

La gestione delle recenti crisi bancarie in Italia: finanziamento degli interventi e nuovo quadro regolamentare europeo

di Olina Capolino

Avvocato Capo della Banca d'Italia - Roma

SOMMARIO: 1. La risoluzione delle quattro banche – 2. Il Meccanismo Unico di Risoluzione – 3. L'alternativa tra risoluzione e l.c.a. – 4. La liquidazione coatta amministrativa e il caso delle banche venete – 5. Strumenti di intervento finanziario anticipato e fondi di risoluzione – 6. Il Fondo nazionale di risoluzione nella crisi delle quattro banche – 7. Il Fondo di risoluzione unico – 8. Il contenzioso sulla misura del contributo – 9. La complessità del sistema – 10. Conclusioni

1. La risoluzione delle quattro banche

La necessità di gestire la crisi di alcune banche italiane si è manifestata quando ormai si era affermata in Europa la volontà di superare il diffuso convincimento dell'esistenza di una garanzia implicita degli Stati sulle passività bancarie, maturato grazie ai numerosi salvataggi pubblici operati in alcuni Paesi europei¹. Si era dunque già diffusa l'idea che le risorse pubbliche dovessero essere impiegate nei salvataggi bancari nella misura minima indispensabile; la Commissione europea, con la sua Comunicazione sul settore bancario del 2013², aveva sancito la necessità di una condivisione degli oneri da parte degli azionisti e obbligazionisti subordinati e aveva affermato una sua nuova interpretazione che assimila gli interventi dei fondi di garanzia dei depositi ad aiuti di Stato³; stava per entrare in vigore la regola, enunciata dalla direttiva 2014/59/UE, della ricapitalizzazione interna obbligatoria (*bail-in*) in misura non inferiore all'8% delle

¹ WORLD BANK, *Bank Resolution and "bail-in" in the EU: Selected Case Studies pre and post BRRD*, 2016. In Spagna ad esempio la crisi è deflagrata prima rispetto all'Italia, per effetto della bolla immobiliare, ed è stata gestita, come in altri Paesi europei, con un amplissimo ricorso alle risorse pubbliche, anche europee (Meccanismo Europeo di Stabilità). Solo la più recente crisi del Banco Popular è stata risolta ai sensi del regolamento SRM senza alcun uso di risorse pubbliche, grazie all'intervento di un'altra banca nazionale che si è fatta carico del necessario aumento di capitale: WORLD BANK, *Bank Resolution*, cit., p. 66 e ss..

² Commissione europea, *Comunicazione* relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria ("Comunicazione sul settore bancario") 2013/C e 2016/01.

³ La Commissione aveva manifestato un diverso orientamento nella *Decisione* 2000/600/CE del 10 novembre 1999, recante *approvazione condizionata dell'aiuto accordato dall'Italia alle banche pubbliche siciliane Banco di Sicilia e Sicilcassa*, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000D0600&from=IT>.

passività totali⁴.

È in questo scenario che si è posto il problema di dare soluzione alla crisi di quattro banche italiane (Banca delle Marche, Carichieti, Cariferrara e Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio), già in amministrazione straordinaria, risolto utilizzando gli strumenti offerti dalla direttiva appena recepita⁵. Si è quindi dato vita al Fondo nazionale di risoluzione previsto dalla direttiva, sono state istituite quattro banche-ponte, cui sono state attribuite le attività delle quattro banche, e una *bad bank* unica, alla quale sono stati trasferiti i crediti *non performing*. Alla istituzione delle quattro banche ponte si è provveduto con decreto legge, data l'urgenza⁶.

Prima dell'intervento del Fondo di risoluzione, per coprire le perdite accumulate dalle quattro banche si è innanzitutto applicato il principio, espressamente indicato dalla direttiva come preconditione per la soluzione delle crisi bancarie⁷, della condivisione degli oneri (*burden sharing*) da parte dei portatori degli strumenti di investimento più esposti al rischio d'impresa: azioni e obbligazioni subordinate. L'applicazione del principio del *burden sharing* ha causato a livello nazionale un ampio dibattito, stimolando una visione critica delle nuove regole, e ha suscitato diffuse reazioni, per rispondere alle quali il legislatore ha previsto la possibilità di indennizzi in favore dei piccoli investitori inconsapevoli del rischio assunto⁸.

La gestione della crisi delle quattro banche è stata sottoposta anche al vaglio del giudice amministrativo che, in primo grado, ha riconosciuto in numerose

⁴ In base all'art. 130 della "Direttiva europea sulla risoluzione delle crisi bancarie" (*Banking Recovery and resolution Directive*, BRRD), lo strumento del *bail-in* avrebbe dovuto applicarsi al più tardi dal 1° gennaio 2016.

⁵ L'Italia ha attuato la direttiva con i decreti legislativi nn. 180 e 181 del 16 novembre 2015; dal gennaio 2016 è anche diventato pienamente operativo il regolamento UE 806/2014 sul Meccanismo Unico di Risoluzione nell'Eurozona, con la creazione di un'apposita agenzia europea, il Comitato Unico di Risoluzione. La crisi è stata gestita con gli strumenti previsti dalla direttiva 2014/59/UE, ma prima che divenisse obbligatorio il ricorso allo strumento del *bail-in* nei confronti di tutti i creditori e nella misura minima dell'8% del totale delle passività.

⁶ D.l. 22 novembre 2015, n.183. Il decreto non è stato poi convertito in legge, ma le relative previsioni sono state trasfuse nei commi 842 e ss. dell'art. 1 della l. 28 dicembre 2015, n.208, legge di stabilità 2016.

⁷ Art. 34 della direttiva 2014/59/UE.

⁸ Cfr. B. INZITARI, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (d.lgs. n.180 del 2015), in *Contratto e impresa*, 2016, 690.

sentenze la legittimità dell'operato dell'autorità di risoluzione⁹. Le sentenze, le prime in cui un giudice nazionale si sia espresso sulla risoluzione delle banche nell'ordinamento italiano, riassumono tutte le principali questioni poste dalla nuova disciplina delle crisi, consentendo di ripercorrere ogni aspetto dell'attività amministrativa compiuta in relazione alla risoluzione delle quattro banche.

Viene vagliata in esse la completezza dell'istruttoria e la correttezza della motivazione dei programmi di risoluzione, che era stata messa in dubbio dai ricorrenti, così come l'esistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione (sussistenza del dissesto, assenza di soluzioni alternative, presenza dell'interesse pubblico richiesto dalla legge). Il TAR ha verificato il rispetto del principio del *no creditor worse off*¹⁰, ha affrontato il tema delle limitazioni alla tutela giudiziaria nella risoluzione e ha ampiamente citato la sentenza *Kotnik* della Corte di giustizia¹¹, riprendendone alcune affermazioni cruciali per la comprensione del nuovo quadro regolamentare europeo.

Il TAR ricorda come la Corte di giustizia abbia affermato che la Comunicazione del 2013 della Commissione europea è priva di natura vincolante per i terzi, e che dunque lo Stato membro può anche non imporre misure di *burden sharing* ai sensi della Comunicazione (ma in tal caso assume il rischio di vedersi opporre una decisione della Commissione che dichiari l'incompatibilità di tali aiuti con il mercato interno); che la mancata contribuzione dei creditori ai salvataggi bancari nelle prime fasi della crisi finanziaria non consente di invocare il principio di tutela del legittimo affidamento; che però le misure di conversione o svalutazione dei titoli subordinati non devono andare oltre quanto necessario per superare la carenza di capitale della banca; che, in ogni caso, gli azionisti sono responsabili

⁹ Con sentenze depositate il 30 dicembre 2016 (nn. 12882, 12884 e 12890/2016) e il 7 gennaio 2017 (nn. 165 e 166), il Tar del Lazio, sez. *Il-quater*, ha respinto i numerosi ricorsi avverso i provvedimenti di risoluzione di Banca delle Marche, Carichieti, Cariferrara e Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, promossi dal Codacons, da azionisti, tra cui alcune Fondazioni di origine bancaria, e da obbligazionisti subordinati delle quattro banche.

¹⁰ Il principio secondo cui gli azionisti e i creditori non possono subire perdite maggiori rispetto a quelle che avrebbero subito in caso di liquidazione è stabilito per il *bail-in* dall'art. 52, comma 2, lett. b), e dall'art. 87, comma 1 (ma cfr. anche il comma 2 per l'ipotesi di cessioni parziali), del d.lgs. n.180/2015.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2016 (C-526/14, *Kotnik*).

delle perdite fino a concorrenza del capitale sociale, sicché il fatto che siano chiamati ad intervenire prima della concessione di un aiuto di Stato non si può considerare una compromissione del diritto di proprietà; che anche i creditori subordinati, in virtù della natura dei titoli posseduti, sono comunque esposti al rischio di impresa, e in ogni caso non subiscono un trattamento peggiore rispetto a quello che subirebbero per effetto del ricorso a una ordinaria procedura concorsuale.

Il TAR ha, conseguentemente, rigettato i dubbi di costituzionalità sollevati su diverse norme della disciplina nazionale della risoluzione. In particolare, il giudice amministrativo ha negato l'esistenza di qualsiasi profilo di contrarietà del d.lgs. 180/2015 agli artt. 42 e 47 della Costituzione, richiamando ancora la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Kotnik*, che *«ha espressamente escluso la lesione del diritto di proprietà e dell'affidamento da parte delle misure che incidono sugli azionisti e sugli obbligazionisti subordinati, in particolare in quanto gli azionisti assumono il rischio dell'investimento e sono responsabili per le passività della banca fino a concorrenza del capitale sociale, e i creditori subordinati sono comunque destinati a subire le perdite della banca dopo gli azionisti»*¹². Le norme del d.lgs. n.180/2015 sugli interventi di salvataggio applicate nella vicenda delle quattro banche in crisi non possono dunque ritenersi in contrasto con l'art. 47, né con l'art. 42 della Costituzione, perché le azioni e le obbligazioni subordinate sono titoli la cui natura e funzione è quella di partecipare alle eventuali perdite della banca e quando ciò avviene non può configurarsi una espropriazione.

Inoltre, il TAR ha confermato l'assenza di soluzioni alternative¹³, sottolineando i rischi dell'eventuale avvio di una procedura di infrazione¹⁴, come avvenuto nel

¹² Tar del Lazio, sez. II-*quater*, 30 dicembre 2016, n.12855.

