

**BRRD, BAIL IN, RISOLUZIONE della BANCA in
DISSESTO, CONDIVISIONE DELLE PERDITE
(d.lgs. 180/2015)**

di

Bruno Inzitari

(Università degli Studi di Milano-Bicocca)

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Gli aiuti di stato; 3. Il dissesto e il rischio di dissesto; 4. (segue) La procedura di risoluzione; 5. Il carattere concorsuale della procedura di risoluzione; 6. L'ente-ponte e la società veicolo; 7. Il provvedimento di cessione e i poteri di cessione; 8. Il bail-in; 9. Il burden sharing: partecipazione dei creditori all'assorbimento delle passività; 10. No creditor worse off, NCWO; 11. Salvaguardie e tutela giurisdizionale; 11. Conclusioni.

1. Premessa.

All'esigenza di stabilità, il sistema economico e politico degli anni trenta dette risposta attraverso la nazionalizzazione di gran parte del sistema bancario e sino agli anni novanta in una fase di crescita economica difficilmente replicabile, la proprietà pubblica delle banche oggi sostituita da una generale privatizzazione del sistema bancario, ha certamente contribuito a fornire certezze e presidiare la stabilità. In ogni caso attraverso il ricorso di ultima istanza alle risorse pubbliche è stato possibile in passato neutralizzare o limitare le conseguenze pregiudizievoli delle crisi bancarie sulla economia reale.

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 riorganizzazione.

Il cambiamento nel ciclo economico, le modificazioni della stessa struttura della azienda bancaria, sempre meno interessata ad occupare il mercato con diffuse reti di sportelli oggi troppo costosi in relazione agli oneri connessi alle strutture ed al personale e soprattutto superati dalla sempre più diffusa utilizzazione dei servizi di *home banking*, 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*).

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, per la diffusa inquieta apprensione con cui è stata accolta, ha indotto a pensare (ricorrendo a famose e significative parole) che il *bail-in* sia lo spettro che si aggira per l'Europa.

Delle diverse *misure di risoluzione*¹ la riduzione delle azioni, come pure la riduzione e conversione dei crediti, sono sicuramente le più innovative. Esse possono essere applicate indipendentemente dall'avvio di una procedura di risoluzione, e costituiscono uno dei tratti significativi del procedimento di assorbimento delle perdite, insieme con il *bail in*. Quest'ultima espressione, che il legislatore italiano ha mantenuto e ripreso da quella originaria della direttiva, è definita all'art. 1, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 180/2015, la *riduzione o conversione in capitale dei diritti degli azionisti o dei creditori* e può essere intesa quale misura di *ricapitalizzazione interna*, vale a dire un salvataggio interno, realizzato con mezzi propri.

L'interesse per la del tutto nuova e certamente, si può dire, rivoluzionaria disciplina è divenuto un caso di grande rilievo, quando nei giorni immediatamente successivi alla entrata in vigore dei due decreti legislativi (16 novembre) la Banca d'Italia, nella nuova qualità di autorità di risoluzione, ha applicato (in data 22 novembre) la disciplina della risoluzione a quattro banche² in stato di grave crisi e per le quali era stata da tempo adottata ed era in corso la procedura di amministrazione straordinaria ai sensi degli articoli 70 e segg. del testo unico bancario.

L'adozione per la prima volta delle misure previste dalla direttiva e dal d.lgs. n. 180/2015, ha comportato diversi effetti: l'avvio della procedura di risoluzione delle *quattro banche*, la contemporanea chiusura della amministrazione straordinaria, l'integrale riduzione delle azioni e delle obbligazioni subordinate (peraltro collocate oltre che alla clientela *corporate* anche presso investitori *retail*), la costituzione di quattro enti-ponte³, destinatari rispettivamente delle quattro

¹ Così definite dall'art. 39 nel d. lgs. 180/2015, la cui disciplina si applica alle banche aventi sede legale in Italia, alle società italiane capogruppo di un gruppo bancario e società appartenenti a un gruppo bancario ai sensi degli artt. 60 e 61 del T.U.B. alle società incluse nella vigilanza consolidata ai sensi dell'art. 65, comma 1, lett. c), e h), del T.U.B., alle banche aventi sede legale in Italia incluse nella vigilanza consolidata di uno stato membro.

² Le quattro banche sono: Banca delle Marche s.p.a., Cassa di risparmio di Ferrara s.p.a., Banca dell'Etruria e del Lazio s.p.a., Cassa di risparmio di Chieti s.p.a., successivamente citate per brevità quali " *quattro banche*".

³ Prima con il D.L. 22 novembre 2015, n. 183 successivamente, nella legge di stabilità 2016, l. 28 dicembre 2015, n. 280 la disciplina è confluita all'art. 1, nei commi 842 – 861. Al comma 854 della legge di stabilità, è stata disposta la abrogazione del decreto legge del 22 novembre n. 183, versandone l'intero contenuto nei commi 842 e segg. della legge di stabilità e prevedendo la salvezza degli effetti già prodotti per effetto del decreto legge abrogato.

aziende bancarie attraverso provvedimenti di cessione attuati dalla Banca d'Italia, quale autorità di risoluzione.

Va osservato che in questo primo intervento, avvenuto quando l'aggravarsi della crisi delle *quattro banche*, non consentiva per esse né la prosecuzione della procedura di amministrazione straordinaria, né l'acquisizione da parte di un altro gruppo bancario, la misura del *bail in* non è stata applicata, né poteva essere applicata, in quanto la legge di delegazione europea 2014, n. 114, all'art. 8 comma 1, lett. b)⁴, prevedeva che il *bail in*, di cui al capo IV della direttiva BRRD, si applicasse dal 1° gennaio 2016.

La Banca d'Italia, quale autorità di risoluzione, in questo caso ha avviato, le misure previste dal d.lgs. n. 180/2015, previa autorizzazione della Commissione Europea, Direzione Generale della Concorrenza sulla base di quanto previsto dalla Comunicazione UE del 30.7.2013 C 216/1 in materia di "*burden sharing*". Quest'ultima, quindi solo al fine di una rapida ricollocazione sul mercato, ha consentito che il Fondo di risoluzione mettesse a disposizione della ricapitalizzazione delle *quattro banche* rilevanti risorse. Va sottolineato che se fosse stato applicato il *bail in* l'impatto sulle passività, sarebbe stato assai più esteso (con conseguente ancora più ampia ed impopolare perdita dei diritti di credito degli obbligazionisti e dei creditori, compresi quelli dei depositanti), rispetto a quello che, grazie al contributo del Fondo di risoluzione, la Banca d'Italia ha disposto.

La novità dell'applicazione di una siffatta procedura, almeno nel grande pubblico del tutto inattesa, come pure l'incidenza di tali misure sui diritti patrimoniali e corporativi dei titolari degli strumenti finanziari coinvolti, hanno dato luogo (giustificatamente o meno), a diffuse reazioni, alle quali il legislatore ha reagito aprendo la possibilità di riconoscere un indennizzo ai soli investitori *retail*, delle *quattro banche* che fossero effettivamente inconsapevoli del rischio nel momento in cui effettuarono o furono indotti all'investimento⁵. Successivamente tuttavia tale

⁴ Pubblicata in G.U. 31.7.2015.

⁵ La legge di stabilità 2016, l. 28 dicembre 2015 n. 208, di poco successiva alla applicazione delle misure di risoluzione sulle *quattro banche*, all'art.1, comma 855 e 856, ha previsto la istituzione di un Fondo di solidarietà alimentato sino ad un massimo di 100 milioni di euro, dal Fondo interbancario di tutela dei depositi, istituito ai sensi dell'articolo 96 del T.U.B., stabilendone la operatività nei limiti delle risorse disponibili e in conformità al quadro normativo europeo sugli aiuti di Stato. Ai commi successivi (857) si prevedeva che il Ministro dell'Economia avrebbe dovuto emanare un regolamento

originaria previsione è stata rivista con il proposito di ampliare la misura del ristoro secondo modalità più rapide e tendenzialmente automatiche⁶.

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 dissesto⁷, in mancanza di una soluzione di mercato⁸, 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

per stabilire le modalità di gestione del Fondo di solidarietà; le modalità e le condizioni di accesso al Fondo di solidarietà, e i termini per la presentazione delle istanze di erogazione delle prestazioni; i criteri di quantificazione delle prestazioni, determinate in importi corrispondenti alla perdita subita, fino a un ammontare massimo; le procedure da esperire, che in tutto o in parte anche di natura arbitrale; il comma 858 prevedeva che la procedura arbitrale avrebbe dovuto accordare l'eventuale indennizzo sulla base dell'accertamento delle responsabilità per violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal *T.U.F.* relativi alla sottoscrizione o al collocamento degli strumenti finanziari subordinati di cui al comma 855. L'accesso all'indennizzo era peraltro riservato agli investitori persone fisiche, imprenditori individuali, nonché imprenditori agricoli o coltivatori diretti.

