

## **La nuova disciplina delle crisi bancarie: due modelli di soluzione a confronto**

*di Marilena Rispoli Farina*

*Professore ordinario di Diritto commerciale e Diritto bancario*

*Dipartimento di Giurisprudenza*

*Università di Napoli "Federico II"*

SOMMARIO: 1. La nuova disciplina sulle crisi bancarie – 2. Il *bail-in* – 3. Nuova e vecchia procedura a confronto – 4. Profili problematici – 5. Il Recente intervento della Corte di Giustizia europea

### **1. La nuova disciplina sulle crisi bancarie**

Come noto, il d.lgs. 16 novembre, n.180 e il d.lgs. della stessa data, n.181, hanno recepito la nuova direttiva sulla soluzione delle crisi bancarie (BRRD) e hanno introdotto alcune modifiche al Testo unico bancario, al Testo unico della finanza ed anche ad alcuni articoli della legge fallimentare.

I. Tralasciando per ora le norme concernenti le definizioni ed in particolare il concetto di dissesto (17, comma 2, del d.lgs. n.180 del 2015), e venendo ai precetti normativi che incidono sugli azionisti e, più ampiamente, sui titolari di strumenti partecipativi della banca, può rilevarsi come l'assorbimento delle passività rappresenti sicuramente lo strumento necessario di intervento. A seconda delle dimensioni e della gravità del dissesto, la procedura può essere articolata solo attraverso la riduzione e conversione delle passività, art. 20, comma 1, lett. a), oppure attraverso interventi più ampi e pervasivi, secondo quanto previsto dall'art. 20, comma 1, lett. b), d.lgs. n.180 del 2015.

L'intervento di cui alla lett. 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 (ad esempio 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 dell'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 del 2015. Tale valutazione (che l'art. 23 comma 1, 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 del 2015].

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.

Nel caso in cui la riduzione e la conversione previste dall'art. 20, comma 1, lett. a), d.lgs. n.180 del 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 promozione ed attuazione degli atti e delle misure necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione (artt. 34 e 35, d.lgs. 180 del 2015).

Va considerato peraltro che, secondo quanto disposto dall'art. 32 comma 1, n.5), d.lgs. n.180 del 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'art. 22, d.lgs. n.180 del 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.

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 del 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 al 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.

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 del 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.

II. Quanto alla procedura di risoluzione, essa 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 (art. 37, comma 1, d.lgs. n.180 del 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 (art. 35, d.lgs. n.180 del 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 coordinamento.

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'art. 35 e dell'art. 36, d.lgs. n.180 del 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 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, dunque, la natura concorsuale della procedura, come peraltro suffragato anche da diversi altri elementi.

La natura concorsuale, come la prevalente opinione sostiene, 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 del 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 ss., d.lgs. n.180 del 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 già citato principio del *no worse creditor off* (c.d. NWC) in quanto, come stabilito dall'art. 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 del 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 del 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'art. 36, comma 3, d.lgs. n.180 del 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 del 2015).

È significativa l'espressa previsione dell'ultimo comma dell'art. 36, d.lgs. n.180 del 2015, che esclude la esperibilità delle azioni volte alla revoca dei pagamenti previste dall'art. 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 ss. 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 del 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 ss. 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”*.

**III.** Le operazioni di riduzione e conversione effettuate consentono, dunque, di

dotare il nuovo ente di un patrimonio in equilibrio, in modo tale che esso sia idoneo allo svolgimento dell'attività bancarie. Una volta assorbite le perdite, le misure di risoluzione previste dall'art. 39, d.lgs. n.180 del 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 soggetto. 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.

Il termine "cessione" di cui agli artt. 39 - 47, d.lgs. n.180 del 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'art. 47, comma 2, d.lgs. n.180 del 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'art. 39, d.lgs. n.180 del 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 del 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 c.c.. 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 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 del 2015).

## 2. Il *Bail-in*

L'applicazione della misura del *bail-in* di cui all'art 48, comma 1, lett. a), d.lgs. n.180 del 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 mercato.

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

Sulla base della valutazione, effettuata ai sensi degli artt. 23 ss., d.lgs. n.180 del 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. n.180 del 2015]. Inoltre deve essere tenuto conto dell'eventuale contributo del fondo di risoluzione [art. 51, comma 1, lett. c), d.lgs. n.180 del 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. n.180 del 2015].

