011 una lista delle banche considerate a rischio sistemico e che dovranno essere oggetto di una regolamentazione rafforzata in termini di requisiti di capitale e di liquidità. L'*FSB* lavorerà in stretto coordinamento con le Autorità di vigilanza nazionali e con gli organismi internazionali di settore. La cornice regolatoria del *FSB* prevede la creazione di un meccanismo che permetta di gestire in maniera rapida e sicura l'eventuale fallimento di una banca senza che questo destabilizzi il sistema finanziario ed esponga il denaro pubblico al rischio di nuove perdite. Per le *Sifi* (*systemically important financial*

²²⁴ Le novità enfatizzate dal Commissario in questa sede sono svariate e possono essere sintetizzate in questi punti: necessità di trovare procedure intermedie tra il salvataggio ed il fallimento e tra soluzione pubbliche e soluzioni private; introduzione graduale di un'autorità europea di risoluzione; sviluppo di un sistema di prevenzione per evitare i grandi disastri finanziari; rivalutazione di strumenti che già sono presenti nell'ordinamento, ma che ancora non hanno assunto un ruolo rilevante; mostrare una particolare attenzione al fatto che i creditori di istituti di credito sono molto spesso altri istituti di credito, ciò sta a significare che il sistema bancario è interconnesso.

²²⁵ Ved. anche *Commissione espone i propri progetti per un nuovo quadro UE di gestione delle crisi nel*

institutions), e inizialmente per quelle globali, ovvero altamente globalizzate, é richiesta una maggiore capacità di assorbire eventuali perdite che rifletta i maggiori rischi che queste istituzioni riversano sul sistema finanziario globale. L'*FSB* inoltre richiede una supervisione più stringente sulle attività delle banche sistemiche e infrastrutture di mercato più solide ed efficienti nel ridurre il rischio di contagio dal fallimento di un singolo istituto. Le autorità nazionali inoltre dovrebbero effettuare un'analisi rigorosa e coordinata dei rischi che pendono sulle *sifi* globali attraverso dei collegi di supervisori a livello internazionale e negoziare accordi di gestione della crisi specifici per ogni singola banca *Sifi* con altre autorità nazionali interessate.²²⁶

Il *G20* ha quindi concordato che le banche, che hanno una rilevanza sistemica globale, "dovrebbero essere soggette a un processo sostenuto di programmazione internazionale obbligatoria di salvataggio e soluzione delle crisi". Per quel che riguarda il nuovo accordo di Basilea, nelle conclusioni si sottolinea come i nuovi standard di capitale e di liquidità delle banche aumentino la robustezza del sistema bancario globale. "I nuovi standard ridurranno significativamente l'incentivo delle banche ad assumere rischi eccessivi, diminuiranno la probabilità e la gravità di crisi future e creeranno un sistema bancario che potrà meglio sopportare, senza sostegni straordinari dei governi - gli stress della magnitudine della recente crisi finanziaria". I leader insistono poi sulla necessità di "una vigilanza più efficace", con "mandati più forti e non ambigui, indipendenza di operato, risorse sufficienti e tutti gli strumenti e i poteri necessari per identificare e affrontare i rischi in modo pro-attivo, anche con stress test condotti su base regolare".²²⁷

settore finanziario (IP/10/1353), Bruxelles, 20 ottobre 2010.

²²⁶ Dal *G20 ok definitivo a Basilea 3. A Draghi il mandato a completare la lista delle banche a rischio sistemico*, www.ilsole24ore.it, 12 novembre 2010, cit..

²²⁷ GILES C., BEATTIE A. e OLIVER C., *G20 fails to reach deal on imbalances*, www.ft.com, 12 novembre 2010, cit..

5.3. II Consultazione Pubblica sugli strumenti tecnici d'intervento²²⁸

"Sebbene il nostro primo obiettivo sia una migliore prevenzione, le banche continueranno comunque a fallire in futuro e dovranno essere in grado di farlo senza fare crollare con loro il sistema finanziario", ha affermato il commissario Ue al mercato interno Michel Barnier. Per questo "dobbiamo mettere in atto un sistema che assicuri che l'Europa sia ben preparata per affrontare in futuro i fallimenti delle banche in modo ordinato, senza che i contribuenti siano chiamati a pagarne i costi".²²⁹

5.3.1. Obiettivi della comunicazione.....

La futura disciplina sarà applicata a tutti gli istituti di credito ed alle società d'investimento indipendentemente se hanno una dimensione transnazionale ovvero locale. Se sarà necessario verranno ricomprese anche compagnie assicurative e fondi d'investimento.

Le tematiche principali che saranno approfondite sono: garanzie preparatorie e preventive di sistema, regolamentazione di strumenti di risoluzione credibili, azioni d'intervento veloci e decisive, riduzione dell'azzardo morale, corretta e legale gestione delle crisi transfrontaliere, salvaguardia della certezza del diritto e limitazione degli effetti distorsivi della competizione e del libero del mercato.

5.3.2. Principi generali.....

I lavori preparatori che la Commissione ha pubblicato vertono principalmente su tre aree di competenza: misure preventive e preparatorie; interventi di controllo preventivo; e strumenti e poteri di risoluzione. Parte di questi istituti giuridici già

²²⁸ Ved. DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, Bruxelles, gennaio 2011; *Commission seeks views on possible EU framework to deal with future bank failures*, Bruxelles, 6 January 2011; *Consultation on Technical Details of a Possible Crisis Management Framework for financial institutions - Frequently Asked Questions*, Bruxelles, 6 gennaio 2011; ABI, *ABI response to the DG Internal Market and Services working document "Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution"*, 3 marzo 2011; COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery*, 5 maggio 2011; COMMISSIONE EUROPEA, *Public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery - List of answers (working document)*, 5 maggio 2011; EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority of 3 March 2011 on the Commission's Services consultation 'Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution'*, 3 marzo 2011, ASSONIME, *ASSONIME response to DG Internal market and services working document on the technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, Roma, 17 febbraio 2011, BNP PARIBAS, *European Commission consults on resolution and recovery framework*, European Banking Federation, *Positioning in respect of the EU Commission Consultation on Technical Details for a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution*, Bruxelles, 3 marzo 2011; INTESA SANPAOLO, *INTESA SANPAOLO response to the Commission public consultation on the technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, 3 marzo 2011; UNICREDIT BANCA, *UniCredit's reply to the European Commission Consultation on Bank Recovery and Resolution*, 3 marzo 2011.

²²⁹ Cfr. ADNKRONOS/AKI, *Banche: UE, entro l'estate quadro legislativo sui fallimenti*, Bruxelles, 6 gennaio 2011.

esistono in alcuni Stati membri, come per esempio l'Italia, mentre in altri sono totalmente nuovi. Detto ciò, sarà quindi necessario che la Commissione europea introduca gradualmente una disciplina europea omogenea per tutti gli Stati membri.

Inoltre le autorità nazionali dovranno avere la possibilità di disporre di poteri e misure appropriate ad ogni specifica evenienza.

5.3.3. Autorità responsabili.....

Già le *Capital Requirements Directives ('CRD')*²³⁰ garantiscono un sistema di supervisione ex ante sulle banche; tuttavia la nuova direttiva chiederà qualcosa di più ai singoli Stati membri: ognuno di questi dovrà identificare all'interno del proprio ordinamento alcune autorità di risoluzione alla quale verranno attribuiti poteri di risoluzione e di coordinamento delle crisi bancarie.

Al momento ancora non è chiaro se questa debba avere natura amministrativa ovvero giurisdizionale; per adesso è sufficiente che ogni Stato membri individui un soggetto responsabile per la gestione delle crisi.

5.3.4. Misure preparatorie e preventive.....

Come primo obiettivo la Commissione vuole rafforzare il regime di vigilanza della CRD richiedendo ad ogni istituto bancario di redigere un programma annuale di supervisione che metta periodicamente in luce la valutazione del rischio. In relazione a ciò è prevista una continua elaborazione di *Stress tests* con il fine di rendere pubbliche le informazioni circa ogni istituto di credito.

Un altro tema caldo circa le misure preventive è quello della trasferibilità delle attività tra una società del gruppo a un'altra che si trova in tensione finanziaria. In particolare la Commissione intende rendere più flessibili le norme che già la CRD dispone in materia. Lo scopo sarebbe quello di costituire una rete infra-gruppo di obblighi per cui se una società consociata si trova in una situazione di tensione finanziaria le altre dovranno per legge garantire, attraverso il trasferimento di attività, una certa stabilità e continuità nell'ottica di tutela dei diritti degli azionisti e dei creditori.

Una corretta redazione e interpretazione di piani di risoluzione è di norma un elemento essenziale per la gestione di crisi di gruppi bancari internazionali.

Proprio per questo, la Commissione ritiene che tutti gli istituti di credito e tutte le società d'investimento, che sottostanno a regimi speciali, debbano redigere, ed aggiornare periodicamente, con la cooperazione delle autorità di risoluzione piani di

²³⁰ Ved. *Direttive 2006/48/EC e 2006/49/EC*.

recupero contenenti misure (per risolvere problemi di liquidità, per aumenti di capitale, riduzione di rischi) che l'istituto potrebbe adottare in caso dovesse fronteggiare scenari di crisi. In particolar modo è richiesto che siano il più realistici possibile, e soprattutto che non prevedano ricorso a fondi pubblici.

Questa tipologia di obbligo, non poco oneroso, sarà applicata proporzionalmente alla grandezza della banca, alla natura delle risorse e al grado di credibilità.

In via complementare, assumono importanza anche i tipi di poteri preventivi delle autorità nazionali: in definitiva le autorità di controllo, dopo una consultazione con le autorità di risoluzione, possono richiedere agli istituti di credito di adottare misure necessarie, compresi cambi di operazioni commerciali e di ristrutturazioni societarie, per assicurare una gestione corretta ed in sicurezza del piano di risoluzione.

In taluni casi questi poteri di prevenzione possono assumere la veste di veri e propri interventi penetranti nel business judgement - per esempio l'imposizione di limiti alle esposizioni bancarie, restrizione o proibizione di certe attività e mutamenti nella struttura societaria del gruppo.

5.3.5. "Recovery Planning".....

Il *DG Internal Market and Services* ritiene che ogni gruppo bancario abbia l'obbligo di redigere ed aggiornare un programma annuale di supervisione che includa piani di risoluzione per ogni società del gruppo. Lo scopo è quello di ripristinare la redditività del gruppo in caso in cui parte dello stesso, ovvero la sua totalità, mostri cedimenti nella situazione finanziaria.

L'organo di supervisione della società holding del gruppo avrà il compito, in cooperazione con i singoli organi di supervisione delle società figlie, di aggiornare e di monitorare l'effettiva applicazione del piano secondo i seguenti criteri: ogni piano deve contenere un gamma di opzioni circa le possibili mancanze finanziarie sia a livello di gruppo che a livello di singole società e, in accordo con il *CRD*, eventuali piani di liquidazione di parte del gruppo; inoltre l'esecuzione materiale del piano deve avvenire senza causare distorsioni del sistema finanziario.

Per di più, vi potranno essere situazioni in cui il dissesto finanziario si circoscrive ad un settore del gruppo bancario. In questo caso l'organo di supervisione specifico dovrà notificare all'organo di supervisione generale (presso la società holding) la situazione e l'eventuale piano di risoluzione. Si instaura così un procedimento di cooperazione volto ad individuare le modalità d'intervento. Se a conclusione non giungono ad approvazione di una soluzione condivisa potrebbe intervenire un organo mediatore a livello europeo, per esempio l'*EBA (European Banking Authority)*.

5.3.6. Supporto finanziario infra-gruppo.....

Attualmente, solo in pochi Stati membri è possibile effettuare operazioni di trasferimento di attività da una società figlia ad un'altra libere da condizioni e limiti legislativi. Tutto ciò perché, secondo il principio della personalità giuridica dell'ente societario, si tende a determinare un sistema di protezione degli azionisti e dei creditori individualmente sulla base di ogni singola entità.

Nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, per esempio in Italia, non vi è un principio per cui il gruppo di società possa essere considerato come un'unità giuridica.

In questo senso, quindi, la futura direttiva disciplinerà in maniera omogenea per tutti gli Stati membri un concetto giuridico di gruppo di società ed ancora provvederà a disporre di condizioni più flessibili per il trasferimenti di attività infra-gruppo.

Preliminarmente, dovrà essere raggiunto un accordo tra gli azionisti nel quale saranno definite le condizioni di trasferimento e gli adeguati controlli successivi. Sarà assicurato, inoltre, un intervento diretto del Consiglio di amministrazione nel procedimento di trasferimento affinché la possibilità che l'azionariato di minoranza ed i creditori attivino azioni di responsabilità nei confronti del Cda possa essere ridotta il più possibile.

In via conclusiva, l'accordo dovrà essere approvato dall'organo di supervisione del trasferente il quale valuterà come lo stesso possa essere integrato nel programma annuale di supervisione del gruppo e, soprattutto, potrà porre limitazioni laddove dimostri che l'eventuale trasferimento comporti un rischio per la società trasferente in termini di liquidità.

L'iter procedimentale seguito sarà quello dell'articolo 129 CRD, in ossequio del quale sarà instaurata una cooperazione tra i vari organi di supervisione interni al gruppo affinché, entro un termine perentorio per esempio di sei mesi, sia raggiunta una decisione di approvazione definitiva.

In oltre, il *DG Internal Market and Services* sta elaborando la possibilità di inserire con un ruolo da mediatore l'*EBA* anche in questa fase.

Quanto all'aspetto preventivo, le varie società di un gruppo possono stipulare accordi direttamente con la società holding in base ad alcune condizioni specifiche:

(a) cover one or more subsidiaries of the group, and could provide for financial support from, for example, the EU parent credit institution or the EU financial holding company to subsidiaries, from subsidiaries to the EU parent credit institution or the EU financial holding company, between subsidiaries of the group that are party to the agreement; and

(b) provide for financial support in the form of a loan, the provision of

*guarantees, or the provision of assets for use as collateral in transaction between the beneficiary of the support and a third party, or any combination of the foregoing.*²³¹

Tuttavia, il principio generale detta che questi accordi siano reciproci; vale a dire che talvolta il supporto può essere fornito dalla capo-gruppo alle società figlie, mentre altre volte viceversa. Inoltre, non deve essere trascurato l'aspetto del pagamento dei corrispettivi che rappresentano un equo compenso al supporto finanziario ricevuto.

Nondimeno sarebbe preferibile che questi accordi contenessero anche soluzioni per un eventuale inadempimento delle parti coinvolte.

Un'altra importante norma è quella per cui tutti gli accordi di supporto finanziario devono essere approvati dall'organo di vigilanza su base consolidata. Questo significa anche che l'attività di supervisione e controllo debba essere sviluppata in concerto tra la suddetta autorità e gli organi di vigilanza di ogni società figlia.

In qualunque modo, in caso di disaccordo tra società il *DG Internal Market and Services* invita a considerare l'istituto della mediazione. In particolare l'organo di vigilanza su base consolidata trasferisce le funzioni all'*EBA* che in veste di mediatore trova una soluzione.

In conclusione, se neppure con questo meccanismo della mediazione si giunge ad un accordo finale la nuova disciplina prevede che l'organo di vigilanza su base consolidata possa adottare autonomamente una soluzione discrezionale vincolante.

Ogni proposta di accordo di supporto finanziario deve essere approvata dall'assemblea degli azionisti di ogni società del gruppo coinvolta. Soltanto in questo modo i consigli di amministrazione delle diverse società saranno legittimati a prendere decisioni in materia di supporto finanziario e, conseguentemente, a renderne conto periodicamente.

A questo punto, vediamo quali sono le condizioni per il supporto finanziario infra-gruppo. Eccone alcune:

(a) There is a reasonable prospect that the support provided will redress the financial difficulties of the entity receiving the support.

(b) The provision of financial support has the objective of preserving or restoring the financial stability of the group as a whole.

(c) The financial support is provided for consideration provided to the entity providing the support by the entity that receives it in accordance with the terms of the agreement.

(d) The financial support may only be provided if, on the basis of the information

²³¹ Ved. DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, gennaio 2011, pag. 24.

available to the management body at the time when the decision to grant financial support is taken, it is reasonably certain that the loan will be reimbursed or the consideration for the support will be paid by the entity receiving the support.

(e) The financial support may only be granted if it does not jeopardize the liquidity or solvency of the entity providing the support.

(f) The financial support provided in accordance with the agreement may only be granted if the entity providing the support complies at the time the support is provided, and will continue to comply after the support is provided, with the prudential requirements of Directive 2006/48/EC, or any higher capital requirement that has been imposed by the competent authorities acting under any power, unless otherwise decided by the competent authority responsible for the supervision of the entity providing financial support (e.g. use of the buffer of liquid assets).

(g) The financial support complies with other relevant Treaty provisions, including State aid rules where applicable.²³²

Entrando nel merito del procedimento di attuazione, il *DG Internal Market and Services* valuta che prima di aprire la fase di negoziazione tra le società del gruppo il Consiglio di amministrazione delle società coinvolte abbiano notificato all'organo di vigilanza il verbale di assemblea nel quale è contenuta la decisione circa il supporto finanziario. Dopo di che, in un termine relativamente breve di 48 ore, quest'ultima può, laddove non siano rispettate le condizioni, restringere o proibire l'accordo. Inoltre, sarebbe preferibile che l'organo di vigilanza consultasse anche autorità nazionale di supervisione responsabile delle società che ricevono il supporto finanziario (la quale ha anche il compito di valutare l'impatto che dell'operazione sulla stabilità finanziaria dell'ordinamento).

Sistematicamente, il *DG Internal Market and Services* ritiene che i singoli Stati membri debbano modificare la disciplina interna dell'insolvenza al fine di tutelare i creditori delle singole società del gruppo. In particolare, sono due i meccanismi considerati:

(1) A Priority claim for the transferor over unsecured creditors of the transferee if the transferee becomes insolvent - Se un società che ha ricevuto il supporto finanziario sulla base dell'accordo di supporto finanziario infra-gruppo è dichiarata insolvente dopo aver ricevuto i trasferimenti, la società che ha finanziato è titolare di un'azione di rivendicazione prioritaria rispetto agli altri creditori per il rimborso dei corrispettivi.

(2) Claw back regime - Se un società che ha ricevuto il supporto finanziario sulla

²³² DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, gennaio 2011, pag. 27, cit..

base dell'accordo di supporto finanziario infra-gruppo è dichiarata insolvente dopo aver ricevuto i trasferimenti, il liquidatore della società può agire con una “*claw back claim*”²³³ contro la società che ha ricevuto il supporto finanziario.

5.3.7. “Triggers”.....

I “*triggers*” sono strumenti volti ad assicurare che le autorità siano in grado di agire in tempo prima che si presentino le condizioni per la dichiarazione della crisi da parte dei creditori.

Nondimeno, l'analisi di questo istituto può essere analiticamente divisa in due settori: i “*triggers*” negli interventi preventivi e i “*triggers*” nei piani di risoluzione.

Per ciò che concerne gli interventi preventivi, già la CRD disciplina alcuni poteri d'intervento dell'organo supervisore finalizzati ad imporre alle banche in stato di crisi misure per il riavvicinamento dei requisiti della direttiva stessa²³⁴. Attualmente, questi tipi di poteri sono esercitabili anche a casi in cui la banca presumibilmente verserà in stato di crisi così da estendere il più possibile la disciplina preventiva che già normativamente è disposta.

Tuttavia, i requisiti disposti dalla CRD sono molto ampi. Ciò significa che se una banca non vi rientra non necessariamente si trova già in uno stato di crisi finanziaria avanzata. Quindi starà all'organo di supervisione valutare come e quando esercitare i poteri d'intervento preventivo che la direttiva gli garantisce.

Dall'altra parte i “*triggers*” in ambito di piani di risoluzione, invece, mettono le autorità di risoluzione in condizione di esercitare azioni prima che i bilanci mostrino un palese stato d'insolvenza.

Comunque sia, è evidente che anche queste misure interferiscono in modo significativo con i diritti degli azionisti e dei creditori. Proprio per questo, le soglie d'intervento per i piani di risoluzione devono assicurare che le azioni di risoluzione vengano adottate soltanto in maniera residuale rispetto a tutte le altre possibili opzioni.

