

Il nuovo ordinamento della banca secondo la *Bank recovery and resolution directive*

di Bruno Inzitari

L'articolo evidenzia come in passato alle crisi o ai dissesti delle banche si sia fatto fronte prevalentemente attraverso processi di acquisizione e assorbimento dell'istituto in crisi da parte di altre banche. Oggi questo tipo di soluzione si rivela però poco praticabile, ed al tempo stesso i vincoli europei limitano fortemente l'alternativa del ricorso ad aiuti di Stato. D'altro canto la funzione che le banche svolgono sul mercato comporta, in caso di loro dissesto, un forte rischio sistemico. Perciò, in attuazione della *Bank recovery and resolution directive*, è stato introdotto anche in Italia il principio della condivisione degli oneri (*burden sharing*) da parte degli azionisti e dei creditori subordinati. Le tecniche di risoluzione del dissesto bancario risultano oggi diverse rispetto a quelle previste dal diritto comune, ritenute non compatibili con la natura della banca e con le esigenze della stabilità del mercato. Viene descritto il modo in cui le procedure di risoluzione del dissesto bancario intervengono sulle passività e ne determinano la riduzione nella misura necessaria per assicurare la continuazione della attività bancaria, distribuendo le perdite sugli azionisti ed i creditori della banca, a condizione che questi ultimi, con la liquidazione concorsuale del patrimonio, avrebbero subito analogo o maggiore pregiudizio.

Premessa

La disciplina delle imprese bancarie ha segnato la più recente e significativa evoluzione nella messa a regime della *Banca Union* nei suoi tre pilastri: il *Single supervisory mechanism (Ssm)*, il *Single resolution mechanism (Srm)* ed il *Dgs (deposit guarantee scheme)*.

Il meccanismo unico di supervisione viene realizzato attraverso l'attività di vigilanza della Banca centrale europea (Bce) nelle cosiddette banche *significant* e delle autorità nazionali sulle cosiddette banche *less significant*, nell'ambito di linee guida uniformi stabilite dalla BCE, che all'occorrenza può avocare la supervisione.

Attraverso la Bce, le autorità nazionali ed il *Single resolution mechanism (Srm)* viene pertanto attuata una gestione unitaria della Vigilanza e della crisi dell'impresa bancaria al fine di evitare distorsioni competitive.

La nuova disciplina conferma la rilevante diversità dei principi che regolano la crisi della banca rispetto alla crisi dell'impresa di diritto comune. L'attività dell'impresa bancaria, già con la disciplina del Testo unico bancario del 1993 ed ora con la disciplina di cui alla *Bank recovery and resolution directive*, Direttiva 2014/59/UE (successivamente Brrd) attuata in Italia dal d.lgs 16 novembre 2015 n. 180 e dal d.lgs della stessa data n. 181, si può dire che è non tanto rivolta a regolare il rapporto con i creditori quanto piuttosto il corretto esercizio del rapporto fiduciario, che contraddistingue l'attività bancaria sia nell'attività di raccolta, sia nell'attività di erogazione del credito¹.

L'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni ed addirittura la conclamata insolvenza, mentre per l'impresa di diritto comune possono costituire la prima parte di una fase volta alla ristrutturazione del debito e alla ricerca di una soluzione concordata con i creditori, per la banca costituiscono lo stadio finale della crisi stessa.

1. Cfr. R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 799 ss.; A. Antonucci, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 387 ss.

È infatti nella irregolarità del comportamento della banca che si manifesta la crisi. Pertanto è già in questa fase che l'autorità di vigilanza² deve intervenire per controllare e rimuovere ogni situazione anomala e di pericolo, che può avere i suoi effetti sulla stabilità dell'intero sistema.

La specialità della impresa bancaria giustifica la prevalenza della volontà pubblica dell'autorità di settore in ogni aspetto relativo al governo, alla gestione e anche alla regolazione della crisi bancaria³.

Si tratta di una discrezionalità che si giustifica con la peculiarità dell'impresa bancaria. Infatti, per più che comprensibili motivi di riservatezza e al fine di favorire soluzioni che evitino di suscitare nei depositanti e nel mercato allarme, è possibile per l'autorità competente individuare e proporre delle soluzioni meno traumatiche, quali ad esempio la sostituzione volontaria ed il rinnovamento degli organi aziendali, attraverso le dimissioni degli esponenti aziendali, cui appare imputabile la responsabilità per le irregolarità riscontrate⁴.

1. L'irregolarità nell'amministrazione comporta l'applicazione della disciplina della crisi bancaria. L'insolvenza quale possibile risultato dell'irregolarità

Secondo la disciplina contenuta nel Testo unico bancario precedente alla più recente Brrd (direttiva

2014/59/UE d.lgs n. 180/2015), i due strumenti attraverso i quali l'autorità di vigilanza interviene nella crisi bancaria (che come vedremo è caratterizzata dall'emergere di una situazione di irregolarità comunque distinta da profili di insolvenza che potrebbero del tutto mancare) sono l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa.