L'assorbimento delle perdite attraverso il *bail-in* avviene nell'ordine progressivamente correlato al diverso grado di rischio della posizione creditoria, sulla base di quanto indicato dall'art. 52, d.lgs. n.180 del 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 depositi.

Sono escluse dall'applicazione del *bail-in* le passività indicate nell'art. 49, comma 1, d.lgs. n.180 del 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 del 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 dei commi 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. n.180 del 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* (MREL).

Spetta alla Banca d'Italia, secondo quanto previsto dall'art. 50, d.lgs. n.180 del

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'art. 21, d.lgs. n.180 del 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.

### **3. Nuova e vecchia procedura a confronto**

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

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

La perdita e la determinazione dell'ammontare della perdita che derivano dalla crisi del debitore e dalla sua insolvenza si determinano nel diritto comune con il riparto di quanto ricavato dalla liquidazione del patrimonio. La regola della responsabilità patrimoniale, secondo cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.) viene attuata attraverso la

conversione in moneta corrente di tutti gli elementi che compongono il patrimonio. I beni materiali o immateriali vengono trasformati 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 incapacità del patrimonio sotto un profilo strettamente funzionale, non può che recare con sé il venir meno del patrimonio, il quale, attraverso la trasformazione in valori monetari distribuiti ai creditori, cessa definitivamente la sua esistenza.

Questo sistema di principi e di regole, secondo la nuova disciplina europea, viene ritenuto oggi non più compatibile con la natura della banca e le esigenze della stabilità del mercato.

La distruzione di valore che può discendere dalla liquidazione è superiore all'utilità che può derivare ai creditori dal riparto del ricavato dalla liquidazione del patrimonio, il cui ammontare potrebbe risultare del tutto esiguo o addirittura essere pressoché assente e comunque essere distribuito con le modalità e con i tempi non brevi della liquidazione concorsuale.

L'attività bancaria consiste in una articolatissima serie di rapporti attivi e passivi che possono essere realizzati e gestiti solo in presenza di continuità. In mancanza, gli effetti pregiudizievoli ricadono non solo sui creditori (depositanti, obbligazionisti, rapporti interbancari, ecc.), ma anche sui debitori della banca

destinatari dei diversi impieghi (affidamenti, impegni in servizi di riscossione, di presentazione, di operazioni autoliquidanti, ecc.). Le conseguenze della liquidazione comportano un effetto domino sul territorio, vengono a contagiare altri operatori bancari ed altri operatori economici, determinano una caduta dell'affidabilità del sistema non facilmente recuperabile, possono condurre a pericolose crisi sistemiche nazionali o addirittura nell'area dell'Unione.

In tale contesto la risoluzione prevista dal decreto n.180 del 2016 è stata definita come 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 dissesto.

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.



Pertanto, il vero elemento dirompente della nuova procedura di risoluzione consiste nel fatto che, prima di giungere alla decisione di risoluzione, aspetto centrale è la necessità di acquisire una valutazione preliminare delle attività e passività della banca, da parte di un soggetto indipendente. L'obiettivo di questa fondamentale attività è proprio quello di determinare l'entità delle perdite, atto propedeutico alla revisione del *resolution plan* in essere, contribuendo, quindi, a determinare l'effettivo protocollo operativo di gestione della crisi (strumenti, coperture ecc.).

Per quanto concerne le crisi bancarie, dunque, la principale deroga alla procedura ordinaria – di portata enormemente innovativa rispetto al cd. diritto bancario delle crisi interno - pare consista nell'aver introdotto una anticipazione, una valutazione *ex ante*, ovvero una "valutazione" che precede l'esercizio del potere di *write down* o la risoluzione (art. 23 d.lgs. n.180/2015), valutazione mediante la quale viene accertato l'ammontare delle perdite, e se il *write - down* (la riduzione o la conversione in azioni degli strumenti di capitale) possa essere risolutivo (nel qual caso esso deve essere disposto) e quale debba essere il patrimonio della banca che sarà rimessa sul mercato.

La valutazione è un'operazione molto complessa e deve avvenire ad opera di un valutatore indipendente. Questa valutazione *ex ante* va distinta dalla valutazione *ex post* che lo stesso o un altro esperto indipendente deve compiere successivamente alla attuazione dell'azione di risoluzione al fine di identificare eventuali lesioni del principio del NCWO e, nel ravvisare violazioni di tale principio, quantificare il pregiudizio subito da ciascun investitore al fine della concessione di un indennizzo (art. 88 d.lgs. n.180/2015). L'EBA, peraltro, ha indicato le norme tecniche volte a precisare i requisiti di indipendenza dell'esperto e il contenuto della valutazione.