¹³ Il TAR ha ritenuto confermata, come richiesto dall'art. 17, comma 1, lett. b) del d.lgs. n.180/2015, l'assenza di soluzioni alternative, ragionevolmente prospettabili in tempi adeguati, che avrebbero consentito di superare la situazione di dissesto. In particolare, i ricorrenti ritenevano che vi sarebbe stata la possibilità, non adeguatamente coltivata dalla Banca d'Italia, di risanare le quattro banche mediante l'intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (da configurarsi come intervento alternativo al rimborso dei depositanti in sede di liquidazione).

¹⁴ Cfr. S. MACCARONE, *I sistemi di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di M.P. CHITI e V. SANTORO, Pisa 2016, p. 576 e ss.. Sul punto il

caso Tercas, l'ultimo gestito con gli strumenti tradizionalmente utilizzati in Italia (acquisizione della banca in crisi da parte di un'altra banca, con intervento di sostegno del fondo di garanzia dei depositi, a copertura dello sbilancio di cessione)¹⁵.

Il processo di vendita delle quattro banche-ponte è andato avanti con difficoltà, e si è concluso in tempi molto più lunghi rispetto a quelli (francamente irrealistici) che la Commissione aveva inizialmente imposto¹⁶. Si è partiti da un invito pubblico a manifestare interesse, per passare poi ad una procedura negoziata e infine a trattative bilaterali parallele. La vendita si è conclusa al prezzo simbolico di un euro, previo aumento di capitale prima della cessione, scorporo dei crediti deteriorati e rilascio di garanzie all'acquirente¹⁷. La vendita è stata infine possibile perché la Commissione europea ha deciso in senso positivo, considerato il rispetto di tutte le condizioni dalla stessa previste, circa la compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato dell'intervento del Fondo nazionale di risoluzione

TAR ha rilevato che «nella situazione di urgenza verificatasi per le quattro banche, la Banca d'Italia legittimamente e cautamente ha valutato come non fosse possibile una soluzione alternativa» anche in considerazione dei «rischi dell'avvio di una procedura di infrazione, per come era già stata avviata dalla Commissione nel caso di Tercas, procedura che, tra l'altro, si è poi effettivamente concretizzata con il provvedimento finale della Commissione del 23 dicembre 2015». Per di più, osserva il TAR, «se la Banca d'Italia avesse insistito nel portare avanti l'altro intervento del Fondo di tutela dei depositi [intervento che era già stato approvato dal Consiglio del Fondo nell'ottobre 2015] chiedendo formalmente alla Commissione di autorizzarlo come aiuto di Stato ammesso, avrebbe comunque dovuto incidere sulla posizione degli azionisti e degli obbligazionisti subordinati (...) secondo quanto indicato dalla Commissione nella comunicazione sul settore bancario del 2013» (brani tratti dalla sentenza n.165 del 2017, ma presenti anche nelle altre decisioni cit. alla nota 9).

¹⁵ Sul caso pendono i seguenti ricorsi innanzi al Tribunale dell'Unione europea: T-98/16, *Repubblica italiana c/ Commissione*, in Gazzetta ufficiale UE C 145 del 25 aprile 2016, p.34; T-196/16, *Banca Tercas c/ Commissione*, in Gazzetta ufficiale UE C 222 del 20 giugno 2016, p. 32; T-198/16, *Fondo interbancario di garanzia dei depositi, Banca d'Italia c/ Commissione*, in Gazzetta ufficiale UE C 222 del 20 giugno 2016, p. 33. Sul problema degli aiuti di Stato nell'interpretazione della Commissione, cfr. M. MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, in *L'unione bancaria europea*, cit., p. 291 e ss, nonché R. LENER, *Risoluzione e aiuti di Stato. Alcuni orientamenti della Commissione europea a confronto*, in AGE, n.2/2016, p. 581 e ss.

¹⁶ I tempi previsti per lo svolgimento delle attività dell'ente ponte sono invece ragionevolmente fissati dalla direttiva 2014/59/UE in due anni, prorogabili: MICHELE COSSA, *L'ente-ponte nella BRRD*, in *L'unione bancaria europea*, cit., p. 513. Sullo strumento della *bridge bank* cfr. anche M. RISPOLI FARINA, *La disciplina europea di soluzione delle crisi bancarie. L'attuazione nell'ordinamento italiano. Profili problematici*, in *Regole e mercato*, a cura di M. MANCINI, A. PACIELLO, V. SANTORO, P. VALENSISE, tomo II, Torino 2017, p. 17 e ss..

¹⁷ *Rendiconto* del Fondo Nazionale di Risoluzione per il 2016, p. 8 e ss., in www.bancaditalia.it.

nell'operazione di cessione delle banche-ponte.

2. Il Meccanismo Unico di Risoluzione

La risoluzione delle quattro banche da parte della Banca d'Italia come autorità nazionale di risoluzione resterà un'esperienza unica, perché dal 1° gennaio 2016 è divenuto pienamente operativo il regolamento UE n.806/2014 sul Meccanismo di Risoluzione Unico (MRU)¹⁸.

Con tale "meccanismo" si è inteso realizzare nell'area dell'euro un coordinamento accentrato della gestione delle crisi bancarie, che supera il precedente assetto istituzionale e di ripartizione dei poteri delineato dalla direttiva 2014/59/UE, fondato sulle autorità nazionali di risoluzione designate per ciascuno Stato membro. La costituzione del MRU risponde infatti allo scopo di spezzare il legame tra il rischio delle banche e quello dello Stato di insediamento, che può minare la stabilità finanziaria dell'intera area. E' stato dunque previsto un Fondo di risoluzione unico, alimentato dai contributi di tutte le banche degli Stati partecipanti al Meccanismo unico di risoluzione, e perciò svincolato dai condizionamenti di un finanziamento esclusivamente su base nazionale¹⁹. È stata inoltre costituita un'autorità unica, il Comitato Unico di Risoluzione, agenzia dell'Unione dotata di personalità giuridica²⁰, che svolge in modo accentrato le funzioni di autorità di risoluzione per la gestione delle crisi delle banche di maggiori dimensioni (le banche "significative" ai sensi del regolamento n.1024/2013) e dei gruppi transfrontalieri.

Alle autorità nazionali spettano i compiti in materia di pianificazione e le decisioni sulla risoluzione per le banche e gruppi non significativi, ma il potere di predisporre il piano di risoluzione e avviare l'uso degli strumenti di risoluzione spetterà sempre al Comitato quando sia previsto l'intervento del Fondo unico di risoluzione²¹. Alle autorità nazionali è anche attribuito il compito di dare

¹⁸ Il regolamento (UE) n.806/2014 del 15 luglio 2014 ha istituito il Meccanismo Unico di Risoluzione per i Paesi dell'area dell'euro partecipanti al Meccanismo Unico di Vigilanza.

¹⁹ M. DI PIETROPAOLO, *Meccanismo di risoluzione unico*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016, p. 561.

²⁰ Artt. 42 e 48 del Regolamento. Sul Comitato Unico, M. MACCHIA, *Il Single Resolution Board*, in *L'unione bancaria europea*, cit., p. 321 e ss..

²¹ Art. 11(3) del regolamento n.806; art. 7(3) comma 1, lett. e) e comma 2 del regolamento n.806.

attuazione alle decisioni del Comitato, attraverso tutte le attività necessarie a tal fine²².

L'articolato sistema di autorità e di istituzioni previsto dal regolamento n.806/2014 rende complessa la gestione delle crisi²³: alle autorità nazionali (tra le quali possiamo enumerare la Banca d'Italia, come autorità di vigilanza e come *Resolution Authority*, e il Ministero dell'economia) si affiancano la BCE (competente come autorità di vigilanza per l'autorizzazione all'attività bancaria delle nuove banche create per la soluzione della crisi, e prima ancora per l'accertamento di uno dei presupposti di utilizzazione della nuova normativa²⁴), il Comitato unico di risoluzione, la Commissione europea (ed eventualmente anche il Consiglio), alla cui approvazione è sottoposta l'adozione dei programmi di risoluzione²⁵. La Commissione entra in gioco anche sotto il profilo della verifica della compatibilità con il mercato interno di tutti gli interventi del Fondo di Risoluzione²⁶ e in tutti gli altri casi in cui sia richiesto il rispetto della normativa sugli aiuti di Stato: così per il ricorso agli strumenti pubblici di stabilizzazione finanziaria, quando le misure di risoluzione prevedano il ricorso ai fondi nazionali

²² Art. 29(1) 2 del regolamento n.806/2014.

²³ Cfr. N.MOLONEY, *European Banking Union: assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Review*, 2014, 1644; G.S. ZAVVOS, S. KALTSOUNI, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing*, in *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, a cura di Haentjens e Wessels, Cheltenham, 2015, p. 121.

²⁴ La BCE verifica infatti, ai sensi dell'art. 18 del regolamento n.806/2014, se la banca è in dissesto o a rischio di dissesto.

²⁵ Art. 18, par. 7 del regolamento n.806/2014. Quando il programma di risoluzione è adottato dal Comitato Unico, esso acquista efficacia soltanto se la Commissione lo approva (potendosi opporre in base a una valutazione degli aspetti discrezionali del programma, il che le lascia un ampio margine di apprezzamento), o se comunque la Commissione stessa e il Consiglio non sollevano obiezioni entro ventiquattro ore. L'iter procedimentale tracciato dal regolamento prevede infatti che il Comitato è tenuto a trasmettere il programma di risoluzione adottato alla Commissione, la quale può approvarlo o muovere obiezioni; se intende obiettare sulla presenza dell'interesse pubblico o sull'entità del coinvolgimento del Fondo di risoluzione, la Commissione deve coinvolgere il Consiglio, il quale ha a sua volta il potere di approvare il programma di risoluzione elaborato dal Comitato. Il Comitato deve tener conto delle obiezioni formulate dalle due istituzioni, modificando conseguentemente il programma di risoluzione. Ad accrescere la complessità del sistema, il Consiglio e la Commissione, nello svolgimento dei loro compiti attinenti alla risoluzione, sono soggetti alle norme tecniche elaborate dall'EBA e adottate dalla Commissione e sono anche tenuti a fare ogni sforzo per rispettare le raccomandazioni (*soft law*) dell'EBA stessa (art. 5 del regolamento SRM): cfr. N. MOLONEY, *European Banking Union*, cit., p. 1644.

²⁶ Art. 19 del regolamento n.806/2014.

di risoluzione, nella procedura di vendita degli enti-ponte.