Alcuni settori che potrebbero aprire ad un piano di risoluzione si hanno quando l'istituto bancario abbia sostenuto, ovvero potrebbe incorrere, in perdite che incidano sul capitale nominale, oppure quando le attività sembrano essere minore delle passività, o quando pare non essere in grado di adempiere alle obbligazioni assunte.

Come corollario, la Commissione ha posto in particolare l'accento sulla tutela

²³³ Quest'istituto consiste “in un'operazione di collocamento di titoli; *claw back* è il nome proprio di una clausola fra emittente e sindacato bancario preposto all'operazione. Con essa, le parti convengono di “deviare” parte dei titoli destinati agli investitori istituzionali verso il pubblico dei risparmiatori, nel caso in cui questo richieda molti più titoli di quanti non gliene spettino in base al piano di allocazione. La manovra rivela chiaramente l'importanza che l'emittente attribuisce alla soddisfazione dei piccoli risparmiatori”, su www.gruppo24ore.ilsole24ore.com.

dell'interesse pubblico. Questo significa che se dall'esecuzione di un piano di risoluzione non risultano esservi particolari vantaggi è preferibile mettere in liquidazione la società non appena raggiunge le condizioni di dichiarazione dell'insolvenza.

5.3.8. “Early intervention”.....

In questo ambito la Commissione europea ha intenzione di definire ed espandere i poteri di supervisione così da prevenire e mette in sicurezza situazioni difficili che si accingono a divenire crisi vere e proprie.

Alcuni di questi poteri possono includere il potere di proibire la distribuzione dei dividendi e la remunerazione di qualsiasi altro strumento partecipativo; il potere di richiedere la sostituzione di membri del Consiglio di amministrazione o di direttori generali ed il potere di richiedere agli istituti bancari di disinvestire le attività che mostrano un margine eccessivo di rischiosità.

Ulteriormente, l'attivazione di questi strumenti si ha nel momento in cui un istituto di credito non raggiunge gli standard di patrimonialità previsti dalla CRD e da Basilea 3. Per questo si distinguono in modo netto da i poteri preventivi che invece vengono attivati anche in momenti precedenti.

Amministrazione straordinaria²³⁵

Infine, potrebbe essere anche prevista la nomina da parte dell'organo di supervisione di un *amministratore straordinario* per un limitato periodo di tempo (sopra ad un anno) che assuma la gestione direttamente o indirettamente di un istituto di credito che non riesce più a garantire gli standard previsti dalla CRD. La figura dell'*amministratore straordinario* potrà esercitare tutti i poteri di gestione e direzione con l'unico dovere di portare in una situazione di salvezza l'istituto.

Tuttavia, si pongono dei problemi di garanzia dei diritti degli azionisti i quali si vedono espropriare del proprio diritto di voto nelle decisioni. In questo senso, però, sarebbe sufficiente prevedere che alcune decisioni strutturali che l'amministratore straordinario deve adottare vengano approvate dall'assemblea degli azionisti.

5.3.9. Piani di Risoluzione.....

In via generale anche in caso di dichiarazione di fallimento di istituti di credito si dovrebbe applicare il procedimento ordinario di insolvenza. Tuttavia, come si può ben intendere, il settore bancario è uno di quegli ambiti nel quale ricadono una moltitudine

²³⁴ Cfr. *Articolo 136 della direttiva 2006/48/EC.*

²³⁵ Ved. *Capitolo VI - Allineamento della nuova disciplina con l'ordinamento italiano.*

d'interessi eterogenei tra loro. Quindi per tutelare la stabilità finanziaria si tende ad applicare misure d'intervento speciali decisamente più invadenti nella struttura societaria.

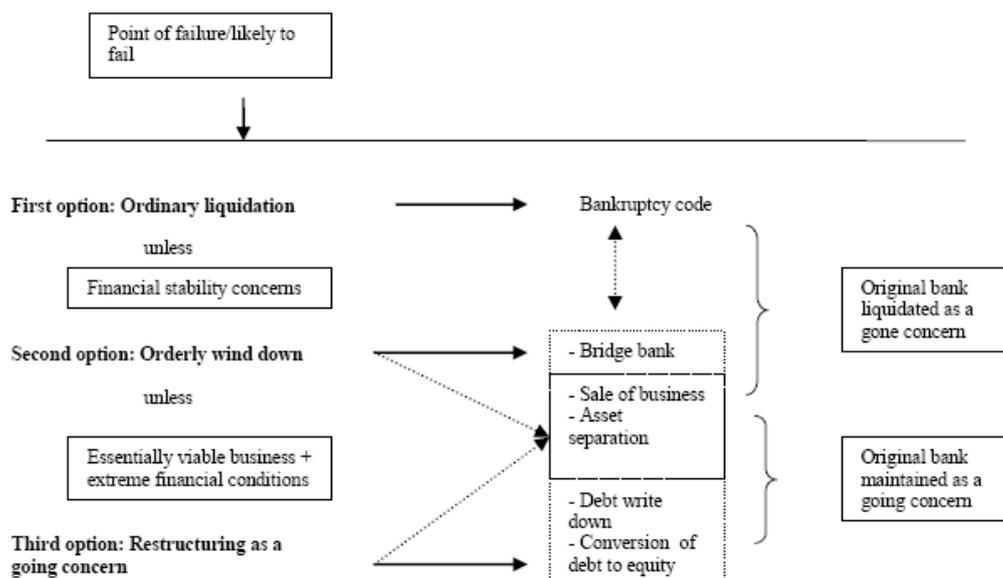


Immagine – Risoluzione e Insolvenza²³⁶

Le tematiche principali sono le seguenti:

- *Gli strumenti di risoluzione*: ricomprendono manovre di vendita di business che consentono alle autorità di procedere alla vendita di rami di azienda senza il consenso dell'assemblea degli azionisti; banca ponte nella quale vengono fatte confluire parti di attività di un istituto in via temporanea; ovvero strumenti volti a separare gli assets tossici (fatti confluire in una bad bank) dal resto delle attività che invece continuano ad operare.
- *I poteri di risoluzione*: consistono nel potere di trasferire partecipazioni, attività, diritti o passività; nel potere di cancellare partecipazioni, ovvero di convertire strumenti di debito in strumenti di rischio; nel potere di imporre una moratoria temporanea sui pagamenti dei crediti.

La problematica, nondimeno, è che l'applicazione di questi strumenti e questi poteri spesso interferiscono con i diritti degli azionisti e dei creditori.

In quest'ottica la Commissione ha elaborato un principio per cui gli azionisti non devono sopportare perdite maggiori di quelle che avrebbero sofferto se l'istituto bancario, anziché assoggettato ad un piano di risoluzione, fosse stato messo in fase di

²³⁶ Ved. COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU*

liquidazione ordinaria.

I lavori della Commissione includono anche la salvaguardia delle controparti contrattuali dell'istituto che potrebbero subire degli svantaggi dal trasferimento di proprietà, attività, o passività.

La clausola residuale consiste nel fatto che tutti gli strumenti e poteri di risoluzione possono essere esercitati solo in accordo con il trattato UE e con la disciplina degli Aiuti di stato.

5.3.9.1. Condizioni per la Risoluzione.....

Affinché l'autorità di risoluzione eserciti i poteri e gli strumenti di risoluzione è necessario che siano raggiunte le condizioni che il *DG Internal Market and Services* prevede. In particolare, sono previste tre diverse opzioni che possono essere considerate individualmente o cumulativamente.

Opzione 1 - Incentrata su condizioni simili a quelle dell'insolvenza, ma includendo casi in cui ancora l'istituto non è insolvente e quindi è plausibile un intervento preventivo.

A credit institution is failing or likely to fail if one or more of the following circumstances applies:

- (a) it has incurred or is likely to incur in losses that will deplete its equity,*
- (b) the assets of the credit institution are or are likely to be less than its obligations, or*
- (c) it is or is likely to be unable to pay its obligations in the normal course of business.²³⁷*

Opzione 2 - Suggestisce una condizione basata su valutazione prudenziale di continuo rispetto delle condizioni di autorizzazione. Un ente creditizio rischia di fallire se non soddisfa più, o è probabile che non riescono a soddisfare, le condizioni finanziarie per l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività bancaria.

Opzione 3 - È una proposta puramente quantitativa. Un istituto di credito è in procinto di fallire quando non è più in possesso dei requisiti Tier 1 richiesti dal capitolo 2 del titolo V articolo 75 della CRD. In aggiunta, sono previsti altri due aspetti²³⁸:

Framework for Crisis Management in the Financial Sector (COM(2010) 579), Bruxelles, 20 ottobre 2010, pag. 9.

²³⁷ DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, gennaio 2011, pag. 47, cit..

²³⁸ Oltre a ciò sono previste ulteriori restrizioni dal DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution* a pag. 48: "The services of DG MARK believe that the triggers should be necessary but not sufficient conditions to apply the resolution tools. In addition, resolution authorities should apply the resolution tools and exercise the resolution powers only if:

(a) there should be no reasonable prospect that the credit institution will be able with its own or other private means to rectify the relevant circumstance within a period that is reasonable given the nature of

l'utilizzo del piano di risoluzione deve essere l'ultimo strumento utilizzabile per evitare il fallimento, e al piano di risoluzione deve essere data attuazione in ossequio all'interesse pubblico – vale a dire tutela della stabilità finanziaria, continuità nei servizi essenziali, protezione dei fondi pubblici e dei depositanti.

5.3.9.2. Poteri e strumenti di Risoluzione.....

Il *DG Internal Market and Services* ritiene che l'autorità di risoluzione può esercitare il potere di agire secondo diverse modalità nel momento in cui vengono ad esistere le condizioni disposte. Le modalità attualmente previste sono:

(a) *Strumento di vendita delle attività*: Questo strumento consente alle autorità di risoluzione di effettuare la vendita di un istituto di credito, ovvero una parte di attività o passività, ad uno o più acquirenti a condizioni di mercato senza che sia richiesto il consenso degli azionisti.

Tale processo di vendita deve essere aperto a tutti gli operatori del mercato, trasparente, e non discriminatorio così da evitare ogni possibile conflitto d'interesse. Inoltre, l'organo di vigilanza deve nei termini previsti dalla legge e senza ritardare l'operazione di vendita porre in essere tutti i meccanismi di controllo previsti dall'articolo 19 della direttiva 48/2006/EC.

(b) *Banca ponte*²³⁹: Questo istituto permette alle autorità di risoluzione di trasferire tutte o parte delle attività di un istituto di credito ad una banca ponte. Lo scopo è quello di ristrutturare l'organizzazione societaria rafforzandone la robustezza senza pregiudizio del mercato.

Vi è un limite quantitativo per cui il valore totale delle passività trasferite alla banca ponte non può eccedere il valore totale delle attività trasferite da altre fonti. In concreto queste sono le misure esecutive: *(I) transfer rights, assets or liabilities from the affected credit institution to the bridge bank on more than one occasion; and (II) transfer rights, assets or liabilities back from the bridge bank to the affected credit institution if this is necessary in view of the resolution objectives.*²⁴⁰

Inoltre, la banca ponte deve essere costituita secondo le disposizioni delle

the circumstances without action by the resolution authorities and liquidation under the generally applicable insolvency regime would not meet the resolution objectives; and
(b) the application of resolution tools or exercise of resolution powers should be justified in the public interest. For this purpose, an action will be justified in the public interest if it is necessary to meet one or more of the resolution objectives”.

²³⁹ Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution a pag. 53: “bridge bank” should mean a company or other legal person which is wholly owned by one or more public authorities (which may include the resolution authority). It is suggested that the resolution authorities would specify the contents of the constitutional documents of the bridge bank.”.

²⁴⁰ DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution, gennaio 2011, pag. 53, cit..

direttiva CRD, ovvero della direttiva 2004/39/EC se assume la forma di società ponte d'investimento (*bridge investment firm*), e deve essere autorizzata dalle autorità nazionali. In ossequio ad alcuni principi comunitari - libertà di circolazione dei servizi e libertà di stabilimento - la banca ponte deve essere considerata come una continuazione dell'istituto di credito soggetto a misure d'intervento.

Quanto ai termini di durata è disposto che il periodo ordinario di operatività sia di un anno; tuttavia le autorità di risoluzione possono, in circostanze particolari, ammettere una proroga di massimo due semestri. Se al termine di detto periodo la banca ponte non è stata interamente venduta è preferibile che venga messa in liquidazione.

Per di più, la banca ponte è completamente indipendente dagli azionisti e dai creditori dell'istituto principale in quanto questi non hanno alcun diritto sulle proprietà ed attività se non quello di ripetizione dell'eventuale eccedenza che residua in seguito alla liquidazione.

(c) *Strumento di separazione delle attività*: Lo scopo di questo strumento è quello di consentire alle autorità di risoluzione di trasferire certe attività dell'istituto di credito ad un organismo pubblico di gestione delle attività al fine di facilitare un efficace utilizzo degli altri strumenti di risoluzione.

Il compito principale è quello di identificare le attività soggette ad un alto livello di rischio tale da influenzare l'equilibrio finanziario dell'istituto di credito, e successivamente trasferire le stesse all'organismo pubblico suddetto. Quindi, in accordo con le autorità di risoluzione, procedere ad un'eventuale vendita al loro valore di mercato eliminando conflitti d'interesse. Come per la banca ponte, gli azionisti ed i creditori non hanno alcun diritto sulle attività trasferite.

Infine, per minimizzare eventuali effetti distorsivi del mercato è previsto che i trasferimenti siano soggetti a clausole di salvaguardia per i trasferimenti parziali di proprietà.

(d) *Strumento di conversione del debito*²⁴¹.

La Commissione ha predisposto un elenco dei principali poteri delle autorità di risoluzione:

1. *the power to take control of the affected credit institution;*
2. *the power to transfer shares and other instruments of ownership issued by an affected credit institution. For the purposes of this power, instruments of ownership should include instruments that confer ownership in mutual associations, instruments that are convertible into or give the right to acquire shares or instruments of ownership, instruments representing interests in shares*

- or instrument of ownership;*
- 3. the power to transfer debt instruments issued by an affected credit institution. For the purposes of this power, 'debt instruments' would encompass bonds and other forms of transferable debt, any instrument creating or acknowledging a debt, and instruments giving rights to acquire debt instruments.*
 - 4. the power to transfer to another undertaking or person specified rights, assets and liabilities of a credit institution to which resolution tools are applied;*
 - 5. the power to write off or cancel the shares or other instruments of ownership issued by the affected credit institution;*
 - 6. the power to reduce or write off the claims of unsecured creditors of an affected credit institution;*
 - 7. the power to convert certain debt instruments or other non-core Tier 1 instruments issued by an affected credit institution or an affiliate into shares or other instruments of ownership in that credit institution or in a parent credit institution or parent financial holding company;*
 - 8. the power to require the conversion of debt instruments which contain a contractual term for conversion on an official action or decision that an institution is failing or that intervention by resolution authorities is or is likely to be necessary;*
 - 9. the power to remove or replace the senior management of an affected credit institution;*
 - 10. the power to issue new shares. In this context, "affected credit institution" refers to a credit institution to which resolution tools are applied.²⁴²*

Trasferimento dei poteri: “Ancillary provisions” (prestazioni accessorie)

Affinché l’applicazione degli strumenti di risoluzione avvenga nella maniera più efficace possibile è necessaria la previsione di prestazioni accessorie.

Nell’operazione di trasferimento di strumenti finanziari le autorità di risoluzione devono essere capaci di rimuovere qualsiasi impedimento ostativo all’operazione, di eliminare il diritto di opzione, di impedire la negoziazione di tali strumenti sul mercato regolamentato e di richiedere al cedente o al cessionario di fornire le altre informazioni e assistenza.

Al fine di garantire un regime di continuità è previsto che il cessionario si assuma tutti i diritti ed i doveri del cedente di qualsiasi strumento finanziario e che, laddove il

²⁴¹ Ved. paragrafi successivi – *Capitolo 5.3.10. “Debt write down”*.

²⁴² DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, gennaio 2011, pag. 56, cit..

cessionario sia impedito, il cedente possa sostituirlo in qualsiasi procedimento legali in relazione allo strumento finanziario.

In pendenza di misure d'intervento delle autorità di risoluzione nessuno ha il diritto di esercitare il potere di far dichiarare il fallimento dell'istituto di credito senza il consenso delle stesse.

Trasferimento dei poteri: “continued support from transferor”

E' fondamentale che le autorità di risoluzione abbiano il potere di richiedere all'istituto di credito soggetto alle operazioni di provvedere all'erogazione di servizi che sono necessari affinché il terzo destinatario possa effettivamente operare sulla base delle attività trasferitegli.

Trasferimento di proprietà di terzi

I creditori e i soggetti terzi influenzati dai trasferimenti di attività, diritti o passività, che sono soggetti al diritti di uno Stato membro differente, non dovrebbero avere il diritto di impedire il trasferimento sulla base di norme interno dello Stato membro. Questi avranno solo il diritto di risarcimento e di salvaguardia per trasferimenti parziali.

Tali creditori e soggetti terzi devono avere gli stessi diritti e le stesse tutele, tra cui il diritto al risarcimento e le garanzie per i trasferimenti parziali come i creditori e i terzi che sono interessati dal trasferimento di beni, diritti o passività che si trovano nello Stato dell'autorità risoluzione. Con alta probabilità questa previsione comporterà alcune modifiche della direttiva 2001/24/EC in materia di riorganizzazione e liquidazione degli istituti di credito.

In conclusione, quando vengono trasferiti strumenti finanziari a terzi in Stati membri differenti tali trasferimenti non saranno effettivi se il cedente ed il cessionario non avranno posto in essere tutte le fasi necessarie del trasferimento e se il cedente non garantisce di detenere tali strumenti sino al perfezionamento del trasferimento.

Temporanea sospensione dei diritti

L'istituto della temporanea sospensione dei diritti permette di sospendere i diritti nascenti dalle obbligazioni contratte dell'istituto di credito al fine di assicurare alle autorità un margine di tempo entro il quale decidere se e come trasferire le attività e le passività.

5.3.9.3. Trasferimenti parziali: clausole di salvaguardia e risarcimento.....

La nuova disciplina considera anche la salvaguardia degli interessi delle

controparti sulla base di accordi di risarcimento volti a tutelare l'effettività dei diritti assunti da questi. Inoltre, su questo frangente si registrano problematiche circa la diversità di trattamento delle controparti che può derivare da operazioni di risoluzione.

Salvaguardia delle controparti

Questa tipologia di clausole viene presa in considerazione dalla nuova disciplina in relazione ai *Security arrangements*²⁴³, *Title transfer financial collateral arrangements*²⁴⁴, *Set off arrangements*²⁴⁵, *Netting arrangements*²⁴⁶ e *Structured finance arrangements*²⁴⁷.

Il *DG Internal Market and Services* precisa che, allorché un'autorità di risoluzione pretenda di trasferire tutti i diritti, la proprietà e responsabilità di un istituto di credito ad un altro soggetto, ma il trasferimento non può essere efficace in relazione a determinati settori perché è al di fuori dell'Unione europea, o ad alcuni diritti o passività perché sono soggette alla legge di un territorio al di fuori dell'Unione europea, il trasferimento non debba essere trattato come un trasferimento parziale e, quindi, soggetto ad alcuna misura di salvaguardia.

Garanzia finanziaria e accordi di risarcimento

Lo scopo è quello di prevenire i trasferimenti e le modificazioni di alcuni diritti e responsabilità che sono protetti da clausole di garanzia finanziaria o accordi di risarcimento. A questo fine, sarà fondamentale specificare criteri per l'identificazione dei diritti e responsabilità che ricadono sotto questa disciplina. Tuttavia sono sicuramente esclusi dal novero di questa categoria: i diritti di vendita; i diritti relativi ad accordi di risoluzione o all'ordinaria attività bancaria intrapresi dall'istituto di credito; diritti relativi a "*subordinated debt*" emessi da una delle parti dell'accordo; e diritti nascenti da azioni contro l'istituto di credito soggetto ad un piano di risoluzione.