Il presupposto per entrambe le procedure di intervento sono le gravi irregolarità nella amministrazione, gravi violazioni di disposizioni legislative amministrative statutarie, come pure gravi perdite del patrimonio. Gli stessi presupposti, con una accentuazione del carattere di gravità, valgono per la liquidazione coatta amministrativa, che, all'art. 80 del testo unico, prevede che tali elementi di irregolarità della gestione o delle perdite del patrimonio presentino carattere di eccezionale gravità.

A differenza che nel fallimento, non è dunque l'insolvenza l'elemento che muove le procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa. L'intervento dell'autorità di vigilanza attraverso le suddette procedure avviene, infatti, indipendentemente dall'insolvenza e dall'accertamento dell'insolvenza⁵.

Già da questi elementi si comprende la peculiarità della disciplina della crisi della banca.

La situazione di crisi, è caratterizzata appunto principalmente da irregolarità che compromettono l'ordinato esercizio dell'attività bancaria. Il manifestarsi di perdite gravi, quali quelle previste per l'amministrazione straordinaria, o estremamente gravi,

2. L'art. 1, primo comma, lett. *h bis* n. 6) Testo unico bancario, definisce le Autorità di vigilanza degli Stati membri: le autorità competenti o di vigilanza degli Stati membri specificate negli atti dell'Unione di cui all'art. 1, par. 2 del reg. (Ue) n. 1093/2010, del regolamento (Ue) n. 1094/2010 e del reg. (Ue) n. 1095/2010.

3. Va ricordato che il Tub ponendo fine ad una articolata *querelle*, ha definitivamente stabilito che le banche sono sottratte alla disciplina del controllo giudiziario di diritto comune che l'art. 2409 cc al 7° comma offre e consente ai soci e allo stesso pubblico ministero nelle ipotesi previste. Il Tub stabilisce, infatti, all'art. 70, ult. comma, la competenza esclusiva ed assorbente della Banca d'Italia nel valutare ed eventualmente decidere con provvedimento motivato, in ordine alle denunce che possono provenire dai soci o dagli stessi organi di controllo della banca con espressa esclusione dell'applicazione dell'art. 2409 cc. In questo caso, all'esclusività della competenza della Banca d'Italia, si accompagna la discrezionalità del potere di quest'ultima, la quale, anche secondo le prassi di vigilanza, non risulta tenuta a dare seguito alla denuncia ricevuta, con l'adozione di un determinato provvedimento di accoglimento o di rigetto.

4. Tale discrezionalità comporta, peraltro, rilevanti deroghe alla generale disciplina dei procedimenti amministrativi, come pure alla disciplina di diritto comune sugli interventi dell'autorità giudiziaria. Già nella disciplina del Testo unico bancario antecedente alla direttiva della Brrd era previsto che i provvedimenti di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa seguono un procedimento che, a differenza di quanto previsto dal principio generale di comunicazione al destinatario dell'avvio del procedimento (invito a prendere visione degli atti del procedimento, a presentare eventuali difese che l'amministrazione è obbligata a valutare), si realizza attraverso la diretta comunicazione all'interessato del provvedimento stesso, con una informazione che avviene nel momento in cui i commissari si presentano nella sede della banca, eventualmente anche con l'aiuto della forza pubblica (art. 73, 2° comma, Tub). Si tratta di deroghe importanti ma che, come chiarito anche dalla Corte costituzionale nella sentenza del 18.1.2005, n. 363, non possono ritenersi incostituzionali in quanto «dette norme antepongono alla pretesa all'immediata informazione del destinatario del futuro provvedimento, la tutela dell'interesse pubblico alla stabilità del mercato e alla salvaguardia del risparmio, interessi protetti dall'articolo 47 della Costituzione».

5. Non è l'autorità di vigilanza che accerta l'insolvenza, ma il Tribunale competente. Esso, ai sensi dell'art. 82 Tub, su istanza dei soggetti istituzionalmente legittimati (vale a dire i creditori della banca, il pubblico ministero), può procedere secondo il diritto comune fallimen-

quali quelle previste per la liquidazione coatta amministrativa, non possono che risultare conseguenza di irregolarità consistenti nella mancata osservanza di principi giuridici legislativi o amministrativi, che hanno portato alle perdite patrimoniali in questione.

Riscontriamo qui una rilevante diversità sistematica tra la disciplina della crisi bancaria e la disciplina di diritto fallimentare relativa alla impresa commerciale. Mentre, infatti, il diritto fallimentare muove dalla insolvenza e dalla manifestazione di insolvenza, quale presupposto di ogni procedura concorsuale, la disciplina della crisi bancaria muove principalmente da una situazione di irregolarità nella gestione. Questa può consistere nella non conformità del comportamento della banca o dei suoi amministratori alle prassi o alle regole tecniche della buona gestione bancaria (considerate anche nell'ottica dell'osservanza delle indicazioni che provengono direttamente o indirettamente dalla stessa Banca d'Italia), oppure può consistere in vere e proprie violazioni di legge (legislative, amministrative, statutarie), ma anche in irregolarità e violazioni che possono coinvolgere i soci allorché il comportamento di questi possa comportare instabilità nella gestione della banca, cioè situazioni rispetto alle quali l'insolvenza è un evento possibile, ma non necessariamente contestuale e non necessariamente immediato e conseguente al manifestarsi delle irregolarità. Inoltre, allorché si verifica l'insolvenza, gli elementi di allarme che giustificano l'intervento dell'autorità di vigilanza si trovano a monte dell'evento costitutivo dell'insolvenza della banca. Rispetto al manifestarsi della crisi della banca, l'azione

della vigilanza bancaria avviene, sia sul piano causale che temporale, per tutelare la stabilità bancaria, per la protezione dei depositanti, dei terzi, del mercato e del sistema nel suo complesso.