#### **4. Profili problematici**

In conclusione, approfondendo ulteriormente questi ultimi aspetti affrontati, e soffermandosi in particolare sul *bail-in*, si è da più parti evidenziato come esso,

per come è stato ideato, ponga delicati problemi di sistema, così calato nel nostro ordinamento, derivanti probabilmente da una formulazione affrettata delle norme, aggravata dall'uso di una terminologia tecnica non rigorosa, a volte divergente rispetto al significato tradizionalmente attribuito a determinati concetti (si pensi ai termini conversione, svalutazione, irregolarità, risoluzione). Nonostante l'istituto sia basato sul principio della *depositors protection*, la sua oscurità e "imprevedibilità" nella gestione da parte delle (diverse) autorità preposte può creare preoccupazione fra i depositanti e i creditori della banca. E ciò è assai pericoloso per un'impresa, come quella bancaria, che si basa proprio sul rapporto di fiducia con i clienti. I problemi di compatibilità posti dal nuovo istituto sono diversi.

a. Il regolamento n.806/2014/UE prevede, all'art. 3, co. 1, n.33), che per "strumento del *bail-in*" si intende "il meccanismo per l'esercizio dei poteri di svalutazione e di conversione in relazione alle passività di un ente soggetto a risoluzione". Dal canto suo, la direttiva definisce il *bail-in* come un meccanismo "di svalutazione e di conversione" (cfr. artt. 43 e 59 e ss., in particolare 59, par. 2, e art. 63, par. 1, lett. da e a i). Il meccanismo può essere attivato dall'autorità di risoluzione, che ha dunque il potere di imporre la svalutazione (*wipe - out* e *write - down*) o la conversione (*bail-in* in senso stretto) per eliminare o ridurre le passività della banca soggetta a risoluzione [Presti]. È attraverso il *bail-in* che la banca che abbia perso o rischi di perdere il capitale potrà essere ricapitalizzata, all'alternativo fine di agevolarne la vendita (art. 37, par. 3, lett. a) BRRD) ovvero di ripristinarne temporaneamente le condizioni di esercizio dell'attività, per poi attuare la separazione delle attività stesse (art. 37, par. 3, lett. c) BRRD), ovvero ancora per dotare del capitale sufficiente l'eventuale ente - ponte o *bridge bank* (art. 37, par. 3, lett. b) BRRD) [Kranen, Moretti]. In pratica, sulla base di una valutazione preliminare delle passività della banca, l'equilibrio di bilancio viene ripristinato utilizzando risorse reperite presso coloro che nella banca già hanno investito, anche se sotto forma di prestito e non sotto forma di capitale di rischio [Rulli, Stanghellini]. Si ha dunque, in questo caso, una conversione forzata dei

diritti dei creditori della banca [Capizzi, Cappiello]. E qui si pone un primo problema di sistema [Lener, Rulli]. Il nostro diritto fallimentare conosce da tempo l'istituto della conversione, ma in questo caso la conversione opera in modo affatto anomalo. Nelle ipotesi già note al nostro ordinamento la conversione si effettua, infatti, sempre in base a un accordo fra debitore e creditori. Accordo che può essere raggiunto *ex ante* (ad es. accordi di ristrutturazione del debito) o *ex post* (ad es. concordato preventivo, amministrazione straordinaria); accordo che, beninteso, può essere raggiunto anche contro la volontà di alcuni creditori, ove questi aderiscano a maggioranza. Ma la conversione attraverso *bail-in* è tutt'altro: non c'è alcun accordo. Essa è imposta dall'autorità anche contro la volontà dell'intero ceto creditorio [Presti, Capizzi, Cappiello]. In più, mentre nelle ipotesi già note, come nel concordato, i creditori, per il tramite del voto, si esprimono sul tasso di conversione, nel *bail-in* la sua determinazione è rimessa interamente a un esperto, che non decide certamente nel (solo) interesse dei creditori, ma nell'interesse pubblico e superiore a che la banca resti operativa per poter meglio essere "collocata" sul mercato. In questo modo l'autorità di risoluzione è investita di un potere enorme, definito *near - dictatorial* [Presti], tanto che lo stesso legislatore europeo ha cercato di comprimerlo delegando all'EBA sia l'emanazione di *tecnica advice*, sia la mediazione vincolante per il caso di disaccordo tra autorità nazionali nelle risoluzioni transfrontaliere.