Accordi di sicurezza

²⁴³Definito come un meccanismo "under which a person has by way of security an actual or contingent interest in the property or rights that are subject to transfer, irrespective of whether that interest is secured by specific property or rights or by way of a floating charge or similar arrangement".

²⁴⁴È una tipologia di accordi "under which collateral to secure or cover the performance of specified obligations is provided by a transfer of full ownership of assets from the collateral provider to the collateral taker, on terms providing for the collateral taker to transfer assets if those specified obligations are performed".

²⁴⁵L'accordo che si ha quando "two or more claims or obligations owed between the bank and a counterparty can be set off against each other".

²⁴⁶Sistema per cui "a number of claims or obligations can be converted into a single net claim, including under which, on the occurrence of an enforcement event (however or wherever defined) the obligations of the parties are accelerated so as to become immediately due or are terminated, and in either case are converted into or replaced by a single net claim".

²⁴⁷Modalità di stipulazione che include "securitisations and covered bonds, which involve the granting and holding of security by a party to the arrangement or a trustee, agent or nominee".

E' sentita la necessità di porre in essere opportune garanzie per le obbligazioni garantite in regime di sicurezza al fine d'impedire che (I) il trasferimento di attività avvenga senza un parallelo trasferimento di responsabilità e benefici; (II) il trasferimento di un debito garantito avvenga senza i relativi benefici di tutela; (III) la modifica o la cessazione di un accordo di sicurezza attraverso l'uso di poteri accessori, se l'effetto di tale modifica o cessazione è che il responsabile cessa di essere tutelato.

Accordi di finanza strutturata

Le possibili clausole di salvaguardia in ambito di accordi di finanza strutturata sono: (a) *prevent the transfer of some, but not all, of the property, rights and liabilities which constitute or form part of a structured finance arrangement to which the credit institution under resolution is a party;* (b) *prevent the termination or modification through the use of ancillary powers of the property, rights and liabilities which constitute or form part of a structured finance arrangement to which the credit institution under resolution is a party.*²⁴⁸

Sospensione temporanea delle “close out netting”²⁴⁹

Le autorità di risoluzione hanno il potere di imporre una temporanea sospensione di tutti i diritti di ogni parte in relazione ad un accordo di risarcimento al fine di garantire un'azione anticipatoria da parte delle autorità di risoluzione.

La sospensione deve durare non più di 4/8 ore dopo che il termine di sospensione sia notificato; o non oltre le ore 17.00 del giorno successivo alla notifica della sospensione.

Affinché tale previsione abbia una reale applicazione è necessario identificare il momento esatto nel quale la sospensione ha effetto. A questo fine è stato identificato come momento di notificazione quello in cui l'autorità di risoluzione rende pubblica la decisione. È anche indispensabile considerare una disposizione circa l'identificazione dei diritti che possono essere esercitati alla scadenza della sospensione. A riguardo è appropriato distinguere tra controparti i cui diritti sono stati trasferiti al mercato privato od ad una banca ponte e quelli i cui diritti rimangono nelle attività residuali dell'istituto

²⁴⁸ DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, gennaio 2011, pag. 73, cit..

²⁴¹ Per approfondimenti vedi: MANTOVANI S., *Le clausole di close out netting*, 26 aprile 2010: “Le clausole di close out-netting permettono al contraente in bonis di contenere il rischio di default della controparte nei limiti della c.d. esposizione netta. Tali clausole integrano una delle pattuizioni normalmente contenute in quei contratti normativi che gli intermediari finanziari fanno sottoscrivere alla clientela. Tali clausole, escogitate dalla autonomia privata, hanno ricevuto un principio di disciplina nell'ambito della normativa dedicata alle c.d. garanzie finanziarie di cui al d. Lgs. 21 maggio 2004 n.170”.

di credito.

Diritto di contestazione del piano di risoluzione

Ai soggetti influenzati dalle decisioni prese dalle autorità di risoluzione deve essere riconosciuto il diritto di agire di fronte alle corti nazionali per contestare le stesse.

Tuttavia, il limite di tale diritto sta nel fatto che l'autorità giudiziaria può pronunciarsi soltanto circa la legalità e la legittimità del piano di risoluzione, non di certo sul merito delle scelte prese. Inoltre, il *DG Internal Market and Services* ritiene necessario impedire l'esercizio di altre azioni legali in relazione ad un istituto di credito che è in fase di risoluzione. A tal fine, l'autorità di risoluzione ha il diritto di chiedere al giudice una sospensione fino a 90 giorni per ogni azione giudiziaria o procedimento in cui l'ente interessato.

Nel quadro della nuova disciplina europea è previsto il divieto assoluto di avviare procedure concorsuali all'interno dei singoli Stati membri per gli istituti di credito soggetti a piani di risoluzione a livello comunitario. Eventuali procedure concorsuali potranno essere attivate soltanto dopo che siano terminati i procedimenti di risoluzione.

Principio di riservatezza (*Confidentiality*)

Le informazioni trattate dalle autorità di risoluzione e dagli altri soggetti coinvolti sono considerate “dati sensibili” soggetti ad un particolare regime di riservatezza. Per questo motivo, vi sono alcuni soggetti come le autorità di risoluzione, gli impiegati delle stesse, i consulenti legali e professionali e potenziali acquirenti che sono vincolati al principio del segreto professionale. Il fine ultimo è quello di evitare che tali informazioni vengano divulgate sul mercato così da influenzare la stabilità finanziaria e i processi civili e penali.

5.3.9.4. Piani di Risoluzione per Gruppi.....

Nell'ottica della nuova disciplina i piani di risoluzione di gruppi bancari consistono in: (a) *the application of resolution powers and resolution tools at the level of the parent entity with a view to resolving two or more credit institutions of the group that meet the conditions for resolution and stabilising the group as a whole; and (b) the coordination of the application of resolution tools and the exercise of resolution powers by resolution authorities in relation to the legal entities of the group that meet the conditions for resolution.*²⁵⁰

²⁵⁰ DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, gennaio 2011, pag. 79, cit..

Affinché si possa applicare un piano di risoluzione ad un gruppo bancario la società holding del gruppo e almeno una "covered subsidiary"²⁵¹ devono essere soggette ai requisiti per l'applicazione degli strumenti di risoluzione; ovvero due o più "covered subsidiary" subordinate ai requisiti per l'applicazione degli strumenti di risoluzione.

Per garantire l'effettività del piano le autorità di risoluzione cooperano scambiandosi informazioni rilevanti nell'ottica di un fine ultimo unitario per tutte le entità del gruppo. Per questo è prevista la costituzione di un'autorità di risoluzione del gruppo al fine di coordinare l'attività di tutti le altre autorità di risoluzione.

Accordi multilaterali con stati extracomunitari

In una dimensione globalizzata quale quella in cui ci troviamo oggi, è inevitabile prendere in considerazione anche il profilo internazionale della materia; così considerando anche i casi in cui gruppi bancari europei abbiano una o più *subsidiaries* in Paesi extracomunitari. Nelle sedi del *FSB* e del *G20* si sta lavorando per armonizzare il principio del mutuo riconoscimento di procedure concorsuali che già era stato introdotto con la direttiva 2001/24/CE, ma che ancora non ha avuto una reale applicazione in tutti gli Stati membri.

Il *DG Internal Market and Services* ritiene che la Commissione possa presentare una proposta al Consiglio, anche su richiesta di uno o più Stati membri, ad una autorità europea (che potrebbe essere l'*EBA*) per la negoziazione di accordi con Stati extracomunitari in materia di risoluzione quando:

1. un gruppo bancario ha la società holding in uno stato extracomunitario;
2. l'istituto di credito è situato in Paese extracomunitario ma la società madre, in forma di ente creditizio o società di partecipazione, ha la sede nella Comunità;
3. le succursali di un ente creditizio hanno la loro sede fuori della Comunità;
4. le succursali di un ente creditizio situate in Paesi extracomunitari, hanno la loro sede sociale nella Comunità.

Per cui, affinché venga garantita la minimizzazione dei costi complessivi e la massimizzazione del valore del gruppo, è necessario che le autorità di risoluzione europee cooperino con le autorità di competenza estere.

In questo senso è sentita l'esigenza di adeguare e rendere compatibili gli accordi a livello internazionale con quelli presi a livello europeo. Soltanto in questa maniera sarà assicurata un'appropriata tutela dei contribuenti di gruppi bancari internazionali.

²⁵¹ Ved. Op. cit. "Covered subsidiary would mean any subsidiary that is a credit institution or an investment firm that falls within the scope of the EU resolution framework".

“Firm specific arrangements”

Le autorità di risoluzione dello Stato membro in cui ha sede l’istituto di credito, che ha una o più *subsidiaries* o *branches* in un altro Stato membro, e le autorità di risoluzione di uno Stato membro responsabile per la gestione della crisi di un istituto di credito, che ha la società holding in uno Stato extracomunitario, sono invitate a stipulare accordi specifici circa un piano di risoluzione.

Lo scopo di questi accordi è del tutto simile a quello degli accordi multilaterali: assicurare che le autorità di risoluzione e le autorità competenti degli Stati extracomunitari istaurino un dialogo circa i poteri e gli strumenti di risoluzione da condividere per evitare che ricadano conseguenze sulla stabilità finanziaria di uno o più Stati membri o extracomunitari.

5.3.10. “Debt write down”²⁵²

Questo nuovo istituto fa fronte alle situazioni in cui *LCFIs* (*large, complex financial institutions*) sono troppo grandi e complesse per poter applicare le misure d’intervento previste in generale per i gruppi bancari senza mettere a rischio la stabilità finanziaria del sistema e riducendo il più possibile il contagio.²⁵³

In quest’ottica sono state previste misure organizzative preventive e preparatorie affinché la risoluzione di una crisi di queste dimensioni potesse essere svolta il più possibile nell’interesse pubblico.

Sulla base di quest’analisi sono stati presi in considerazione alcuni meccanismi come le operazioni di riduzione del valore contabile di uno o più beni iscritti a bilancio, in quanto sopravvalutato rispetto al valore di mercato, o l’attività di conversione di strumenti di debito in strumenti di rischio al fine di ristrutturare la posizione del capitale e permettere all’istituto di continuare ad erogare servizi bancari di base.

Tuttavia, ciò avviene non con pochi problemi: in primis, queste operazioni si possono ottenere sia sulla base di poteri statutari degli organi interni sia attraverso

²⁵² Ved. DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, gennaio 2011; *Commission seeks views on possible EU frame work to deal with future bank failures*, Annex 1, Bruxelles, 6 gennaio 2011.

²⁵³ Nello specifico il *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution* a pag. 86 ammette che: “Such a tool would be designed for cases where the application of the standard resolution tools (such as transfer of business to a private sector entity or bridge bank, or a ‘good bank / bad bank’ split) is not an option because of the nature of the failing institution or its business or where, in the opinion of the resolution authorities, other tools would not be sufficient to achieve the resolution objectives. In practice, such a tool might be most useful in the case of systemically important institutions which are considered to be ‘too big to fail’, or in a generalised situation of stress where there is unlikely to be a large pool of potential third party purchasers. Additionally, creating a bridge bank or effecting a ‘good bank, bad bank’ split may not be possible in the time available given the size and complexity of a particular institution’s asset or trading book or the interconnectedness within the same group or externally. Such a tool may also help to provide time for coordination and consultation in the event there are significant cross border activities which need to be dealt with by third country resolution

accordi negoziali; e ancora, la ripartizione dei costi della gestione e dei rischi, la gestione delle passività evidenziate dal bilancio e la possibilità di modificazione delle categorie dei creditori; e in ultimo, la complessità di applicare strumenti uniformi in situazioni transfrontaliere e la garanzia di mutuo riconoscimento di strumenti di intervento anche a livello giudiziario.

L'obiettivo della Commissione è quello di garantire la possibilità di gestione di situazioni "going concern" come è stato anche illustrato nel *Basel Committee consultation paper* dell'agosto 2010. Per garantire maggiore flessibilità nell'esercizio di "write down powers" sono state previsti due diversi modelli: il primo volto a mostrare alle categorie di creditori il rischio reale di fallimento dell'istituto ed il secondo finalizzato ad identificare gli strumenti di risoluzione della crisi.²⁵⁴

Inoltre, il quadro generale della nuova direttiva contempla anche un meccanismo di risarcimento nel caso in cui il piano di risoluzione non garantisca vantaggi rispetto alla dichiarazione dell'insolvenza.

Peraltro, vi sono frangenti in cui l'applicazione di strumenti "debt write down" possono comportare la perdita parziale o totale delle partecipazioni della società holding. Questo comporta, però, il rischio che la società holding sia libera di fuoriuscire dal gruppo in quanto viene meno l'interesse di continuare a supportare le società figlie.

Tuttavia, la nuova direttiva tenderà a scongiurare questa problematica prevedendo che la gestione della crisi avvenga a livello della società holding indipendentemente dallo Stato membro di appartenenza.

5.3.11. Coordinamento della gestione delle crisi transfrontaliere.....

Le azioni e gli strumenti disposti nella disciplina generale offrono un importante

authorities";

²⁵⁴ Il *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution* a pag. 87 asserisce, relativamente al **Comprehensive approach**, che "In addition to the power to write off equity and write down or convert subordinated debt that is outlined above, resolution authorities could be given a statutory power, exercisable in conjunction with the core power when an institution meets the trigger conditions for entry into resolution, to write down by a discretionary amount²³ or convert to an equity claim, all senior debt deemed necessary to ensure the credit institution is returned to solvency. Such a power would only apply to new debt issued (or existing debt contracts renewed or rolled over) after entry into force of the power. It would be exercisable in principle in relation to all senior debt, and resolution authorities would have a discretion as to which classes of debt would be written down or converted in a particular case, the extent of the 'haircut' and, where relevant the rate of conversion. The exercise of that discretion might take into account, among other things the systemic risks of writing down certain creditors". Mentre in riferimento al **Targeted approach** "An alternative to a comprehensive approach would be for resolution authorities to require credit institutions to issue a fixed volume of 'bail-in able' debt which, in addition to the power to write off all equity, and either write off existing subordinated debt or convert it into an equity claim, could be written down or converted into equity on a statutory trigger. Such debt would need to include a contractual term which would specify that the relevant resolution authority could use a statutory power to write down the debt when the institution meets the trigger conditions for entry into resolution. The amount of the write down or conversion rate could be either specified in the instrument, or it could be left to the discretion of the resolution authorities (subject to the principle that the affected debt holder should be 'no worse off than in liquidation')".

punto di partenza per l'analisi delle crisi di gruppi bancari europei anche se sono auspicabili maggiori interventi legislativi in ordine alla cooperazione e all'integrazione tra Stati membri.

In via teorica, un quadro di risoluzione di gruppi bancari europei dovrebbe essere sviluppato da un'unica autorità europea affinché sia garantito un rapido, decisivo e equo processo di risoluzione. Tuttavia, ciò non è pensabile se prima non viene stabilita una disciplina armonizzata in ambito di insolvenza bancaria.

5.3.11.1. Soluzione coordinate per i gruppi bancari europei.....

In quest'ottica la Commissione è in procinto di realizzare due riforme. In primo luogo sarà affiancato un collegio di risoluzione al già esistente collegio di supervisione. Il primo sarà presieduto dall'autorità di risoluzione responsabile per i gruppi bancari ed avrà il compito di gestire situazioni di crisi scambiando informazioni, coordinando misure di risoluzione e redigendo piani di risoluzione; in un secondo momento verranno ampliati i poteri alle autorità di risoluzione responsabile per i gruppi bancari (*group level resolution authorities*) di modo che possa esercitare il potere di decidere le misure adottabili in caso di crisi di un gruppo bancario.

Contemporaneamente, potrà essere richiesto alle autorità nazionali di astenersi dall'adottare misure pregiudizievoli all'applicazione degli schemi di risoluzione di gruppo. Ciò nonostante, nei casi in cui l'autorità di risoluzione responsabile per i gruppi bancari dispone particolari misure come per esempio la separazione delle società figlie al fine di riassetare in maniera adeguata la struttura e l'organizzazione del gruppo, le autorità nazionali potranno essere chiamate a collaborare. Nondimeno anche in questi casi non si prescinde dal piano predisposto dalle autorità europee.

La novità di redigere un piano di risoluzione di gruppo a livello europeo potrebbe facilitare l'esecuzione di coordinati piani di risoluzione volti a far ottenere una gestione coordinata e controllata. Comunque sia, questi piani europei non saranno mai vincolanti in quanto i poteri di risoluzione saranno sempre applicati a livello di singole entità legali e la competenza di gestione della risoluzione rimane a livello nazionale.

Le autorità nazionali, che non concordano con le misure contenute nel piano di risoluzione europeo, non saranno ostacolate nell'adottare azioni indipendenti laddove le ritengano necessarie per tutelare la stabilità finanziaria nazionale. Tuttavia, sarebbe preferibile che queste venissero utilizzate in concerto con gli altri Stati membri.

5.3.11.2. Influenze nel diritto vigente²⁵⁵

Sia a livello nazionale che a livello comunitario si è sviluppata in materia di diritto societario un'ampia regolamentazione dedicata alla tutela dei diritti degli azionisti e dei creditori.

Nell'ottica della gestione delle crisi transfrontaliere, saranno previste misure restrittive sia dei poteri decisionali dell'assemblea degli azionisti sia dei diritti partecipativi non garantendo più l'utilizzo di strumenti giurisdizionali per la tutela degli stessi. Quindi, vi è la necessità di prevedere una disciplina coordinata tra le norme in materia societaria e quelle speciali in materia di gestione delle crisi transfrontaliere nel settore bancario. Ecco alcune norme che con alta probabilità saranno derogate dalla futura direttiva:

1. *Articoli 17(1), 25, 29(1),(3) e (4), 30 e 40 della Direttiva 77/91/EEC* circa il mantenimento del capitale e l'alterazione delle società per azioni;
2. *Direttiva 78/855/EEC* circa le fusioni di società di capitali pubbliche, che non deve essere applicata nel caso in cui le società coinvolte sono soggette a procedimenti di bancarotta, o di liquidazione, ovvero altri procedimenti simili anche giuridici.
3. *Direttiva 82/891/EEC* circa le scissioni di società di capitali pubbliche, valgono le stesse deroghe previste per la direttiva sulle fusioni;
4. *Articolo 5 della Direttiva 2004/25/EC* circa l'OPA (Offerte pubbliche di acquisto);
5. *Direttiva 2007/36/EC* circa i diritti degli azionisti.

5.3.11.3. Coordinamento con i Paesi extracomunitari.....

In questo settore gioca un ruolo fondamentale il principio del mutuo riconoscimento di misure d'intervento adottate dalle autorità nazionali degli altri Stati. Inoltre, il *FSB* e il *G20* stanno cercando di elaborare principi generali comuni da porre a fondamento dei diversi accordi internazionali in materia. La Commissione è favorevole alla stipulazione di accordi di cooperazione tra autorità nazionali competenti nel settore delle crisi bancarie.

5.3.11.4. Il ruolo delle *European Supervisory Authorities* nella gestione delle crisi....

Le *European Supervisory Authorities* sono il frutto di un'intensa negoziazione tra Stati membri in sede di Consiglio e di Parlamento europeo. In particolare sono stati affidati all'*ESAs* alcuni compiti in ambito di gestione delle crisi e di azioni preventive.

L'*ESAs* mirano a creare un unico libro di regole UE. Lo faranno attraverso lo

²⁵⁵ Ved. *Capitolo 6.13. Possibili cambiamenti nel diritto societario comunitario vigente.*

sviluppo di standard tecnici, che sarà poi adottato dalla Commissione europea nell'ambito del diritto comunitario. Forniscono anche indicazioni e raccomandazioni ad alcune autorità di vigilanza nazionali e alle imprese. Qualora l'ESAs ritengano che una autorità nazionale di vigilanza non riesca ad applicare il diritto comunitario, o lo fa in un modo che sembra essere in violazione del diritto comunitario, esse hanno il potere di indagare.

Tali inchieste sono portate avanti dall'ESA che ha emesso la raccomandazione alle autorità di vigilanza nazionali; successivamente può essere seguita da un parere formale da parte della Commissione (se alla raccomandazione non viene dato seguito).