In altre parole, sembra di poter dire che l'insolvenza non è l'elemento che muove l'azione amministrativa.

Il *vulnus* nella gestione e nella correttezza dell'attività bancaria che già nella disciplina anteriore alla Brrd giustifica l'intervento dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa risiede, infatti, in eventi precedenti, potremmo dire anche propedeutici alla insolvenza stessa, la quale, quando si manifesta, costituisce soltanto la conferma ormai definitiva e ineluttabile della gravità o eccezionale gravità delle perdite, che si sono manifestate nell'attività bancaria⁶.

Nel passato in Italia la soluzione alla crisi o al dissesto della banca è stata prevalentemente trovata attraverso processi di acquisizione e assorbimento dell'istituto in crisi da parte di altre banche. Le politiche di aggregazione attraverso fusioni societarie, cessioni di attività e passività, acquisto di aziende o rami di aziende, nella cornice dell'azione di supervisione istituzionale della Banca d'Italia (che talora è stata definita quale *moral suasion*), hanno consentito di scongiurare il precipitare della crisi ed hanno permesso di salvare la continuità dei rapporti attivi e passivi nelle mani di altri operatori bancari in grado, o messi in grado attraverso aiuti pubblici o del sistema di garanzia, di assorbire il dissesto con l'integrazione e la riorganizzazione⁷.

tare alla dichiarazione dello stato di insolvenza. Nel caso in cui la Banca sia stata sottoposta ad amministrazione straordinaria, il Tribunale pronuncia la dichiarazione di insolvenza su ricorso dei commissari straordinari oppure, se sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, su ricorso dei commissari liquidatori, ed in ogni caso sentita l'autorità di vigilanza, oltreché i cessati amministratori rappresentanti legali della banca.

6. I provvedimenti di amministrazione straordinaria, gestione provvisoria e liquidazione coatta amministrativa sono gli strumenti attraverso i quali la Banca d'Italia interviene per porre rimedio alle irregolarità manifestatesi nell'amministrazione con violazione di disposizioni legislative, amministrative e statutarie, al fine di tutelare la liquidità e la stabilità del sistema bancario nell'interesse dei depositanti e dell'intero sistema economico nel suo complesso. I compiti dei commissari (stabiliti nell'art.72, 1° comma) consistono principalmente nella ricognizione della reale situazione della banca (la quale evidentemente deve essere analizzata a fronte delle irregolarità che sono constatate dall'organo di vigilanza) e soprattutto nel compito di realizzare il recupero della normalità aziendale, attraverso la promozione di soluzioni utili nell'interesse dei depositanti. Questi compiti vengono svolti sotto la supervisione e direzione da parte della Banca d'Italia, la quale esercita rilevanti poteri di revoca, di sostituzione, di autorizzazione degli atti. Allorché si manifesti una sopravvenuta difficoltà patrimoniale i commissari, sia nell'amministrazione straordinaria, che nella gestione provvisoria, possono ricorrere all'eccezionale misura della sospensione dei pagamenti. È rilevante considerare il particolare significato della sospensione dei pagamenti prevista dall'art. 74 Tub. Nel comune sentire del diritto fallimentare una tale misura costituisce lo strumento sostanzialmente finalizzato ad evitare la dispersione del patrimonio del debitore in vista dell'esecuzione collettiva. Questo profilo, pur presente nel provvedimento di sospensione dei pagamenti previsto dal Tub, non esaurisce la funzione e la portata di tale eccezionale misura, considerato che lo stesso art. 74, 3° comma, Tub stabilisce espressamente che «la sospensione non costituisce stato di insolvenza». La sospensione dei pagamenti potrebbe risultare, infatti, strumento idoneo per individuare e percorrere soluzioni utili nell'interesse dei depositanti, indipendentemente da quello che può essere lo stato di effettiva solvibilità della banca. Si conferma quindi anche qui che la crisi della banca è essenzialmente una crisi nella regolarità e correttezza della sua gestione e della sua stabilità, rispetto alla quale il commissario straordinario è chiamato ad intervenire con tutti i mezzi possibili e pur sempre attraverso la direzione e il controllo da parte della Banca d'Italia.

7. v. B. Inzitari, *La disciplina della crisi nel testo unico bancario* in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di ricerca giuridica, n. 75, Banca d'Italia, Roma, 2014, pp. 121 e ss..

Il cambiamento nel ciclo economico, le modificazioni della stessa struttura della azienda bancaria, rendono sicuramente più difficili e più incerte tali soluzioni negoziali.