**b.** Un secondo problema è quello della sussumibilità del nuovo istituto fra le procedure concorsuali. Invero, mentre è chiaro che la ricapitalizzazione della banca diviene una soluzione generale e alternativa alla liquidazione, e dunque anche alla liquidazione coatta amministrativa, tutt'altro che chiaro è se e come la nuova procedura concorra con le vigenti procedure concorsuali. Si è detto che l'applicazione di siffatti nuovi «strumenti» non esclude che, in concorso con la procedura di risoluzione, sia attivata anche una procedura concorsuale ordinaria, ad esempio con riferimento a singole passività della banca [Stanghellini]. Non di meno, ove una banca sia sottoposta a una procedura mista risolutivo - liquidativa, come in astratto possibile, il perimetro delle passività soggette a

risoluzione (e al *bail-in*) resta certamente escluso dall'applicazione della disciplina interna della crisi di impresa [Rulli]. In altre parole, se anche i due regimi concorrono, ciò deve necessariamente avvenire su porzioni diverse del patrimonio: l'area della risoluzione soggetta a *bail-in* è sottratta alle regole della concorsualità ordinaria. E ciò appare indirettamente confermato dal D.L. n.183/2015, con cui sono state risolte le crisi di quattro banche, utilizzando al contempo istituti nuovi (ente ponte, svalutazione delle passività) e istituti preesistenti (amministrazione straordinaria, liquidazione): è stato infatti necessario uno specifico intervento del legislatore per far coesistere le diverse misure, a dimostrazione del fatto che il sistema di nuova creazione non è autosufficiente, nel senso che necessita di regole di dettaglio ulteriori per funzionare nel contesto di un diritto concorsuale non ancora riformato per adattarsi ai nuovi, dirompenti istituti. La verità, al fondo, è che la "procedura di risoluzione", non è una procedura concorsuale in senso stretto o almeno come lo abbiamo sempre inteso. La possibile svalutazione, anche integrale, delle passività della banca comporta la cancellazione delle posizioni creditorie di taluni soggetti con la conseguenza che essi non possono, neppure in astratto, concorrere alla distribuzione dell'eventuale attivo residuo. Non c'è concorso. Non c'è *par condicio creditorum*. Il provvedimento di risoluzione cancella i diritti dei soggetti incisi.

c. Altro problema è dato dalla non determinabilità a priori dei creditori incisi dalla procedura. È vero che le passività assoggettabili a *bail-in* sono descritte nella direttiva, ma ciò avviene per differenza, nel senso che lo strumento potrà essere applicato a tutte le passività «che non sono escluse dall'ambito d'applicazione», a norma dell'art. 44, par. 2 e 3, BRRD. L'ordine di priorità individuato dalle nuove norme mette in fila azionisti, titolari di altri strumenti di capitale, titolari di altri strumenti «subordinati» non integranti il capitale regolamentare (quali le ben note obbligazioni subordinate), altri creditori chirografari, «piccoli» correntisti con depositi superiori a 100.000 euro, fondo di garanzia dei depositi, che interviene in luogo dei depositanti protetti. Sin qui il sistema potrebbe dirsi chiaro. Ma, se si vanno ad analizzare le passività escluse, il