Se l'autorità di vigilanza non si conforma al parere formale della Commissione, l'ESA potrebbe poi prendere decisioni vincolanti per le imprese o gli operatori di mercato per assicurare la conformità dei comportamenti al diritto comunitario. Essi possono sospendere temporaneamente alcune attività finanziarie. Nei casi di maggior emergenza può essere chiamato in causa il Consiglio, in quanto ha poteri molto più ampi in materia di divieto di attività finanziarie.²⁵⁶

Inoltre, l'attività delle ESAs può essere affiancata da quella dell'EBA che nel quadro europeo assume un particolare ruolo d'intervento preventivo volto ad identificare le lacune del diritto comunitario, e a mediare e decidere in situazioni d'urgenza²⁵⁷. L'EBA assume un ruolo cruciale anche nella gestione transfrontaliera dei processi d'intervento e nel coordinamento tra i vari Stati membri.²⁵⁸

5.3.12. Risoluzione finanziaria.....

Purtroppo è dilagante la consapevolezza che i costi derivanti dalle misure di risoluzione non sono pressoché mai ricoperti dalla responsabilità degli azionisti e dai creditori. In ossequio a ciò, come annunciato nella Comunicazione del 26 maggio 2010 la Commissione intende proporre la creazione di fondi nazionali in supporto delle risoluzioni bancarie.

Un approccio omogeneo a livello europeo potrebbe comportare dei benefici sia in termini di eliminazione di distorsioni e differenze tra Stati membri sia nell'ottica di un'efficace cooperazione transazionale tra autorità.

Inoltre, è stato definitivamente affermato che tutti i fondi dovranno basarsi su sistemi di reperimento di risorse ex ante, così da garantire una certa riduzione dei costi ed una corretta modalità di ripartizione degli oneri tra i vari soggetti bancari.

²⁵⁶ Ved. <http://www.fsa.gov.uk/pages/About/What/International/european/esas/index.shtml>.

²⁵⁷ Cfr. articoli 9, 10 e 11 del testo sulla regolamentazione dell'ESA approvato dal Consiglio e controllato dal Parlamento europeo.

5.3.12.1. L'utilizzo dei fondi di risoluzione.....

L'utilizzo dei fondi di risoluzione è volto a garantire una maggiore credibilità alla misure d'intervento.

Ogni previsione di supporto finanziario deve essere disposta in accordo con il trattato UE e con la disciplina in materia di Aiuti di Stato in quanto potrebbero comportare effetti discorsivi sulla libera concorrenza.

5.3.12.2. Fondi di risoluzione e *Deposit Guarantee schemes*.....

I fondi di risoluzione e i *Deposit Guarantee schemes* sono strumenti volti a garantire un supporto finanziario agli istituti di credito in crisi anche se hanno scopi nettamente diversi.

La Commissione ha già proposto la costituzione di fondi *DGS* per il supporto di misure volte al trasferimento dei depositi da una società ad un'altra a condizione che la somma totale utilizzata non ecceda l'ammontare dei rimborsi ai depositanti.

Con la nuova disciplina, probabilmente, nascerà l'esigenza di far rientrare questi fondi *DGS* in fondi di risoluzione più ampi.

Infine, per non creare disuguaglianze tra i singoli Stati membri sarà necessaria una nuova sinergia tra fondi *DGS* e fondi di risoluzione.

5.3.12.3. Struttura dei fondi di risoluzione.....

Sebbene questo sia un tema estremamente spinoso, a questa fase della seconda consultazione pubblica sono state raggiunte, dopo lunghissimi dibattiti tra i vari Stati membri, alcune certezze circa le caratteristiche principali dei fondi di risoluzione:

- *Banks subject to the crisis management framework would contribute to **ex ante funds**, backed by ex post financing arrangements to ensure that financing is available irrespective of the size of the failed bank, and costs exceeding the capacity of the fund are subsequently recovered from the banking sector.*
- ***Requirements to contribute to the funds** should reflect the allocation of responsibility for supervision and crisis management. Like *DGS*, each resolution fund would receive contributions from institutions licensed in the same Member State, and the contribution would cover their branches established in other Member States.*
- *The **basis for contributions** will need to be considered carefully. While the Commission in principle considers full harmonisation based primarily on*

²⁵⁸ Cfr. articolo 12c ff. del testo sulla regolamentazione dell'ESA approvato dal Consiglio e controllato dal Parlamento europeo.

*liabilities to be the preferable proxy for the costs of resolution, other options could be considered at this stage, with a view to harmonising the basis for the contributions later. If justified by the structure of their financial system, the broader fiscal context or the potential costs of resolution, Member States could be given the flexibility to decide on a different basis for contributions, provided that this would not result in distortions of the Internal Market. The Commission will consider the costs and benefits of each approach and carefully listen to the views of different stakeholders.*²⁵⁹

5.3.12.4. Dimensione dei fondi.....

Un'altra argomentazione tocca i criteri di determinazione della grandezza di questi fondi nazionali di risoluzione rispetto agli oneri imposti ai singoli istituti; per di più si prospetta un profilo graduale, vale a dire che i contributi delle singole banche aumenteranno o diminuiranno in base alla ripresa economica delle stesse. Particolare attenzione dovrà essere posta in relazione alle altre riforme collaterali, per esempio circa i requisiti patrimoniali e le modalità di assorbimento delle perdite su capitale. Oltre a ciò, un'adeguata redazione di programmi annuali di supervisione potrebbe essere un buon parametro di determinazione della grandezza dei fondi.

5.4. Linee guida conclusive.....

In conclusione, con la chiusura di questa consultazione pubblica da parte della Commissione europea è stata posata la seconda pietra di un nuovo sistema normativo molto ambizioso, ma nello stesso tempo necessario, onde evitare il collasso del sistema bancario europeo ed internazionale, e di conseguenza il crollo finanziario degli Stati occidentali.

²⁵⁹ Ved. COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector* (COM(2010) 579), Bruxelles, 20 ottobre 2010, pag. 15.

- CAPITOLO VI -

Allineamento della nuova disciplina con l'ordinamento italiano²⁶⁰

6.1. Posizione dell'ordinamento italiano nell'implementazione delle nuove misure d'intervento europee; 6.2. Amministrazione straordinaria delle grandi imprese; 6.3. Regime speciale di gestione delle crisi bancarie disciplinato dal Testo Unico Bancario; 6.4. Limiti e prospettive del diritto delle crisi d'impresa italiano; 6.5. Regolamentazione dell'insolvenza bancaria transfrontaliera; 6.5.1. Tentativi di cambiamento; 6.5.2. Coordinamento ex post e transazioni infragruppo; 6.6. "Group Insolvency Law" e "Center of Main Interests"; 6.6.1. Lettura del Regolamento n. 1346/2000 in un'ottica di Diritto internazionale privato; 6.6.2. Il c.d. "jurisdictional approach"; 6.6.3. "Centre of main interests" (COMI); 6.6.4. Segue: Casi giurisprudenziali e definizione della Corte di Giustizia europea; 6.6.5. COMI e Lex con cursus; 6.7. Insolvenza dei gruppi transfrontalieri di società; 6.8. Ritorno alle categorizzazioni del periodo successivo alla Grande depressione; 6.9. Questioni ancora aperte; 6.9.1. Commento ABI: Come integrare il "bank resolution fund"; 6.9.2. Commento ABI: Valutazioni circa il "debt write down"; 6.10. Applicazione delle nuove misure europee alle Banche di Credito Cooperativo; 6.11. Assetto della nuova regolamentazione; 6.12. Commento ASSINOME: L'esposizione dei quattro pilastri; 6.13. Possibili cambiamenti nel diritto societario comunitario vigente.

6.1. Posizione dell'ordinamento italiano nell'implementazione delle nuove misure europee d'intervento.....

Come sappiamo, oramai, è da più di due anni che la Commissione europea sta elaborando una disciplina unitaria a livello comunitario in materia di gestione delle crisi nel settore bancario.²⁶¹

²⁶⁰ Ved. BANCA D'ITALIA, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale Insolvency and Cross-border Groups. *UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, Numero 69, Febbraio 2011.

²⁶¹ Cfr. ECB, *The new EU framework for financial crisis management and resolution*, Monthly Bulletin, luglio 2011; SCHOENMARKER D., *Central Banks and Financial Authorities in Europe: What Prospects?*, 2005; MASCAINDARO D. (ed.), *The Handbook of Central Banking and Financial Authorities in Europe*, Edward Elgar, 2005; SCHOENMARKER D., *"The Financial Trilemma"*, Tinbergen Institute Discussion Papers, No TI 11-019 / DSF 7, 2011.87; GOODHART C.

Al momento è legittimo ammettere che le novità, che entro la fine 2011 saranno introdotte nell'ordinamento comunitario con una direttiva, e per adesso contenute nelle comunicazioni della Commissione alle altre istituzioni comunitarie, non sono così rilevanti ed innovative se comparate alla disciplina che in Italia abbiamo in materia.

Considerevolmente può essere affermato che l'Italia è uno degli Stati membri con la regolamentazione più avanzata; tant'è che sono già previste dal Testo Unico Bancario (D.lgs.385/93) due forme speciali di gestione delle crisi bancarie: l'*Amministrazione straordinaria*²⁶² (con particolare riferimento alla c.d. *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza* per la prima volta operativa nel 1979 con la Legge n. 95/1979, e revisionata nel 1999 con il D.Lgs. n. 270/1999, di nuovo nel 2003 con il Decreto Legge n. 343/2003, convertito con la Legge n. 39/2004 e nel 2008 con il Decreto Legge n. 80/2008 convertito con la Legge n. 111/2008). e *Liquidazione coatta amministrativa*²⁶³. Tuttavia, l'ambito di applicazione di queste procedure concorsuali si estende non già al gruppo bancario transfrontaliero, bensì a qualsiasi istituto di credito in genere. Per questo motivo, quindi, il ruolo del legislatore italiano sarà quello di adattare tali procedure già esistenti alle caratteristiche del gruppo bancario transnazionale nell'ottica della nuova direttiva europea. Particolare attenzione dovrà essere posta sugli aspetti di coordinamento delle legislazioni e di trasferimento d'informazioni tra autorità nazionali di vigilanza. Nondimeno alcune disposizioni²⁶⁴ in questo senso sono presenti nel Testo Unico Bancario, ma non assumono una dimensione di rilevanza sistematica ed autonoma nell'ordinamento.

Ambito di Applicazione

Ciò che è stato proposto dalla Commissione appare condiviso dalla maggior parte degli Stati membri, infatti è stato fatto notare come la disciplina in oggetto potrebbe essere estesa anche al settore assicurativo in relazione a due parametri: uno all'alta rischiosità sistematica che tale apparato ripone sui mercati, l'altro alla parità

SCHOENMARKER D., *Fiscal Burden Sharing in Cross-Border Banking Crises*, International Journal of Central Banking, 5, 2009; MAYES D.G., *Early intervention and prompt corrective action in Europe*, Research Discussion Papers, 17/2009, Suomen Pankki – Finlands Bank, 2009; FONTEYNE W. et al., *Crisis Management and Resolution for a European Banking System*, IMF Working Papers, WP/10/70, 2010, pagg.1-99; DEWATRIPON et al., *The role of state aid control in improving bank resolution in Europe*, Bruegel Policy Contribution, 4, 2010.

²⁶² Ved. D.lgs. 385/93 TITOLO IV DISCIPLINA DELLE CRISI Capo I Banche Sezione I "Amministrazione straordinaria" artt. 70 e ss..

²⁶³ Ved. D.lgs. 385/93 TITOLO IV DISCIPLINA DELLE CRISI Capo I Banche Sezione III "Liquidazione coatta amministrativa" artt. 80 e ss..

²⁶⁴ Ved. i seguenti articoli del Testo Unico Bancario: Articolo 69 - "Ambito ed esercizio della vigilanza: Collaborazione tra autorità ed obblighi informativi", Articoli dal 77 al 79 - "Succursali di banche extracomunitarie e Banche comunitarie", Articolo 95 - "Liquidazione coatta amministrativa: Succursali di banche extracomunitarie", Articoli 95-bis e seguenti "Banche operanti in ambito comunitario".

competitiva tra operatori simili all'interno del mercato unico europeo.

Le procedure d'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario

La nuova regolamentazione europea mostra una peculiare apertura a soluzioni intermedie e transnazionali di gestione. Ciò evidenzia come sono sempre più apprezzate iniziative negoziali di gestione (come *accordi di ristrutturazione*) seppur nell'ambito, per esempio, di amministrazioni straordinarie ovvero di alternative misure amministrative. Questo dimostra che la legislazione in materia sta giungendo ad uno stadio in cui la dicotomia tra la soluzione privatistica e quella amministrativa va scemando.

Il connubio di più strumenti di risoluzione potrebbe dimostrarsi un punto di approdo considerando il fatto che in un settore come quello bancario gli stakeholders sono numerosi, differenziati e portatori di interessi apprezzabilmente disuguali. Per cui diversificare i livelli d'intervento significherebbe garantire maggiormente gli interessi di tutti i soggetti coinvolti.

Diversi criteri di scelta degli strumenti d'intervento

Da ora in avanti la scelta dei meccanismi d'intervento non si baserà più sulla discrezionalità dell'Autorità nazionale di vigilanza (che in Italia è la *Banca d'Italia*) benché graduata sulle pretese finalistiche d'intervento, ma anzi verrà effettuata con riferimento alla situazione in concreto. Voglio dire che la scelta di strumenti d'intervento non sarà più caratterizzata da una dicotomia tra *Amministrazione straordinaria* e *Liquidazione coatta amministrativa* (che rimarranno solo come palcoscenico giuridico di inquadramento normativo), ma sarà attuata sulla base della fase di avanzamento della crisi stessa. Quindi, i momenti d'intervento in una crisi finanziaria di un gruppo bancario saranno flessibilmente suddivisi in *Interventi preventivi*, *Strumenti di risoluzione* e *Strumenti di liquidazione*.

Solo con questo nuovo sistema si potrà giungere ad una reale, effettiva e controllata gestione delle crisi in ambito bancario con il fine di tutelare in primo luogo i contribuenti e i depositanti.

Infine in Italia, fino ad oggi, sono stati utilizzati strumenti c.d. *informali* di gestione della crisi; questo sta a significare che molto spesso venivano adottati *piani di risoluzione* ovvero *meccanismi di ricapitalizzazione* sulla base di nomine di commissari di fatto (il fenomeno del c.d. *precommissariamento*)²⁶⁵. Di conseguenza, con la nuova

²⁶⁵ Ved. CAROZZI A. M., *Strumenti e procedure di risoluzione delle crisi bancarie*, pag. 30: "Si tratta di un intervento informale delle autorità di Vigilanza, le quali ai primi segnali di crisi, di concerto con l'istituto interessato, e senza ricorrere allo strumento formale dell'amministrazione straordinaria, adottano

direttiva europea sarà assicurata maggiore trasparenza nell'esecuzione di queste misure al fine di assicurare stabilità finanziaria al sistema bancario comunitario.

Strumenti di prevenzione e preparazione, Early intervention e Resolution plan²⁶⁶

Per ciò che concerne gli aspetti tecnici degli strumenti d'intervento previsti dalla nuova normativa europea non vi sono stati rilevanti aggiornamenti ulteriori rispetto a quelli definiti dal documento riassuntivo della II consultazione pubblica²⁶⁷. Il fatto che ci sia stata una cristallizzazione di questo quadro fa pensare che a breve ritroveremo gli istituti già discussi nei precedenti capitoli nella proposta di direttiva.

Gestione coordinata dell'insolvenza transfrontaliera dei gruppi bancari²⁶⁸

In quest'ottica è molto sentita l'esigenza di meccanismi di coordinamento volti a rendere gli interventi il più efficaci possibile. Tuttavia sembra evidente l'intenzione di garantire un quadro europeo di coordinamento tra autorità e di omogeneità tra strumenti benché ogni autorità di risoluzione nazionale rimane direttamente responsabile per le società costituite sotto la sua giurisdizione mentre agli altri Stati membri è riconosciuta la capacità di esercitare la propria giurisdizione sulle subsidiaries.

Un elemento d'innovazione è rinvenibile nei *Collegi di risoluzione* la cui istituzione è fortemente voluta dalla Commissione europea. Ciò nonostante in questa sede sono sorti molti conflitti circa le modalità di composizione: parte degli Stati membri concordano con la proposta della Commissione, mentre altri propongono di far partecipare tutte le autorità nazionali come membri permanenti e attribuire in via definitiva una capacità decisoria in capo al collegio stesso.

Oltre a ciò, istituzioni internazionali come il *G20*, *FSB* e *BCBS* stanno lavorando affinché si giunga alla realizzazione di un quadro normativo internazionale in armonia con le regole comunitarie.

Purtroppo quest'obiettivo è visto da molti ancora come troppo lontano, pertanto stanno prendendo sempre più campo soluzioni consensuali come accordi bi o multilaterali tra Stati comunitari ed extracomunitari.

Inoltre le organizzazioni rappresentative degli istituti di credito (e non solo)

provvedimenti di sostituzione del management, sul presupposto che il nuovo assetto gestionale ricrei le condizioni di equilibrio. Una gestione precommissariale della crisi si può rinvenire sia nella vicenda del Banco di Napoli, sia in quella del Banco di Sicilia”.

²⁶⁶ Ved. *Capitolo 3.3.1. Interventi preventivi (“Early Intervention”); Capitolo 5.3.4. Misure preparatorie e preventive e Capitolo 5.3.8. “Early Intervention”; Capitolo 3.3.2. Piani di risoluzione e Capitolo 5.3.9. Piani di Risoluzione e Capitolo 3.3.3. Insolvenza.*

²⁶⁷ Ved. *Capitolo V - Lavori preparatori alla proposta normativa della Commissione europea in primavera 2011 – II Consultazione pubblica.*

²⁶⁸ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery*, 5 maggio 2011, pag. 16.

auspicano che venga introdotto il principio del mutuo riconoscimento di interi schemi di risoluzione adottati da Stati terzi e non soltanto di singole misure.

Autorità di riferimento²⁶⁹

L'Italia considera fondamentale affidare alla nuova *European Banking Authority* (EBA) poteri “sia nella definizione delle metodologie e delle istruzioni operative per l'applicazione dei nuovi adempimenti (quali la vigilanza rafforzata, gli stress test, i *recovery plan*, la definizione degli accordi sul supporto di gruppo) proposti per il nuovo *framework* comunitario sia per la soluzione di eventuali dispute tra autorità nazionali nel caso di gruppi transfrontalieri”.²⁷⁰

Un compito che potrebbe rivestire l'EBA sarebbe quello di adottare standard tecnici e linee guida volti ad instaurare un trattamento armonizzato degli strumenti di *Early intervention* applicabili sino al momento di esecuzione dei *Resolution plan*. Dopo di che, come evidenziato dalla Commissione, entra in gioco la *Resolution authority* che sono totalmente indipendenti rispetto all'EBA in quanto non è detto che in tutti gli Stati membri coincida con l'autorità di vigilanza.

6.2. Amministrazione straordinaria delle grandi imprese.....

In Italia, l'Amministrazione straordinaria è disposta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze con decreto, sulla base di una proposta della Banca d'Italia, con l'effetto di portare la banca sotto il controllo di autorità amministrative. Tuttavia, la proposta di amministrazione straordinaria può anche pervenire dal Consiglio di amministrazione ovvero dall'assemblea in sede straordinaria.

Questa procedura viene attivata in caso di gravi irregolarità amministrative o violazioni di legge che comportano un'apprezzabile perdita sul capitale.²⁷¹

Il termine di durata previsto dal Testo Unico Bancario è di un anno, anche se la Banca d'Italia può chiedere una proroga in ordine alle proposte di misure di ristrutturazione o trasferimento di attività in altre banche.

Sebbene l'Amministrazione straordinaria comporti una notevole restrizione dei diritti degli azionisti, ciononostante non risulta configurarsi alcuna deprivazione degli stessi in quanto alla base vi è sempre una loro approvazione.