Nello stesso tempo la disciplina europea non consente l'erogazione di aiuti pubblici in quanto incompatibile con le regole della concorrenza.

La crisi o il dissesto e financo l'insolvenza devono trovare necessariamente una soluzione diversa che consenta il raggiungimento di concorrenti obiettivi: la conservazione in continuità dell'azienda bancaria o almeno di parte di essa, l'assenza al ricorso a fondi pubblici. Di qui la necessità di addossare l'onere delle perdite sugli investitori (azionisti, creditori e depositanti) per consentire la tutela dei contribuenti.

La risposta a tali esigenze è stata fornita dalla direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, relativa alla risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento *Bank recovery and resolution directive* (in seguito *Brrd*)⁸.

In Italia il d.lgs 16 novembre, n. 180 e del d.lgs della stessa data n. 181, che nel recepire la *Brrd* hanno modificato il testo unico bancario, il testo unico della finanza ed anche alcuni articoli della legge fallimentare.

2. Gli aiuti di Stato

Le ragioni che hanno condotto alla introduzione della *Brrd* del 2014 e i successivi decreti n. 180 e 181 del 2015, risiedono nella generale e consolidata esperienza comune a tutti i Paesi dell'Unione europea per la quale quando la crisi della banca volge al dissesto o al rischio di dissesto⁹, in mancanza di una soluzione di mercato¹⁰, quale l'acquisto o la fusione con altri soggetti bancari disponibili alla aggregazione, l'unica alternativa alla liquidazione consiste nella erogazione in varie forme di aiuti pubblici.

Tale soluzione è ormai impraticabile per diversi concorrenti motivi. Si ritiene non più sostenibile e

fonte di dannose distorsioni, far cadere l'onere dei salvataggi bancari sui contribuenti attraverso l'utilizzazione delle risorse pubbliche. Gli elevati oneri assunti dagli Stati ricadono infatti non solo sui contribuenti ma compromettono l'equilibrio dei bilanci pubblici. Si è detto così che, nel caso in cui sono destinati al risanamento della banca fondi pubblici, «*citizens have (...) paid twice, with costs of a taxpayer bailout followed by the pain of recession (...) and spending cuts*».

Inoltre tali interventi non risultano compatibili con le regole della concorrenza stabilite nella disciplina dell'Unione europea (art. 101 Tfeue ss). L'intervento pubblico o *bail out*, inevitabilmente falsa le regole della concorrenza e finisce addirittura per premiare quegli operatori bancari che non hanno fatto buon uso delle risorse che provenivano dalla raccolta ovvero che hanno avuto un comportamento qualificabile quale *moral hazard*. L'intervento pubblico comporta una distorsione nel mercato e finisce per dare un sostegno e premiare quelle banche la cui *governance* ha agito in violazione dei principi della *sana e prudente gestione* sino a provocarne il dissesto, consentendone una artificiosa permanenza sul mercato in condizioni di ingiustificato vantaggio, con pregiudizio per le posizioni degli altri competitori che affrontano rischi e oneri senza aiuti esterni.

La Commissione europea con la Comunicazione 30 luglio 2013, relativa *alla applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, ha sancito tale impostazione (che ha poi costituito il principio di fondo della direttiva *Brrd*) affermando il principio secondo cui per limitare le distorsioni della concorrenza tra le banche e ovviare al cosiddetto rischio morale, gli aiuti di stato dovrebbero essere limitati al minimo necessario e il beneficiario dovrebbe sopportare una adeguata partecipazione ai costi di ristrutturazione. La banca e i detentori del suo capitale dovrebbero pertanto contribuire il più possibile alla ristrutturazione mediante proprie risorse¹¹. La Com-

8. v. G. Boccuzzi, *L'Unione bancaria europea, nuove istituzioni e regole di vigilanza e gestione delle crisi bancarie*, Bancaria Editrice, Roma, n. 128, pp. 189 ss.; L. Stanghellini, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di ricerca giuridica, n. 75, Banca d'Italia, Roma, 2014, pp. 147 ss.; A. Gardella, *Il bail in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa*, 2015, I, pp. 587 ss.; G. Presti, *Il bail in*, in *Banca, Impresa, Società*, 2015, pp. 39 e ss.

9. Questa situazione, secondo quanto previsto dall'art. 17 del d.lgs n. 180 del 2015, è contrassegnata dal fatto che risultano gravi irregolarità, *dissesto regolamentare*, o risultino perdite di eccezionale gravità oppure le attività siano inferiori alle passività, *dissesto patrimoniale*, oppure la banca non risulti in grado di pagare i propri debiti alla scadenza *dissesto finanziario*.

10. Soluzione peraltro non sempre realizzabile e che, in contesti caratterizzati dalla recessione, risulta sempre più ardua.