La cessione di sovranità è evidente in questa disciplina. La stessa elaborazione delle regole di diritto nazionale è oggetto di trattativa con la Commissione, che poi interviene con richieste e prescrizioni puntuali nella fase applicativa di quelle regole. L'intervento dello Stato nelle crisi bancarie resta sempre possibile, ma entro i severi limiti prescritti e vagliati dalla Commissione. Occorrerebbe però coordinare efficacemente queste competenze con quelli delle autorità preposte alla tutela della stabilità finanziaria e con l'interesse pubblico, pure valorizzato dalla disciplina sulla risoluzione, a salvaguardare le funzioni essenziali della banca in crisi evitando la distruzione di valore: non è un problema nuovo, ma è diventato più pressante nello scenario complessivo disegnato dalle nuove regole e prassi.

Il quadro istituzionale è, in definitiva, ancor più complesso di quello che caratterizza il Meccanismo di Vigilanza Unico²⁷, perché alle valutazioni tecniche si aggiungono istanze politiche, necessariamente presenti, essendo in gioco la stabilità finanziaria dell'Eurozona e l'impiego di risorse pubbliche.

3. L'alternativa tra risoluzione e l.c.a.

Con il recepimento della direttiva 2014/59/UE, la procedura di risoluzione è stata introdotta nell'ordinamento italiano come modalità di gestione delle crisi alternativa rispetto alla procedura di insolvenza ordinaria prevista dalla legge nazionale²⁸, che è in Italia la liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal testo unico bancario. Il testo unico è stato adeguato in tal senso: l'art. 80 prevede ora che la l.c.a. possa essere disposta se ricorrono i medesimi presupposti che possono dare avvio alla risoluzione (la banca deve cioè essere in dissesto o a rischio di dissesto, intendendosi per tale anche la presenza di irregolarità che giustificherebbero la revoca dell'autorizzazione all'attività, e non deve prevedersi di poter risolvere la crisi con i mezzi ordinari della vigilanza, incluse le misure di

²⁷ Sia consentito rinviare a O. CAPOLINO, *Risanamento e risoluzione delle banche: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, in *Regole e mercato*, a cura di M. MANCINI, A. PACIELLO, V. SANTORO, P. VALENSISE, tomo I, Torino 2016, p. 648 e ss..

²⁸ Art. 20 del d.lgs. n.180/2015.

intervento precoce), ma non quello dell'interesse pubblico, come definito dalla disciplina europea²⁹, che giustifica il ricorso alla sola risoluzione.

Salvo che per l'esistenza del presupposto dell'interesse pubblico, come definito dalla direttiva, le due procedure sembrano poste sullo stesso piano³⁰, ma la scelta di applicare l'una o l'altra non è priva di conseguenze, considerando che determina un radicale cambiamento del quadro delle autorità competenti, dei poteri e degli strumenti applicabili. La risoluzione è indubbiamente più efficace rispetto alla procedura nazionale, perché conferisce all'autorità pubblica strumenti di intervento notevoli (si pensi ad esempio alla possibilità di disporre il trasferimento coattivo di azioni), che non sono presenti nell'attuale disciplina nazionale della l.c.a..

Il punto nodale nella scelta tra le due procedure è, come accennato, l'esistenza di un interesse pubblico qualificato: la risoluzione va avviata se è necessaria per conseguire gli obiettivi della continuità delle funzioni essenziali dell'intermediario, della stabilità finanziaria e del contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche, e se si è verificato che la procedura concorsuale ordinaria non è suscettibile di realizzare questi obiettivi nella medesima misura; altrimenti, in presenza di tutti gli altri presupposti, che sono comuni alle due procedure, deve disporsi la l.c.a.³¹.

La verifica del presupposto dell'interesse pubblico deve precedere la scelta degli strumenti di risoluzione, che è possibile solo una volta accertata la presenza del primo³². Competente ad effettuare detta verifica è il Comitato Unico in sessione esecutiva³³, sia quando sono interessate banche e gruppi bancari rientranti nella sua competenza, sia in ogni caso in cui sia previsto l'intervento del Fondo Unico di Risoluzione. Diviene dunque cruciale l'interpretazione seguita dal

²⁹ Art. 18 regolamento n.806/2014, paragrafi 1 e 5, in relazione agli obiettivi stabiliti dall'art. 14; art. 20, comma 2, d.lgs. n.180/2015.

³⁰ Cfr. anche l'art. 12, comma 2, del d.lgs. n.180/2015.

³¹ Cfr. anche l'art. 20, comma 1, lett. b) del d.lgs. n.180/2015 sulla individuazione della procedura di crisi.

³² Cfr. l'art. 18, par. 1 e 8, del regolamento n.806/2014.

³³ Valutazione comunque sottoposta all'approvazione della Commissione europea e del Consiglio: art. 18, paragrafi 7 e 8 del regolamento n.806/2014.

Comitato, che di fatto può, affermando o negando la presenza dell'interesse pubblico, restringere o ampliare notevolmente il ricorso alla procedura nazionale di insolvenza: ad esempio, l'obiettivo di preservare la stabilità finanziaria si declina diversamente se si prende in considerazione come area di riferimento l'intera area dell'euro oppure il mercato locale in cui opera la banca in crisi.

Se dovesse affermarsi un'interpretazione restrittiva, i casi in cui la l.c.a. rimane l'unica strada di soluzione della crisi si moltiplicherebbero, e con essi il rischio di distruzione di valore, perché la liquidazione sarebbe, con ogni probabilità, di tipo "atomistico", senza la possibilità di salvaguardare il valore dell'azienda nel suo complesso.

Va infatti considerato che in caso di liquidazione coattiva non è possibile utilizzare le risorse del Fondo di risoluzione; al tempo stesso, in base alle interpretazioni della Commissione europea, risulta più difficile ricorrere all'intervento dei fondi di garanzia obbligatori per favorire, nell'ambito della liquidazione, la cessione di attività e passività ad altra banca attraverso il finanziamento dello sbilancio di cessione, soluzione che potrebbe garantire invece la continuità aziendale.

Sarebbe importante, sotto questo profilo, un chiarimento nella normativa europea, soprattutto considerato che gli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi attraverso "misure alternative" sono previsti dalla stessa direttiva 2014/49/UE³⁴, in relazione alla necessità di evitare i costi e gli effetti negativi inevitabilmente connessi al *default* di una banca³⁵. L'art. 11 della direttiva

³⁴ L'art. 11 della direttiva 2014/49/UE prevede la possibilità di interventi dei fondi per "misure alternative" rispetto al rimborso dei depositanti, pur rimanendo quest'ultimo la principale funzione dei DGS, salvo quando sia possibile disporre misure di intervento precoce ai sensi dell'art. 27 della direttiva 2014/59/UE.

³⁵ Cfr. i *Considerando* 3 e 16 della direttiva 2014/49/UE. In particolare, il *Considerando* n.3 prevede che "Alla luce dei costi economici complessivi del fallimento di un ente creditizio e degli effetti negativi sulla stabilità finanziaria e sulla fiducia dei depositanti, è auspicabile prevedere non solo la funzione di rimborso dei depositanti, ma anche la sufficiente flessibilità affinché gli Stati membri possano consentire agli SGD di attuare misure volte a ridurre la probabilità di future richieste di rimborso nei confronti di detti sistemi. Tali misure dovrebbero sempre rispettare le norme sugli aiuti di Stato"; ai sensi del *Considerando* n.16, "Un SGD, ove consentito dal diritto nazionale, dovrebbe poter anche andare oltre la mera funzione di rimborso e utilizzare i mezzi finanziari disponibili per evitare il fallimento di un ente creditizio, onde evitare i costi di un rimborso dei depositanti e altri effetti negativi. Tali misure dovrebbero tuttavia essere realizzate

stabilisce, perché si possa dar corso agli interventi alternativi (che possono assumere la forma di concessione di finanziamenti, di prestazione di garanzie, di acquisto di partecipazioni o consistere in altri interventi appropriati), una serie di condizioni, tra cui l'assenza di tutti i presupposti per l'avvio di azioni di risoluzione e il rispetto del principio del *minor onere* (i costi sopportati non debbono essere superiori a quelli che si sopporterebbero in caso di rimborso dei depositanti), già noto alla disciplina dei fondi di garanzia italiani³⁶. Secondo la direttiva, inoltre, gli interventi alternativi debbono rispettare le norme sugli aiuti di Stato; la Commissione europea, con la Comunicazione sul settore bancario, peraltro anteriore alla direttiva 2014/49/UE, afferma che il ricorso agli interventi alternativi può costituire aiuto di Stato se il fondo di garanzia dei depositi è soggetto al controllo dello Stato e se la decisione sull'uso delle risorse del fondo è imputabile allo Stato stesso³⁷.

La Commissione ha peraltro ritenuto, nel già richiamato caso *Tercas*, che anche la sola vigilanza sui fondi, unitamente alla obbligatorietà dei contributi, implichi *tout court* l'imputabilità allo Stato degli interventi, e ciò anche quando, come in Italia, le risorse utilizzate non provengano da soggetti pubblici, quanto piuttosto da consorzi privati di banche, che deliberano in autonomia gli interventi tenendo fede al principio del *minor onere* (e dunque sulla base di una valutazione di interessi tipicamente privatistici), e il controllo dell'autorità è chiaramente riferito ai soli profili di vigilanza. L'interpretazione seguita dalla Commissione limita fortemente le possibilità di intervento dei fondi di tutela dei depositi così come tradizionalmente strutturati, anzi in via di fatto le azzerava.

nell'ambito di un quadro chiaramente definito e dovrebbero in ogni caso rispettare le norme sugli aiuti di Stato. Tra l'altro, gli SGD dovrebbero essere dotati di sistemi e procedure appropriati per la scelta e l'esecuzione di tali misure, nonché il monitoraggio dei rischi affiliati. L'esecuzione di dette misure dovrebbe essere soggetta all'imposizione di condizioni all'ente creditizio comprendenti almeno una vigilanza più rigorosa del rischio e più ampi diritti di controllo per gli SGD. I costi delle misure adottate per evitare il fallimento di un ente creditizio non dovrebbero superare i costi di adempimento dei mandati statuari o contrattuali del rispettivo SGD per quanto riguarda la protezione dei depositi coperti presso l'ente creditizio o l'ente stesso."

³⁶ Il principio era già presente negli Statuti dei fondi di garanzia dei depositi: cfr. ora, per il recepimento legislativo di questo principio, il d.lgs. 15 febbraio 2016, n.30, art. 1, che modifica l'art. 96-bis del t.u.b..

³⁷ Cfr. il paragrafo 63 della *Comunicazione sul settore bancario* del 2013.