Laddove, dopo un periodo di gestione straordinaria, la situazione finanziaria dell'ente non migliora il Ministero dell'Economia e delle Finanze, su proposta della

²⁶⁹ Ved. *Capitolo 5.3.3. Autorità responsabili*.

²⁷⁰ ABI, *ABI response to the DG Internal Market and Services working document “Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution”*, 3 marzo 2011, pag. 2, cit..

²⁷¹ Con il *D.Lgs. 270/1999* (il c.d. Prodi bis) per poter applicare l'amministrazione straordinaria era necessario che le società avessero almeno 200 dipendenti. Successivamente con la Legge Marzano il

Banca d'Italia, può sempre ritirare l'autorizzazione e procedere con la liquidazione coattiva.²⁷²

In questo senso l'Amministrazione straordinaria è uno degli strumenti d'intervento più accreditati nella II consultazione pubblica. Tuttavia sono state promosse alcune annotazioni particolari: il mandato all'amministratore straordinario deve essere finalizzato unicamente, ove possibile, alla ristrutturazione del gruppo bancario; le soglie di intervento devono essere molto più stringenti rispetto a quelle degli *Early intervention*; prima di qualsiasi intervento deve essere circoscritta ed individuata la responsabilità dell'amministratore straordinario; la nomina dell'amministratore straordinario dovrà avvenire secondo regole comunitarie omogenee per tutti e convenute dalla Commissione europea.

La convinzione comune a molti Stati membri è quella per cui l'Amministrazione straordinaria dovrebbe essere considerata una misura di risoluzione e non un *Early intervention*, quindi applicabile soltanto quando la crisi finanziaria è giunta ad un punto di criticità finanziaria avanzato.

Pertanto, è stato concordato che l'Amministrazione straordinaria può essere attivata solo quando un istituto di credito non è più capace di rientrare entro i parametri prevista all'articolo 136 CRD (aggiornato con i parametri di Basilea 3).²⁷³

limite è stato innalzato a 500.

²⁷² Ved. CARMASSI J.e LUCCHETTI E. e MICOSSI S., *Overcoming too-big-to-fail: A Regulatory Framework to Limit Moral Hazard and Free Riding in the Financial Sector*, Financial Markets - CEPS Task Force Reports, 15 marzo 2010, pag. 44.

²⁷³ Per quanto riguarda la situazioni in Italia *Relazione annuale – 2010 – della Banca d'Italia*, pagg. 252-253, *Le procedure straordinarie di banche e di intermediari non bancari*: “Nel 2010 sono state avviate 17 procedure di gestione delle crisi; nei primi quattro mesi del 2011 ne sono state avviate 5. Le procedure hanno interessato prevalentemente intermediari di dimensione ridotta; in un caso è stata assoggettata ad amministrazione straordinaria una banca con operatività interregionale. Le banche destinatarie di provvedimenti di rigore nel 2010 sono state 11, di cui 7 rientranti nell'ambito del credito cooperativo; tra gli intermediari non bancari figurano 2 SIM, una SGR e, per la prima volta, un Imel. L'esigenza di presidiare con tempestività la situazione aziendale ha reso necessario in due casi il ricorso alla gestione provvisoria, cui ha fatto seguito l'amministrazione straordinaria dell'intermediario. Nei primi mesi del 2011 è stata assoggettata ad amministrazione straordinaria, dopo un periodo di gestione provvisoria, una banca controllata da una entità libica destinataria dei provvedimenti internazionali di “congelamento” emanati a seguito della crisi politica del paese africano del Nord Africa. Nello stesso periodo è stata posta in amministrazione straordinaria una SGR operativa nel comparto del private equity e sono state sottoposte a liquidazione coatta amministrativa una banca di credito cooperativo calabrese, già in amministrazione straordinaria, e la succursale italiana di una SIM francese (dopo l'emanazione da parte dell'Autorità d'oltralpe del provvedimento di liquidazione della casa madre). L'adozione dei provvedimenti di rigore è stata generalmente conseguenza di irregolarità e violazioni normative, con crescente attenzione alle criticità degli assetti di governo e controllo nonché al rispetto degli obblighi antiriciclaggio e di trasparenza; in circa la metà dei casi irregolarità e violazioni si sono accompagnate a perdite patrimoniali. Nel periodo in esame (comprensivo del primo quadrimestre 2011) si sono chiuse otto amministrazioni straordinarie: in tre casi con la restituzione alla gestione ordinaria a seguito dell'azione di regolarizzazione condotta dagli organi straordinari, in altri due casi – relativi a banche di credito cooperativo – mediante la fusione per incorporazione in una banca della categoria; per tre procedure si è reso necessario l'avvio della liquidazione coatta amministrativa, realizzata con l'intervento di intermediari che hanno assicurato la tutela dei diritti dei depositanti e della clientela. I sistemi di garanzia dei depositanti hanno fornito, con diverse modalità, un importante contributo nella risoluzione delle crisi aziendali. Gli organi straordinari sono stati in taluni casi impegnati nella gestione di forti

Una prima deficienza della disciplina nazionale riguarda la gestione delle procedure d'insolvenza in maniera congiunta. In particolare, la normativa italiana prevede la separazione delle procedure delle singole entità facenti parte del gruppo di società; di conseguenza i creditori saranno liquidati sulla base delle attività delle singole entità del gruppo.

Certamente passi avanti sono stati fatti, tant'è che è prevista l'estensione del regime di Amministrazione straordinaria anche a più società del gruppo al fine di assicurare la gestione unitaria delle procedure. Per di più, può essere nominato un unico commissario straordinario per tutte le procedure pendenti.

Questo sistema normativo è di vecchia data (basti pensare che fino al 2005 le procedure di insolvenza in Italia erano regolate dal Decreto Regio n. 267 del 16 marzo del 1942), tuttavia nel 2006 con la riforma Marzano ha assunto una nuova veste molto più dinamica e moderna.

Purtroppo, però, tutto questo di fronte alla crisi finanziaria del 2008 non si è dimostrato così infallibile come ci si aspettava, seppur essendo uno degli impianti normativi in materia migliori di Europa.

In primis, l'Amministrazione straordinaria così concepita ha una portata applicativa molto limitata: approssimativamente è stimato che le società potenzialmente assoggettabili sono soltanto 1.300. Inoltre, non essendoci ancora nella pratica una prassi consolidata, l'esecuzione risulta essere molto incerta e fragile.

Oltre a ciò, in questi contesti macroscopici non si può sottovalutare le consistenti differenze strutturali che intercorrono tra una situazione aziendale ed un'altra (per esempio il crac Parmalat e la crisi di Alitalia).

E poi, non si può dimenticare il contesto socio-culturale italiano ove il concetto di fallimento è visto come un'offesa od una punizione, anziché come regola generale del mercato libero e concorrenziale.

Alla luce di ciò, è comprensibile la necessità che il Parlamento italiano approvi una nuova riforma in materia (d.d.l C. 1741) che tra l'altro già all'esame delle commissioni parlamentari competenti nell'ottica di implementazione delle recenti istanze della Comunità europea.

tensioni del profilo della liquidità che, in tre occasioni, hanno reso necessaria l'attivazione della sospensione dei pagamenti. L'individuazione di soluzioni delle crisi attraverso operazioni che prevedano il coinvolgimento di altri intermediari risulta – con la parziale eccezione del credito cooperativo – più difficile che in passato; ne è talvolta derivato un allungamento della durata delle procedure. È stato necessario in alcuni casi avviare l'iter previsto per le situazioni di esubero del personale. Al 30 aprile 2011 le procedure in essere erano 57: 18 amministrazioni straordinarie (15 banche, una capogruppo, una SGR e un Imel) e 39 liquidazioni coatte amministrative (17 banche, 3 SGR, 18 SIM, una succursale di una impresa di investimento francese); prosegue l'attività della società per la gestione di attività (SGA) di

6.3. Regime speciale di gestione delle crisi bancarie disciplinato dal Testo Unico Bancario.....

Riassumendo quanto descritto nel Capitolo II, il Testo Unico Bancario regola uno speciale regime di gestione delle crisi nel settore bancario. L'unico limite a questa disposizione risiede nel fatto che non è prevista una procedura unica a livello di gruppo bancario, ma anzi un meccanismo di coordinamento delle differenti procedure.

In breve, la Banca d'Italia assume una posizione centrale nella gestione degli interventi, invero ha il potere di supervisione su tutte le banche nazionali, e, ove necessario, di instaurare una procedura di Amministrazione straordinaria con la conseguenza che subentra nei poteri di gestione e amministrazione di tutto il gruppo bancario.

Inoltre, questo tipo di interventi non sono previsti solo per singole entità, ma anche per interi gruppi di banche affidando così la gestione delle singole procedure ad un'unica autorità. Quando la società madre è soggetta all'Amministrazione straordinaria, anche tutte le società figlie in stato di crisi saranno coinvolte; per cui la legge consente di attuare un piano di riorganizzazione unico a livello di gruppo, però senza comportare il consolidamento totale delle attività e delle passività del gruppo.

6.4. Limiti e prospettive del Diritto delle crisi d'impresa in Italia.....

Con le riforme del Diritto delle crisi d'impresa avutesi negli anni 2005-2007 non sono state introdotte grandi novità in materia di insolvenza bancaria transfrontaliera. Ad esempio non è stata affatto affrontata la tematica di gestione di gruppo delle crisi.

Tutt'ora, come ho già avuto modo di dire, le procedure vengo intraprese a livello di singole entità con la possibilità di gestire in maniera congiunta i differenti interventi. Tuttavia con ciò non si elimina la disparità di trattamento che inevitabilmente si viene a definire.²⁷⁴

Ciò nonostante sono stati introdotti alcuni strumenti innovativi come ad esempio i “*debt restructuring agreements*” (*accordi di ristrutturazione dei debiti*) regolati all'articolo 182 bis della Legge fallimentare. In questo senso L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma,

realizzo degli attivi problematici acquisiti a seguito degli interventi pubblici di ristrutturazione del gruppo Banco di Napoli”.

²⁷⁴ Ved. STANGHELLINI L., *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, pag. 369.

lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. II. L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.²⁷⁵

Questo schema, così flessibile, può essere comodamente adattato anche a contesti di gruppo. Non a caso un'interpretazione simile è già stata proposta nel “caso Risanamento”²⁷⁶, nel quale il Tribunale di Milano ha ritenuto ammissibile un accordo di ristrutturazione dei debiti concernente vari società di un unico gruppo, con la conseguenza che le singole società risultavano essere subordinate reciprocamente agli effetti dell'accordo.

Un approccio simile è stato adottato anche in un recente caso relativo ad un gruppo bancario, ove l'accordo di ristrutturazione dei debiti è stato proposto all'interno di un piano di salvataggio dell'intero gruppo bancario.²⁷⁷

Un altro strumento introdotto è il “*certified plan*” (*Piano di risanamento*) ai sensi dell'articolo 67 III comma lett. D) della Legge Fallimentare. Così gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501-bis, quarto comma, del codice civile.²⁷⁸

In definitiva, la legislazione italiana in materia mostra in nuce potenziali strumenti e procedure d'intervento estendibili anche al settore bancario, tuttavia mancano ancora meccanismi di coordinamento volti a gestire unitariamente insolvenze bancarie di gruppo.

6.5. Regolamentazione dell'insolvenza bancaria transfrontaliera.....

A questo punto non ci rimane che ricercare le fonti (vigenti e non) ove rinvenire gli elementi normativi per coprire le lacune che il nostro ordinamento mostra in materia di insolvenza bancaria transfrontaliera.

6.5.1. Tentativi di cambiamento.....

Nell'elaborazione delle succitate riforme furono considerate due proposte in ordine all'insolvenza di gruppo.

²⁷⁵ Articolo 182 bis della Legge Fallimentare, cit..

²⁷⁶ Ved. Tribunale Milano, 10 novembre 2009, fallimento Risanamento S.p.A..

²⁷⁷ Ved. BANCA D'ITALIA, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale Insolvency and Cross-border Groups. *UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, Numero 69, Febbraio 2011, pag. 95.

La prima fu la c.d. proposta Trevisanato del 2003, la quale aveva il fine di assicurare il coordinamento delle procedure per il trattamento uniforme dei creditori all'interno del medesimo gruppo. L'altra fu la proposta del Partito Democratico del 2004, la quale prospettava la gestione di procedure separate ma collegate tra loro in maniera integrata.

Quest'analisi riflette lo stato del dibattito che si è avuto nel nostro ordinamento circa l'insolvenza bancaria transfrontaliera. Tutti sono concordi che sia necessario procedere con misure coordinate, ma nel limite del principio della separazione legale dell'entità interne al gruppo. Quindi, è proprio su questo punto che la Commissione europea sta intervenendo nel tentare di rimuovere tale ostacolo teorico che danneggia l'applicazione esecutiva in concreto di tali istituti giuridici.

6.5.2. Coordinamento ex post e transazioni infragruppo.....

La frammentazione tra le procedure all'interno di un medesimo gruppo può essere superata anche con alcuni istituti già disciplinati come applicazione comune di misure d'intervento, scambio di canali di informazione, piani comuni di salvataggio, deroga alle norme ordinarie sulla competenza dell'Autorità giudiziaria e unicità degli organi del procedimento.²⁷⁹

Spesso accade che agli strumenti di coordinamento venga data esecuzione successivamente all'apertura delle singole procedure. In questo senso assume un valore particolare la transazione infragruppo con il fine di proteggere le posizioni dei creditori e degli azionisti di minoranza.

Inoltre, in questo contesto risultano utili anche i c.d. meccanismi di compensazione in quanto limitano gli effetti negativi che possono derivare dal conflitto d'interessi che generalmente caratterizza la corporate governance dei gruppi bancari.

6.6. “Group Insolvency Law” e “Center of Main Interests”²⁸⁰

Una definizione del Legislatore europeo di gruppo di società esiste già, ed è contenuta nell'annesso (paragrafo 4) del Regolamento No. 494/2009 del 3 giugno 2009 in materia di principi contabili internazionali (IAS). In questo senso non si capisce per

²⁷⁸ Articolo 67 III comma lett. D) della Legge Fallimentare, cit..

²⁷⁹ Ved. *Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law. Part III, Treatment of Enterprise groups in Insolvency*, 2010.

²⁸⁰ Cfr. BIANCHINI M. e PANUCCI M., *L'iter della riforma delle procedure concorsuali e l'impianto generale delineato*, in *La riforma della disciplina della crisi d'impresa*, Confindustria – Centro studi, 2006; MEOLI B., *Crisi ed insolvenza delle società e dei gruppi nel Progetto di riforma fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2004, pag. 41; TOMBARI U., *La riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pagg. 61 ss.; TOMBARI U., *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 10, 2004, pag. 116.

quale motivo l'utilizzo della suddetta definizione non può essere esteso anche alla materia fallimentare.

6.6.1. Lettura del Regolamento n. 1346/2000 in un'ottica di Diritto internazionale privato.....

L'adozione del Regolamento n. 1346/2000 è un evidente intervento della Comunità europea nel Diritto internazionale privato. Ciò può essere notato da diversi aspetti: in primo luogo, dal fatto che la capacità legislativa in ambito di competenza giurisdizionale e coordinamento tra le giurisdizioni nazionali è sempre stata lasciata agli Stati membri; poi che i principi costituzionali di proporzionalità e sussidiarietà hanno sino ad oggi svolto un ruolo fondamentale nel garantire l'armonizzazione tra legislazioni nazionali.

In ossequio all'insolvenza di gruppo, il suddetto regolamento ha introdotto un concetto chiave per la definizione della giurisdizione circa le procedure concorsuali che è il c.d. "Centre of main interests".

6.6.2. Il c.d. "jurisdictional approach".....

Un primo elemento di coordinamento tra procedure è certamente la competenza giurisdizionale. In particolare i problemi si pongono allorché vi siano più procedure d'intervento coordinate all'interno di un medesimo gruppo bancario e facenti capo a autorità giurisdizionali nazionali differenti. Il modello prospettato dal Regolamento n. 1346/2000 si compone dei seguenti punti: (i) *the courts of the member State within whose territory the COMI of the debtor is situated have jurisdiction to open, to conduct and to close the "main" insolvency proceedings;* (ii) *such jurisdiction, once exercised, becomes exclusive, in the sense that it precludes the courts of other member States from exercising their judicial powers over the same insolvency, save for "secondary territorial proceedings" which can be opened before the courts of another member State where the debtor possesses an establishment, but the effects of which are limited to assets situated in such territory;* (iii) *in principle such courts are required to apply the law of their member State (save for certain exceptions expressly set out in Regulation n. 1346/2000);* (iv) *judgments issued by such courts are automatically recognized in all other member States and granted the same effects they have in their State of origin;* (v) *such automatic recognition applies also to judgments issued by other courts only when they derive "directly from the insolvency proceedings";* (vi) *all such judgments are enforced in accordance with arts. 32 to 58 (with the exception of art. 45(1)) of the*

6.6.3. “Centre of main interests” (COMI).....

Il “Centre of main interests”²⁸² del debitore è un concetto essenziale del regime d’insolvenza a livello europeo, non a caso viene visto sia come criterio applicativo del Regolamento n. 1346/2000, sia come criterio d’identificazione della giurisdizione determinando la procedura d’insolvenza principale, ed infine come fattore di connessione per determinare l’Autorità giudiziaria competente.

L’articolo 13 recita che “per centro degli interessi principali si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi”; mentre l’articolo 3 comma I afferma che “sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria”.

Le sovraesposte norme, come si può agevolmente intendere, espongono due definizioni contrastanti tra loro. E’ proprio per questo motivo che la *Corte di Giustizia europea* si è trovata a dover dirimere controversie circa l’interpretazione di queste norme comunitarie.

6.6.4. Segue: Casi giurisprudenziali e definizione della Corte di Giustizia europea...

La *Corte di Giustizia europea* ha elaborato una nozione giurisprudenziale di “Center of main interests” in due casi: *Eurofood*²⁸³ e *MG Probud Gdynia*²⁸⁴ (in entrambe è sorto un conflitto positivo di giurisdizione tra Autorità giudiziarie nazionali).

La Corte ha interpretato in via estensiva le disposizione del Regolamento n. 1346/2000 al fine di garantire la certezza del diritto e di eliminare pratiche illegali. Così ha ritenuto che: (i) *it must be considered an autonomous notion of EU law*, (ii) *it must be interpreted in a uniform way independently of any national legislation*, (iii) *it must be identified on the basis of criteria which are both objective and ascertainable by third parties*, and (iv) *it normally coincides with the registered office of the company, since the registered office satisfies both the requirements in point (iii) above, being the place*

²⁸¹ BANCA D’ITALIA, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale Insolvency and Cross-border Groups. *UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, Numero 69, Febbraio 2011, pag. 124, cit..

²⁸² Cfr. BENEDETTELLI M.V., “Centro degli interessi principali”; BARIATTI S., *Recent CaseLaw concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation*, in *Rabels Zeit.*, 2009; MAZZONI A., *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, forthcoming in *Riv. dir. soc.*, 2010.

²⁸³ Giudizio del 2 maggio 2006, caso C-341/04, Eurofood IFSC Ltd, ECR I, pag. 3814.

²⁸⁴ Giudizio del 21 gennaio 2010, caso C-444/07, Probud Gdynia sp. z o.o., in www.curia.europa.eu.

*where the company is managed and where it enters into relationships with third parties.*²⁸⁵

Inoltre, se il debitore è una subsidiary iscritta nei registri pubblici di uno Stato membro diverso da quello in cui è registrata la società controllante, il “Center of main interests” sarà nello Stato membro ove è registrata la società controllante se la subsidiary non ha un’autonoma attività commerciale.

In questo contesto di incertezza interpretativa delle norme comunitarie ogni Autorità giudiziaria nazionale propende per l’estensione massima della propria giurisdizione.

6.6.5. COMI e Lex concursus.....

La *lex concursus* di uno Stato membro è considerata come la relazione che la società debitrice ha con le altre società del gruppo. Per di più, prevede che per una società debitrice che è costituita in uno Stato membro diverso da quello della controllante il COMI è situato nello Stato membro dove la società controllante è stata costituita; inoltre assume che la giurisdizione della procedura principale si possa estendere anche a quella della società debitrice controllata.