11. v. Comunicazione Commissione europea «Comunicazione sul settore bancario» (2013/C 216/01), che ai punti 15-20 dispone i principi sulla «*condizione degli oneri*» secondo i quali «il sostegno statale dovrebbe essere concesso a condizioni che rappresentano un'adeguata condivisione degli oneri da parte di coloro che hanno investito nella banca» (punto 15): «prima di concedere ad una banca qualsiasi tipo

missione ha quindi stabilito il principio della condivisione degli oneri (*burden sharing*) da parte degli azionisti e dei creditori subordinati secondo modalità che consistono nell'assorbimento delle perdite con il capitale ordinario, il capitale ibrido e il debito subordinato.

La Comunicazione del 30 luglio 2013 costituisce un precedente fondamentale per la valutazione della compatibilità degli interventi di sostegno e dell'ammissibilità degli aiuti di Stato. Essa per la sua importanza è gravida di indicazioni che presentano un carattere di sostanziale vincolatività¹². Se si considera che, successivamente alla Comunicazione entrava in vigore il d.lgs n. 180 del 2015, che dava attuazione alla *Brrd* e che dal 1° gennaio 2016 la disciplina del *bail in* è applicabile in tutti i paesi dell'Unione, deve ritenersi che le soluzioni di sostegno fatte valere in passato non risultano più praticabili se non in casi eccezionali.

3. Il dissesto o il rischio di dissesto

La direttiva *Brrd*, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e i d.lgs nn. 180 e 181 del 2015, sulla base dei principi da ultimo ribaditi con la citata comunicazione della Commissione europea del 2013, regolano la crisi della banca attraverso una serie di strumenti che in caso di dissesto sono articolati nella risoluzione e nel *bail in*.

Le previsioni del d.lgs n. 180 del 2015, pongono mano al risanamento ed alla risoluzione (*recovery and resolution*) attraverso procedure di intervento dell'autorità di risoluzione (la Banca d'Italia) che si articolano secondo una progressione di provvedimenti e rimedi variamente dimensionati rispetto agli obiettivi concretamente perseguibili.

Il *dissesto* o il *rischio di dissesto* della banca costituiscono il primo presupposto. Si tratta di una nuova

categoria che si differenzia da quella più generica di crisi, né coincide con quella della insolvenza che si manifesta in una banca solo in presenza di un dissesto particolarmente grave.

L'art. 17, comma 2, del d.lgs n. 180 del 2015, identifica il dissesto nella ricorrenza, anche in via alternativa di: *a*) irregolarità nell'amministrazione o violazione di disposizioni legislative, regolamentari oppure statutarie di gravità tale che giustificherebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio della attività bancaria; *b*) perdite patrimoniali di eccezionale gravità e tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di parte significativa di esso; *c*) attività inferiori alle passività; *d*) incapacità di pagare i creditori alla scadenza.

Il grave deterioramento del patrimonio oppure le gravi irregolarità della amministrazione (elementi questi che nella comune esperienza difficilmente si manifestano separatamente) sono quindi i presupposti che caratterizzano il dissesto. Quando invece si prevede che tali situazioni si possano verificare in un prossimo futuro la banca è considerata a *rischio di dissesto*.

La banca viene considerata inoltre in *dissesto* o a *rischio di dissesto* allorché, sebbene la situazione di crisi non sia tale da comportare la necessità di porre rimedio ad una grave perturbazione dell'economia e di preservare la stabilità finanziaria, venga comunque prevista l'erogazione di un sostegno finanziario pubblico straordinario a suo favore¹³.

Nel caso in cui non sia ragionevolmente possibile prospettare misure effettivamente idonee a superare e risolvere la crisi in tempi adeguati, attraverso l'intervento di uno o più soggetti privati o di un sistema di tutela istituzionale o per mezzo di un'attività di vigilanza¹⁴, la Banca d'Italia, in qualità di autorità di risoluzione, procede alla individuazione della procedura che risulta più idonea a contrastare e risolvere il dissesto.

di aiuto alla ristrutturazione – che si tratti di misure di ricapitalizzazione o di sostegno a fronte di attività deteriorate – dovrebbero essere esaurite tutte le misure che generano capitale, tra cui la conversione del debito di rango inferiore, a condizione che siano rispettati i diritti fondamentali e non sia messa a rischio la stabilità finanziaria. Poiché qualsiasi aiuto alla ristrutturazione è necessario per impedire l'eventuale fallimento disordinato di una banca, per ridurre gli aiuti al minimo necessario le misure di ripartizione degli oneri devono essere rispettate a prescindere dalla solvibilità iniziale della banca. Prima di concedere aiuti per la ristrutturazione a favore di una banca, gli Stati membri dovranno pertanto garantire che gli azionisti e i detentori di capitale subordinato di detta banca provvedano a fornire il necessario contributo oppure costituire il quadro giuridico necessario per ottenere tali contributi» (punto 19).

12. La Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su una domanda di rinvio pregiudiziale proposta dalla Corte costituzionale slovena in ordine al carattere vincolante della Comunicazione in parola. Sono significative le conclusioni dell'avvocato generale Nils Wahl presentate il 18 febbraio 2016 nella Causa C-526/2016 che ha ritenuto che la predetta Comunicazione non è un atto strettamente vincolante per gli Stati membri che potrebbero essere autorizzati a derogare al principio del *bail in*, il quale peraltro è compatibile con il sistema del legittimo affidamento e con il diritto di proprietà.