E' interessante notare che anche il Parlamento europeo, nella Relazione annuale 2016 sull'Unione Bancaria³⁸, ha espresso il parere che occorra sfruttare adeguatamente la flessibilità insita nella disciplina dei sistemi di garanzia dei depositi, soprattutto con riguardo alle misure preventive e alternative che coinvolgono l'uso dei fondi di garanzia, come previsto dall'art. 11 della direttiva 2014/49/UE, e ha esortato la Commissione "a riconsiderare la propria interpretazione delle pertinenti norme sugli aiuti di Stato al fine di garantire che le misure preventive e alternative previste dal legislatore europeo nella direttiva SGD possano essere effettivamente applicate".

4. La liquidazione coatta amministrativa e il caso delle banche venete

È nel quadro sopra descritto che è stato affrontato il caso delle banche venete. Ricordiamo brevemente che, dopo l'accertamento da parte della BCE che ricorreva la prima tra le condizioni previste per la risoluzione, in quanto Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza dovevano considerarsi in dissesto o a rischio di dissesto, il Comitato Unico di Risoluzione non ha ritenuto configurato l'interesse pubblico alla risoluzione³⁹, e le due banche sono state poste quindi in liquidazione coatta amministrativa.

Secondo il Comitato Unico, la risoluzione non era necessaria, tra l'altro, perché la crisi delle due banche non avrebbe avuto impatti significativi sulla stabilità finanziaria in Italia, se non nella zona di maggiore insediamento (il Veneto); non si sarebbero inoltre determinati effetti negativi per le funzioni critiche, essendo le due banche relativamente poco interconnesse con altre entità finanziarie, e l'ordinaria procedura di liquidazione avrebbe potuto raggiungere ugualmente gli obiettivi della risoluzione. Considerato dunque l'esito del "public interest test", la liquidazione secondo l'ordinaria procedura nazionale rimaneva l'unica opzione praticabile.

La liquidazione coattiva delle due banche è stata disciplinata con un decreto

³⁸ Parlamento europeo, *Relazione sull'Unione bancaria* – relazione annuale 2016 (2016/2247(INI)), paragrafo 39.

³⁹ Comitato Unico di Risoluzione, decisioni n.SRB/EES/2017/11 e n.SRB/EES/2017/12.

legge⁴⁰, le cui previsioni si aggiungono e talvolta si sostituiscono a quelle del testo unico bancario. Un intervento legislativo era necessario per consentire il ricorso agli aiuti di Stato, misura che, come vedremo, ha avuto un ruolo cruciale nel garantire l'esito della procedura, ma nella stessa occasione sono state anche introdotte deroghe alla disciplina ordinaria della l.c.a. bancaria (relative, tra l'altro, alle formalità per l'autorizzazione alla cessione di attività e all'efficacia della cessione nei confronti dei debitori ceduti) ed è stato previsto un meccanismo di ristoro per i creditori subordinati ingiustamente colpiti dal *burden sharing*.

Le attività delle due banche venete sono state cedute a un'altra banca (Intesa San paolo), il che ha consentito di preservare l'attività bancaria, evitando l'ulteriore distruzione di valore che sarebbe conseguita a una liquidazione atomistica dei beni.

Questa soluzione è stata resa possibile dal sostegno pubblico, in assenza del quale nessun soggetto privato sarebbe stato disponibile a rilevare le attività delle due banche in crisi.

La Commissione europea ammette la possibilità di ricorrere all'aiuto pubblico nel caso di liquidazione di una banca. Nel quadro della previsione dell'art. 107(3)(b) del TFUE, che consente gli aiuti di Stato quando siano volti a rimediare ad un grave perturbamento dell'economia, la Commissione ritiene che un intervento pubblico sia possibile, nel caso di liquidazione di una banca in crisi⁴¹, sia in favore dell'azienda da cedere sia in favore dell'acquirente, ma in entrambi i casi la compatibilità con il mercato interno è riconosciuta solo a condizione che gli azionisti, i portatori di strumenti ibridi e i crediti subordinati abbiano previamente contribuito a coprire le perdite (*burden sharing*); l'acquirente dovrebbe inoltre essere scelto attraverso una procedura di offerta aperta e trasparente⁴². La realizzazione di tutte le condizioni richieste dalla Commissione

⁴⁰ D.l. 25 giugno 2017, n.99, convertito con legge 31 luglio 2017, n.121, *Disposizioni urgenti per assicurare la parità di trattamento dei creditori nel contesto di una ricapitalizzazione precauzionale nel settore creditizio nonché per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.*

⁴¹ Commissione europea, *Comunicazione sul settore bancario*, cit., paragrafi 65-88.

⁴² Cfr. la *Comunicazione sul settore bancario* del 2013, cit., par. 84; par. 79 e ss..

ha reso possibile la concessione di aiuti pubblici⁴³ e, con essi, la soluzione della crisi delle due banche venete con gli strumenti offerti dall'ordinamento nazionale. L'orientamento seguito nel caso delle banche venete dal Comitato Unico nella valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico all'uso degli strumenti previsti dal regolamento n.806/2014 rende prevedibile che, in futuro, solo alle banche più grandi e interconnesse verrà applicata la procedura di risoluzione. È dunque importante concentrare l'attenzione sulla procedura nazionale di liquidazione coatta amministrativa, che nel nuovo quadro normativo sulla soluzione delle crisi bancarie sembra destinata a svolgere un ruolo non residuale.

La crisi di una banca richiede interventi tempestivi ed efficaci, per rispondere a esigenze di tutela urgente non solo nei confronti dei creditori della banca, ma anche dei debitori, che vedono azzerarsi le possibilità di ricevere credito, così come dei dipendenti e delle loro famiglie. Se, come sembrerebbe, la risoluzione sarà riservata alle banche di maggiori dimensioni, non per questo le altre banche in crisi dovranno necessariamente essere liquidate con conseguenze negative per l'economia locale.

Si pone dunque il problema di rendere più efficaci gli strumenti ordinari di gestione delle crisi, rafforzando la disciplina in tema di liquidazione coatta prevista dal testo unico bancario. Al di là degli interventi normativi che saranno necessari per adeguare le leggi di settore alla riforma della legge fallimentare⁴⁴, va valutato se alcuni tra gli incisivi poteri che sono riconosciuti all'autorità competente per la risoluzione possano essere previsti anche in caso di ricorso alla l.c.a.. Ad esempio, l'esercizio provvisorio dell'attività bancaria dopo l'avvio della liquidazione, già previsto dall'art. 90 del testo unico bancario, potrebbe

⁴³ L'intervento pubblico si è concretizzato in un supporto finanziario al cessionario a fronte del fabbisogno di capitale generato dall'operazione di cessione e delle misure di ristrutturazione aziendale necessarie per rispettare la disciplina europea sugli aiuti di Stato, nonché nella concessione della garanzia dello Stato per l'adempimento degli obblighi gravanti sulle banche in liquidazione: cfr. l'art. 4 del d.l. 25 giugno 2017, n.99.

⁴⁴ Con la legge 19 ottobre 2017, n.155, recante *Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, è prevista l'attuazione della riforma proposta dalla Commissione Rordorf che prevede, nella disciplina generale, un drastico ridimensionamento del ricorso alla liquidazione coatta amministrativa (cfr. l'art. 15 della legge delega). Ma nelle leggi di settore (testo unico bancario e testo unico della finanza) sono previsti numerosi rinvii alla disciplina generale, che dovranno essere adeguati per tener conto della riforma.

essere favorito, per consentire la ricerca di soluzioni idonee, e meglio disciplinato, sia per evitare trattamenti preferenziali, sia per coordinare la previsione con la disciplina europea che impone la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria quando sussistono i presupposti per la liquidazione⁴⁵. Anche la disciplina delle cessioni di attività e passività nell'ambito della l.c.a. potrebbe essere rivista per renderne più agevole l'applicazione, in uno scenario in cui il mercato degli sportelli bancari non è più appetibile, e non risulta più possibile l'intervento dei fondi di garanzia per la copertura dello sbilancio di cessione.

Sembra tuttavia che, prescindendo dai possibili adeguamenti normativi tesi a renderne più efficace la disciplina, il problema principale che la procedura di liquidazione nazionale presenta sia quello delle fonti di finanziamento degli interventi volti a risolvere la crisi, in assenza di strumenti quali il *bail-in* obbligatorio e della possibilità di avvalersi del Fondo di risoluzione.

5. Strumenti di intervento finanziario anticipato e fondi di risoluzione

Il problema del finanziamento degli interventi finalizzati alla soluzione della crisi si pone, del resto, anche in una fase in cui mancano ancora i presupposti per la risoluzione, perché la banca non può ancora dirsi in dissesto o a rischio di dissesto.

La disciplina europea ha affrontato ampiamente il problema del reperimento delle risorse necessarie per risolvere situazioni di difficoltà non ancora sfociate in crisi conclamata. Bisogna innanzitutto ricordare la riduzione o conversione delle azioni e degli strumenti finanziari subordinati (*write down*) di cui all'art. 59 della direttiva 2014/59/UE, che ha lo scopo di ricapitalizzare la banca e che si differenzia dal *bail-in* previsto come strumento della risoluzione, perché quest'ultimo coinvolge potenzialmente tutti i creditori, ivi compresi i depositanti, per gli importi superiori ai centomila euro.

È poi prevista la possibilità di un intervento di sostegno da parte dello Stato, che può prendere le forme di una garanzia su strumenti finanziari emessi dalla

⁴⁵ Gli artt. 18 e 67 della direttiva 2013/36/UE (CRDIV) prevedono in tal caso la revoca dell'autorizzazione, di competenza della BCE ai sensi del Regolamento 1024/2013.

banca in difficoltà o della partecipazione alla ricapitalizzazione della banca stessa. L'intervento può essere disposto a condizione che non serva a coprire perdite, e dunque deve essere volto a realizzare un rafforzamento patrimoniale in via precauzionale; al tempo stesso, ai sensi dell'art. 107(3)(b) del TFUE, deve essere destinato a porre rimedio ad un grave perturbamento dell'economia⁴⁶.

L'aiuto finanziario pubblico, straordinario e di carattere transitorio, può essere disposto nei confronti di banche che non siano in dissesto o a rischio di dissesto, che abbiano tentato senza successo una ricapitalizzazione rivolgendosi al mercato, e con il rispetto delle condizioni previste dalla Commissione europea per gli aiuti di Stato (*burden sharing*). La misura, disciplinata in Italia con il d.lgs. 23 dicembre 2016, n.237, è stata applicata per il Monte dei Paschi di Siena, che è ora, per effetto della ricapitalizzazione operata dal Ministero dell'economia e delle finanze, una banca a prevalente partecipazione pubblica.