L’obiettivo del Legislatore europeo è quello di salvaguardare il più possibile il campo di autonomia dei singoli Stati membri, tant’è che sono riservanti loro molti ambiti rilevanti come: (i) *the “characterization” of liability actions against directors/shareholders (for breach of their fiduciary duties, or for acting when they have a conflict of interests, or for wrongful trading, or for preferential treatment of certain creditors, etc.) alternatively as a matter of lex concursus, of lex societatis or of lex contractus/lex delicti;* (ii) *the vis attractiva before the insolvency forum of all related set aside actions, or, alternatively, the allocation of international jurisdiction over such actions on the basis of the general jurisdictional criteria set out by the forum’s private international law;* (iii) *the grant of liens or other privileges in favour of “weak” creditors;* (iv) *the procedural efficiency of bankruptcy courts;* (v) *the opening of an insolvency procedure of a company belonging to the same group as the debtor and/or the consolidation of these procedures.*²⁸⁶

²⁸⁵ BANCA D’ITALIA, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale Insolvency and Cross-border Groups. *UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, Numero 69, Febbraio 2011, pag. 127, cit..

²⁸⁶ BANCA D’ITALIA, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale Insolvency and Cross-border Groups. *UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, Numero 69, Febbraio 2011, pag. 133, cit..

6.7. Insolvenza dei gruppi transfrontalieri di società.....

Necessariamente, tutte le argomentazioni esposte nei paragrafi precedenti hanno un impatto anche sul dibattito relativo l'insolvenza transfrontaliera dei gruppi di società.

Fino ad oggi la Comunità europea ha optato per un approccio "atomizzato", vale a dire instaurando tante procedure quante sono le entità del gruppo in crisi. Tuttavia, seppur questa visione sta cambiando grazie alla recente iniziativa di regolamentazione della Commissione europea, già attraverso un'attenta interpretazione delle norme interne in relazione al Regolamento n. 1346/2000 sarebbe stato possibile andare oltre le problematiche connesse alla giurisdizione ed al coordinamento di procedure. Per esempio, sia l'articolo 80 del D.Lgs. 270/1999 circa "amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza" sia l'articolo 3 par. 3 bis del Decreto Legge 347/2003 relativo alle "misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza" interpretati alla luce del suddetto Regolamento comunitario potevano essere estesi a società costituite in Paesi membri diversi dall'Italia in l'applicazione della lex concursus italiana, così da ovviare qualsiasi possibile ostacolo.

6.8. Ritorno alle categorizzazioni del periodo successivo alla Grande depressione...

Per di più, pare imprescindibile dover tornare ad una vecchia distinzione tra *investment bank* e *retail bank* - ovvero tra *banca d'investimento* e *banca di servizio* - per agevolare la comprensione degli aspetti teleologici dei singoli strumenti d'intervento.

In realtà, le categorie di istituti bancari che furono ideate successivamente alla Grande depressione sono molto numerose. Le principali sono:

- *Commercial bank*: A commercial bank, also known as a business bank, takes deposits and gives loans, mostly to corporations. Bank of America is currently the largest commercial bank in the United States.
- *Investment bank*: An investment bank raises money by selling securities to companies and to the government. They also provide advice to corporations about mergers and buyouts. With Lehman Bros. and Merrill Lynch out of the picture, Goldman Sachs and Morgan Stanley were the two largest investment banks in the United States.
- *Retail bank*: A retail bank deals directly with consumers instead of companies or other banks. (The latter business is conducted by a commercial bank.) A retail bank primarily handles savings and checking accounts, mortgages, and personal loans.

- *Universal bank*: A universal bank participates in the banking activities of a commercial bank and an investment bank. Bank of America is a universal bank—in addition to being the leading commercial bank, it is also an investment bank.²⁸⁷

Per molto tempo sono state abbandonate in quanto era venuta meno l'esigenza materiale che sottostava a tale categorizzazione. Oggigiorno, però, le Autorità di vigilanza percepiscono di nuovo la necessità di differenziare il sistema bancario anche in ordine alle misure d'intervento da applicare nei casi specifici.

Con ciò voglio ribadire che le esigenze di tutela sono diverse tra le varie tipologie di banche: mentre, per esempio, la *banca di servizio* ha il compito di tutela e di garanzia dei diritti dei depositanti e, pertanto, deve assicurare la continuità dei servizi essenziali di pagamento dell'istituto di credito stesso; la *banca d'investimento*, d'altra parte, può essere considerata alla stregua di un operatore privato che scambia sul mercato e al pari degli altri soggetti economici si assume i rischi delle scelte assunte.

Così, quindi, in caso di crisi finanziaria di una *banca di servizio* dovranno essere applicati strumenti volti a garantire *going concern situations* (magari attivando anche misure di “*Early intervention*”), mentre nell'ipotesi di crisi di una *banca d'investimento* lo scopo delle misure di intervento sarà quello di portare in liquidazione la stessa. Proprio questa differenza finalistica caratterizza e diversifica gli strumenti d'intervento oggetto della nuova direttiva europea.

6.9. Questioni ancora aperte.....

6.9.1. Commento ABI: Come integrare il “bank resolution fund”²⁸⁸

L'ABI ha sempre espresso una posizione contraria alla creazione di un bank resolution fund nazionale alimentato con contributi obbligatori a carico delle banche perché tale prospettiva non tiene adeguatamente in considerazione i livelli di tassazione dei diversi Stati Membri e la situazione di sistemi bancari virtuosi, come quello italiano, che non hanno beneficiato di fondi pubblici per fronteggiare la crisi.

Inoltre, se l'imposizione sarà disciplinata solo a livello UE, potrebbe dare luogo a un rilevante svantaggio competitivo sui mercati internazionali.

L'ABI ritiene che immaginare una dimensione prettamente nazionale per i fondi potrebbe inasprire la tendenza al ring fencing delle diverse resolution authority nel caso di crisi transfrontaliere.

²⁸⁷ CALLARD A., *Banks, Firms, and Houses - Deciphering the terms in the financial crisis coverage*, 18 settembre 2008, cit..

²⁸⁸ ABI, *ABI response to the DG Internal Market and Services working document “Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution”*, 3 marzo 2011, pag. 9, cit..

La soluzione più efficace per evitare fenomeni di azzardo morale e per non scaricare sul settore pubblico il costo di eventuali crisi idiosincriche rimane, pertanto, la definizione di un framework credibile che permetta la liquidazione delle banche insolventi. I costi della procedura, così come l'eventuale ristoro di azionisti e creditori, dovrebbe essere coperto esclusivamente dai proventi della liquidazione.

Non a caso, per quel che riguarda le crisi sistemiche, già esiste un fondo europeo, l'*European Financial Stability Facility (EFSF)*, che de facto è deputato a sostenere la ricapitalizzazione del sistema bancario quando la sua debolezza minaccia la stabilità della zona euro nel suo complesso.

Peraltro, l'incertezza che si verrebbe a determinare in merito alle diverse opzioni che il documento di consultazione lascia aperte agli Stati Membri per mantenere distinti il *resolution fund* e il *Deposit Guarantee Scheme (DGS)* nazionale ovvero fonderli in un'unica entità, potrebbe rischiare di creare situazioni di disparità competitiva e opportunità di arbitraggi, visto che la contribuzione ai DGS e quella al fondo sono calcolate utilizzando metodologie non coerenti (risk based vs non-risk based).

Quanto alla possibilità per i DGS di intervenire a fini di risoluzione delle crisi bancarie, l'ABI ritiene che si tratta di questione che va affrontata con estrema cautela pena il rischio di snaturarne la natura e il ruolo.

In particolare, dovrebbe essere chiaramente precisato che non è compito dei fondi di tutela dei depositanti intervenire per fronteggiare crisi di natura sistemica, e che eventuali interventi per risolvere in modo precoce situazioni di crisi idiosincrica devono essere limitate a fattispecie ben delimitate di going concern, quali la fornitura di liquidità di emergenza per evitare l'entrata nella resolution phase.

6.9.2. Commento ABI: Valutazioni circa il “debt write down”²⁸⁹

L'ABI ritiene che le soluzioni poste in consultazione dalla Commissione non appaiono opportune perché potrebbero avere l'effetto di aumentare il costo del funding delle banche e di intralciare la loro capacità di reperire fondi sul mercato.

Sebbene, infatti, sia accettabile la recente decisione del Comitato di Basilea di attribuire alle autorità di vigilanza il potere di svalutare in caso di necessità ovvero convertire in azioni ordinarie gli strumenti computabili nel patrimonio di vigilanza, non appare opportuno estendere tale potere ai senior debt.

Un'ipotesi di bail-in del debito senior unsecured rischierebbe infatti di penalizzare questa categoria di titoli a vantaggio delle forme di debito collateralizzato

²⁸⁹ ABI, *ABI response to the DG Internal Market and Services working document “Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution”*, 3 marzo 2011, pag. 10, cit..

(in primis covered bond ma anche altre forme di funding collateralizzato da asset di varia natura). Il debito collateralizzato viene infatti escluso dall'applicazione del write-down e risulterebbe comunque inefficace in quanto i creditori avrebbero in ogni caso il diritto di rivalersi sugli asset posti a garanzia dell'emissione.

Si rischia pertanto il paradosso che in un'eventuale futura crisi bancaria non ci sarebbe nessun ammontare significativo di debito senior unsecured utilizzabile per ripianare deficit di capitale delle banche; a fronte degli impatti fortemente negativi sul funding, non si sarebbe affatto aumentato il grado di protezione dei soldi del contribuente, che è uno degli obiettivi dichiarati della proposta.

Nel caso in cui la Commissione decida di adottare normative sul bail-in dei titoli senior, sarebbe quindi importante che venisse quantomeno prevista la possibilità di escludere da tali clausole i titoli detenuti da investitori privati.

A tale proposito si ricorda che nel calcolo dei ratio di liquidità previsti in Basilea 3 viene in effetti fatta una distinzione tra obbligazioni collocate presso la propria clientela retail e obbligazioni collocate sul mercato istituzionale, laddove le prime vengono sostanzialmente assimilate ai depositi come forma di raccolta stabile.

L'adozione del comprehensive approach potrebbe avere effetti discorsivi penalizzando il settore bancario di quegli Stati Membri, come l'Italia, che fanno un rilevante affidamento sui bond per il proprio funding.

In quest'ottica, la soluzione del contingent capital (targeted approach) appare meno distorsiva poiché si rivolge a specifiche categorie di investitori, coscienti dei rischi che corrono. Per poter funzionare, e limitare gli impatti negativi sul funding, si ritiene che l'emissione di contingent capital dovrebbe essere adeguatamente incentivata dal punto di vista regolamentare, per esempio permettendo il riconoscimento del contingent capital ai fini del countercyclical buffer (che potrà variare dallo zero al 2,5 per cento a seconda del ciclo) che verrà introdotto con Basilea 3.

Purtroppo il Comitato di Basilea ha escluso espressamente la possibilità di utilizzare il contingent capital per alimentare il capital conservation buffer (2,5 per cento), che dovrà essere necessariamente composto da Common Equity Tier 1.

Tuttavia, anche in tema di contingent capital, sarebbe opportuno che la Commissione attendesse la pubblicazione delle proposte in corso di predisposizione da parte del FSB e del Comitato di Basilea prima di proporre iniziative legislative.

6.10. Applicazione delle nuove misure europee alle Banche di Credito Cooperativo..

La Commissione europea è intenzionata a progettare strumenti e misure d'intervento differenziati tali da assecondare le esigenze che in concreto sorgono al

momento dell'esecuzione.

In ossequio a ciò, dopo un'attenta analisi giuridica dell'ordinamento economico italiano, è corretto ammettere che questo è caratterizzato da una forte bancocentricità, tuttavia molto eterogenea: vi sono, infatti, grandi gruppi bancari, come ad esempio *Unicredit Banca*, ma anche banche locali che molto spesso assumono la forma di *Banca di Credito Cooperativo*.²⁹⁰

In questo senso le misure che saranno contenute nella nuova direttiva potranno essere applicate anche a queste realtà bancarie decisamente diverse dal concetto di banca genericamente inteso. Alla base di una *Banca di Credito Cooperativo*, infatti, vi sono valori e principi di stampo mutualistico e solidaristico che viceversa non si ritrovano in altre dimensioni bancarie. Sono istituti molto vicini al territorio ed ai singoli soci cooperatori. Ciò detto, sarà imprescindibile valutare due aspetti: da una parte l'impatto che eventuali misure d'intervento generano sulla stabilità finanziaria di queste realtà cooperative; dall'altra il sistema di funzionamento delle misure d'intervento all'interno dell'istituto di credito, tenendo conto delle principali diversità che intercorre tra le banche che hanno forma di S.p.A. e le *Banche di Credito Cooperativo* (basti pensare al diritto di voto dei soci che nel primo caso è *pro quota*, mentre nel secondo è un *voto capitario*).

Ulteriormente le *Banche di Credito Cooperativo (BCC)* stanno sviluppando un *Fondo di Garanzia Istituzionale (FGI)*, che copre quasi tutto il passivo della *BCC associata*. Un elemento determinante è l'azione attiva di prevenzione che viene riconosciuta al *FGI*. Il riconoscimento dei sistemi di tutela istituzionale dovrebbe obbligare le autorità di vigilanza a tenere conto preliminarmente degli accordi di assistenza mutualistica prima di applicare le misure previste dal framework europeo alle singole banche appartenenti ai sistemi di tutela istituzionale. D'altra parte, appare necessario fornire adeguati incentivi alla costituzione di tali sistemi, per esempio concedendo vantaggi in termini di requisiti patrimoniali e di liquidità alle *BCC aderenti*, in linea con quanto succede in alcuni Stati Membri.²⁹¹

6.11. Assetto della nuova regolamentazione.....

In seguito ad una attenta analisi comparata delle due discipline (quella europea e quella interna), è indubbio il cambiamento dell'ordine sistematico di trattazione degli istituti. Di conseguenza ciò comporta un'inevitabile divergenza tra i due livelli di

²⁹⁰ Ved. FEDERAZIONE ITALIANA DELLE BANCHE DI CRDITO COOPERATIVO E CASSE RURALI ED ARTIGIANALI, *Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, Roma, 2 marzo 2011.

legislazione.

In particolare, il *Titolo IV – Disciplina delle crisi* del Testo Unico Bancario è incentrato su due tematiche: il Capo I dedicato alla gestione delle crisi di un istituto bancario in genere e approfondisce gli istituti dell'*Amministrazione straordinaria* e quello della *Liquidazione coatta amministrativa*, mentre il Capo II è riservato all'applicazione di tali meccanismi al contesto di Gruppi bancari. Quindi per avere una visione completa della disciplina italiana in materia di "*Cross-border crisis management in the banking sector*" dobbiamo prima prendere in considerazione i meccanismi di gestione in genere e poi valutare come questi si comportano in contesti transnazionali.

Immancabilmente questo doppio sforzo interpretativo non è necessario nella disciplina che è dettata nella futura direttiva europea. Questo per due motivi: in primo luogo perché è incentrata unicamente sul tema specifico di gestione delle crisi a livello transnazionale (starà poi agli interpreti del diritto stabilire se queste disposizioni potranno, anche parzialmente, essere adottate in contesti nazionali), e in secondo luogo perché propone una diversa ed innovativa sistematizzazione dei contenuti.

Proprio su questo aspetto intendo soffermarmi. La disciplina interna, a mio avviso, al momento contiene in nuce molte delle questioni che a livello comunitario sono oggetto di trattazione. Purtroppo, però, sono trattate in maniera disorganica. Basti pensare agli *articoli 95-bis e ss.* (introdotti sulla base dell'implementazione della *Direttiva 2001/24/CE*) che trattano delle "*Banche operanti in ambito comunitario*" e nello specifico di mutuo riconoscimento di procedure di risanamento e liquidazione e di collaborazione tra Autorità di vigilanza nazionali. Di per sé contengono molti spunti legislativi rilevanti ed innovativi, tuttavia manca quel livello di precisione normativa tale da garantire un quadro completo ed uniforme.

In ossequio a ciò, la Commissione europea sta dimostrando un singolare sforzo di sistematizzazione volto a realizzare categorie rigide e definite di strumenti e di misure d'intervento.

6.12. Commento ASSINOME: L'esposizione dei quattro pilastri²⁹²

L'*Associazione fra le società italiane per azioni - ASSONIME* – ritiene che tutti gli Stati membri debbano essere messi in grado di esercitare poteri amministrativi in ambito di gestione delle crisi bancarie.

Come già definito dai *Basel Supervisors* è sentita l'esigenza di armonizzazione,

²⁹¹ ABI, *ABI response to the DG Internal Market and Services working document "Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution"*, 3 marzo 2011, pag. 6, cit..

²⁹² Cfr. ASSONIME, *ASSONIME response to DG Internal Market and services working document on technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, 17 febbraio 2011.

seppur non completa, di alcuni principi comuni in ordine agli *Early intervention* e *Resolution plan*. Gli strumenti di prevenzione, risoluzione e liquidazione devono essere messi a disposizione alle autorità nazionali di vigilanza al fine di consentire interventi in rapidità ed efficacia. Laddove la situazione finanziaria non si aggiusti con semplici interventi sul capitale la stessa autorità deve poter esercitare poteri autoritativi al fine di imporre misure riorganizzative, di Amministrazione straordinaria, di acquisizioni e di vendite dal mercato dei privati, di trasferimenti parziali di attività.

In ossequio ai gruppi bancari transnazionali è proposta la gestione consolidata a livello di gruppo evitando un frazionamento degli interventi nazionali. Una singola autorità europea, come l'*EBA*, può assicurare l'attività di supervisione ed intervento in caso di crisi transfrontaliere sulla base della legislazione della società madre estendendo l'applicazione di questa anche alle subsidiaries.

Inoltre, i meccanismi di risoluzione delle crisi dei gruppi bancari possono essere gestiti dal *Collegio di supervisione* che, con la collaborazione del supervisore della società madre, consente un adeguato flusso di informazioni tra le autorità nazionali. Lo stesso Collegio deve anche intrattenere un costante dialogo con l'*EBA* al fine di rendere costante il monitoraggio e immediate eventuali decisioni d'intervento. Per di più, in questa ottica l'*EBA* ha il compito di mediare tra le diverse autorità nazionali di supervisione.

In casi di *gone concern situation*, come abbiamo visto, anche L'ASSONIME favorisce meccanismi come la Banca-ponte e l'Amministrazione straordinaria.

6.13. Possibili cambiamenti nel diritto societario comunitario vigente.....

Al fine di rendere effettivi ed efficaci i tentativi di implementazione della disciplina della gestione delle crisi bancarie, la Commissione europea, assieme ad gli altri operatori intervenuti alla consultazione, ha ammesso la necessità di individuare alcune inevitabili deroghe alle già esistenti norme comunitario in ambito del diritto societario. In questo senso sono stati identificati alcuni articoli che saranno emendati con l'adozione della nuova direttiva:

(a) Articoli 10, 10(a) e articolo 27(2) della seconda *Company Directive* (77/91/EEC) se si ritiene plausibile che gli istituti di credito distribuiscano azioni, il cui corrispettivo è in natura e non in denaro, senza il requisito per il quale è richiesta la valutazione tecnica di un esperto in quanto comporta un notevole spreco di tempo.

(b) Articolo 29(7) della seconda *Company Directive* (77/91/EEC), considerando non applicabile il seguente articolo quando le azione sono emesse da banche o altri istituti finanziari e offerte agli azionisti;

(c) Articolo 32 della seconda *Company Directive* (77/91/EEC), in quanto permette ai creditori di esercitare il diritto ad ottenere garanzie per i propri crediti o di agire in giudizio;

(d) Articolo 33 della seconda *Company Directive* (77/91/EEC) che impone una relazione proporzionale tra la riduzione di capitale e la compensazione delle perdite;

(e) Direttiva 2005/56/EC sulle fusioni transfrontaliere;

(f) Articolo 6 della *direttiva 2003/6/EC* sugli abusi di mercato che disciplina gli obblighi di informativa al pubblico;

(g) Articoli 4, 5 e 6 della *Direttiva 2004/109/EC* sulla trasparenza che considerano gli obblighi di fornire periodicamente informazioni sullo stato finanziario.