13. Tale previsione è esclusa quando ricorrano le condizioni di straordinarietà che consentono in certe circostanze il sostegno pubblico straordinario previsto dall'art. 18, d.lgs 180 del 2015.

14. Ci si riferisce alle misure di intervento precoce o all'amministrazione straordinaria, art. 17, comma 1, lett. b), d.lgs n. 180 del 2015.

L'assorbimento delle passività rappresenta in ogni caso lo strumento necessario di intervento. A seconda delle dimensioni e della gravità del dissesto, la procedura può essere articolata solo attraverso la riduzione e conversione delle passività, art. 20, comma 1, lett. a), oppure attraverso interventi più ampi e pervasivi secondo quanto previsto dall'art. 20, comma 1, lett. b), d.lgs n. 180 del 2015.

4. Il *burden sharing*: partecipazione dei creditori all'assorbimento delle passività

Dal complesso della disciplina introdotta con il decreto n. 180 del 2015 e dalla natura delle misure di risoluzione emerge che le modalità attraverso le quali vengono affrontate, regolate e risolte le situazioni di crisi, quali quelle di incapienza patrimoniale e di insolvenza, risultano diverse e possono apparire addirittura opposte rispetto a quelle con le quali nella tradizione di diritto civile e fallimentare viene regolata la responsabilità del debitore.

Le procedure esecutive individuali e concorsuali sono gli strumenti con cui viene realizzata la soddisfazione del credito, la quale in caso di insolvenza avviene parzialmente e nella misura della percentuale che deriva dal concorso dei creditori, salvo incrementi dell'attivo conseguenti all'utile esercizio di revocatorie e azioni di responsabilità oppure ad esiti particolarmente positivi della liquidazione.

La perdita e la determinazione dell'ammontare della perdita che derivano dalla crisi del debitore e dalla sua insolvenza si determinano nel diritto comune con il riparto di quanto ricavato dalla liquidazione del patrimonio. La regola della responsabilità patrimoniale, secondo cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 cc) viene attuata attraverso la conversione in moneta corrente di tutti gli elementi che compongono il patrimonio. La *Versielberung* del patrimonio consente infatti di trasformare beni materiali o immateriali nell'equivalente costituito dalla liquidità monetaria destinata a risarcire i creditori per l'inadempimento da essi subito, in misura proporzionale ai rispettivi crediti, attraverso l'assegnazione delle somme effettuate nel rispetto ed in attuazione del principio del concorso.

Secondo il sistema di tradizione romanistica, che tuttora informa la generalità degli ordinamenti giuridici, la garanzia patrimoniale viene realizzata con lo scioglimento totale del patrimonio nel suo valore complessivo e funzionale alla ripartizione tra i credi-

tori concorrenti. Conseguentemente, in caso di insufficienza del patrimonio del debitore, la perdita per i creditori è costituita da quella complessiva parte dei crediti, che la conversione del patrimonio in moneta corrente non è stata in grado di coprire o, se si vuole usare una espressione del nuovo sistema della risoluzione, di assorbire.

In conclusione, la perdita subita dai creditori per incapienza del patrimonio sotto un profilo strettamente funzionale, non può che recare con sé il venir meno del patrimonio, il quale, attraverso la trasformazione in valori monetari distribuiti ai creditori, cessa definitivamente la sua esistenza.

Questo sistema di principi e di regole, secondo la nuova disciplina europea, viene ritenuto oggi non più compatibile con la natura della banca e le esigenze della stabilità del mercato. La distruzione di valore che può discendere dalla liquidazione è superiore all'utilità che può derivare ai creditori dal riparto del ricavato dalla liquidazione del patrimonio, il cui ammontare potrebbe risultare del tutto esiguo o addirittura essere pressoché assente e comunque essere distribuito con le modalità e con i tempi non brevi della liquidazione concorsuale.

L'attività bancaria consiste in una articolatissima serie di rapporti attivi e passivi che possono essere realizzati e gestiti solo in presenza di continuità. In mancanza, gli effetti pregiudizievoli ricadono non solo sui creditori (depositanti, obbligazionisti, rapporti interbancari, ecc.), ma anche sui debitori della banca destinatari dei diversi impieghi (affidamenti, impegni in servizi di riscossione, di presentazione, di operazioni autoliquidanti, ecc.). Le conseguenze della liquidazione comportano un effetto domino sul territorio, vengono a contagiare altri operatori bancari ed altri operatori economici, determinano una caduta dell'affidabilità del sistema non facilmente recuperabile, possono condurre a pericolose crisi sistemiche nazionali o addirittura nell'area dell'Unione.

In tale contesto la risoluzione prevista dal decreto n. 180 del 2016 è una operazione di ingegneria giuridica e contabile che deve essere attuata con adeguata perizia. Debbono essere utilizzati all'occorrenza tutti gli strumenti previsti, secondo criteri di contestualità e coordinamento, affinché dalla contemporanea e complessiva applicazione delle diverse misure possa essere raggiunto il risultato del superamento o comunque la soluzione al dissesto¹⁵.