discorso cambia. Vi sono, infatti, esclusioni obbligatorie o permanenti – passività, cioè non *bail-in able* – speculari alle passività incluse appena elencate (depositi protetti, passività garantite, passività detenute dalla banca quale depositario, passività a breve verso altre banche o derivanti dalla partecipazione a sistemi di pagamento, debiti verso dipendenti o verso il fisco, se privilegiati). Vi sono però anche esclusioni facoltative, in quanto l'art. 44, par. 3, BRRD espressamente prevede che «in circostanze eccezionali» alcune passività possono essere escluse, in tutto o in parte, dall'area del *bail-in able*. A decidere, in questo caso, è discrezionalmente l'autorità di risoluzione, cui si chiede solo di rispettare i principi di efficacia, necessità e ragionevolezza, che sono genericamente declinati in relazione ai tempi (eccessivamente lunghi) del *bail-in*, ovvero alla necessità di garantire la continuità delle funzioni essenziali dell'ente, o ancor più genericamente per evitare «ampi contagi», o «distruzioni di valore». Innegabilmente, siffatta ampia discrezionalità non giova alla chiarezza del sistema. Non solo, ma tutta questa complessa disciplina, pensata per escludere l'intervento pubblico, in realtà non garantisce questo effetto. È infatti espressamente previsto che in circostanze eccezionali, ove sussista il rischio che la crisi di una banca abbia gravi ripercussioni sul funzionamento del sistema finanziario nel suo complesso, si potrà ricorrere al denaro pubblico, con la contorta clausola che comunque siffatto *bail-in* (parziale) non dovrà giovare (troppo) ad azionisti e creditori, ai quali si chiede comunque un sacrificio pari almeno all'8 per cento [chissà poi perché] del totale del passivo (art. 44, par. 5 ss. BRRD), mentre il contributo pubblico non dovrebbe – ma possono esserci deroghe – superare il 5 per cento delle passività totali. Una ammissione che del denaro pubblico non sempre potrà farsi a meno, al di là delle petizioni di principio.

**d.** Ancora appare problematica l'applicazione del principio “del trattamento non peggiore del creditore”, fissato in via generale dalla direttiva per temperare, in qualche modo, la sostituzione della tradizionale classificazione dei creditori in categorie con la – come si è visto – assai più incerta distinzione fra il *bail-in able* e non *bail-in able*. Si legge, al proposito, nel considerando 73, BRRD, che deve

essere garantito “... il rispetto del principio secondo cui nessun creditore può essere svantaggiato rispetto alla procedura ordinaria di insolvenza”. Viene, in questo modo, enunciato il principio del c.d. *no creditor worse off*, a mente del quale, si ribadisce, il creditore della banca sottoposta a risoluzione non deve venirsi a trovare in una condizione economica peggiore di quella in cui si sarebbe trovato qualora la banca fosse stata sottoposta a una procedura concorsuale di tipo liquidatorio (cfr. anche art. 34, lett. g, BRRD). Ora però, se si dovesse applicare sino in fondo siffatto principio, il *bail-in* dovrebbe essere attuato in modo tale da riflettere in pieno la gerarchia dei creditori, così come prevista dalle procedure concorsuali nazionali che sarebbero state applicabili in luogo della risoluzione [Capizzi, Cappiello]. Ciò non appare, invero, possibile. Da un lato, infatti, le passività *bail-in able* non sono sempre note, come abbiamo visto, con la conseguenza che la verifica del rispetto del principio del trattamento non peggiore è pressoché impossibile ex ante, giacché non si può sapere esattamente nei confronti di quali creditori esso debba trovare applicazione [Rulli]. Dall’altro canto, nel caso di gruppi bancari multinazionali, il rispetto del principio appare, di nuovo, quanto meno problematico, data la non omogeneità delle procedure concorsuali a livello comunitario [Boccuzzi]. Si dovrebbe, quindi applicare la regola in esame in modo difforme nelle diverse giurisdizioni in cui il gruppo transnazionale è presente, per rispettare la regola del trattamento non peggiore con riferimento alle diverse discipline concorsuali domestiche.

## 5. Il Recente intervento della Corte di Giustizia europea

Infine, per quanto concerne alla compatibilità del *bail-in* con le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali dei cittadini, un discorso ancora aperto, non può non citarsi, una prima pronuncia del luglio 2015 da parte della Corte austriaca che ne aveva dichiarato l’incostituzionalità [caso Hypo Adria Alpe Bank]. Indubbiamente il nuovo sistema comporta, in primo luogo, una forte compressione del diritto di proprietà, tutelato tanto dalla Costituzione (cfr. art. 42 e 47 Cost.), quanto dalla CEDU (cfr. art. 1, protocollo 1, e art. 52). E trovare il

corretto punto di equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato è tutt'altro che agevole, anche a convenire sulla tendenziale prevalenza del primo. D'altro canto la potenziale "espropriazione" del diritto di proprietà non è l'unico aspetto rilevante: il soggetto inciso dal provvedimento si può trovare a essere privato di altri diritti patrimoniali o anche dei diritti amministrativi compresi nella partecipazione sociale [Hüpkens]. Ed è stato correttamente notato [Rulli] come la privazione delle competenze deliberative dei soci in ordine al capitale sociale è qui assai più profonda di quanto avviene, ad es., nel concordato preventivo, in caso di conversione dei diritti dei soci, mancando nel *bail-in* anche il rimedio dell'opposizione nell'ambito del giudizio di omologazione. Quanto detto assume connotati ancor più forti in relazione a crediti sorti prima dell'introduzione della BRRD. Si può ammettere, in questi casi, siffatto effetto espropriativo a carico di quanti avevano investito nel capitale di rischio della banca o anche finanziato l'ente sottoposto a risoluzione in un momento in cui l'ordinamento non prevedeva la riduzione e la conversione forzata dei diritti?