⁶ Il d. l. 3 maggio 2016 n. 59, agli artt. 8,9,10, ha previsto per i clienti delle *quattro banche* che hanno acquistato le obbligazioni in data anteriore al 12 giugno 2014, data di entrata in vigore della direttiva per il risanamento e la risoluzione, *BRRD*, l'erogazione da parte del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi quale gestore del Fondo di solidarietà istituito dall'art.1, comma 855 della legge di stabilità 2016, di indennizzi forfettari automatici pari all'80% del corrispettivo pagato per le obbligazioni subordinate, a condizione che ricorrano determinate condizioni di dimensioni del patrimonio mobiliare, di reddito, ecc.. prevedendo in ogni caso l'accesso alla procedura arbitrale prevista dalla legge di stabilità 2016 come unico rimedio ai clienti che hanno realizzato gli acquisti in data successiva alla entrata in vigore della *BRRD* o come facoltà per tutti i clienti.

⁷ Questa situazione, secondo quanto previsto dall'art. 17 del d.lgs. n. 180/2015, 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*.

⁸ Soluzione peraltro non sempre realizzabile e che, in contesti caratterizzati dalla recessione, risulta sempre più ardua.

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 TFUE e segg.). 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 30.7.2013, 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 risorse⁹. La Commissione ha quindi stabilito il principio della

9 V. Comunicazione Commissione Europea “Comunicazione sul settore bancario” (2013/C 216/01), che ai punti 15 -20 dispone i principi sulla *condivisione 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 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*

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 30.7. 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 vincolatività.¹⁰ Se si considera che, successivamente alla Comunicazione entrava in vigore il d.lgs. n. 180/2015, 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.

Questi principi hanno trovato una significativa applicazione nel nostro paese in relazione alla crisi della banca TERCAS ed alla posizione che la Commissione Europea ha assunto in relazione al contenuto ed alle modalità dell'intervento di sostegno realizzato.

In passato in Italia il sostegno alla ristrutturazione degli enti creditizi è avvenuto attraverso interventi del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, (FIDT) autorizzati dalla Banca d'Italia sulla base dell'articolo 96 bis del T.U.B. e dell'articolo 29 dello statuto del FIDT, che prevede la possibilità di intervento in due casi: a) quando sussistano prospettive di risanamento; b) quando sia prevedibile un minor onere rispetto a quello riveniente dall'intervento in caso di liquidazione¹¹.

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):

¹⁰ 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.

¹¹ Tra gli interventi più significativi si può ricordare nel 1999 l'erogazione di 1000 miliardi di lire al Banco di Sicilia e alla Sicilcassa per compensare il *funding gap* nel trasferimento delle attività.

Nel caso della banca TERCAS nel 2013 la Banca d'Italia ha autorizzato un intervento di sostegno attraverso l'erogazione da parte del FIDT di un contributo a fondo perduto di 265 milioni di euro per la copertura del deficit patrimoniale al fine di consentire alla Banca popolare di Bari di contenere in modo significativo l'onere della acquisizione della banca TERCAS e di un ulteriore contributo a titolo di garanzia sino a 30 milioni di euro a copertura degli oneri fiscali che fossero dovuti nel caso in cui il predetto contributo a fondo perduto di 265 milioni di euro non avesse beneficiato dell'esenzione dalla imposizione fiscale¹².

In relazione a questo intervento la Commissione europea ha avviato il procedimento di cui all'articolo 108 paragrafo 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (carattere abusivo dell'aiuto di Stato), ed ha ritenuto, dopo una lunga interlocuzione con le autorità italiane, che tale intervento costituisse aiuto di Stato, suscettibile di comportare un vantaggio selettivo, con distorsione della concorrenza e incidenza sugli scambi degli Stati membri. La Commissione ha altresì ritenuto che la natura privatistica del FIDT non escluda il carattere pubblico dell'intervento, in quanto quest'ultimo agisce in adempimento di un mandato pubblico autorizzato, coordinato e deciso dalla Banca d'Italia. Conseguentemente con decisione del 23 dicembre 2015, (C (2015) 9526), la Commissione ha imposto all'Italia il recupero dell'intero aiuto di Stato concesso, con riferimento a Banca TERCAS, dal FIDT.

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. n. 180/2015 e 181/2015, sulla base dei principi da ultimo ribaditi con la citata comunicazione della Commissione Europea del 2013, regolano la crisi della

¹² A questo riguardo vanno considerati l'artt. 1, commi 627 e 628, della legge di stabilità 2014 (l. 147/2014) che rispettivamente prevedevano: co. 627, *ai fini del riassetto economico e finanziario dei soggetti in amministrazione straordinaria, gli interventi di sostegno disposti dal Fondo interbancario di tutela dei depositi non concorrono alla formazione del reddito dei medesimi soggetti*; co. 628, *l'efficacia delle disposizioni è subordinata all'autorizzazione della Commissione Europea*. Nel caso TERCAS, il FIDT versò l'intero importo di 30 milioni prima che la Commissione prendesse una decisione in merito alla esenzione fiscale.

banca attraverso una serie di strumenti che in caso di dissesto sono articolati nella risoluzione e nel *bail in*.

Le previsioni del decreto d.lgs. n. 180/2015, 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. 180/2015, 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* allorquando, 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

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. 180/2015.

di un sistema di tutela istituzionale o per mezzo di un attività di vigilanza ¹⁴, 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.

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. 180/2015.

L'intervento, di cui alla lettera a), viene disposto se il *dissesto* è suscettibile di essere risolto attraverso la sola riduzione e conversione delle azioni, delle altre partecipazioni e degli strumenti di capitale emessi dalla banca, in modo tale che con l'assorbimento di tali passività possa essere ripristinato l'equilibrio patrimoniale richiesto per la corretta continuazione dell'attività bancaria.

La formulazione delle disposizioni di legge e le successive previsioni sulla procedura di risoluzione inducono a ritenere che tale intervento sia ammissibile quando, sulla base della valutazione compiuta dalla Banca d'Italia, risulti che esso sia idoneo a rimediare al dissesto senza ricorso alle altre misure previste per la procedura di risoluzione (cessione a terzi, ad *ente-ponte*, ecc.).

La riduzione e la conversione possono in questo caso consentire agli azionisti che abbiano perso la qualità di soci ma abbiano ancora interesse nella banca, oppure a tutti coloro che intendano investire per il rilancio della banca stessa, di intervenire con i necessari aumenti di capitale e conferire le risorse necessarie per ricostituire il patrimonio, in misura tale da ripristinare i requisiti di capitale richiesti e consentire la continuazione della attività bancaria.

Le decisioni negoziali degli investitori seguono e devono essere conformi alla decisione della Banca d'Italia, assunta sulla base della *valutazione* che, l'Autorità di vigilanza deve compiere ai sensi degli artt. 23 e 26 comma 1, d.lgs. n. 180/2015,. Tale *valutazione* (che l'art. 23 comma 1,

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

espressamente stabilisce debba essere *equa, prudente e realistica delle attività e passività*) costituisce così la premessa della decisione. La stessa rileva l'esistenza dei presupposti per l'attuazione delle diverse azioni e individua quelle più appropriate in relazione al *piano di risoluzione* (art. 24 comma 1 lett. b), d.lgs. n. 180/2015)¹⁵.

Conseguentemente l'intervento che eventuali investitori intendano realizzare per la ricapitalizzazione ed il rafforzamento del patrimonio nella misura richiesta dalle norme prudenziali, deve necessariamente essere previsto nel *piano di risoluzione* che la Banca d'Italia elabora sulla base della *valutazione*.

L'interesse degli investitori alla ripatrimonializzazione della banca non può ritenersi infatti di per sé sufficiente, ma deve piuttosto trovare giustificazione nella *valutazione* dell'autorità di vigilanza ed essere quindi previsto dal *piano di risoluzione*. Questo infatti deve determinare i soggetti coinvolti, le dimensioni e le modalità degli interventi e ne deve prevedere i possibili risultati, accertandone l'ammissibilità quale strumento effettivamente necessario ed idoneo alla soluzione del dissesto della banca.

4. (segue) La procedura di risoluzione.

Nel caso in cui la riduzione e la conversione previste dall'art. 20, comma 1 lett. a), d.lgs. n. 180/2015,, non consentano di rimediare allo stato di *dissesto* o al *rischio di dissesto*, tale obiettivo, secondo quanto previsto dallo stesso art. 20 lett. b), potrà essere perseguito attraverso la *procedura di risoluzione*.