Posto che il *deficit* patrimoniale misura le dimensioni dell'intervento di ricapitalizzazione e di patrimonializzazione e che le passività che gravano sul patrimonio segnano l'entità del dissesto, la procedura di risoluzione interviene sulle passività e ne determina

15. Vedi nota n. 25.

la riduzione nella misura necessaria per assicurare la continuazione della attività bancaria.

Con la procedura di risoluzione vengono così distribuite le perdite sugli azionisti ed i creditori della banca. La condizione essenziale è che questi ultimi con la liquidazione concorsuale del patrimonio avrebbero in realtà subito analogo o maggiore pregiudizio. Se la banca fosse stata liquidata, essi avrebbero cioè sopportato almeno la stessa perdita, in quanto le azioni sarebbero state integralmente svalutate e, per l'incapienza dell'attivo, i crediti azzerati non sarebbero stati soddisfatti.

L'anticipazione degli effetti dell'incapienza dell'attivo, sulla base di una valutazione prospettica di quelli che sarebbero gli esiti per i creditori e per gli azionisti di una liquidazione del patrimonio attraverso le classiche procedure concorsuali, comporta l'anticipazione del concorso dei creditori alle perdite al momento della apertura della procedura di risoluzione.

Quella *Verlustgemeinschaft* – comunità della perdita – cui partecipano tutti i creditori dell'insolvente, piuttosto che essere determinata dagli esiti della liquidazione, viene costruita *ex ante* dalla procedura di risoluzione attraverso l'immediata cancellazione dei diritti degli azionisti e dei creditori, nella misura necessaria al superamento del dissesto e comunque in misura non superiore alla perdita che questi avrebbero subito per effetto della liquidazione.

Come è stato osservato «il principio di fondo della risoluzione è che il trattamento degli azionisti e creditori “simula” il trattamento che ad essi spetterebbe ove al momento dell'avvio della risoluzione si applicasse la procedura concorsuale della liquidazione coatta amministrativa o analoga»¹⁶. È questa una similitudine che riassume e fa emergere l'aspetto più innovativo della nuova procedura di crisi, che distribuisce la perdita in una fase temporale anticipata rispetto a quella in cui il patrimonio sarebbe stato liquidato.

L'immediata e tempestiva distribuzione delle perdite tra i creditori costituisce il principio ordinante sulla base del quale la procedura di risoluzione realizza il superamento della situazione di dissesto, in quanto l'attribuzione dell'onere delle perdite, *burden sharing*, agli azionisti e ai creditori costituisce la leva con la quale vengano adottate e possano avere efficacia le diverse misure di risoluzione.

Attraverso tali norme si consente di emancipare la procedura di crisi dalla necessità di onerosi interventi esterni e di affrancare il dissesto dall'obbligo di porre in essere la liquidazione della banca, aprendo

piuttosto alla possibilità di realizzare nello stesso tempo, il governo, la limitazione ed il contenimento delle stesse perdite.

5. No Creditor Worse off, Ncwo

Come già anticipato la correttezza del procedimento di assorbimento delle passività e di distribuzione delle perdite sui creditori è garantita dalla previsione del principio cardine definito nel *jargon* quale *No creditor worse off* (Ncwo), affermato diffusamente nel decreto n. 180 del 2015.

Il principio è stabilito dall'art. 52, comma 2, lett. b), d.lgs n. 180 del 2015, il quale in materia di procedura di *bail in* delinea le regole per il trattamento degli azionisti e dei creditori. Lo stesso è confermato nel titolo VI, *Salvaguardie e tutela giurisdizionale*, all'art. 87, comma 1, d.lgs n. 180 del 2015, ove si afferma che in caso di applicazione del *bail in*, gli azionisti e i creditori, i cui crediti siano stati ridotti o convertiti, non possono subire perdite maggiori di quelle che avrebbero subito se l'*ente sottoposto a risoluzione* fosse stato liquidato nel momento in cui è stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione.

Lo stesso art. 87, comma 2, d.lgs n. 180 del 2015, prevede l'estensione dello stesso principio all'ipotesi in cui sia stata effettuata la cessione parziale dei diritti, attività o passività dell'*ente sottoposto a risoluzione*, stabilendo in questo caso che gli azionisti ed i creditori che non sono stati ceduti non debbano subire un trattamento peggiore di quello che avrebbero ottenuto se l'ente fosse stato liquidato.

La *valutazione*¹⁷ che, come già descritto, deve precedere e che costituisce il presupposto per l'avvio della risoluzione o la riduzione o conversione di azioni di altre partecipazioni o strumenti di capitale (art. 23, d.lgs n. 180 del 2015), fornisce all'autorità di risoluzione diversi elementi idonei a giustificare i predetti interventi.

Gli stessi sono ricavabili dalle disposizioni contenute all'art. 24, comma 1, d.lgs n. 180 del 2015 ed, in coerenza con la natura e finalità della procedura, consistono: 1) nella determinazione quantitativa dell'entità della riduzione e conversione necessaria a coprire le perdite per assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e conseguentemente; 2) nella identificazione delle diverse categorie di azionisti e creditori sui quali, in conformità con il rispettivo ordine di priori-

16. Così S. Fortunato nella relazione *Misure di risoluzione e liquidazione*, del Seminario FIDT tenuto a Roma il 22 gennaio 2016, *La gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi nel quadro dell'Unione bancaria europea*.