- CAPITOLO VII -

Conclusioni e considerazioni personali

7.1. Riepilogo normativo; 7.2. Valutazione della riforma della finanza del Governatore della Banca d'Italia, Mario Draghi; 7.3. Dal “Too Big To Fail” al “Too Big To Save” – la fine di un certo capitalismo?.

7.1. Riepilogo normativo.....

La crisi finanziaria ha dimostrato la necessità di irrobustire l'apparato normativo della gestione delle crisi nel settore bancario sia a livello nazionale sia a livello transnazionale.

Nell'assenza di meccanismi volti ad organizzare liquidazioni ordinarie di istituti di credito in crisi, la Comunità europea ha dovuto scegliere la via d'intervento meno destabilizzante per il sistema finanziario europeo. In questo senso sono stati giustificati gli interventi statali di supporto alle banche per un ammontare del 13% del PIL. Come prevedibile, quindi, i costi di gestione delle crisi bancarie sono ricaduti sui contribuenti.

Il nuovo quadro normativo varato dalla Commissione europea, e presto varato dal parlamento europeo, ha come finalità quelle di garantire un maggior livello di patrimonializzazione delle banche, ulteriori tutele per i depositanti, e più efficienti sistemi di supervisione ed intervento preventivo.²⁹³

L'idea più rilevante sulla quale è improntata la proposta di direttiva va nel senso di realizzare strumenti d'intervento preventivo, come ad esempio misure preparatorie e preventive, poteri d'azione su *going concern situations*, ed infine meccanismi di risoluzione. Tutto questo nell'ottica di poter permettere di fallire a quelle banche che si trovano in stato di crisi avanzato ed irreversibile, tuttavia garantendo continuità nei servizi di

²⁹³ Ved. Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms and amending Directive 2002/87/EC of the European Parliament and of the Council on the supplementary supervision of credit institutions, insurance undertakings and investment firms in a financial conglomerate XXX COM(2011) 453/3 2011/xxxx (COD), Bruxelles, 2011.

pagamento essenziali, minimizzando l’impatto nel sistema finanziario e, soprattutto, eliminando costi sulle spalle dei contribuenti. Solo così verrà eliminato l’azzardo morale e sarà proposta una nuova percezione per cui alcune banche non sono troppo grandi per fallire.²⁹⁴

In molti si chiedono come mai la Comunità europea ha realizzato che una disciplina comune in materia di gestione dell’insolvenza bancaria fosse necessaria soltanto dopo l’avvento della crisi. Fino a qualche anno fa era pensiero comune, spesso cristallizzato in testi di dottrina, che la materia del diritto delle crisi d’impresa fosse di competenza pressoché esclusiva degli Stati membri, in quanto si riteneva che le implicazioni economiche legate ai costi di gestione fossero di appartenenza delle autorità nazionali. Viceversa, con questa crisi finanziaria globale è stato visto che, innanzitutto, i gruppi bancari, spesso coinvolti in momenti di crisi, avevano un’operatività transnazionale; e poi che interventi singoli legati ad iniziative nazionali non potevano avere un risvolto positivo in quanto frammentari e non collegati tra loro. Questo ha fatto sì che i costi di gestione delle crisi, anziché diminuire, gonfiassero a dismisura.

Ciò nonostante, il percorso delle Commissioni europee non è certo finito con la pubblicazione di questa prima proposta di direttiva. Gli steps futuri sono altri: nel medio termine, è prevista l’elaborazione di una disciplina armonizzata in tema di regime d’insolvenza bancaria e meccanismo di liquidazione ordinaria; nel lungo termine (entro il 2014), è programmata l’organizzazione di una autorità europea di supervisione del sistema bancario comunitario.

7.2. Valutazione della riforma della finanza del Governatore della Banca d’Italia, Mario Draghi²⁹⁵

Passi importanti sono già stati fatti. Grazie a una cooperazione internazionale che non ha precedenti, le misure introdotte renderanno il sistema finanziario molto più solido. Tutti i principali Paesi hanno ripensato i propri sistemi di regolamentazione e di supervisione lungo tre direttrici: contenere i rischi per la stabilità, accrescere la collaborazione tra autorità, ampliare l’ambito di applicazione delle regole.

²⁹⁴ Cfr. COLOMBO E. e LOSSANI M., *Economia dei mercati emergenti*, 2009, pag. 21: “La crescente interdipendenza, unitamente alla maggior eterogeneità degli agenti coinvolti in questi processi, rende ancor più necessario il ricorso al coordinamento, su diversi livelli e in svariati ambiti, al fine di contenere la possibilità di risultati inefficienti. Il coordinamento tra le politiche economiche è auspicabile al fine di contenere il rischio di crisi valutarie. Analogamente il coordinamento è necessario quando si definiscono politiche regolatorie aventi validità internazionale e diventa assolutamente indispensabile quando si cercano di introdurre limitazioni alla mobilità dei capitali, ricorrendo a forme di controllo sugli afflussi e/o deflussi degli stessi. Il coordinamento tra i creditori di uno Stato sovrano è di fondamentale importanza per garantire la realizzazione di *orderly workouts*”.

²⁹⁵ DRAGHI M., *Considerazioni finali della Banca d’Italia – anno 2010*, Roma, 31 maggio 2011. pagg. 5-7, cit..

Con Basilea 3 sono stati definiti per le banche requisiti di capitale più elevati, ne è stata innalzata la qualità. Sono stati introdotti limiti alla leva finanziaria. Sono state approvate nuove regole sulla liquidità. Abbiamo eliminato molti degli incentivi perversi che davano luogo all'assunzione di rischi eccessivi nelle operazioni di cartolarizzazione, agendo sul ruolo delle agenzie di rating, sulle regole contabili, sulle misure prudenziali.

Trasparenza e riduzione del rischio sistemico guidano la riforma degli scambi di derivati over-the-counter: standardizzazione dei contratti, compensazione centralizzata, requisiti di capitale più esigenti, obbligo di raccolta delle informazioni presso i trade repositories sono i pilastri del nuovo sistema.

La riforma non è però ancora completa: occorre affrontare e ridurre l'azzardo morale delle istituzioni finanziarie sistemiche (Systemically Important Financial Institutions, SIFI); occorre accrescere la trasparenza e contenere i rischi generati dal "sistema bancario ombra", zona grigia tra il settore regolamentato e quello non regolamentato.

O perché hanno ricevuto aiuti pubblici, necessari nel momento più acuto della crisi a evitare fallimenti dalle conseguenze devastanti, o perché gli Stati hanno loro offerto garanzie più o meno esplicite, diffusa è la convinzione che le banche più grandi non possano fallire. Ne derivano serie distorsioni alla concorrenza ma soprattutto il fatto inaccettabile che i guadagni spettano ai privati, le perdite alla collettività.

Le *SIFI* devono poter fallire, se necessario: in modo ordinato, mantenendo in vita le funzioni essenziali della banca e del sistema dei pagamenti, senza che i costi del loro dissesto siano sostenuti dai contribuenti, ma dagli azionisti e da alcune categorie di creditori. A iniziare da quelle di dimensione e natura globali, esse dovranno inoltre avere una maggiore capacità di assorbire le perdite. Il capitale di qualità primaria (common equity) rimane essenziale per raggiungere questo obiettivo.

La vigilanza su queste istituzioni dovrà essere più intensa, commisurata ai rischi che esse possono generare. Ciò richiede, in molti Paesi, un deciso rafforzamento dei poteri e dell'indipendenza delle autorità.

Il *Financial Stability Board (FSB)* presenterà al summit di novembre del *G20* precise raccomandazioni. Nel sistema bancario ombra si formava prima della crisi una buona parte della leva finanziaria e del rischio di liquidità. Il primo obiettivo dell'*FSB* è fare in modo che i mercati possano valutare adeguatamente i rischi in questo settore. Seguiranno regole riguardanti quelle attività del sistema bancario ombra che possono generare rischi sistemici. Nel disegnare il nuovo perimetro della regolamentazione l'*FSB* si concentra su quelle entità non regolate che effettuano intermediazione creditizia con trasformazione di scadenze e che sono quindi Banca d'Italia soggette a

rischi di liquidità. Occorre estendere il perimetro seguendo il principio che attività e rischi simili devono essere soggetti alle stesse regole.

È ora cruciale assicurare la piena attuazione delle nuove regole, secondo i tempi previsti, in tutte le giurisdizioni. Gli Stati Uniti e l'Europa hanno una responsabilità fondamentale. Gli interessi nazionali non devono prevalere; ne va della credibilità delle riforme, della stessa stabilità finanziaria. Gli intermediari non possono chiedere regole comuni per assicurare un terreno uniforme di gioco a livello internazionale e, al contempo, cercare vantaggi competitivi tramite applicazioni meno rigide a livello nazionale.

7.3. Dal “Too Big To Fail” al “Too Big To Save” – la fine di un certo capitalismo?²⁹⁶

A dire la verità, è sotto gli occhi di tutti che non abbiamo più risorse per salvare questo sistema capitalistico neoliberale, anche se lo abbiamo sperato per molto tempo. Il punto vero è che il sistema economico-finanziario è diventato troppo grande per essere salvato: il valore globale delle attività finanziarie è molto più grande del Prodotto Interno Lordo mondiale. La sfida (già fronteggiata negli incontri passati del *G20*), quindi, sarà depotenziare le nostre economie virtuali per potersi muovere verso una nuova forma di capitalismo più legata alle attività economiche reali.

Purtroppo nell'ultimo ventennio la finanza ha dato origine a molti e complicati strumenti finanziari al fine di soddisfare il più possibile l'esigenze dei risparmiatori, offrendo loro meccanismi di credito volti ad assecondare esigenze, e spesso comodità, in relazione ad uno standard di vita sempre più alto. Tuttavia, una volta che l'investitore non aveva più capacità di ripagare il prestito concessogli, la complessa sequenza di prodotti finanziari si spezzava.

Questo sistema così complesso era, ed è parzialmente tutt'ora, finalizzato ad estrarre valore aggiunto da chiunque potesse, ricco o povero che sia. In questo modo l'apparato capitalistico della nostra economia si è finanziato, ma nello stesso tempo è proprio questo metodo che ha portato ad una crisi, pressoché permanente del sistema finanziario globale.

Lo scopo era di finanziare un numero sempre maggiore di settori dell'economia reale, come se la logica del finanziamento diffuso potesse sorreggere tutto il sistema produttivo globale. Pertanto il mercato finanziario era alla costante ricerca di nuovi spicchi di economia da finanziare.

²⁹⁶ Cfr. POZEN P., *Too big to Save? How to Fix the U.S. Financial System*, John Wiley&Sons, 2010; SASSEN S., *“Too big to save”: la fine del capitalismo finanziario*, www.opendemocracy.net, 3 aprile 2009; BOROSAGE R., *Banks Too Big To Save?*, 26 febbraio 2011.

Purtroppo, però, oggi assistiamo al collasso di questa logica scellerata, ancorché di successo, in quanto è penetrata non solo in settori dell'economia privata, ma anche in parte dell'economia nazionale.

L'abuso di intere economie virtuali, negli anni prima della crisi, ha comportato che il valore delle attività finanziarie negli Stati Uniti di America raggiungesse il 450% del PIL. In Europa hanno raggiunto il 356% del PIL comunitario.

Un altro aspetto che ha portato alla crisi odierna è certamente da individuare nel sistema bancario. Nel settembre del 2008 il valore delle attività bancarie globali ammontava a diversi trilioni di dollari. Tuttavia il valore totale del *credit-default swap*, uno dei derivati creditizi più usati, ha raggiunto il valore di 60 trilioni di dollari. Ma non solo, il valore totale degli strumenti finanziari derivati si è stabilizzato a 600 trilioni di dollari.

In tutto ciò, il vero problema è che questi strumenti finanziari crescono più velocemente di ogni altro settore dell'economia reale.²⁹⁷

Il livello del debito americano oggi è maggiore di quello durante la grande depressione degli anni '30. Nel 1929 il *debt-to-GDP ratio* oscillava tra 150-215% (valore nettamente inferiore a quello ottenuto nel 2008).

Inoltre, ogni volta che i governi nazionali hanno salvato il sistema finanziario (sin dalla prima crisi di questo capitalismo del 1980) hanno, da una parte, dato alla stessa finanza strumenti per continuare la loro attività alle spalle dei cittadini (il c.d. *moral hazard*) e, dall'altra, utilizzato il denaro dei contribuenti per immettere liquidità nel sistema bancario e finanziario.

Per cui, le vere sfide del futuro saranno quelle di depotenziare le economie virtuali e di superare il capitalismo neoliberale. Certamente sono obiettivi molto ambiziosi, ma necessari.

L'*International Labour Organization (ILO)* ha stimato che oltre 50 milioni di lavoratori potrebbero perdere il posto di lavoro. Inoltre ha previsto che il numero di persone che vivono sotto la soglia di povertà aumenterà spaventosamente.

Sotto questa luce dovrà essere letta la crisi finanziaria: probabilmente grazie a tutto ciò la Comunità mondiale aprirà gli occhi, e così potrà pensare ad un innovativo ordine sociale per la lettura di un nuovo capitalismo.

La storia di questi ultimi anni ha confermato che il modello neoliberale del mercato economico non può portare risposte ai problemi come le malattie, la fame, la po-

²⁹⁷ Ved. GILLIAN T., *Lost through destructive creation*, Financial Times, 9 marzo 2009.

vertà e l'ingiustizie nel mondo. E' proprio su questo punto che gli ultimi *G20* si stanno focalizzando.²⁹⁸

Per concludere, con questo non voglio dire che l'impostazione capitalistica non sia adeguata allo sviluppo economico di una civiltà, anzi sarebbe un eufemismo anacronistico affermare il contrario, ma semplicemente ritengo che come tutte le cose anche il capitalismo, come la democrazia, debba essere utilizzato attraverso strutture regolatore precise e certe affinché dia i suoi migliori frutti.²⁹⁹

²⁹⁸ STIGLITZ J. E., L'euro e il destino del mondo (Joseph E. Stiglitz, International herald tribune), Inter-
169

COMMENTO BIBLIOGRAFICO

Quest'ultima parte delle Tesi è dedicata alla sistematizzazione delle fonti sia normative che dottrinali. In particolare ho distinto tre settori: **Bibliografia generale**, **Normativa di riferimento** e **Siti Internet**.

La prima è dedicata all'elencazione alfabetica di alcuni testi di dottrina nazionale, comunitaria ed internazionale e di altri documenti redatti dal *BANKING AND FINANCIAL CONGLOMERATES UNIT della Commissione europea* ed altri organismi competenti in materia. Inoltre, compongono il quadro bibliografico numerosi articoli di giornale.

Per ciò che concerne la **Normativa di riferimento**, questa è suddivisa in sezioni: fonti internazionali, comunitarie e nazionali; oltre a ciò ve n'è una dedicata anche alla legislazione degli Stati Uniti.

In ultimo, ho preso in rassegna parte dell'innumerabile serie di siti internet che ho consultato ai fini della redazione.

nazionale, n. 907, 22 luglio 2011, pag. 13.

²⁹⁹ TALEB N. N., *Il cigno nero*, Il Saggiatore, Milano, 2008.

Bibliografia Generale

A

- ABBL, *ABBL response to the communication from the commission on a EU Framework fro Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, Lussemburgo, 20 gennaio 2010.
- ABI, *The ABI response to the Commission's Communication "an EU cross-border frame work in the banking sector" Consultation's questions*, Roma, 20 gennaio 2010.
- ABI, *ABI response to the DG Internal Market and Services working document "Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution"*, Roma, 3 marzo 2011.
- ABETE L., *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Il Fallimento*, 9, 2009.
- ABI, *CIRCOLARE ABI – Serie Legale n. 27 del 14 agosto 2000*.
- ABI, *CIRCOLARE ABI – Serie Legale n. 27 del 13 luglio 2001*.
- ABI, *CIRCOLARE ABI – Serie Legale n. 44 del 10 dicembre 2001*.
- ABI, *CIRCOLARE ABI – Serie Legale n. 16 del 20 giugno 2003*.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003.
- ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*, Milano, 2006.
- ANTONUCCI A., *La vigilanza bancaria nell'Unione europea fra cooperazione e "Metodo lamfalussy"*, Studi in onore di Piero Schlesinger, tomo V, Milano, Giuffrè, 2004.
- ASSONIME, *ASSONIME response to DG Internal market and services working document on technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, Roma, 17 febbraio 2011.

B

- BANCA D'ITALIA, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale Insolvency and Cross-border Groups. *UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, Numero 69, febbraio 2011.
- BANCA D'ITALIA, *Comunicato Stampa DIFFUSO A CURA DEL SERVIZIO SEGRETERIA PARTICOLARE*, Roma, 23 luglio 2010.
- BANCA D'ITALIA, *Comunicato Stampa DIFFUSO A CURA DEL SERVIZIO SEGRETERIA PARTICOLARE*, Roma, 15 luglio 2011.
- BARIATTI S., *Recent CaseLaw concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation*, in *Rabels Zeit.*, 2009.
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations of the Cross-border Bank resolution Group*, www.bis.org/publ/bcbs169.htm, marzo 2010.
- BBA, *BBA response to commission staff working document on EU CROSS BORDER CRISIS MANAGEMENT FRAMEWORK*, 2 Febbraio 2010.
- BELVEDERE A., *Le definizioni del testo unico bancario - Studi in onore di Piero Schlesinger*, tomo V, Milano, Giuffrè, 2004, pagg. 3211-3226.
- BENEDETTELLI M.V., “*Centro degli interessi principali*”.
- BIANCHINI M. e BIANCO M. e GIACOMELLI S. e PACCES A. e TRENTO S., *Proprietà e controllo delle imprese in Italia*, il Mulino, Bologna, 2005.
- BIANCHINI M. e PANUCCI M., *L'iter della riforma delle procedure concorsuali e l'impianto generale delineato*, in *La riforma della disciplina della crisi d'impresa*, Confindustria – Centro studi, 2006.
- BIANCO M. e CASAVOLA P., *Italiana corporate governance. Effects on financial structure and firm performance*, *European Economic Review*, 1999.
- BIANCO M. e NICODANO G., *Pyramidal Groups and Debt*, *European Economic Review*, 2006.
- BIANCO M. e RODANO G. e ROMANO G., *Bankruptcy reform in Italy: a preliminary quantitative evaluation*, paper presented at the Italian Society of Law & Economics, Bozen, Dec., 2010.
- BNP Paribas, *European Commission consults on resolution and recovery framework*, 2011.
- BOCCUZZI G., *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998.
- BONFATTI S. e FALCONE G., *La legislazione concorsuale in Europa – Esperienze a*

confronto, Quaderni di Giurisprudenza commerciale, Giuffrè, Milano, 2004.

BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2006.

BURANI U., *Ordinamento comunitario sui mezzi di prevenzioni delle crisi bancarie*, in Aa.Vv., *La prevenzione della crisi bancaria nell'ordinamento italiano e comunitario, Diritto delle imprese in crisi*, Atti di seminari di Dottorato, vol. II, a cura di G. Restuccia, *Collana Quaderni della Rivista di Diritto dell'impresa*, n.7, Napoli.

C

CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003.

CAPRIGLIONE F., *L'Ordinamento finanziario italiano*, tomo I-II, Padova, 2005.

CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo I-II, Padova, 2001.

CAROZZI A. M., *Strumenti e procedure di risoluzione delle crisi bancarie*, [www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/Ca rozzi_crisi.pdf](http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/Ca%20rozzi_crisi.pdf), Roma, 2003.

CEBS, *Aggregate outcome of the 2010 EU wide stress test exercise coordinated by CEBS in cooperation with the ECB*, 23 luglio 2010.

CEBS, *CEBS's response to the European Commission's Communication on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, Londra, 19 gennaio 2010.

CEF, Gruppo di lavoro di alto livello del CEF sui meccanismi di stabilità finanziaria transfrontaliera *Lessons from the financial crisis for European financial stability arrangements*, luglio 2008.