Con l'apertura della *procedura di risoluzione* disposta dalla Banca d'Italia, decadono gli organi di amministrazione e controllo dell'*ente sottoposto a risoluzione*, sono sospesi tutti i diritti corporativi e patrimoniali dei soci, vengono nominati dall'autorità di risoluzione uno o più commissari speciali (unitamente ad un comitato di sorveglianza), con poteri di rappresentanza dell'ente e di

¹⁵ L'espressione *azione di risoluzione* è assunta dall'art 1, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 180/2015 per indicare la decisione di sottoporre un soggetto a risoluzione ai sensi dell'art 32, l'esercizio di uno o più poteri di cui al Titolo IV, Capo V oppure l'applicazione di una o più misure di risoluzione di cui al Titolo IV, Capo IV.

promozione ed attuazione degli atti e delle misure necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione (art. 34 e 35, d.lgs. 180/2015).

Va considerato peraltro che, secondo quanto disposto dall'articolo 32 comma 1, n. 5), d.lgs. n. 180/2015, la Banca d'Italia potrebbe disporre la permanenza nella carica dei componenti dell'organo di amministrazione e di controllo o dell'alta dirigenza. Tale soluzione, ai sensi del comma 1 dell'articolo 22, d.lgs. n. 180/2015, può essere adottata nel caso in cui sia ritenuta necessaria per conseguire gli obiettivi della risoluzione.

La lettura delle disposizioni mostra come la risoluzione sia una procedura del tutto nuova che si differenzia nella portata ed incidenza sia da quelle previste nel testo unico bancario (amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa) che dal fallimento, e dall'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, come pure da qualsiasi altro procedimento di amministrazione giudiziale o di commissariamento. La risoluzione si caratterizza infatti quale procedura, deputata alla realizzazione nel più breve tempo possibile della ristrutturazione del patrimonio e degli assetti della banca, secondo il *programma di risoluzione* predisposto dalla Banca d'Italia.

L'attuazione del *programma di risoluzione* viene realizzato (sulla base delle modalità stabilite dall'art. 34, d.lgs. n. 180/2015), indirettamente dalla Banca d'Italia attraverso la sua esecuzione da parte di commissari speciali.

L'autorità di risoluzione nomina i commissari speciali ed assegna loro compiti che sono sensibilmente diversi rispetto a quelli previsti per i commissari straordinari nella amministrazione straordinaria o per il commissario liquidatore nella liquidazione coatta amministrativa. La durata necessariamente limitata della procedura di risoluzione richiede infatti interventi da realizzarsi secondo una articolazione temporale contenuta, idonea a consentire la riorganizzazione e la rimozione delle irregolarità o la liquidazione. I commissari speciali danno di fatto esecuzione agli atti previsti nel *programma di risoluzione*. Non a caso si è detto che essi svolgono nella sostanza una funzione di meri commissari *ad acta*, quali semplici attuatori di decisioni adottate *ex ante* e non

*modificabili*¹⁶. Deve essere inoltre considerato che l'apertura della procedura di risoluzione, inevitabilmente comporta pericolosi effetti di caduta reputazionale, come pure di discontinuità operativa, tutti suscettibili di pregiudicare la stabilità dell'*ente sottoposto a risoluzione* sino a provocare il pericoloso contagio ad altri enti creditizi ed al mercato.

Se dunque il *programma di risoluzione* ha come obiettivo il mantenimento della continuità aziendale della banca, può risultare necessario contestualmente all'avvio della risoluzione, secondo modalità necessariamente unitarie, applicare anche le misure previste dall'art. 39, d.lgs. n. 180/2015, vale a dire la cessione ad un terzo o un *ente-ponte* dei rapporti giuridici. Tali rapporti a loro volta devono essere necessariamente identificati nel *programma di risoluzione* e devono essere valutati come funzionali alla costituzione della nuova azienda bancaria destinata ad essere collocata sul mercato. La procedura di risoluzione consente, infatti, all'autorità di risoluzione, una volta effettuato l'assorbimento delle passività, di scomporre i diversi rapporti giuridici che costituiscono gli elementi dell'*ente sottoposto a risoluzione* e di scegliere quelli valutati come idonei a costituire gli elementi patrimoniali funzionali per la continuazione dell'attività bancaria.

I provvedimenti posti in essere dalla autorità di risoluzione trovano la loro giustificazione nella finalità della ricomposizione del patrimonio al fine di rendere possibile la continuazione dell'attività da parte di un soggetto del tutto nuovo. Conseguentemente gli atti che vengono disposti necessariamente prescindono dai criteri di giustificazione causale, di proporzione e di equilibrio delle prestazioni che sovrintendono nel diritto comune il corretto trasferimento dei diritti e dei beni.

L'incisione che viene realizzata dai provvedimenti della Banca d'Italia sul patrimonio dell'*ente sottoposto a risoluzione* potrebbe in astratto apparire pregiudizievole ma al contrario è giustificata e risulta senz'altro corretta secondo la *valutazione* dell'azione di risoluzione. La causa giustificatrice risiede nella costruzione di un patrimonio idoneo a consentire la continuità dell'attività bancaria per la migliore e più ampia tutela del risparmio (peraltro costituzionalmente garantita dall'art. 47 cost.), dei creditori e per la stabilità del sistema e del mercato.

¹⁶ Cfr. G. SANTONI, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 2/2016.

Si deve quindi escludere il ricorso da parte dei soggetti i cui diritti siano stati incisi da tali provvedimenti ai consueti mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Di conseguenza, nel delineare gli effetti della risoluzione l'art. 35 comma 2, d.lgs. n. 180/2015, con disposizione generale, riferita sia alla revocatoria ordinaria che fallimentare, stabilisce che *gli atti posti in essere nel corso della risoluzione non sono soggetti ad azioni revocatorie.*

In questo modo la Banca d'Italia, pone mano ad un processo di rifondazione dell'azienda bancaria per mezzo della formazione di un patrimonio che è composto da "elementi prescelti" del patrimonio dell'*ente sottoposto a risoluzione*. Da un tale processo scaturisce una azienda che è diversa, separata e distinta rispetto alla precedente tanto nella composizione patrimoniale e societaria, quanto nella *governance*. Dalle ceneri dell'originario *ente sottoposto a risoluzione*, per effetto della applicazione della risoluzione, delle misure di riduzione, conversione e di *bail in*, l'autorità di risoluzione costituisce nella sostanza una nuova banca.

5. Il carattere concorsuale della procedura di risoluzione.

La procedura di risoluzione si apre con il provvedimento di avvio della risoluzione. Questo segna l'inizio di un procedimento volto a sottoporre il patrimonio dell'*ente sottoposto a risoluzione* a diverse articolate misure, dirette a realizzare la migliore tutela dei creditori, attuando la immediata distribuzione della perdita tra questi secondo criteri concorsuali.

L'avvio della procedura comporta l'assoggettamento dell'*ente sottoposto a risoluzione* ai poteri della Banca d'Italia quale autorità di risoluzione. Tali effetti sono riconducibili ad un vero e proprio *spossessamento*: viene meno ogni potere decisionale dell'assemblea, si verifica la decadenza degli organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza, i commissari assumono la rappresentanza legale, i poteri dell'assemblea e dell'organo di amministrazione e di controllo e danno attuazione alle misure necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione, sulla base di quanto disposto dalla Banca d'Italia (articolo 37 comma 1, d.lgs. n. 180/2015).

Mentre la riduzione e la conversione disposte dalla Banca d'Italia danno luogo alla ricostruzione dell'equilibrio del patrimonio attraverso azioni volte a nettarlo dalle passività, le azioni

recuperatorie esercitate dai commissari speciali, quali l'azione di responsabilità sociale e dei creditori e le azioni revocatorie, sono dirette al rafforzamento del patrimonio.

Ai commissari viene infatti riconosciuta (articolo 35, d.lgs. n. 180/2015), non solo la legittimazione che spetta ai commissari straordinari nella procedura di amministrazione straordinaria a promuovere l'azione sociale di responsabilità contro i membri degli organi di amministrazione e di controllo, ma viene attribuita anche la legittimazione, che spetta al curatore e al commissario liquidatore, a promuovere l'azione dei creditori sociali, nonché l'azione del creditore sociale contro la società e l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento¹⁷.

L'esercizio di tali azioni nello stesso tempo assolve alla funzione di riequilibrare il danno subito dalla società e dai creditori sociali per il comportamento pregiudizievole degli organi di amministrazione e controllo o degli enti che esercitavano attività di direzione e controllo, come pure per il depauperamento subito per effetto di atti di disposizione suscettibili di essere revocati. Invero la funzione non è solo quella di contribuire al rafforzamento del patrimonio aziendale nella prospettiva del collocamento dell'azienda bancaria nel mercato, ma anche una funzione deterrente, retributiva e risarcitoria nei confronti degli organi di amministrazione e controllo in relazione al danno subito dalla banca per effetto di una gestione pregiudizievole che ha portato al dissesto ed al depauperamento del patrimonio, conseguente al compimento di atti di disposizione revocabili durante la crisi che ha preceduto l'insolvenza.