Ai vincoli creati dalla normativa europea al finanziamento degli interventi per la soluzione di crisi ritenute anche di carattere transitorio ha cercato di supplire in Italia da una parte il Fondo interbancario di tutela dei depositi, con la creazione di un "schema volontario", statutariamente previsto, che supera il teorema della Commissione europea per cui dalla obbligatorietà dei contributi (peraltro richiesta solo ai fini di rimborso dei depositanti) deriverebbe la natura pubblica degli interventi; dall'altra il fondo Atlante, creato dalle banche ma con la partecipazione anche della Cassa Depositi e Prestiti⁴⁷, il quale nella fase di chiusura della vendita delle quattro banche poste in risoluzione ha acquisito i crediti deteriorati, e che nel caso delle banche venete ha agito quale "*shareholder of last resort*"⁴⁸, subendo conseguentemente gli effetti della successiva liquidazione coatta delle due banche.

⁴⁶ A questa previsione è stata data attuazione in Italia con il decreto legge 23 dicembre 2016, n.237 (che fa espresso riferimento, nelle premesse, alla Banca MPS), convertito con legge 17 febbraio 2017, n.15.

⁴⁷ Sulle più recenti modalità di intervento della Cassa Depositi e Prestiti cfr. A. DONATO, *Il ruolo di holding di Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in AGE 2015, 367 e ss..

⁴⁸ WORLD BANK, *Bank Resolution and "bail-in" in the EU: Selected Case Studies pre and post BRRD*, cit., p. 43.

Quanto agli interventi di sostegno realizzabili quando la crisi della banca è ormai conclamata, va ricordato innanzitutto che la direttiva 2014/59/UE e la disciplina sugli aiuti di Stato stabiliscono un ordine preciso per il ricorso alle possibili fonti di finanziamento, e che si tratta di un ordine non modificabile⁴⁹. Le forme di finanziamento che possono realizzare l'obiettivo della risoluzione di preservare la continuità delle funzioni essenziali della banca sono, in primo luogo e nella misura più ampia possibile, le risorse private: quelle degli azionisti e dei creditori, obbligati al *bail-in*, così come quelle degli acquirenti delle attività della banca, che debbono essere scelti attraverso procedure aperte e di mercato. In secondo luogo, si può ricorrere al Fondo di risoluzione e solo in ultima istanza possono essere utilizzate risorse pubbliche.

Ma va considerato che il *bail-in*, il salvataggio dall'interno previsto proprio per evitare il ricorso alle risorse pubbliche, può non essere sufficiente a sostenere finanziariamente le misure previste dalla disciplina europea (la vendita dell'attività d'impresa, la costituzione di un ente-ponte al quale trasferire l'attività, la separazione delle attività), perché certamente l'azzeramento delle pretese degli azionisti e di talune categorie di creditori può servire a coprire (totalmente o parzialmente) le perdite, ma non in ogni caso non è in grado di soddisfare l'esigenza di offrire nuove risorse liquide alla banca in crisi.

Per questo motivo la direttiva 2014/59/UE, nell'introdurre un regime armonizzato per la gestione delle crisi bancarie, ha previsto anche l'istituzione di fondi per il finanziamento dei piani di risoluzione⁵⁰: ciascuno Stato membro è tenuto a istituire un meccanismo di finanziamento, che l'autorità di risoluzione nazionale può attivare per finanziare le misure di risoluzione. Al fine di assicurare che tutti i fondi nazionali siano dotati delle risorse sufficienti a garantirne il corretto funzionamento, la direttiva stabilisce che entro il 2024 ciascun fondo debba possedere risorse pari all'1% dei depositi protetti, e che, per raggiungere tale livello debba raccogliere contributi dalle banche autorizzate nel proprio

⁴⁹ C. BRESCIA MORRA, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs. contribuenti*, in AGE 2016, p. 295.

⁵⁰ L'art. 100, par. 3, della direttiva stabilisce che tali meccanismi di finanziamento debbono essere dotati di mezzi finanziari adeguati.

territorio. L'art. 104 della direttiva prevede ancora che, qualora gli importi raccolti con i contributi ordinari non siano sufficienti a fronteggiare gli interventi di risoluzione, possano essere raccolti contributi straordinari *ex post*, che non possono superare il triplo del contributo ordinario annuale. I fondi, se necessario, possono anche contrarre prestiti e ricevere altre forme di sostegno.

La Commissione europea ha integrato la direttiva con il regolamento delegato (UE) 2015/63, dettando la disciplina di attuazione sulla determinazione dei contributi ordinari ai fondi di risoluzione. Il regolamento specifica le modalità di determinazione del contributo tenendo conto del profilo di rischio di ciascuna banca.

6. Il Fondo nazionale di risoluzione nella crisi delle quattro banche

In Italia, il Fondo nazionale di risoluzione è stato istituito dalla Banca d'Italia⁵¹ e ha natura di patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della Banca d'Italia stessa e da ogni altro patrimonio dalla stessa gestito, nonché da quello di ciascuna banca che ha fornito le risorse per alimentarlo. Il Fondo è gestito dalla Banca d'Italia, la quale esercita tutti i poteri e diritti connessi con le partecipazioni che il Fondo stesso si trovi a detenere per effetto dell'attuazione delle misure di risoluzione (ad esempio come azionista delle banche-ponte).

Come è tipicamente previsto per i patrimoni separati, su di esso non sono ammesse azioni dei creditori dell'ente che lo gestisce né dei soggetti che hanno versato le risorse raccolte nello stesso Fondo⁵². Il Fondo è alimentato dai contributi delle banche, secondo le previsioni della direttiva attuate in Italia con gli artt. 81 e ss. del d.lgs. n.180/2015.

In relazione alla crisi delle quattro banche poste in risoluzione, il decreto legge n.183 del 2015 ha introdotto la possibilità di imporre contributi ulteriori e addizionali, non previsti dalla direttiva e dalle norme generali di recepimento, nella misura determinata dalla Banca d'Italia, comunque entro il limite complessivo,

⁵¹ L'istituzione del Fondo, prevista dall'art. 78 del d.lgs. n.180/2015 di recepimento della direttiva, è stata disposta con provvedimento della Banca d'Italia n.1226609 del 18 novembre 2015, reperibile sul sito www.bancaditalia.it.

⁵² La previsione è contenuta nell'art. 78, comma 2, del d.lgs. n.180/2015.

inclusivo delle contribuzioni versate al Fondo di Risoluzione Unico, previsto dagli artt. 70 e 71 del regolamento n.806/2014 (quindi fino ad un massimo di tre contributi annuali)⁵³; per l'anno 2016, il limite del contributo straordinario è stato incrementato di ulteriori due volte.

Da ultimo, il d.l. 23 dicembre 2016, n.237, come convertito con la legge 17 febbraio 2017, n.15, all'art. 25 ha previsto che la Banca d'Italia possa richiamare i contributi entro i due anni successivi a quello di riferimento delle contribuzioni addizionali⁵⁴ e che gli effettivi versamenti di dette contribuzioni possano essere ripartiti in un arco temporale più ampio, fino a un massimo di cinque anni: ha consentito dunque alle banche obbligate di distribuire l'onere nel tempo, per evitare squilibri patrimoniali paradossalmente causati dalla stessa contribuzione al Fondo.

Il problema è infatti evitare che una disciplina che si propone di risolvere le crisi bancarie potenzialmente foriere di rischi sistemici paradossalmente si trasformi essa stessa in una causa di instabilità finanziaria, per singole banche o per l'intero sistema. Va comunque rilevato che, proprio dall'art. 25 ora citato, oltre che dagli artt. 83 e 84 del d.lgs. n.180/2015, è possibile desumere che il Fondo ben può trovarsi in deficit, e che non esiste alcun obbligo di ripianare immediatamente le perdite subite a causa degli interventi effettuati.

I programmi di risoluzione delle quattro banche hanno previsto come elemento essenziale l'intervento del Fondo di risoluzione. Per l'adempimento dei compiti del Fondo, in attesa della raccolta dei contributi è stato stipulato un finanziamento a prezzi di mercato con un pool di banche, con garanzia della Cassa Depositi e Prestiti⁵⁵. In relazione all'entità delle concrete esigenze di finanziamento, la Banca d'Italia si è avvalsa anche della possibilità, prevista dalla direttiva, di chiedere alle banche un contributo straordinario in misura pari al triplo del contributo ordinario per l'anno 2015.

L'intervento del Fondo di risoluzione è stato decisivo sia per l'avvio della

⁵³ Cfr. ora l'art. 1, commi 848 e ss. della legge 28 dicembre 2015 n.208, legge di stabilità 2016.

⁵⁴ Quindi la Banca d'Italia è stata autorizzata a chiedere contributi addizionali per gli oneri del 2015 anche per il 2017, superando il limite del 2016 previsto in origine.

⁵⁵ Cfr. il *Rendiconto* del Fondo di risoluzione per l'anno 2015.

risoluzione delle quattro banche, sia per la conclusione delle relative procedure. Il patrimonio del Fondo è stato utilizzato nella fase di avvio per la sottoscrizione del capitale iniziale delle banche-ponte e della società veicolo creata per la gestione dei crediti *non performing*, e successivamente, nella fase di chiusura delle procedure, per un rafforzamento patrimoniale delle banche ponte prima della cessione, per la copertura dello sbilancio di cessione, per fornire garanzie agli acquirenti a fronte di rischi specifici, nonché in relazione al credito vantato dagli enti-ponte verso la società veicolo.

7. Il Fondo di risoluzione unico

Anche il regolamento sul Meccanismo Unico di Risoluzione prevede, come la direttiva, la creazione di un Fondo di risoluzione che possa assicurare l'effettivo funzionamento degli strumenti di risoluzione, e ciò sempre allo scopo di evitare per quanto possibile il ricorso alle risorse pubbliche, quando il *bail-in* non sia sufficiente a garantire il superamento della crisi.

Con l'avvio del Meccanismo Unico di Risoluzione, è stato dunque istituito il Fondo unico di risoluzione, di proprietà del Comitato Unico di Risoluzione⁵⁶, che lo gestisce. Il Comitato può utilizzare il Fondo nell'ambito del programma di risoluzione per le necessità finanziarie legate all'applicazione degli strumenti di risoluzione, e quindi ad esempio per il rilascio di garanzie e prestiti, per l'acquisto di beni, per il versamento di contributi all'ente-ponte o alla società veicolo. Il Fondo non può invece essere utilizzato direttamente per assorbire le perdite della banca in risoluzione o per ricapitalizzarla. Non può neanche essere utilizzato per garantire i depositanti, compito che spetta invece ai sistemi di garanzia disciplinati dalla direttiva 2014/49/UE.

Il Fondo è alimentato da contributi *ex ante* delle banche⁵⁷; qualora le risorse non siano sufficienti, possono essere richiesti contributi straordinari *ex post*. Ove le risorse del Fondo risultino ancora insufficienti, è anche prevista la possibilità di

⁵⁶ Art. 67(3) del regolamento n.806/2014.