17. Di cui si riferito diffusamente al par. 4.

tà applicabili in sede concorsuale, ricade il peso delle perdite; 3) nella stima del trattamento che ciascuna categoria di azionisti e creditori riceverebbe se l'ente, piuttosto che essere sottoposto a risoluzione fosse sottoposto a liquidazione coatta amministrativa.

Quindi la Banca d'Italia quale autorità di risoluzione in sede di *valutazione* deve effettuare un preliminare apprezzamento del principio di *No Creditor Worse Off* (Ncwo). A tal fine debbono essere prese in considerazione alcune ipotesi, tra le quali: la durata della procedura di liquidazione coatta amministrativa che viene stimata in dieci anni, con una realizzazione degli attivi con operazioni di cessioni in blocco nei primi due anni; la stima dello scenario liquidatorio delle immobilizzazioni immateriali, delle attività fiscali, delle partecipazioni, delle immobilizzazioni materiali, dei crediti opportunamente svalutati a seconda che si tratti di crediti *in bonis*, in sofferenza o deteriorati, apportando quindi le dovute svalutazioni. Devono essere inoltre stimati i costi della procedura di liquidazione tra i quali quelli derivanti dall'interruzione anticipata dei rapporti di lavoro in relazione alle risorse impiegate, nonché dei costi per spese legali connesse al possibile contenzioso anche riferito alla formazione dello stato passivo.

I valori del presumibile realizzo degli attivi al netto dei costi della procedura di liquidazione devono essere quindi rapportati al fabbisogno espresso dalla complessiva esposizione debitoria della banca, con una stima articolata in relazione alle differenti categorie di creditori sociali, nel rispetto dell'ordine di soddisfazione stabilito dalla legge in sede concorsuale, in modo tale da valutare l'avvenuto rispetto del criterio del Ncwo.

Poiché come si è analizzato il processo di distribuzione della perdita avviene, sulla base di stime previsionali, la disciplina del d.lgs n. 180 del 2015 prevede opportunamente un importante momento di verifica dei presupposti delle azioni di risoluzione e dei suoi effetti sui soggetti coinvolti attraverso una ulteriore stima effettuata da un esperto indipendente, appositamente incaricato dalla Banca d'Italia (art. 88, d.lgs n. 180 del 2015). La *valutazione della differenza di trattamento* deve determinare il trattamento che azionisti e creditori, e se del caso anche il sistema di garanzia dei depositanti, avrebbero ricevuto se l'ente

fosse stato sottoposto a liquidazione coatta amministrativa e quindi accertare l'eventuale differenza di trattamento che essi hanno ricevuto per effetto delle azioni di risoluzione.

Di conseguenza l'art. 89, d.lgs n. 180 del 2015, stabilisce un principio volto a mitigare *ex post* le conseguenze subite dagli azionisti e dai creditori per effetto dell'azione di riduzione e riconosce loro, laddove avessero subito perdite maggiori di quelle che essi avrebbero sopportato in caso di liquidazione coatta amministrativa, il diritto di ricevere a titolo di indennizzo una somma equivalente alla differenza determinata sulla base della *valutazione della differenza di trattamento*.

Tale diritto è correttamente definito con riferimento alla figura dell'indennizzo e non del risarcimento del danno, in quanto non ha la funzione di reintegrare un danno contrattuale o extracontrattuale, né di porre rimedio alla violazione di un diritto assoluto o relativo, né tantomeno di rimediare ad un fattispecie di indebito bensì piuttosto ha la funzione di riconoscere una somma a titolo di rettifica dei conteggi di stima precedentemente applicati e successivamente aggiornati.

Il principio di diritto dal quale si muove la previsione dell'indennizzo previsto dall'art. 89, d.lgs n. 180 del 2015, è nella sostanza il medesimo che regola la rettifica del contratto di cui all'art. 1430 cc. Va osservato che mentre in quest'ultima fattispecie le obbligazioni che discendono dalla rettifica del contratto ricadono sui contraenti che si sono avvantaggiati dell'errore di calcolo, secondo una logica che ripercorre la *ratio* dell'indebito, nel caso dell'indennizzo previsto dall'art. 89, l'onere della corresponsione dell'indennizzo stesso non può certamente ricadere sull'*ente-ponte* cessionario dell'azienda bancaria o comunque sul patrimonio oggetto della cessione. I patrimoni di questi ultimi sono infatti estranei tanto ai procedimenti di conversione e riduzione a suo tempo realizzati dall'autorità di risoluzione, quanto all'atto di cessione a suo tempo attuato dalla stessa. Conseguentemente il comma 2 dell'art. 89, pone tale indennizzo a carico del fondo di risoluzione. Quest'ultimo sulla base dei nuovi dati potrebbe a sua volta ridimensionare l'entità del suo intervento, compensando quindi l'onere dell'erogazione di tali indennizzi.