L'esercizio di tali azioni è ritenuto nel sistema della risoluzione una attività necessaria al fine di consentire o agevolare gli obiettivi di superamento del dissesto. Tali azioni, infatti, devono essere esercitate anche nel caso in cui non siano stati nominati i commissari. L'ultimo comma dell'articolo 35 e dell'articolo 36, d.lgs. n. 180/2015, prevede infatti che in mancanza di nomina dei commissari l'esercizio di tali azioni spetta al soggetto a tal fine designato dalla Banca d'Italia. In questo modo l'autorità di risoluzione attraverso un commissario *ad acta*, propone azioni di responsabilità e azioni revocatorie che una volta instaurate potranno essere successivamente

¹⁷ L'art. 35 comma 3 prevede la legittimazione alla proposizione di tali azioni contro i membri degli organi amministrativi e di controllo e il direttore generale, contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, contro la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento, sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia.

cedute unitamente agli altri rapporti giuridici pendenti alla nuova banca, la quale potrà avvantaggiarsi dei proventi risultanti per un ulteriore rafforzamento del patrimonio.

La previsione della legittimazione della banca in risoluzione alla promozione delle azioni di responsabilità e revocatorie nell'interesse non solo della società ma anche della massa dei creditori sociali, conferma la natura concorsuale della procedura, come peraltro suffragato anche da diversi altri elementi.

La natura concorsuale risulta infatti dalle modalità con cui vengono attuate le misure della riduzione e della conversione delle passività esistenti. Esse infatti realizzano una distribuzione della perdita tra i creditori *in modo uniforme nei confronti di tutti gli azionisti e i creditori dell'ente appartenenti alla stessa categoria, proporzionalmente al valore nominale dei rispettivi strumenti finanziari o crediti, secondo la gerarchia applicabile in sede concorsuale e tenuto conto delle clausole di subordinazione* (così l'art. 52, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 180/2015). Si tratta di una particolare e nuova forma di liquidazione la quale, piuttosto che compiersi attraverso il concorso dei creditori sul ricavato che deriva dalla realizzazione del patrimonio, viene attuata con la partecipazione dei creditori sulla perdita patrimoniale che già si è manifestata e che, sulla base delle previsioni operate nella *valutazione* di cui agli artt. 23 e segg., d.lgs. n. 180/2015, sicuramente verrebbe confermata o addirittura aumentata nel caso in cui si procedesse alla liquidazione dei beni.

La procedura di risoluzione dà luogo, quindi, a una liquidazione non delle attività ma delle passività e si realizza attraverso una distribuzione delle perdite, cosiddetto *burden sharing*, secondo un criterio strettamente concorsuale. Questo è garantito da un lato dal principio della *par condicio creditorum* e dall'altro dal principio del *no worse creditor off* (c.d. NWCO) in quanto, come stabilito dall'articolo 52, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 180/2015, le misure di riduzione conversione sono disposte *in misura tale da assicurare che nessun titolare degli strumenti, degli elementi o delle passività ammissibili... riceva un trattamento peggiore rispetto a quello che riceverebbe se dell'ente sottoposto a risoluzione fosse stato liquidato nel momento in cui è stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione, secondo la liquidazione coatta amministrativa dal Testo Unico Bancario o altra analoga procedura applicabile.*

A conferma della natura concorsuale della procedura di risoluzione vanno lette le previsioni dell'art. 36, d.lgs. n. 180/2015, le quali, in relazione alla legittimazione alla proposizione del ricorso per la dichiarazione di insolvenza, nella sostanza: a) parificano i commissari speciali ai commissari liquidatori della liquidazione coatta amministrativa; b) estendono l'applicazione delle disposizioni penali del titolo VI della legge fallimentare alla banca in risoluzione; c) applicano la disciplina degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori.

Nel caso in cui alla data di adozione del provvedimento di avvio della risoluzione la banca si trovi in stato di insolvenza, ai commissari speciali, oppure nel caso in cui questi non siano stati nominati al soggetto espressamente designato dalla Banca d'Italia, è riconosciuta la legittimazione a proporre ricorso per la dichiarazione di insolvenza. L'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 180/2015, estende infatti alla procedura di risoluzione i principi della liquidazione coatta amministrativa, prevedendo espressamente l'applicazione dell'art. 82 comma 2, del T.U.B..

Una volta dichiarato lo stato di insolvenza gli organi della procedura di risoluzione, i commissari speciali se sono stati nominati, oppure altrimenti un soggetto appositamente designato dalla Banca d'Italia, hanno il compito di esercitare le azioni revocatorie fallimentari. L'articolo 36, comma 3, d.lgs. n. 180/2015, prevede infatti attraverso gli strumenti della legge fallimentare l'esercizio delle azioni revocatorie. I commissari per la ricostituzione del patrimonio possono esercitare le azioni revocatorie ai sensi degli artt. 64, 65, 67 comma 1, 69, 69 bis, della legge fallimentare. I termini per l'esercizio dell'azione decorrono dalla data di avvio della risoluzione (art. 36 comma 3, d.lgs. n. 180/2015).

È significativa l'espressa previsione dell'ultimo comma dell'articolo 36, d.lgs. n. 180/2015, che esclude l'eseribilità delle azioni volte alla revoca dei pagamenti previste dall'articolo 67, comma 2 della legge fallimentare. Corrisponde ad una generale esigenza far sì che sia assicurata la massima continuità nell'attività della banca in quanto se venisse compromessa la certezza dell'efficacia solutoria dei pagamenti verrebbe messa in dubbio la stessa stabilità ed efficienza del mercato. Tutti gli atti di pagamento effettuati dalle banche, indipendentemente dalla condizione di crisi o di dissesto ed indipendentemente dal fatto che i pagamenti siano avvenuti in tempi

immediatamente antecedenti alla procedura di risoluzione, debbono necessariamente mantenere carattere di definitività. Il rischio o il timore di subire la revocatoria dei pagamenti verrebbe infatti a comportare nel pubblico dei depositanti, nella clientela, nei creditori e comunque in tutti i terzi, reazioni che comprometterebbero la continuità della banca, sino a rendere vani tutti i possibili interventi volti alla risoluzione ed al superamento della crisi.

La dichiarazione di insolvenza della banca in risoluzione comporta anche l'applicazione della disciplina penale del fallimento di cui agli artt. 219 e segg. l. fall.. Emerge però a questo riguardo un'importante particolarità strettamente collegata alla natura di questa procedura che, come abbiamo visto, non risolve il dissesto o l'insolvenza con la liquidazione ma piuttosto con la liberazione del patrimonio dalle passività. Questo comporta che l'insolvenza si manifesta e deve essere presa in considerazione nel momento di avvio della procedura di risoluzione in quanto successivamente essa viene superata, anzi assorbita per effetto della attuazione del *programma di risoluzione*, il cui scopo consiste espressamente nel superamento del dissesto e dell'insolvenza attraverso l'assorbimento delle passività attuato con la riduzione dei crediti.

L'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 180/2015, in considerazione di tali peculiarità prescrive l'irrelevanza del superamento dello stato di insolvenza nel corso della procedura, ai fini della configurazione dei reati fallimentari e della punibilità dei comportamenti penalmente sanzionati,. Per questo motivo fissa quale presupposto per l'applicazione degli artt. 216 e segg. l. fall. il manifestarsi e l'accertamento dell'insolvenza con riguardo alla situazione esistente al momento dell'avvio della risoluzione. È così espressamente previsto che tali norme penali fallimentari *trovano applicazione anche quando lo stato di insolvenza è superato per effetto della risoluzione*.

6. L'ente-ponte e la società veicolo.

Come già detto, l'assorbimento delle perdite, attraverso la riduzione e la conversione, può risultare non sufficiente a consentire il superamento del dissesto. Di qui la necessità di dare contestualmente corso alle misure di risoluzione stabilite dall'art. 39, d.lgs. n. 180/2015. Queste sono alternativamente o cumulativamente applicabili e consistono nella cessione di beni e

rapporti giuridici a un soggetto terzo, a un *ente-ponte*, a una società veicolo e nella applicazione del *bail in*.

Abbiamo visto che la Banca d'Italia sulla base della *valutazione* predispone il *programma di risoluzione* e attraverso l'applicazione delle diverse misure, effettua una operazione di scomposizione e ricomposizione delle risorse aziendali. In questo modo l'autorità di risoluzione, utilizzando i beni e rapporti giuridici attivi e passivi del patrimonio del precedente *ente sottoposto a risoluzione*, viene a formare il patrimonio aziendale di un nuovo ente.