⁵⁷ L'art. 70 del regolamento SRM precisa che i contributi sono dovuti su base annua, calcolati in percentuale dell'ammontare delle passività di ciascuna banca, esclusi i fondi propri e i depositi protetti, in relazione alle passività aggregate di tutte le banche autorizzate nello Stato.

ricorrere a prestiti, anche da parte dei meccanismi di finanziamento della risoluzione di altri Stati non partecipanti al MRU e ad altre fonti di finanziamento, anche di natura pubblica.

L'eventualità che le risorse del Fondo siano insufficienti a fronteggiare le necessità della risoluzione, nonostante la previa obbligatoria applicazione del *bail-in*, è sicuramente uno dei punti deboli del sistema⁵⁸. Infatti in caso di incapacienza del Fondo unico l'unico rimedio possibile allo stato attuale (in attesa, tra l'altro, che assuma concretezza l'ipotesi della costituzione di uno schema di garanzia dei depositi a livello europeo) resta l'intervento del singolo Stato nazionale in cui è insediata la banca in crisi: dal livello europeo si torna al livello nazionale, il che evidenzia tutta l'incompletezza del progetto comune⁵⁹.

Oltre che nel regolamento n.806/2014, la disciplina del Fondo di risoluzione unico è contemplata anche dall'Accordo intergovernativo del 21 maggio 2014⁶⁰, che impegna gli Stati firmatari al trasferimento dei contributi raccolti al Fondo unico e definisce le modalità per la messa in comune dei fondi, con la previsione di un periodo transitorio di otto anni di condivisione solo parziale, attraverso la costituzione di comparti nazionali.

La decisione di ricorrere allo strumento di un autonomo accordo internazionale è stata assunta per rispondere alle preoccupazioni sollevate da alcuni Stati membri (tra cui la Germania), secondo i quali mancava una sufficiente base legale nei Trattati per la costituzione del Meccanismo Unico e in particolare per imporre alle banche un obbligo di contribuzione diretta al Fondo (essendo per taluni dubbio il ricorso all'art. 114 del TFUE)⁶¹. È stato così escluso l'obbligo di

⁵⁸ M. DI PIETROPAOLO, *op. cit.*, p. 587.

⁵⁹ C. HADJAMMANUIL, *Bank Resolution Financing in the Banking Union*, in *LSE Working Papers*, n.6/2015, p. 23. Hadjiammanuil a p. 40 osserva come, fin quando il supporto pubblico resterà a livello nazionale, non si potrà realmente parlare di Unione bancaria.

⁶⁰ L'accordo è stato ratificato con l. 26 novembre 2015, n.188, *Ratifica ed esecuzione dell'Accordo sul trasferimento e la messa in comune dei contributi al Fondo di risoluzione unico*, G.U. 27 novembre 2015, n.277.

⁶¹ In effetti nulla dicono i Trattati sulla materia della gestione delle crisi bancarie, mentre per l'istituzione del Meccanismo di vigilanza unico è stato possibile far ricorso all'art. 127(6) del Trattato, che indubbiamente costituisce una *enabling clause*, sia pur con i limiti che avrebbero consentito di attribuire alla BCE solo "compiti specifici" in materia di vigilanza. Su questi temi cfr. G.S. ZAVVOS e S. KALTSOUNI, *op. cit.*, p. 117 e ss.; cfr. anche M. DI PIETROPAOLO, *op. cit.*, p. 565.

contribuzione diretta al Fondo unico di risoluzione, e si è creato un meccanismo a livello nazionale di raccolta dei contributi e di trasferimento al Fondo.

Il Fondo è inizialmente suddiviso in comparti nazionali separati, ma è previsto un meccanismo di progressivo accentramento delle risorse: all'interno del Fondo unico, nei prossimi anni, confluiranno gradualmente le risorse raccolte dai fondi di risoluzione nazionali per mezzo della riscossione dei contributi nei rispettivi Stati membri. Nel corso del periodo transitorio, la percentuale allocata nei comparti nazionali è destinata dunque a ridursi gradualmente, mentre la componente unitaria aumenterà fino a raggiungere la totalità delle risorse.

L'art. 10 dell'Accordo intergovernativo obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie a garantire l'osservanza dell'obbligo di trasferire congiuntamente i contributi; in caso contrario, non sarà possibile accedere alle risorse degli altri comparti nazionali.

È l'autorità di risoluzione nazionale, e dunque in Italia la Banca d'Italia, ad essere competente per la raccolta e il trasferimento dei contributi nazionali al Fondo unico di risoluzione. Oltre agli apporti dei comparti nazionali cui si è già fatto cenno, l'Accordo intergovernativo prevede ulteriori strumenti di finanziamento, quali ad esempio trasferimenti temporanei tra i comparti di risorse non ancora confluite nel Fondo unico, o ancora il ricorso da parte del Comitato unico di risoluzione a forme di finanziamento da parte di soggetti terzi.

Con i *Considerando* n. 17 e 18 e l'articolo 9 dell'Accordo, gli Stati firmatari hanno voluto garantirsi contro successive modifiche del regolamento sul Meccanismo Unico di Risoluzione volte ad attenuare l'attuale disciplina del *bail-in*: le Parti dovranno infatti, in caso di modifiche normative del regolamento n.806/2014, assicurare in materia un assetto normativo equivalente a quello attualmente stabilito, o comunque non meno stringente.

Quanto alla disciplina di dettaglio, va ricordato che il regolamento delegato (UE) 2015/63, che ha integrato la direttiva dettando la disciplina di attuazione sulla determinazione dei contributi ordinari ai fondi di risoluzione nazionali, si applica anche, nel Meccanismo Unico, al Fondo unico di risoluzione. Le condizioni

uniformi e le metodologie di calcolo dei contributi *ex ante* al Fondo unico di risoluzione sono poi disciplinate dal regolamento di esecuzione (UE) 2015/81. Questo regolamento chiarisce che il Comitato deve essere considerato l'autorità di risoluzione ai fini dell'applicazione del regolamento delegato 2015/63.

Gli interventi del Fondo unico di risoluzione sono sottoposti ad una valutazione di compatibilità con il mercato interno secondo la disciplina degli aiuti di Stato⁶², sebbene siano decisi non da uno Stato ma da un'agenzia dell'Unione⁶³, e sebbene siano comunque già sottoposti alla valutazione della Commissione nell'ambito del più complessivo esame del piano di risoluzione ai sensi dell'art. 18 del regolamento. Questa previsione si riallaccia probabilmente, oltre che alla preoccupazione di non favorire indebitamente i mercati degli Stati appartenenti al Meccanismo di Risoluzione Unico rispetto agli altri Stati europei, alla posizione della Commissione secondo cui le risorse dei fondi di garanzia, pur provenendo da privati, sono assimilabili a risorse statali ai fini della disciplina degli aiuti di Stato: con maggiore fondatezza, tuttavia, considerato che i contributi al Fondo unico di risoluzione non solo sono obbligatori e sotto il controllo pubblico, ma sono di proprietà del Comitato, che ne determina l'utilizzo⁶⁴.

8. Il contenzioso sulla misura del contributo

Le banche appartenenti agli Stati aderenti al MRU sono dunque obbligate a contribuire al Fondo unico di risoluzione. Per comprendere come opera il sistema di determinazione dei relativi contributi, occorre fare un passo indietro e accennare all'amministrazione del Comitato unico di risoluzione.

La *governance* del Comitato è complessa, e riflette, come tutta la disciplina dell'Unione bancaria, le tensioni tra spinte europeiste e interessi nazionali. Sono infatti previste due distinte composizioni dell'organo amministrativo: quella plenaria, che comprende anche rappresentanti delle autorità nazionali di

⁶² Cfr. l'art. 19 del regolamento n.806/2014.

⁶³ M. DI PIETROPAOLO, *op. cit.*, p. 585.

⁶⁴ Art. 61 del regolamento n.806/2014. Gli aspetti citati differenziano la fattispecie da quella oggetto del giudizio *Tercas*, pendente davanti al Tribunale dell'Unione, che per di più riguarda l'ipotesi dell'utilizzo dei contributi per interventi cd. alternativi.

risoluzione e quella esecutiva, composta dal presidente e dai quattro membri a tempo pieno del Comitato⁶⁵. Ebbene, sulla determinazione dei contributi annuali il Comitato decide in sessione esecutiva, quindi ristretta, in assenza dei componenti nominati dalle autorità nazionali di risoluzione⁶⁶.

Queste ultime invece, ai sensi dell'art. 67 (4) del regolamento, una volta che la decisione è stata adottata provvedono a comunicare la misura del contributo a ciascuna banca e successivamente a svolgere l'attività materiale di raccolta dei contributi, e al loro trasferimento al Fondo unico di risoluzione⁶⁷.

Il sistema delineato per il finanziamento del Fondo di risoluzione è coerente con i principi del nuovo quadro normativo europeo, secondo cui le crisi bancarie debbono essere risolte per quanto possibile senza impiego di risorse pubbliche, e quindi innanzitutto dall'interno del soggetto coinvolto (il *bail-in*), e poi - comunque - con risorse tratte dall'interno del sistema bancario.

La disciplina europea pone dunque a carico delle banche il finanziamento dei fondi per la risoluzione. L'impatto della contribuzione è stato elevato, e il disagio delle banche obbligate si è tradotto anche in alcuni ricorsi alle corti nazionali ed europee. Il medesimo disagio ha probabilmente ispirato anche le raccomandazioni formulate in materia dal Parlamento europeo, che nella sua risoluzione del 15 febbraio 2017⁶⁸ chiede che i contributi *ex ante* siano calcolati "in maniera del tutto trasparente", armonizzando le informazioni sui risultati del calcolo e migliorando la comprensione della relativa metodologia e invita la Commissione a riesaminare il calcolo dei contributi, come previsto dal *Considerando* n.27 del regolamento 2015/63, in modo da tener conto delle banche con minori profili di rischio.

⁶⁵ Cfr. l'art. 49 del regolamento n.806/2014.

⁶⁶ Assumono rilievo, in particolare, gli artt. 67 e 70 del regolamento n.806/2014, nonché gli artt. 4 e 5 del regolamento di esecuzione (UE) n.2015/81.