Appare dubbio che si possano gravare di conseguenze così dirompenti soggetti il cui diritto sia sorto prima dell'entrata in vigore del *bail-in*. Il vero problema è che il provvedimento che svaluta le passività della banca, come si è accennato, cancella il rapporto di credito dall'ordinamento, privando il creditore anche della possibilità di insinuarsi al passivo della banca, così aggirando il principio della responsabilità patrimoniale previsto dall'art. 2740 c.c. In pratica, il creditore azzerato perde non solo il diritto di credito, ma anche la possibilità di agire in sede concorsuale – ed è irrilevante al riguardo che la possibilità di recupero sia remota – non potendo in nessun caso soddisfarsi su eventuali attivi residui, come invece avverrebbe nell'ipotesi di liquidazione coatta amministrativa. Non pare rispettata la *par condicio*, né, in ultima analisi, il stesso principio del *no creditor worse - off*.

Tuttavia, occorre segnalare il più recente intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che con sentenza del 19 luglio 2016 ha stabilito che il principio della tutela del legittimo affidamento, il diritto di proprietà e le norme in

materia di aiuti di Stato contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, devono essere interpretate nel senso che non ostano ai punti della comunicazione sul settore bancario riguardanti una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato.

Allo stesso modo vanno interpretate, secondo la Corte, le norme della direttiva sul coordinamento delle garanzie richieste negli Stati membri alle società a scopo di lucro, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa.

Infine la Corte ha stabilito che la comunicazione sul settore bancario non ha effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri e che le misure di conversione o svalutazione del capitale ibrido e dei debiti subordinati previste da essa non debbano andare oltre quanto è necessario per il superamento della carenza del capitale della banca interessata.

Per quanto qui rileva i giudici europei hanno stabilito che le misure di ripartizione degli oneri tra azionisti e creditori subordinati in vista dell'autorizzazione di un aiuto di Stato da parte della Commissione, mirano a garantire che *"prima della concessione di qualsivoglia aiuto di Stato, le banche in carenza di capitale operino, con i propri investitori, una riduzione di tale deficit, in particolare attraverso la raccolta di capitale nonché attraverso contributi dei creditori subordinati. Simili misure sono atte a limitare l'entità dell'aiuto di Stato concesso. Una diversa soluzione rischierebbe di provocare distorsioni della concorrenza, in quanto le banche, i cui azionisti e creditori subordinati non avessero contribuito alla riduzione del deficit di capitale, riceverebbero un aiuto di Stato maggiore rispetto a quanto sarebbe stato sufficiente per colmare il deficit di capitale residuale.*

*In tali circostanze, un simile aiuto non sarebbe, in linea di principio, conforme al diritto dell'Unione."*

Prosegue la Corte: *"La circostanza che, nel corso della prima fase della crisi*



*finanziaria internazionale, i creditori subordinati non fossero stati invitati a contribuire al salvataggio degli istituti di credito, come ricordato dalla Commissione al punto 17 della comunicazione sul settore bancario, non consente ai creditori, di cui al procedimento principale, di avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento. (...) Si evince da consolidata giurisprudenza - infatti - che il diritto di avvalersi di tale principio presuppone che rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, siano state fornite all'interessato dalle autorità competenti dell'Unione."*

Inoltre il contributo degli azionisti a coprire le perdite subite in rimedio alla sottocapitalizzazione di una banca, come previsto dalla comunicazione sul settore bancario, non integra violazione del diritto di proprietà di questi, in quanto responsabili per le passività della banca fino a concorrenza del capitale sociale della stessa.

Lo Stato membro, come le banche beneficiarie degli aiuti di Stato di cui trattasi, si assume il rischio di vedersi opporre una decisione della Commissione che dichiara l'incompatibilità di tali aiuti con il mercato interno."