Le operazioni di riduzione e conversione effettuate consentono di dotare il nuovo ente di un patrimonio in equilibrio, in modo tale che esso sia idoneo allo svolgimento dell'attività bancaria¹⁸. Una volta assorbite le perdite, le misure di risoluzione previste dall'art. 39, d.lgs. n. 180/2015, offrono le condizioni per la prosecuzione della gestione dell'azienda o delle parti di essa ritenute idonee ad una prosecuzione dell'attività, aprendo la strada, quindi, al superamento del dissesto.

Al fine di realizzare una definitiva separazione e distacco dalle vicende patrimoniali ed anche reputazionali del precedente *ente sottoposto a risoluzione*, l'attività bancaria può essere condotta da un nuovo soggetto¹⁹. La cessione di beni e rapporti giuridici ad un soggetto terzo o ad un *ente-ponte* o a una società veicolo per la gestione delle attività, sono strumenti attraverso i quali si realizza la complessiva ingegneria di risoluzione.

¹⁸ La prima applicazione del d.lgs. n. 180/2015, che si è avuta a pochi giorni dal sua entrata in vigore, costituisce un rilevante precedente. La Banca d'Italia, con i provvedimenti del 22 novembre 2015, emessi ai sensi dell'art. 32, ha sottoposto le *quattro banche* a risoluzione, ha determinato nello stesso tempo la chiusura della precedente procedura di amministrazione straordinaria ed ha nominato i commissari speciali ed il comitato di sorveglianza della banca in risoluzione.

In questo caso, come si è sopra già accennato, le misure di risoluzione **adottate** non comprendevano la applicazione del *bail in*, in quanto la legge di delegazione europea 2014, n. 114, all'art. 8 comma 1 lett. b), prevedeva che lo strumento del *bail in* si applicasse dal 1° gennaio 2016. La copertura delle perdite quantificate sulla base della valutazione provvisoria ex art. 25 del d. lgs 180, è stata disposta dalla Banca d'Italia con provvedimento di riduzione delle riserve, delle azioni (*capitale rappresentato da azioni, anche non computate nel capitale regolamentare*), e delle obbligazioni subordinate (*riduzione del valore nominale degli elementi di classe 2, computabili nei fondi propri*).

¹⁹ Non a caso allorquando, con decreto legge del 22 novembre 2015 n. 183, sono stati costituiti quattro enti -ponte ai sensi dell'articolo 42 del decreto legislativo 16 novembre 2015 numero 180, la locuzione *nuova* ha contraddistinto la denominazione di tutte quattro le società per azioni destinatarie dei patrimoni delle *quattro banche*, proprio al fine di assicurare anche sul piano della individuazione della ragione sociale il completo distacco dal precedente ente sottoposto risoluzione.

L'*ente-ponte* viene costituito con una funzione meramente strumentale di gestione di beni e rapporti giuridici e di mantenimento della continuità delle funzioni essenziali precedentemente svolte dall'*ente sottoposto a risoluzione*, al fine di consentire la successiva collocazione sul mercato dell'azienda bancaria attraverso la cessione a terzi delle partecipazioni al capitale oppure dei diritti o ancora delle attività e passività trasferite all'*ente-ponte*.

Tale funzione strumentale emerge anche dalle previsioni relative ai requisiti per l'esercizio dell'attività bancaria. Nella cornice dell'*ente-ponte* essa può essere consentita in via provvisoria anche se non sono soddisfatti i requisiti richiesti. Ciò evidentemente al solo scopo di non interrompere la continuità dell'attività bancaria ed evitare quindi ulteriori perdite di valore del patrimonio e pregiudicare la stabilità del sistema.

L'*ente-ponte* viene appositamente costituito²⁰ con nomina degli organi di amministrazione e controllo da parte della Banca d'Italia. L'intera conformazione è di stretta competenza della autorità di risoluzione, la quale redige il testo dello statuto e con apposito provvedimento, ne dispone l'adozione unitamente all'assegnazione ai suoi organi delle strategie e del profilo di rischio.

Lo scopo e i limiti di intervento dell'*ente-ponte* sono quindi scanditi dallo statuto e dal provvedimento e sono necessariamente circoscritti alle finalità di mantenimento del valore e della continuità, particolarmente con riguardo alla salvaguardia dei rapporti con la clientela, al fine di consentire entro un arco di tempo assai circoscritto, la collocazione della banca sul mercato²¹.

Si deve ritenere dunque che all'*ente-ponte* siano consentite azioni e operazioni volte alla conquista di nuovi mercati o all'allargamento dell'attività purché coerenti con il raggio di azione temporale

²⁰ Nel caso delle *quattro banche* con decreto legge del 22 novembre 2015, n. 183.

²¹ Gli ulteriori elementi della strategia e del profilo di rischio indicati dalla Banca d'Italia sono volti a porre in essere politiche e azioni gestionali e commerciali prudenti e sostenibili; ad adottare iniziative volte ad assicurare continuità alle funzioni essenziali svolte a favore delle comunità locali; a rinsaldare i legami con la clientela e i territori di elezione e per tale via preservare il valore aziendale; a perseguire una prudente crescita dell'attività creditizia, prevalentemente a favore del settore *retail* e delle piccole e medie imprese, sulla base di una adeguata valutazione del merito creditizio attuale e prospettico dei sovvenuti; a favorire il processo di dismissione sul mercato della banca in linea con le indicazioni della autorità di risoluzione; ad applicare rigorose politiche di remunerazione del personale; a rafforzare il senso di appartenenza e identità con la banca delle risorse umane.

dell'*ente-ponte* stesso. Deve inoltre considerarsi che tali azioni ed iniziative potrebbero risultare non compatibili con la disciplina della concorrenza considerato che il nuovo soggetto bancario temporaneamente condotto dall'*ente-ponte* si potrebbe avvalere rispetto agli altri *competitors*, della posizione di vantaggio raggiunta per effetto della avvenuta applicazione delle misure di risoluzione.

L'*ente-ponte* assolve alla funzione di separare con un secco e deciso iato l'originario *ente sottoposto a risoluzione* dal soggetto destinato al mercato e costituisce l'involucro organizzativo, conformato quale società per azioni, totalmente controllato dalla Banca d'Italia con il quale, successivamente all'applicazione della risoluzione, l'azienda bancaria viene messa nelle condizioni di poter operare nel mercato.

Si tratta di condizioni che il mercato dovrà valutare ed apprezzare. L'azienda potrà così operare attraverso l'intervento di terzi che ne ritengano conveniente l'acquisizione la quale potrà avvenire con l'acquisto delle partecipazioni o con la fusione con soggetti bancari già esistenti oppure mettendo mano ad ulteriori ricapitalizzazioni.

In ogni caso le possibilità che l'azienda bancaria che risulta all'esito della risoluzione e della gestione provvisoria attuata dall'*ente-ponte*, possa continuare ad operare utilmente nel mercato e nel rispetto dei requisiti prudenziali, dipende strettamente dall'ulteriore consolidamento del patrimonio. Questo potrà essere realizzato sia per l'effetto dell'impegno e dell'investimento che potrà essere attuato da soggetti terzi, sia dall'ingresso di una *governance* completamente nuova e di una altrettanto rinnovata compagine sociale.

Quanto alla società veicolo essa è costituita su disposizione della Banca d'Italia, che nomina gli organi di amministrazione e controllo, definendone le attribuzioni e le remunerazioni²².

La cessione dei beni e dei rapporti giuridici ad essa è sostanzialmente servente rispetto alla cessione ad un terzo, ad un *ente-ponte* o all'applicazione del *bail in*, e conseguentemente l'articolo 39, comma 2, d.lgs. n. 180/2015, prescrive che essa non può essere disposta se non congiuntamente alle altre misure appena citate.

²² Il capitale dell'*ente-ponte*, come pure della società veicolo, è interamente o parzialmente detenuto dal fondo di risoluzione o da autorità pubbliche (art. 47, comma 2, d. lgs. 180/2015).

Tale cessione inoltre può essere disposta solo in presenza di particolari presupposti (articolo 46, comma 1, d.lgs. n. 180/2015), riconducibili nella sostanza: a) all'esigenza di agevolare il funzionamento dell'*ente sottoposto a risoluzione* o dell'*ente-ponte*; b) alla massimizzazione dei proventi ricavabili dalla liquidazione; c) ad evitare quegli effetti negativi nei mercati finanziari che si potrebbero verificare con l'applicazione di una procedura concorsuale.