⁶⁷ Cfr. l'art. 67(4) e il *Considerando* n.20, secondo cui "Gli Stati membri partecipanti restano competenti per la riscossione dei contributi dalle entità situate nei rispettivi territori". La descritta ripartizione di competenze è ribadita dal regolamento di esecuzione 2015/81 sui contributi *ex ante*, che individua il Comitato unico di risoluzione come l'unica autorità competente a calcolare detti contributi (*Considerando* n.4 e art. 4), e prosegue poi prescrivendo (all'art. 5) che il Comitato comunichi alle autorità nazionali di risoluzione le decisioni così assunte, affinché poi queste ultime le trasmettano a ciascun ente autorizzato nello Stato.

⁶⁸ Parlamento europeo, *Unione bancaria – Relazione annuale 2016* (2016/2247/INI), paragrafo 53.

Davanti al giudice amministrativo italiano pendono alcuni ricorsi, riguardanti sia la determinazione dei contributi al Fondo nazionale di risoluzione istituito ai sensi dell'art. 78 del d.lgs. n.180/2015, sia la contribuzione al Fondo unico. Detti ricorsi hanno messo in discussione le modalità di calcolo utilizzate nella determinazione dei contributi, imputando alla Banca d'Italia una errata interpretazione della normativa in materia. Le doglianze riguardano l'applicazione in concreto dei criteri⁶⁹, rispetto ai quali si invocano i principi di proporzionalità, di parità di trattamento e di certezza del diritto. Ma si pongono anche delicate questioni attinenti alla giurisdizione, connesse con la ripartizione dei poteri in seno al Meccanismo Unico di Risoluzione.

Rileva al riguardo l'art. 70 del regolamento n.806/2014, laddove prevede che annualmente il Comitato, previa consultazione dell'autorità di vigilanza competente e "in stretta cooperazione con le autorità nazionali di risoluzione", calcola i contributi dovuti da ciascuna banca, indipendentemente dalla natura e dalla dimensione della banca stessa (prescindendo, cioè, dalla classificazione della banca come *significant*, che rileva solo per la competenza ad adottare le misure di risoluzione)⁷⁰.

La "stretta cooperazione" richiesta alle autorità nazionali non si sostanzia però, come già visto, nella condivisione della decisione, dal momento che la determinazione dei contributi dovuti al Fondo unico è riservata alla competenza esclusiva del Comitato Unico di Risoluzione, e la relativa deliberazione è assunta in composizione esecutiva⁷¹ e non plenaria.

La ripartizione di competenze così delineata è del resto coerente con la disciplina del Fondo unico, che è *ex lege* di proprietà del Comitato, il quale è anche competente per la sua gestione e per il suo utilizzo. E va qui ricordato che, sebbene sia prevista una netta ripartizione di competenze tra Comitato e autorità nazionali di risoluzione, basata sulla natura "significativa" delle banche o sul

⁶⁹ Le doglianze riguardano ad esempio la computabilità delle passività infragruppo, la determinazione del contributo in relazione alla dimensione della banca, la debenza stessa del contributo in relazione all'avvenuta incorporazione da parte di un altro intermediario.

⁷⁰ Cfr., oltre che l'art. 70 del regolamento (UE) n.806/2014, l'art. 4 del regolamento di esecuzione (UE) n.2015/81 nonché il regolamento delegato (UE) n.2015/63.

⁷¹ Ex art. 53 del regolamento (UE) n.806/2014.

carattere transfrontaliero dei gruppi, quando è richiesto l'intervento del Fondo unico di risoluzione competente è sempre il Comitato Unico, a prescindere dalle dimensioni dell'intermediario in crisi.

La giurisdizione nei confronti degli atti del Comitato è della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 263 del TFUE, come ricorda lo stesso regolamento n.806/2014⁷². E infatti una banca italiana che aveva inizialmente adito il TAR ha poi proposto ricorso al Tribunale dell'Unione europea per l'annullamento di due decisioni adottate dal Comitato in merito all'importo dei contributi *ex ante* al Fondo di risoluzione unico, chiedendo nel contempo di dichiarare illegittimo il regolamento delegato (UE) n.2015/63, sulla base del quale è stato determinato l'importo del contributo contestato⁷³. Innanzi alla Corte di giustizia pendono altri procedimenti analoghi, promossi da banche aventi sede in Stati aderenti al Meccanismo di risoluzione unico avverso le determinazioni del Comitato Unico in tema di contributi al Fondo⁷⁴.

Sarà dunque la Corte di giustizia europea a valutare se la decisione sulla misura del contributo possa essere attribuita all'autorità nazionale che l'ha comunicata o all'agenzia europea che ne ha effettivamente determinato il contenuto; se cioè la lettera di comunicazione dell'autorità nazionale possa o no essere considerata un atto espressione di un potere autoritativo e autonomamente impugnabile innanzi al giudice nazionale⁷⁵. Sembra, però, che sostenere la giurisdizione del giudice italiano finirebbe, paradossalmente, per

⁷² Art. 86 (1) e (2) dello stesso regolamento.

⁷³ Avviso pubblicato il 31 ottobre 2016 sulla *Gazzetta Ufficiale* della UE, C 402/59. La causa è stata iscritta con il numero T-661/16.

⁷⁴ Si tratta, in particolare, delle cause: *Banco Cooperativo Español* (ES) T-323/16 (in G.U. 16 agosto 2016, n.C 296/30); *Portigon* (DE) T-365/16 (in G.U. 19 settembre 2016, C 343/38); *Oberösterreichische Landesbank* (AT) T-376/16 (in G.U. 19 settembre 2016, C 343/40); *Vorarlberger Landes und Hypothekenbank* (AT) T-377/16 (in G.U. 19 settembre 2016, C 343/41); *NRW Bank* (DE) T-466/16 (in G.U. 10 ottobre 2016, C 371/25); *Vorarlberger Landes und Hypothekenbank* (AT) T-645/16 (in G.U. 31 ottobre 2016, C 402/55); *Vorarlberger Landes und Hypothekenbank* (AT) T-809/16 (in G.U. 31 gennaio 2017, C 30/49). Ulteriori giudizi diretti a contestare la legittimità dei contributi richiesti per l'anno 2016 penderebbero poi avanti ai giudici nazionali.

⁷⁵ Non sembra infatti possa sostenersi che la decisione di quantificazione dei contributi sia indirizzata in via esclusiva all'autorità nazionale di risoluzione, e che l'obbligo di pagare il contributo annuale al Fondo sia sorto in capo alla banca in forza della comunicazione ricevuta dalla Banca d'Italia a valle della decisione del Comitato Unico, sulla base del diritto italiano.

allocare in capo alle autorità nazionali la responsabilità di una decisione assunta in via esclusiva dall'agenzia dell'Unione europea.

Questa vicenda ci condurrebbe a riflettere su un tema più generale che non abbiamo qui occasione di affrontare adeguatamente. Con il nuovo quadro normativo europeo in tema di vigilanza bancaria e di gestione delle crisi, si afferma anche un doppio livello di tutela giurisdizionale: davanti alla Corte di giustizia per le decisioni e le attività delle istituzioni e agenzie europee, davanti ai giudici nazionali per le decisioni e le attività delle autorità nazionali. Detta ripartizione, che così enunciata sembra agevolmente applicabile, dà luogo in concreto a problemi complessi, specie nei casi in cui i poteri siano condivisi, come nelle ipotesi di procedimenti misti (in cui una fase si chiude a livello nazionale ed è quindi autonomamente impugnabile) o di procedure comuni, in cui non è possibile distinguere tra una fase nazionale e una fase europea, perché la cooperazione delle autorità nazionali avviene nell'ambito di un procedimento interamente gestito dall'autorità europea⁷⁶.

Ma, come il caso dei contributi dimostra, anche quando le competenze delle autorità sembrano chiaramente ripartite si possono creare dubbi sulla giurisdizione: dubbi che andrebbero, tuttavia, agevolmente risolti ricordando che l'individuazione del giudice competente (nazionale o europeo) dipende dall'attribuibilità del potere provvedimentoale, e che la sindacabilità degli atti dell'autorità nazionale dovrebbe andare di pari passo con il grado di discrezionalità che viene ad essa riconosciuto.

⁷⁶ Si pensi all'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (art. 14 del regolamento n.1024/2013) e l'autorizzazione alla detenzione di partecipazioni qualificate (art. 15 del medesimo regolamento), su cui C. FIGLIOLIA, *I rapporti con le banche centrali nazionali*, in *L'unione bancaria europea*, cit., p. 225 e ss.. Si tratta di procedimenti in cui l'autorità nazionale riveste un ruolo che eccede l'ordinaria cooperazione, dovendo ad esempio formulare una proposta, nell'ambito del procedimento facente capo alla BCE. Più che parlare di procedimenti compositi, si deve parlare di procedimenti comuni, *common procedures*, come le definisce il regolamento quadro della BCR (*Framework Regulation*). Si tratta infatti di un processo di formazione della decisione che va attentamente valutato al fine di determinarne le ricadute sull'individuazione del giudice competente. Affronta queste tematiche la causa pregiudiziale C-219/17, *Berlusconi et Fininvest*, pendente innanzi alla Corte di giustizia.

9. La complessità del sistema

La complessità è indubbiamente una delle principali chiavi di lettura del nuovo assetto di poteri e strumenti per la soluzione delle crisi bancarie. Non a caso, un volume recente dedicato alla regolamentazione bancaria europea fa precedere l'enunciazione degli argomenti di ogni capitolo dall'aggettivo "composite": composito, formato da elementi eterogenei, complesso⁷⁷.

La complessità connota innanzitutto il sistema delle fonti (che è appunto composito, perché alla legge nazionale si sovrappone la regolamentazione europea, con vari livelli di cogenza), ma anche l'architettura delle autorità e le loro competenze, e infine le tematiche connesse con la tutela giurisdizionale.

Sulla complessità delle fonti normative non mi soffermo. Basti ricordare che, nel campo della disciplina delle crisi bancarie, la direttiva 2014/59/UE e le leggi nazionali attuative coesistono con il regolamento sul Meccanismo Unico di Risoluzione e con le leggi nazionali sulle procedure liquidatorie e concorsuali, senza contare che va poi considerata la disciplina sugli aiuti di Stato, e in quest'ambito non solo gli artt. 107 e 108 del Trattato, ma anche le numerose Comunicazioni della Commissione, e in special modo quella del 2013⁷⁸.

Ugualmente complesso è il sistema delle autorità competenti nel nuovo scenario europeo, in cui la gestione delle crisi bancarie vede coinvolti più soggetti e funzioni⁷⁹. Le autorità di risoluzione nazionali, che di regola non dovrebbero

⁷⁷ M. LAMANDINI e D. RAMOS MUÑOZ, *EU financial law – an introduction*, Milano, 2016. Nel contesto di quel volume, l'aggettivo si riferisce anche alle finalità della regolamentazione, che sembrano rispondere di volta in volta ad approcci e motivazioni diversi: facilitare l'azione del mercato, favorire la fiducia degli investitori, o proteggere la stabilità del sistema.