CEIOPS, *Note on regulating existing co-operation arrangements with the Swiss insurance supervisory authority – recognition of the Swiss financial Markets Supervisory Authority (FINMA) as legal successor of FOPI in MmoU signed with CEIOPS* Members, www.ceiops.eu/index.php?option=content&task=view&id=70, Francoforte, 2009.

COLOMBO E. e LOSSANI M., *Economia dei mercati emergenti*, Roma, 2009.

COMUNICATO STAMPA - *Basilea3: ABI, un eccesso di rigore non penalizzi sviluppo e crescita*, Roma, Palazzo Altieri, 6 settembre 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector*, Bruxelles, 11 marzo 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale europea *relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario*, eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0561:FIN:IT:PDF, Bruxelles, 20 ottobre 2009.

COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document accompanying the communication from the Commission to the European Parliament , the Council, the European economic and social committee, the European Court of Justice and the European Central Bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo in applicazione dell'articolo 251, paragrafo 2, secondo comma del trattato CE relativa alla posizione comune approvata dal Consiglio in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione /* SEC/2000/1714 def. - COD 86/0080 */.*

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Consiglio relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, COM(85) 788 def. (85/C 356/10) in GU C 356 del 31.12.1985.*

COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document accompanying the communication from the Commission to the European Parliament , the Council, the European economic and social committee, the European Court of Justice and the European Central Bank *on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009.

COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document accompanying the communication from the Commission to the European Parliament , the Council, the European economic and social committee, the European Court of Justice and the European Central Bank *on an EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/091020_impact_en.pdf, Bruxelles, 2009.

COMMISSIONE EUROPEA, *Commission consults on the measures necessary for a new EU framework for Crisis management in the banking sector*, europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1549, Bruxelles, 20

ottobre 2009.

COMMISSIONE EUROPEA, *An EU framework for Crisis Management in the Banking Sector – Frequently Asked Questions*, Bruxelles, 20 ottobre 2009, europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/468&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en.

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale europea *Fondi di risoluzione per il settore bancario*, Bruxelles, 26 maggio 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, *CONTRACT ETD/2008/IM/H1/53 IMPLEMENTED BY FOR DEMOLIN BRULARD BARTHELEMY EUROPEAN COMMISSION, Pre-insolvency - Early intervention – Reorganization – Liquidation*.

COMMISSIONE EUROPEA, EUROPEAN COMMISSION *Internal Market and Services DG FINANCIAL INSTITUTIONS Banking and financial conglomerates, Commission services' report on 'asset transferability*, 14 novembre 2008.

COMMISSIONE EUROPEA, *CONTRACT ETD/2008/IM/H1/53 IMPLEMENTED BY FOR DBB LAW COMMISSION EUROPEENNE Study on the feasibility of reducing obstacles to the transfer of assets within a cross border banking group during a financial crisis*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione dei servizi della Commissione del 14 novembre 2008 sulla trasferibilità degli attivi*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Conference Building a Crisis Management Framework for the Internal Market, Summary of the Panel Discussions*, Bruxelles, 19 marzo 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document accompanying the communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee, the European Court of Justice and the European Central Bank *An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector* (COM(2010) 579), Bruxelles, 20 ottobre 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, *La Commissione espone i propri progetti per un nuovo quadro UE di gestione delle crisi nel settore finanziario* (IP/10/1353), Bruxelles, 20 ottobre 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, *An EU framework for Crisis Management in the Financial Sector – Frequently Asked Questions* (MEMO/10/506), Bruxelles, 20 ottobre 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, DG Internal Market and Services, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, gennaio 2011.

COMMISSIONE EUROPEA, *Commission seeks views on possible EU framework to deal with future bank failures*, Bruxelles, 6 gennaio 2011.

COMMISSIONE EUROPEA, *Consultation on Technical Details of a Possible Crisis Management Framework for financial institutions - Frequently Asked Questions*, Bruxelles, 6 gennaio 2011.

COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery*, 5 maggio 2011.

COMMISSIONE EUROPEA, *Public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery - List of answers (working document)*, 5 maggio 2011.

COSTI, *La disciplina dei gruppi bancari*, in *Banca Impresa Società*, 1999, pagg.199 e ss.

D

DESIDERIO L., *Le crisi bancarie: profili comparatistici e comunitari*, ne *Il sistema creditizio nella prospettiva del mercato unico europeo*, a cura di M. T. CIRENEI e G. C. DE MARTIN, Milano, 1990.

DEWATRIPON et al., *The role of state aid control in improving bank resolution in Europe*, Bruegel Policy Contribution, 4, 2010.

DE VARTI, *Definizioni*, in Aa.Vv., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro.

DE VECCHIS, *Filiali in Italia di banche estere*, in *Bancaria*, 1982.

DI FONZO F., *La disciplina comunitaria delle crisi bancarie: la direttiva 2001/24/CE*, Roma, gennaio 2002.

DRAGHI M., *Considerazioni finali della Banca d'Italia – anno 2010*, Roma, 31 maggio 2011.

E

ECB, *The new EU framework for financial crisis management and resolution*, Monthly Bulletin, luglio 2011.

EUMEDIION, *Eumedion response to the Commission communication 'An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, Amsterdam, 15 Gennaio 2010.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority of 3 March 2011 on the Commission's Services consultation 'Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution'*, 3 marzo 2011.

EUROPEAN BANKING FEDERATION, *Positioning in respect of the EU Commission Consultation on Technical Details for a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution*, Bruxelles, 3 marzo 2011.

F

FAISSOLA C., SENATO DELLA REPUBBLICA 6a Commissione (Finanze e Tesoro) Audizione del Presidente dell'ABI - *Indagine conoscitiva sulla crisi finanziaria internazionale e i suoi effetti sull'economia italiana*, 28 ottobre 2008.

FERRO-LUZZI P. e C ASTALDI G., *La nuova legge bancaria*, Giuffrè, Milano, 2000.

FINALCIAL SYSTEM FORUM, *FSF Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management*, 2 aprile 2010.

FINALDI RUSSO P., *Size and efficiency of Internal Capital Markets*, mimeo, Banca d'Italia, 2009.

FONTEYNE, W. et al., *Crisis Management and Resolution for a European Banking System*, *IMF Working Papers*, WP/10/70, 2010.

FORTUNATO, *La liquidazione coatta amministrativa delle società del gruppo bancario*, in *La crisi del gruppo bancario* a cura di G. Bavetta, Milano, 1997.

G

GALLETTI D., *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *BANCA BORSA E TITOLI DI CREDITO*, v. , n. 5 (2006), p. 546-572.

GERTNER R. e SHARFSTEIN D., STEIN J., *Internal versus external capital markets*, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 109, 1994.

GOODHART, C. SCHOENMARKER, D., *Fiscal Burden Sharing in Cross-Border Banking Crises*, *International Journal of Central Banking*, 5, 2009.

I

INTESA SAN PAOLO, *INTESA SANPAOLO response to the Commission public consultation on the technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, 3 marzo 2011.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Interim Report: preliminary views on the financial crisis*, Londra, aprile 2010.

IMF, *Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Frameworks for bank Insolvency*, 2009.

IMF, *IMF Working Paper - European Department, Legal Department, and Monetary*

and Capital Markets Department, Crisis Management and Resolution for a European Banking System, Prepared by Wim Fonteyne, Wouter Bossu, Luis Cortavarria-Checkley, Alessandro Giustiniani, Alessandro Gullo, Daniel Hardy, and Seán Kerr¹ Authorized for distribution by Luc Everaert, Daniel Hardy, and Barend Jansen, marzo 2010.

ISTAT, *Archivio statistico dei gruppi d'impresa*, 2009.

J

JOHNSON S.e KWAK J., *13 bankers: the Wall Street takeover and the next financial meltdown*, 2010.

K

KEYNES J.M., *General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan Cambridge University Press, Londra, 1936.

L

LUPOI, *Gruppo bancario e unità d'impresa*, Milano, 2003.

M

MAIMERI F., *La crisi dell'impresa bancaria*, Giurisprudenza bancaria, Milano Giuffrè, Rassegne di diritto e legislazione bancaria pagg. 99-105, 2008.

MASCAINDARO D. (ed.), *The Handbook of Central Banking and Financial Authorities in Europe*, Edward Elgar, 2005.

MAYES D.G., *Early intervention and prompt corrective action in Europe*, Research Discussion Papers, 17/2009, Suomen Pankki – Finlands Bank, 2009.

MAZZONI A., *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, forthcoming in Riv. dir. soc., 2010.

MEOLI B., *Crisi ed insolvenza delle società e dei gruppi nel Progetto di riforma fallimentare*, in Il Fallimento, 2004.

MINERVINI, *Capogruppo e componenti dei gruppi polifunzionali*, in Riv. dir. impr., 1990.

N

NOUY D., Secretary General of the French Prudential Supervisory Authority, *European Commission International Conference - Building a Crisis Management Framework for the Internal Market, Early Intervention: Which new tools for supervisors ?*, Bruxelles, 19 Marzo 2010.

P

PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in Riv. Soc. 2003.

PERNA-PISANTI-ZAMBONI-GARAVELLI, *Albo dei gruppi bancari*, in Aa.Vv., La nuova legge bancaria, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi.

POZEN R., *Too big to Save? How to Fix the U.S. Financial System*, John Wiley&Sons, 2010.

R

RANIERI RAZZANTE E LEONOARDO LACAITA, *Il governo delle banche in Italia: commento al testo unico bancario ed alla normativa collegata*, G. Giappichelli editore, Torino 2006.

RODANO G., *Prime valutazioni sugli effetti della riforma della legge fallimentare*, mimeo, Banca d'Italia, 2010.

ROSSI G., *Crisi del capitalismo e nuove regole*, Riv. soc. 2009, 5.

RUOZI R., *Economia e gestione della banca*, EGEA, Milano, 2006.

S

SANDULLI M., *La revocatoria aggravata nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa dei gruppi bancari*, in La crisi del gruppo bancario, a cura di G. Bavetta.

SANTAGATA R., *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.

SCHOENMARKER D., *Central Banks and Financial Authorities in Europe: What Prospects?*, 2005.

SCHOENMARKER D., *"The Financial Trilemma"*, Tinbergen Institute Discussion Papers, No TI 11-019 / DSF 7, 2011.87.

SORKIN A.R., *Il crollo. Too big to fail*, De Agostini, 2010.

STANGHELLINI L., *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007.

STEIN J., *Internal Capital Markets and the Competition for Corporate Resources*, *Journal of Finance*, vol. 52, 1995.

STERN GARY H. e FELDMAN RON J., *Too Big To Fail: The hazards of Bank Bailouts*, Washington, D.C., 2004.

STIGLITZ J. E., *Freefall: Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, 2010.

STIGLITZ J. E., *Too Big to Fail or Too Big to Save? Examining the Systemic Threats of Large Financial Institutions*, aprile 2009.

T

TALEB N. N., *Il cigno nero*, Il Saggiatore, Milano, 2008.

TARANTOLA A. M., *Supervision of foreign banks in Italy*, www.bis.org/review/r091223g.pdf, Milano, 20 novembre 2009.

TOMBARI U., *La riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in Giur. Comm.,

2004, I.

TOMBARI U., *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 10, 2004.

TRICHET J., *Systemic risk*, Cambridge, www.ecb.de/press/key/date/2009/html/sp091210_1.en.html, 10 Dicembre 2009.

TROIANO, *Credito speciale e disciplina del gruppo bancario polifunzionale*, in Aa.Vv., *Despecializzazione istituzionale e nuova operatività degli enti creditizi*.

TUCKER P., DEPUTY GOVERNOR, *FINANCIAL STABILITY, BANK OF ENGLAND* at the European Commission's Conference on Crisis Management, Bruxelles, 19 marzo 2010.

U

UFFICIO STAMPA G20 PITTSBURGH, *Dichiarazione capi di stato o di governo del G20 a Pittsburgh*, 24-25 settembre 2009.

UNCITRAL, *Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law. Part III, Treatment of Enterprise groups in Insolvency*, 2010.

UNICREDIT BANCA, *UniCredit's reply to the European Commission Consultation on Bank Recovery and Resolution*, 3 marzo 2011.

V

VELLA, *Le succursali di banche estere in Italia*, Milano, 1987.

Articoli di giornale

BENCINI R., *Il caso Lehman Brothers: Cause di default e prospettive di tutela*, [www.associazionepreite.it/materiali/Il caso Lehman Brothers def.pdf](http://www.associazionepreite.it/materiali/Il_caso_Lehman_Brothers_def.pdf).

CHAPMAN P., *Lessons of a banking collapse, in Lehman's terms*, Financial Times, www.ft.com, 14 settembre 2010.

GILES C., BEATTIE Alan e OLIVER Christian, *G20 fails to reach deal on imbalances*, www.ft.com, 12 novembre 2010.

LOPS V., *Ecco la lista delle banche troppo grandi per fallire di cui si parlerà al G20 (per Draghi l'elenco non c'è)*, 10 novembre 2010.

MARGIOCCO M., *Wall Street all'attacco della "regola Volcker"*, www.ilSole24ore.it, 6 febbraio 2010.

JENKINS P. e MASTERS B., *Financial regulation: The money moves on*, Financial Times, www.ft.com, 14 settembre 2010.

PANCI A., *La crisi bancaria negli Stati Uniti. Quale impatto sull'economia reale e sulle prospettive di crescita*, www.crosue.it, 4 ottobre 2010.

- PLATERO M., *Il Senato americano approva la riforma finanziaria*, www.ilsole24ore.com, 21 maggio 2010.
- WARSH D., *Financial Reform: Reinventing George Bailey*, <http://seekingalpha.com>, 20 settembre 2010.
- STIGLITZ J. E., *L'euro e il destino del mondo* (Joseph E. Stiglitz, International herald tribune), Internazionale, n. 907, 22 luglio 2011, pag. 13.
- Cosa c'è nella riforma finanziaria americana*, www.ilpost.it, 16 luglio 2010.
- Dal G20 ok definitivo a Basilea 3. A Draghi il mandato a completare la lista delle banche a rischio sistemico*, www.ilsole24ore.it, 12 novembre 2010.
- G20, finanza e banche Arrivano nuove regole Ripresa: serve il lavoro*, www.ilgiornale.it, 12 novembre 2010.
- Trichet: «Basilea 3 elimina l'incertezza» E Draghi: «Istituti sosterranno la ripresa»*, www.corriere.it/economia/10_settembre_13/trichet-banche_e224a74c-bf32-11df-8975-00144f02aabe.shtml.

Normativa di riferimento

Convenzioni internazionali

- *Convezione europea dei diritti dell'uomo* – protocollo I, **Firmata a Roma il 4 novembre 1950**, Testo coordinato con gli emendamenti di cui al Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, entrato in vigore il 01 novembre 1998.

Regolamenti comunitari

- *Regolamento CE n.1346/2000* del CONSIGLIO, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in G.U.C.E. n. L 160 del 30 giugno 2000.
- *Regolamento EU No 1093/2010* del PARLAMENTO EUROPEO e del CONSIGLIO, 24 novembre 2010, relativo alla costituzione di una European Supervisory Authority (European Banking Authority).

Direttive comunitarie

- *Direttiva 2005/56/CE* DEL PARLAMENTO EUROPEO e del CONSIGLIO del 26 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.
- *Seconda direttiva 89/646/CEE* del CONSIGLIO, del 15 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CE, Gazzetta ufficiale n. L 386 del 30/12/1989 pag. 0001 – 0013.
- *Direttiva 2000/12/CE* del PARLAMENTO EUROPEO e del CONSIGLIO del 20 marzo 2000 relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio.
- *Direttiva 2006/48/CE* del PARLAMENTO EUROPEO e del CONSIGLIO del 14 giugno 2006 relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (rifusione).
- *Direttiva Consiglio C.E.E. 13-12-1976, n. 77/91/CEE* - Seconda Direttiva del

CONSIGLIO del 13 dicembre 1976 (77/91/CEE) intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all' art. 58, secondo comma, del trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, G.U.C.E. 31-01-1977, n. L 26.

- *Terza direttiva 78/855/CEE* del CONSIGLIO, del 9 ottobre 1978, basata sull'articolo 54 (3) (g), del trattato e relativa alle fusioni delle società per azioni.
- *Direttiva 2001/24/CE* del PARLAMENTO EUROPEO e del CONSIGLIO del 4 aprile 2001 in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi.
- *Direttiva 92/30/CEE* del CONSIGLIO, del 6 aprile 1992, relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi della Corte il 17 giugno 2002, nella causa 1. Peter Paul, 2.-4, (GUCE L 110, pag. 52).
- *Direttiva 2004/39/CE* del PARLAMENTO EUROPEO e del CONSIGLIO del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le Direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e Direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva del Consiglio (GU L 145 del 30.4.2004, pag 1).
- *Sesta direttiva 82/891/CEE* del CONSIGLIO, del 17 dicembre 1982, basata sull'articolo 54 (3) (g), del trattato e relativa alle scissioni delle società per azioni.
- *Direttiva 2004/25/CE* del PALAMENTO EUROPEO e del CONSIGLIO, del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto.
- *Direttiva 2007/36/CE* del PARLAMENTO EUROPEO e del CONSIGLIO, dell'11 luglio 2007, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate.
- Proposal for a DIRECTIVE of the EUROPEAN PARLIAMENT and of the COUNCIL *on the access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms and amending Directive 2002/87/EC of the European Parliament and of the Council on the supplementary supervision of credit institutions, insurance undertakings and investment firms in a financial conglomerate* XXX COM(2011) 453/3 2011/xxxx (COD), Bruxelles, 2011.

Leggi nazionali

- *Codice civile italiano*, R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942).
- *Decreto Legislativo 28 dicembre 2004, n. 310* "Integrazioni e correzioni alla disciplina del diritto societario ed al testo unico in materia bancaria e creditizia" (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 305 del 30 dicembre 2004).
- *Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385*, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.
- *Decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356*, Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio.
- *Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504*, Riordino della finanza degli enti territoriali, a norma dell'articolo 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421 (G.U. 30-12-1992, n. 305, Supplemento Ordinario).
- *Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267*, e successive modifiche.
- *Legge del 3 aprile 1979 n. 95*, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 gennaio 1979, n.26, concernente provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.
- *Decreto Legislativo 8 luglio 1999 n. 270*, "Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274".
- *Legge 18 febbraio 2004 n. 39*, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, recante misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 42 del 20 febbraio 2004.
- *Legge 23 giugno 2008 n. 111*, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 aprile 2008, n. 80, recante misure urgenti per assicurare il pubblico servizio di trasporto aereo", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 145 del 23 giugno 2008.

Legislazione statunitense

- Testo del disegno di legge approvato dal Congresso “*Restoring American Financial Stability Act of 2010*”³⁰⁰.

³⁰⁰ Per vedere il testo integrale: Banking.senate.gov/public/files/ChairmansMark31510AYO10306_xmlFinancialReformLegislationBill.pdf.

Siti internet

Siti istituzionali

- http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm
- www.bancaditalia.it
- www.bankofengland.co.uk
- www.abi.it
- www.c-ebs.org
- www.ecb.de
- http://ec.europa.eu/index_en.htm
- www.bba.org.uk
- www.dbblaw.eu
- www.financialstabilityboard.org
- www.bis.org
- www.uncitral.org
- <http://banking.senate.gov/public>
- www.wto.org
- www.fdic.gov
- www.eba.europa.eu
- www.ibanet.org
- www.pittsburghsummit.gov
- www.fsa.gov.uk
- www.ceiops.eu
- <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>

Siti editoriali

- <http://baselinescenario.com>

- www.nens.it
- www.manageronline.it
- <http://porcilesilvano.blogspot.com>
- www.ft.com
- www.ilsole24ore.com
- www.chicago-blog.it
- www.affaritaliani.it
- <http://finanza.repubblica.it>
- <http://seekingalpha.com>
- www.crosue.it
- www.ilpost.it

Portali di settore

- www.fondazionecapriglione.luiss.it
- www.associazionepreite.it
- www.archivioceradi.luiss.it