7. Il provvedimento di cessione e potere di cessione.

L'espressione cessione di cui agli artt. 39 - 47, d.lgs. 180/2015, comprende nello stesso tempo il trasferimento dei diritti di credito, dei diritti reali o rapporti giuridici attivi e passivi, ma comprende anche il potere della Banca d'Italia di disporre autonomamente ed unilateralmente tali trasferimenti e di conformarne le dimensioni, il contenuto, la portata e tutte le modalità e financo gli effetti.

Il trasferimento è dunque l'atto dispositivo della autorità di risoluzione con cui si realizza la separazione e il definitivo distacco di quelle parti del patrimonio – vale a dire dei beni e dei rapporti giuridici attivi e passivi - destinate a trovare continuità nel mercato rispetto a quelle parti che hanno subito la riduzione o che comunque non sono suscettibili di ulteriore continuità.

Il trasferimento di beni e diritti non discende dalle volontà negoziali del cedente e del cessionario, che la legge stessa stabilisce che non siano richieste. L'articolo 47, comma 2, d.lgs. n. 180/2015, prevede espressamente che le cessioni non richiedono il consenso di soggetti diversi dal cessionario. Il trasferimento è il frutto del solo esercizio di un potere riconosciuto alla Banca d'Italia di disporre di tutte le risorse che dopo l'assorbimento delle perdite, risultino nel patrimonio dell'*originario ente sottoposto a risoluzione*. Essa ne dispone mediante un atto di attribuzione patrimoniale, definito *provvedimento di cessione*, ad un soggetto terzo o all'*ente-ponte*. Si tratta quindi di un trasferimento di beni e rapporti giuridici che viene realizzato per effetto dell'esercizio di un potere di cessione *sui generis*, di diritto speciale.

L'articolo 39, d.lgs. 180/2015, nello stabilire le diverse misure di risoluzione, determina le modalità che devono essere rispettate e le finalità che devono essere perseguite dall'autorità di

risoluzione nell'esercitare il potere di cessione. A seconda del soggetto destinatario della cessione, il trasferimento di beni rapporti giuridici, che viene realizzato con la cessione, risulta di volta in volta espressione di una operazione sostanzialmente diversa.

Se il destinatario della cessione è un soggetto terzo, le azioni, le partecipazioni, tutti i diritti, le attività e le passività vengono scambiate contro un corrispettivo che il terzo potrà corrispondere ai titolari delle azioni o partecipazioni oppure all'*ente sottoposto a risoluzione*. Se invece il destinatario è l'*ente-ponte*, l'oggetto della cessione è il medesimo ma a differenza del caso precedente, non viene prevista la corresponsione di un corrispettivo, trattandosi di una successione nei diritti e nelle attività o nelle passività che non ha carattere di collocazione sul mercato ma piuttosto di trasferimento del tutto transitorio, propedeutico ad una collocazione futura dell'azienda bancaria. Se infine destinatario della cessione è una società veicolo per la gestione delle attività, la cessione è relativa soltanto a quei beni e rapporti giuridici che è opportuno staccare dalla più ampia cessione effettuata ad un terzo o all'*ente-ponte*, al fine di massimizzare il valore oppure al fine di consentirne la liquidazione assieme alla stessa società veicolo.

La cessione riveste caratteri del tutto speciali anche riguardo agli effetti. Sulla base di quanto stabilito all'art. 47, d.lgs. n. 180/2015, la pubblicazione nel sito internet di Banca d'Italia ha efficacia di pubblicità notizia, dichiarativa e costitutiva ivi compresi l'efficacia di cui agli artt. 1264, 2022, 2355, 2470, 2525, 2556 del codice civile²³. Il trasferimento dei beni e dei diritti è indenne dalle eccezioni del contraente ceduto, questo può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto ma non quelle fondate su altro rapporto col cedente (art. 47, comma 4), e

²³ La Banca d'Italia sulla base del potere ad essa riconosciuto di determinare la decorrenza dei provvedimenti di avvio della risoluzione (l'art. 32, comma 2, d. lgs. 180/2015) costruisce una opportuna sequenza temporale dei diversi provvedimenti. Ciò al fine di soddisfare nello stesso tempo l'esigenza di contemporanea applicazione delle diverse misure (richiesta per l'efficacia dell'intervento e la stabilità del sistema) e l'esigenza di consequenzialità giuridica dei diversi passaggi. Nella risoluzione delle *quattro banche* la decorrenza dell'avvio della risoluzione è stato fissato alle ore 22 del 22 novembre; la nomina degli organi della risoluzione nello stesso momento; la cessione dell'azienda bancaria dall'ente in risoluzione all'ente-ponte alle ore 00,01 del giorno di costituzione dell'ente-ponte, la cui costituzione decorreva dalle ore 00.00 del 23 novembre 2015. Da quanto descritto può ricavarsi l'unitarietà del provvedimento ma anche la necessità di una scansione temporale che dia conto e giustificazione della consequenzialità dei diversi passaggi.

comporta a favore del cedente anche in deroga agli artt. 1273, 2112, 2558, 2560, effetti liberatori dagli obblighi di adempimento (art. 47, comma 5).

La cessione sul piano sostanziale ha poi effetti di separazione patrimoniale, in quanto gli azionisti ed i creditori dell'*ente sottoposto a risoluzione*, come pure i terzi i cui diritti, attività o passività non sono oggetto di cessione, subiscono l'estinzione di qualsiasi pretesa sui diritti, sulle attività e passività oggetto della cessione, come pure nei confronti degli organi di amministrazione e controllo o dell'alta dirigenza del cessionario (art. 47, comma 7, d.lgs. n. 180/2015)²⁴.

8. Il *bail in*.

L'applicazione della misura del *bail in* di cui all'art 48, comma 1, lett. a), d. lgs 180/2015, può risultare risolutiva quando l'assorbimento delle perdite costituisce misura sufficiente a prospettare il risanamento della banca sottoposta a risoluzione. In questo caso l'obiettivo del risanamento viene raggiunto nel momento in cui l'assorbimento delle perdite consente di ripristinare il patrimonio del soggetto sottoposto a risoluzione nella misura necessaria al rispetto dei requisiti prudenziali e idonea a ristabilire la fiducia del mercato²⁵.

La riduzione del valore delle passività cedute o la conversione delle passività in capitale, realizzate attraverso il *bail in* è anche funzionale alla creazione delle condizioni per gli ulteriori

²⁴ Agli azionisti e creditori è riconosciuta la tutela secondo il principio del *no worse creditor off* NWCO di cui all'art 87, d. lgs. 180/2015.

²⁵ Nella prima applicazione della procedura di risoluzione sulle *quattro banche*, nonostante l'avvenuta riduzione delle riserve, azioni e obbligazioni subordinate, la cessione dei beni e rapporti giuridici della banca sottoposta a risoluzione presentava un deficit di cessione particolarmente elevato che, in ogni caso, non avrebbe potuto essere risolto con un ulteriore assorbimento delle passività. L'applicazione del *bail in* avrebbe consentito una più ampia distribuzione della perdita sugli obbligazionisti senior e sugli altri creditori ma, al tempo, questa misura non era ancora applicabile. La copertura di tale deficit, per il quale l'ente in risoluzione era debitore verso l'ente-ponte, è stata quindi realizzata con somme versate all'ente-ponte direttamente dal fondo di risoluzione, a sua volta istituito presso la banca d'Italia ai sensi dell'art. 79, comma 1, lett. d). d.lgs. n. 180/2015. Il fondo, a sua volta, è stato surrogato nel corrispondente credito dell'ente-ponte nei confronti della banca in risoluzione. Quest'ultima pertanto non disponendo più di alcun attivo per effetto dell'avvenuto provvedimento di cessione dei beni e dei rapporti giuridici attivi e passivi all'ente-ponte e risultando gravata solo da passività (oltre che per il debito verso il Fondo di risoluzione anche per obbligazioni subordinate non suscettibili di essere ridotte e non cedute all'ente-ponte), ha rinunciato all'autorizzazione bancaria ed è stata posta in liquidazione coatta amministrativa.

interventi previsti dall'art. 48, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 180/2015. Questi potranno essere realizzati da parte di coloro che saranno i destinatari finali della cessione, vale a dire i soggetti di cui all'articolo 39, d.lgs. n. 180/2015.

Sulla base della *valutazione*, effettuata ai sensi degli articoli 23 e seguenti, d.lgs. n. 180/2015, l'importo del *bail in* deve essere tale da consentire almeno per un anno il rispetto dei requisiti prudenziali ed idoneo a ristabilire nel mercato una fiducia sufficiente nei confronti dell'*ente sottoposto a risoluzione* (art. 51, comma 1, lett. a), d.lgs. 180/2015). Inoltre deve essere tenuto conto dell'eventuale contributo del fondo di risoluzione (art. 51, comma 1, lett. c), d.lgs. 180/2015). Nel caso in cui venga applicata anche la misura della cessione ad una società veicolo delle attività, deve anche essere effettuata una prudente stima del fabbisogno di capitale della stessa società veicolo (art. 51, comma 1, lett. b), d.lgs. 180/2015).