⁷⁸ M. MARCUCCI, *op. cit.*, p. 299 e ss..

⁷⁹ La complessità dell'articolazione dei poteri nell'ambito del meccanismo decisionale disegnato dal regolamento sul MRU (che supera la già complessa architettura disegnata dal regolamento n.1024/2013 per il MVU) può farsi risalire tra l'altro alle incertezze legate alla base legale del regolamento: mentre il Meccanismo unico di vigilanza si fonda su una norma precisa (l'art. 127(6) TFUE, che prevede la possibilità di attribuire alla BCE "compiti specifici" di vigilanza), il regolamento n.806/2014 richiama a suo fondamento l'art. 114 TFUE, che consente all'Unione di adottare misure per il ravvicinamento delle disposizioni aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. La giurisprudenza della Corte di giustizia e la creazione delle agenzie di vigilanza europee (e specialmente l'attribuzione di competenze di vigilanza ad una di esse, l'ESMA) sembrano sancire però la possibilità di avvalersi dell'art. 114 TFUE anche per il conferimento di poteri a organismi dell'Unione, se volto a conseguire un riavvicinamento delle legislazioni (cfr. Corte di giustizia, *UK v. Council and Parliament*, C-270/12, 22 gennaio 2014 (cd. caso *shortselling*)).

coincidere con quelle di vigilanza, operano in collaborazione con il Comitato di risoluzione unico, responsabile per le banche “significative” e i gruppi transfrontalieri. Alle autorità già menzionate si affiancano la Commissione europea e il Consiglio, il che rende ancor più complesso il processo decisionale⁸⁰. La Commissione è inoltre sempre coinvolta, in base all’art. 19 del regolamento, quando nell’ambito della risoluzione programmata è necessario il ricorso ad aiuti di Stato, ai quali sono dal regolamento equiparati gli aiuti del Fondo unico: in questo caso non si può procedere alla risoluzione finché la Commissione non abbia adottato una decisione in merito alla compatibilità con il mercato interno di tutti gli interventi del Fondo, applicando la disciplina degli aiuti di Stato.

La complessità connota d’altra parte anche i procedimenti amministrativi. Il modello di amministrazione condivisa offerto dal Meccanismo Unico di Vigilanza non è riprodotto nel sistema del Meccanismo Unico di Risoluzione, ma le ricordate vicende connesse con la semplice determinazione e comunicazione dei contributi al Fondo sono sufficienti a farci comprendere quanto complessa possa essere, anche in questo campo, l’interazione tra le autorità nazionali ed europee, e quali conseguenze ne possano discendere anche in termini di individuazione del giudice dotato di giurisdizione.

Evidentemente, non risulta chiaro, persino nei procedimenti interamente di competenza del Comitato Unico di Risoluzione, nel cui ambito le autorità nazionali svolgono solo un ruolo prettamente ausiliario, il confine tra le rispettive competenze. E il problema potrebbe riproporsi con riguardo ai programmi di risoluzione, che anch’essi sono adottati dal Comitato Unico, per le banche di

⁸⁰ La complessità dell’architettura del sistema dipende anche dalla volontà di non discostarsi dalla cd. “dottrina Meroni”, richiamata dal *Considerando* 26 del regolamento n.806/2014, in ossequio alla quale il legislatore europeo si mostra ancora alquanto riluttante a concedere pieni poteri alle agenzie europee. Come è noto la Corte di giustizia nel caso *Meroni* (sentenze del 13 giugno 1958, C-9 e C-10/1956) ha statuito che i poteri discrezionali non possono essere delegati a organi, uffici e agenzie dell’Unione (autorità diverse dalle istituzioni previste dai Trattati), mentre possono essere delegati i poteri esecutivi chiaramente definiti, l’esercizio dei quali deve sempre restare sottoposto alla supervisione dell’istituzione delegante. Nel caso *shortselling* (cfr. la nota 79) la Corte ha escluso che i poteri delle autorità europee di vigilanza configurassero una violazione della “dottrina Meroni”, osservando che l’ESMA è un ente dell’Unione, che agisce nell’ambito del quadro normativo fissato dal regolamento istitutivo, e che l’esercizio dei poteri in discussione (art. 28 del regolamento n.1095/2010) è disciplinato in modo preciso e soggetto a controllo giurisdizionale.

propria competenza, e poi indirizzati alle autorità nazionali⁸¹, che debbono provvedere all'esecuzione.

La complessità della regolamentazione si ripercuote, così, sulla tutela giurisdizionale: è innanzi tutto difficile l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente, perché l'accentramento di funzioni in capo a istituzioni e agenzie dell'Unione e la funzione ausiliaria attribuita alle autorità nazionali rompe la simmetria tra autorità decidenti, esecuzione delle decisioni, destinatari delle stesse⁸². Inoltre, la complessità e il tecnicismo delle leggi nazionali ed europee nel settore bancario fanno sì che, necessariamente, il diritto debba essere ricostruito non più soltanto in base a norme prodotte dai legislatori, ma anche in base all'interpretazione della giurisprudenza, nazionale e soprattutto europea.

È evidente, infatti, che proprio alla giurisprudenza sarà affidato un decisivo ruolo chiarificatore in merito ai principi che debbono guidare l'azione delle autorità di vigilanza sia nazionali che europee, principi che spesso non risultano chiarissimi nella regolamentazione che si è affastellata negli ultimi anni.

Volendo prefigurare delle linee di sviluppo di questa azione, può immaginarsi, da una parte, che prenda corpo il problema dei contro-limiti costituzionali, perché è necessario, senza compromettere l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, preservare i principi cardine degli ordinamenti nazionali; dall'altra, che divenga essenziale il dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali, considerato che alla condivisione dei poteri amministrativi a più livelli non può che accompagnarsi la cooperazione attiva e l'influenza reciproca tra le corti, anche attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale.

10. Conclusioni

Nel complesso scenario del nuovo, e tuttora incompleto, quadro regolamentare per la soluzione delle crisi bancarie, le fonti di finanziamento appaiono come il problema cruciale. Nella procedura di risoluzione, le risorse finanziarie utilizzabili

⁸¹ Cfr. l'art. 18, par. 6 e 9, del regolamento n.806/2014.

⁸² Accenna a questo tema L. TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, in *L'unione bancaria europea*, cit., p. 61.

sono innanzitutto quelle degli azionisti e dei creditori, poi quelle del Fondo di risoluzione, mentre solo in ultima istanza si può ricorrere alle risorse pubbliche. Il problema del finanziamento è ancor più pressante nella l.c.a., nella quale non è possibile applicare il *bail-in* né accedere al Fondo di risoluzione; e in cui il cambiamento di orientamento della Commissione europea ha fortemente limitato la possibilità di intervento dei fondi di garanzia.

Emerge, così, come la vera novità del quadro europeo non sia il *bail-in*, che pure ha polarizzato l'attenzione nella prima fase di applicazione della nuova normativa. Infatti, non è certo una novità per il nostro ordinamento che gli azionisti siano responsabili delle perdite fino a concorrenza del capitale sociale, e che, in caso di crisi della banca partecipata, siano destinati all'azzeramento o quanto meno a una significativa diluizione della loro partecipazione: sicché il fatto che essi siano chiamati a contribuire prima della concessione di un aiuto di Stato non può considerarsi una ingiustificata compromissione del diritto di proprietà.

Analogamente i creditori subordinati, in virtù della natura dei titoli posseduti, sono comunque esposti al rischio di impresa; in ogni caso, nella risoluzione essi non dovrebbero subire un trattamento peggiore rispetto a quello che subirebbero per effetto del ricorso ad una ordinaria procedura concorsuale, considerato che l'uso dello strumento del *bail-in* deve sempre rispettare il principio del "*no creditor worse off*" e dunque, se la relativa analisi è ben condotta, non dovrebbe comportare conseguenze dissimili da quelle che si avrebbero con una liquidazione atomistica.

L'applicazione del *bail-in* appare problematica in Italia, semmai, per la diffusione tra i risparmiatori inconsapevoli di strumenti finanziari rischiosi e per l'applicazione dello strumento anche ai titoli che erano stati già emessi e collocati da tempo, in un contesto di regole e in una situazione di mercato del tutto diverse: problema che il legislatore ha tenuto in vario modo in considerazione nel disciplinare i recenti interventi di risoluzione, ricapitalizzazione precauzionale e liquidazione con sostegno pubblico⁸³.

⁸³ Cfr., in relazione alla risoluzione delle quattro banche, i commi 855-861 della legge 28 dicembre

La vera novità dell'attuale quadro normativo è rappresentata, piuttosto, dal fatto che non è più possibile finanziare con risorse pubbliche, e in certi limiti anche con risorse private (quali quelle dei fondi di garanzia dei depositi), la soluzione delle crisi bancarie, e dunque non è più scontato che le banche possano essere salvate, così come non è scontato che venga riconosciuta la presenza di un interesse pubblico al loro salvataggio mediante l'uso del Fondo di risoluzione.

Va infatti tenuto presente che, se l'interesse pubblico all'utilizzo delle risorse del Fondo unico di risoluzione manca, la banca in crisi verrà posta in liquidazione secondo le ordinarie procedure nazionali, e - nel nuovo scenario in cui è, appunto, estremamente difficile finanziare la gestione delle crisi - le conseguenze potranno essere molto pesanti per il tessuto economico in cui la banca opera, perché un maggior numero di creditori resterà insoddisfatto, e si perderanno posti di lavoro.

Diventa dunque particolarmente importante poter disporre, a livello nazionale, di una efficace procedura di liquidazione delle banche, che doti l'autorità competente dei necessari poteri e che eviti quanto più possibile la distruzione di valore. Ma, prima ancora, diventa importante puntare sulla prevenzione della crisi, sul rafforzamento patrimoniale e della *governance* delle banche, su un efficiente esercizio dell'attività di vigilanza, sull'uso sapiente delle misure di intervento precoce, come l'amministrazione straordinaria e la rimozione degli amministratori, in grado di prevenire lo sviluppo della crisi.

2015, n.208 e le relative disposizioni attuative (D.P.C.M. 28 aprile 2017, n.82, D.M. 9 maggio 2017, n.83); in relazione alla ricapitalizzazione precauzionale del Monte dei Paschi di Siena, l'art. 19, comma 2, del d.l. 23 dicembre 2016, n.237; in relazione alla l.c.a. delle banche venete, l'art. 6 del d.l. 25 giugno 2017, n.99.