Infine la Corte ha dichiarato che le misure di ripartizione degli oneri sono ricomprese nella nozione di «provvedimenti di risanamento» ai sensi della direttiva in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi.

Poiché dette misure mirano a risanare la posizione patrimoniale degli istituti di credito e a superare la carenza di capitale degli stessi, esse hanno lo scopo di salvaguardare o risanare la situazione finanziaria di un ente creditizio.

Il panorama tracciato è solo un punto di partenza per delineare il quadro normativo tracciato dalla direttiva BRRD e dalle norme di attuazione nell'ordinamento interno. Solo dalla concreta applicazione alle crisi conclamate o ad istituti bancari in momentanea difficoltà, le soluzioni adottate dal legislatore troveranno adeguata verifica della possibilità di perseguire l'interesse pubblico a "composizioni ordinate" delle crisi bancarie.

## Bibliografia

T. ARIANI – L. GIANI, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, II, 721 ss.; E. AVGOULEAS – C.A. GOODHART, *A critical evaluation of bail-in as a bank recapitalisation mechanism*, in *International macroeconomics*, Discussion paper n. 10065, luglio 2014, in [www.cepr.org/pubs/dps/DP10065.php](http://www.cepr.org/pubs/dps/DP10065.php), 1; C. BARBAGALLO, *Indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano*, Audizione dinnanzi alla VI Commissione Finanze, Camera dei Deputati, Roma, 9 dicembre 2015; G. BOCCUZZI, *L'Unione bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015; ID, *La risposta europea alla gestione delle crisi bancarie: alcune riflessioni critiche*, in *Bancaria*, 2016, (4), 15 ss.; S. BONFATTI, *Le procedure di prevenzione e di regolazione delle situazioni di "crisi" delle banche nella prospettiva della integrazione comunitaria*, in *Il caso.it*, 19 novembre 2013; ID., *La responsabilità degli "enti ponte" (e delle banche incorporanti) per le pretese risarcitorie nei confronti delle "quattro banche" (vantate dagli azionisti "risolti", e non solo)*, in *Riv. dir. banc.*, 2017; A. CANEPA, *Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di stato nella crisi: ruolo e scelte della commissione nel settore bancario*, in [amministrazioneincammino.luiss.it](http://amministrazioneincammino.luiss.it), 15 luglio 2016; O. CAPOLINO, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, relazione al Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11 "Regole e mercato", 7-9 aprile 2016, in [www.regolazioneideimercati.it](http://www.regolazioneideimercati.it), 1 ss.; ID, *Risanamento e risoluzione delle banche: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, in P. VALENSISE – M. MANCINI - V. SANTORO (a cura di), *Mercato e regole*, Torino, 2017; F. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*, in *Riv. dir. banc.*, 20, 2016; ID, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, n. 2, parte I, 102 ss.; ID, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Contr. e impr.*, 2017, n. 3, 899 ss.; P. CARRIERE, *Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*, in *Riv. dir. banc.*, febbraio 2016, 1; V. CARRIERO, *Salvataggi bancari e sacrificio di diritti: il bail-in*, in *Foro it.*, 2016 (4), parte V, 147 ss.; M. CASTIGLIONI, *I diritti degli azionisti e degli obbligazionisti nel caso di dissesto o procedure di liquidazione di banche e società. Il caso della liquidazione coatta amministrativa di Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza*, in *Magistra banca e finanza*, 14.7.2017; R. CERRONE, *Unione Bancaria e riforma dei sistemi di garanzia dei depositi: una nuova prospettiva?*, in *Riv. banc.*, 2016, (6), 7 ss.; F. CORTESE, *L'insostenibile delicatezza dell'amministrazione per legge. Spunti di riflessione a margine delle vicende che hanno condotto all'approvazione della nuova disciplina sul risanamento e sulla risoluzione degli enti creditizi*, in *Riv. dir. banc.*, 2016; A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, in *Banca impr. soc.*, 2015, 3, p. 391; C. DI FALCO – M.G. MAMONE, *Capire lo strumento del bail-in attraverso le linee guida e i regulatory technical standards della European Banking Authority (EBA)*, in [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), febbraio 2016; A. A. DOLMETTA, *Le tutele mancanti*, in *Riv. dir. banc.*,