L'assorbimento delle perdite attraverso il *bail in* avviene nell'ordine progressivamente correlato al diverso grado di rischiosità della posizione creditoria, sulla base di quanto indicato dall'art. 52, d.lgs. 180/2015. Fino alla concorrenza delle perdite può essere disposta la riduzione delle riserve, delle azioni ordinarie, degli strumenti ibridi, delle obbligazioni subordinate, delle obbligazioni non subordinate (*senior*), dei depositi²⁶.

²⁶ L'articolo 96 bis.1, del T.U.B. aggiornato dal decreto legislativo 16 novembre 2015 e dal successivo decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 30, nel disciplinare i sistemi di garanzia dei depositanti, stabilisce che sono ammissibili al rimborso i crediti relativi ai fondi acquisiti dalla banca con obbligo di restituzione sotto forma di depositi o sotto altra forma (conti correnti, conti di deposito nominativi, depositi di risparmio nominativi), gli assegni circolari e gli altri titoli di credito ad essi assimilabili, sino all'ammontare di € 100.000 per ciascun depositante. Il limite appena indicato non si applica, ai sensi del comma 4 dell'articolo 96 bis. 1, nei nove mesi successivi al loro accredito ai depositi di persone fisiche aventi ad oggetto importi derivanti da: a) operazioni relative a corrispettivi derivanti dal trasferimento o dalla costituzione di diritti reali su unità immobiliari adibite ad abitazione; b) divorzio, pensionamento, scioglimento di rapporto di lavoro, invalidità o morte; c) pagamento di prestazioni assicurative, risarcimenti, indennizzi per danni da reato contro la persona o per ingiusta detenzione. Ai fini del calcolo del limite di rimborso di euro 100.000 viene altresì specificato al comma 5 che: a) il conto intestato ad un ente senza personalità giuridica viene inteso come unico deposito indipendentemente dal fatto che una pluralità di soggetti partecipi all'ente come socio o come associato; b) nel caso di cointestazione del conto a ciascuno dei cointestatari viene riconosciuto il pieno indennizzo nel rispetto dei limiti della propria quota e fino alla concorrenza di euro 100.000 per ciascuno dei cointestatari; c) le somme che costituiscono oggetto di deposito rimborsabile debbono essere calcolate al netto della compensazione di eventuali debiti del depositante esigibili al momento degli effetti del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa.

Sono escluse dall'applicazione del *bail in* le passività indicate nell'art. 49, comma 1, d.lgs. n. 180/2015 (depositi protetti, passività garantite, disponibilità detenute in regime di separazione patrimoniale, ecc.).

Inoltre possono essere escluse ulteriori e diverse passività (art. 49, comma 2, d.lgs. n. 180/2015) al fine di preservare la continuità dell'*ente sottoposto a risoluzione*, di evitare il contagio e gravi ricadute sull'economia del paese, di evitare perdite di valore maggiori di quelli conseguenti al *bail in*. Tale esclusione deve soddisfare uno specifico scrutinio avendo riguardo ai presupposti elencati al comma 3 dell'art. 49, oltre che al processo di autorizzazione di cui al comma 4.

Alla copertura delle passività può concorrere anche il fondo di risoluzione ai sensi del comma 5 e 6 dell'articolo citato sempre ed in quanto gli azionisti ed i creditori abbiano contribuito al ripianamento delle perdite in misura pari ad almeno l'8% delle passività totali e il contributo del fondo di risoluzione non superi il 5% delle stesse passività totali.

Va considerato che uno dei pilastri della BRRD e del d.lgs. 180/2015 è l'assunto che il *bail in* può operare ed avere efficacia a condizione che le banche siano dotate di un livello di passività suscettibili di essere soggette al *bail in* adeguato rispetto alle esigenze di assorbimento che le situazioni di crisi o di dissesto possono rendere necessarie. A tal fine viene previsto uno specifico obbligo di dotazione di passività idonee ad essere assoggettate al *bail in*²⁷.

²⁷ In esecuzione della direttiva 2014/59/EU, l'EBA nel documento 3 luglio 2015 (*MREL*) ha pubblicato *standard* tecnici sul requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili, *eligible liabilities*, e norme tecniche sul riconoscimento contrattuale del *bail in*. Si ritiene infatti che *in the future, shareholders and creditors will have to internalise the burden of bank failure, minimising moral hazard and risks to taxpayers*, e tali requisiti sono necessari *to avoid institutions structuring their liabilities in a way that impedes the effectiveness of the bail-in or other resolution tools, and to avoid the risk of contagion or a bank run, the Directive requires that institutions meet at all times a robust minimum requirement for own funds and eligible liabilities (MREL)*.

Spetta alla Banca d'Italia, secondo quanto previsto dall'art. 50, d.lgs. 180/2015, il compito di fissare per ciascuna banca il requisito minimo di passività soggette al *bail in*. Esso viene determinato nella misura necessaria a far sì che il soggetto abbia risorse sufficienti (vale a dire passività soggette al *bail in*: passività *eligible* o *bail in able*) affinché l'eventuale avvio di una procedura di risoluzione possa consentire il raggiungimento degli obiettivi di risoluzione già descritti all'articolo 21, d.lgs. n. 180/2015. Tali condizioni si realizzano laddove: a) le passività siano sufficienti ad assorbire le perdite e assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e di capitale previsti per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria; b) le passività siano adeguate al profilo di rischio della banca; c) le passività siano idonee a fronteggiare le eventuali ripercussioni negative sulla stabilità finanziaria che potrebbero derivare dal dissesto della banca anche per effetto del contagio di altri enti.

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

Dal complesso della disciplina introdotta con il decreto 180 /2016 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 c.c.) 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 creditori 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 incapacienza 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 180/2016 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 dissesto²⁸.

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 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

²⁸ Vedi nota 23.

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 analoga²⁹”. 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.

11. *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 180/2015.

Il principio è stabilito dall’art. 52, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 180/2015, 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. 180/2105,

²⁹ Così S. FORTUNATO nella relazione *Misure di risoluzione e liquidazione*, del Seminario FIDT tenuta a Roma il 22 gennaio 2016, *La gestione delle crisi bancarie e l’assicurazione dei depositi nel quadro dell’Unione Bancaria Europea*.

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. 180/2015, 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*³⁰ 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. 130/2015), 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. 180/2015 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 priorità 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

³⁰ Di cui si riferito diffusamente al par. 4.

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.180/2015 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. 180/2015). 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. 180/2015, 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 indebitio 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.180/2015, è nella sostanza il medesimo che regola la rettifica del contratto di cui all'art. 1430 c.c.. 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'indebitio, 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.

12. Salvaguardie e tutela giurisdizionale.

La tutela giurisdizionale contro gli atti relativi alla misure di gestione della crisi spetta, secondo quanto stabilito all'art. 95, d.lgs.180/2015, al giudice amministrativo ed alle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati ai sensi del d.lgs. n. 180/2015, si applicano gli artt. 119, 128, 133, 135 del Codice del processo amministrativo.

L'esigenza di assicurare rapidità, certezza ed effettività alle procedure di risoluzione, viene garantita dalla significativa e sostanzialmente assorbente limitazione delle possibilità di sospensione del provvedimento da parte del giudice amministrativo. Infatti l'art. 95, comma 2, d.lgs.180/2015, stabilisce una generale presunzione di contrarietà all'interesse pubblico della sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministero dell'Economia, che potrebbe

essere vinta (trattandosi almeno astrattamente di una presunzione semplice), solo con una prova contraria la quale in realtà appare assai difficilmente ipotizzabile e dimostrabile, considerato che l'intera procedura di risoluzione assolve e realizza un interesse pubblico alla stabilità ed alla tutela, anche costituzionalmente garantita, del risparmio (art. 47 cost.).³¹

L'attuazione della procedura di risoluzione si articola in atti dell'autorità di risoluzione. Questi a loro volta sono accompagnati da diversi atti di autonomia privata che vengono realizzati con l'intervento attivo di altri operatori, destinatari diretti o indiretti delle misure di cessione di cui all'art. 39, d.lgs.180/2015. Di qui la necessità della previsione di principi che possano assicurare la definitività delle misure adottate nella procedura.

L'esito della procedura dipende infatti dall'affidamento che i terzi potranno avere circa l'incontestabilità e l'incontrovertibilità delle diverse misure di risoluzione adottate. Essa viene assicurata dalla previsione del comma 2 dell'art. 95, d.lgs.180/2015, secondo cui l'eventuale annullamento dei provvedimenti relativi alle misure di gestione della crisi lascia impregiudicati sia gli atti amministrativi adottati, sia i negozi posti in essere dalla Banca d'Italia o dai commissari, sulla base dei provvedimenti annullati.

Questo risultato viene raggiunto con l'attribuzione al giudice amministrativo del compito di accompagnare la decisione sulla legittimità dell'atto impugnato con la valutazione della necessità di tutelare gli interessi dei terzi in buona fede che hanno acquistato azioni, partecipazioni, diritti, attività e passività di un *ente sottoposto a risoluzione* a seguito del ricorso agli strumenti di risoluzione o all'esercizio dei poteri di risoluzione (art. 95 comma 3, d.lgs.180/2015). Quando il giudice ravvisi la necessità di tutelare i predetti interessi, l'annullamento del provvedimento che venisse

³¹ La necessità di contemperare le esigenze della tutela cautelare con l'interesse ad evitare il pregiudizio che inevitabilmente si accompagna alla sospensione dell'efficacia degli atti, dei contratti e dei procedimenti è ormai emersa anche in altri importanti settori dell'ordinamento, quale quello disciplinato dal codice degli appalti che all'art. 204 ha previsto la modificazione dell'art. 120 del codice del processo amministrativo, prevedendo che *nella decisione cautelare il giudice tiene conto...delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione.*

pronunciato lascia impregiudicati gli atti amministrativi adottati e i negozi posti in essere dalla Banca d'Italia o dai commissari speciali sulla base del provvedimento annullato³².

La tutela giurisdizionale avanti al giudice amministrativo viene quindi compenetrata con le esigenze di definitività e incontestabilità della risoluzione. L'annullamento se pronunciato non comporta la rimozione degli atti impugnati ma mantiene una funzione si potrebbe dire figurativa e dà luogo piuttosto ad una tutela per equivalente, vale a dire in forma risarcitoria. L'ammissibilità di quest'ultima dipenderà naturalmente dalla sussistenza dei presupposti richiesti dal diritto comune sotto il profilo della prova del danno, sia nelle sue componenti che nel rapporto di causalità.

Sempre al fine di consentire all'autorità di risoluzione di realizzare e portare a termine gli obiettivi della risoluzione l'ultimo comma dell'art. 95, d.lgs.180/2015, prevede che il giudice su istanza della Banca d'Italia (soggetto terzo che non è parte del processo) disponga la sospensione del giudizio in corso per un periodo che l'autorità di risoluzione stimi congruo al perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 21, d.lgs.180/2015.

Sulla base di questa previsione, su istanza della Banca d'Italia, possono essere raggiunti risultati assimilabili non solo alla moratoria conosciuta nel concordato per i procedimenti esecutivi, ma anche a quelli che si verificano con l'interruzione (in questo caso sospensione) dei giudizi conseguente all'apertura della procedura concorsuale.

Attraverso la cristallizzazione dei rapporti processuali in corso, può venire escluso il rischio che, per effetto della prosecuzione dei giudizi, vengano emessi provvedimenti o anche soltanto maturino giudizi che possano modificare elementi del patrimonio e quindi compromettere sul piano funzionale o dei valori, l'efficienza o l'efficacia delle misure in corso di applicazione nel

³² La salvezza degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura è prevista nel diritto fallimentare in caso di revoca del fallimento (art. 18 comma 15, l. fall). V. anche l'art. 121, comma 2, del codice del processo amministrativo che prevede il mantenimento del contratto stipulato in presenza di violazioni del procedimento (previste al comma 1 dell'art. 121) *qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*, precisando che tra di esse rientrano *quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possano essere rispettati solo dall'esecutore attuale*.

procedimento di risoluzione. La sospensione del giudizio consente all'autorità di risoluzione di disporre del rapporto oggetto del giudizio in corso secondo le modalità ritenute opportune a conseguire gli obiettivi della risoluzione.

Si tratta di una ulteriore manifestazione degli speciali *poteri accessori* attribuiti dall'art. 61, d.lgs. 180/2015, alla Banca d'Italia al fine di rimuovere ogni possibile ostacolo all'utilizzazione delle risorse che provengono dall'*ente sottoposto a risoluzione* per la migliore e più efficiente e rapida costruzione del patrimonio della nuova azienda bancaria. Sulla base di quanto previsto dal citato art. 61 l'autorità di risoluzione può infatti disporre che gli strumenti finanziari, i diritti, le attività e le passività siano acquistati liberi da ogni peso ed onere, può disporre l'estinzione di ogni diritto di opzione in relazione alle azioni ed alle partecipazioni, può disporre la esclusione o la sospensione delle negoziazioni e quotazioni degli strumenti finanziari, può disporre il subentro del cessionario nei diritti ed obblighi dell'*ente sottoposto a risoluzione* con esclusione dei diritti ed obblighi del cedente, e nei rapporti processuali anche in deroga ai generali principi dell'art. 111 cpc sulla successione nel diritto controverso³³.

13. Conclusioni.

Nei paragrafi precedenti sono state rappresentate le principali innovazioni introdotte in Italia con il recepimento delle *BRRD* per la risoluzione delle crisi bancarie.

E' stato illustrato il carattere di assoluta novità rispetto ai tradizionali strumenti conosciuti nel nostro sistema per la gestione della crisi e dell'insolvenza anche con riguardo alla sfera della tutela giurisdizionale.

La prima applicazione anche se riferita a quattro banche italiane di dimensione contenuta, e dunque meno suscettibili di creare effetti sistemici, ha provocato significativi effetti nella percezione dei rischi del sistema bancario da parte dell'opinione pubblica e dei risparmiatori.

³³ L'incidenza della *resolution* sui diritti patrimoniali e sulla loro tutela ha suscitato alcune primi interventi sul tema della compatibilità con le regole e i principi costituzionali: v. G. GUIZZI, *Il bail in nel nuovo sistema delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in "Corriere giuridico", pag. 1485, 2015; L. DI BRINA, *Salvataggi bancari e dubbi costituzionali: il precedente dell'Austria*, in www.firstonline.it; e sulla irreversibilità della nuova disciplina v. G. SANTONI, *op. cit.*.

E' attualmente in corso un intenso dibattito tra autorità europee ed italiane, esponenti della dottrina ed operatori circa i principi cui l'applicazione delle nuove regole deve ispirarsi.

Per alcuni “uno strumento – il *bail in* – pensato per ridurre l'impatto di una crisi non deve creare le premesse per renderne una più facile”.³⁴ Nello stesso tempo si ribadisce che “non ci sono eccezioni al *bail in*, a seconda delle circostanze, le autorità possono decidere di applicarlo su strumenti diversi, ma coprire almeno l'8 % degli attivi”³⁵.

I principi del divieto degli aiuti di stato e dell'assorbimento delle perdite attraverso il *bail in*, che oggi sembrano inconciliabili dovranno necessariamente trovare, anche con il contributo che verrà dalla Corte di Giustizia Europea, una composizione.

Imprescindibile sarà la messa a regime della *Bank Union* nei suoi tre pilastri: il *Single Supervisory Mechanism* (SSM), il *Single Resolution Mechanism* (SRM) ed il *Single Resolution Mechanism* (SRM).

Il *Meccanismo Unico di Supervisione* vede agire in modo sempre più unitario la vigilanza della BCE e delle autorità nazionali. Questa è esercitata dalla BCE sulle banche *significant* (120 gruppi, di cui 13 italiani, che pur rappresentando solo il 3% delle banche attive dell'eurozona, detengono l'85 % degli attivi del sistema) e dalle autorità nazionali sulle altre 3.500 banche *less significant*, nell'ambito di linee guida uniformi stabilite dalla BCE, che all'occorrenza può avocare la supervisione.

Il *Single Resolution Mechanism* (SRM) per la gestione centralizzata delle procedure di risoluzione delle banche in crisi, affidata appunto ad un'unica autorità europea, il *Single Resolution Board* (SRB) che utilizza gli strumenti della *BRRD* per assicurare la gestione unitaria delle crisi ed evitare distorsioni competitive.

Il Fondo di risoluzione, *Single Resolution Fund* costituito mediante conferimenti a carico di tutte le banche dell'euro area con propria e diretta capacità di intervento finanziario che integrerà i sistemi nazionali per la garanzia dei depositi.

³⁴Così I. Visco in un intervento al Workshop sulla stabilità del sistema bancario presso l'Istituto Universitario Europeo il 5 maggio 2016.

³⁵Così la sig.ra M. Vestager Commissario Europeo della concorrenza, in una intervista a “Repubblica” del 28 aprile 2016.

Allo stato l'istituzione di un sistema armonizzato di garanzia di assicurazione dei depositi a livello europeo, anche causa della diversità delle posizioni emerse tra i diversi paesi dell'area euro, è ancora in fase di elaborazione.