dirittobancario.it; A.A. DOLMETTA – U. MALVAGNA, “Banche venete” e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017, in *Riv.dir. banc.*, 2017, n. 15; L. DONATO, *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Dalla Legge Bancaria al Single Supervisory Mechaism*, in AA.VV., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 75, Roma, 2014, 93 ss.; L. ERZEGOVESI, *Il bail-in e le banche italiane: due visioni e tre risposte concrete*, in *Riv. dir. banc.*; P. FIORIO, *La responsabilità delle good banks per la vendita delle azioni e delle obbligazioni risolte e le procedure di indennizzo a carico del fondo di solidarietà*, in *Riv. dir. banc.*, 2016; A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *BBTC*, 2015, 587 ss.; G.L. GRECO, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di “risoluzione” delle banche*, in *Banca impr. soc.*, 2016, (1), 77 ss.; G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, (12), 1485 ss.; E. HUPKES, *Special Bank Resolution and shareholders' rights: balancing competing interests*, in *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 17, n. 3, Emerald, Bingley, 2009, 277 ss.; B. INZITARI, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d. lgs. 180/2015)*, in *Dir. fall.*, 2016, (3-4), I, 629 ss.; B. INZITARI, *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di Stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea*, in *BBTC*, (6), 2016, 642 ss.; V. LEMMA, *La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per una insolvenza obbligatoria?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, II, 26 ss.; R. LENER, *Bail-in: una questione di regole di condotta?*, in *Riv. dir. banc.*, 2016; R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *BBTC*, 2016, (3), I, 287 ss-; ID, *Rischio di bail-in e gestione della liquidità in un gruppo bancario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, n. 17; R. LENER, *Bank resolution in practice: the banking crisis in Italy*, 4th Conference on the Banking Union, Frankfurt, 17 maggio 2017; M. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di Stato e meccanismi di risanamento e risoluzione*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2014, (6), 1339 ss.; M. MARCUCCI, *Crisi bancarie e diritti degli azionisti* in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014, 143 ss.; I. MECATTI, *Il decreto salva risparmio*, in *Riv. dir. banc.*, 2017; U. MINNECI, *Sull'art. 3, comm a1 lett. c. del d.l. n. 99/2017: una soluzione pro banca costituzionalmente fragile*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, n. 19; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca impr. soc.*, 2015, (3), 339 ss.; G. PSAROUDAKIS, *Kotnik: Bank bail-outs and burden sharing in European law*, in *RISF*, 2017, (1), 34 ss.; M. RISPOLI FARINA, *Verso la vigilanza unica europea. Stato dell'arte*, in *Innov e diritto 2012,n.6.ID La disciplina europea di soluzione delle crisi bancarie. L'attuazione nell'ordinamento italiano. Profili problematici*, in *Innovazione e diritto*, 2016, (4), 103 ss.; ID, *La vendita e la separazione delle attività*, in P. CHITI – V. SANTORO, *L'Unione Bancaria europea*, Pisa, 2016; D. ROSSANO, *L'applicabilità della nuova disciplina sulle crisi bancarie alle banche di credito cooperativo*, in *Contr. e impr.*, 2017, n. 1, 55 ss.; D. ROSSANO, *Gli aiuti di Stato alle banche e le ritrattazioni della Commissione: tra distorsioni della*

concorrenza e (in)stabilità finanziaria (nota a sentenza del Tribunale UE del 12 novembre 2015, Causa T. 499/12), in *Riv. trim. dir. econ.*, (1), 2016, 1 ss.; ID, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. 3, 2015, 269 ss.; E. RULLI, *Primi casi di risoluzione bancaria assistita da fondi, l'intervento del fondo nazionale di risoluzione. Rapporti tra fondo nazionale e Single Resolution Fund*, in *BBTC*, 2016, (3), I, 365 ss.; ID, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, in *Riv. trim. dir. pubb. econ.*, 2014, (3), 284 ss.; P. SANCHEZ CALERO, *Resolucion de cuatro entidades de crédito italianas: las decisiones de la Comision Europea*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 2016, n. 141, 235 ss.; G. SANTONI, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche*, in *Riv. dir. banc.*, 2016; ID, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *BBTC*, 2016, (5), II, 619 ss.; ID, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione dello stato di insolvenza*, in *AGE*, 2016, (2), 524 SS.; L. SCIPIONE, *Il Single Resolution Mechanism e i meccanismi di finanziamento: le nuove regole per la gestione delle crisi bancarie a livello europeo*, in *Innovazione e diritto*, 5, 2014; M. SEMERARO, *Principio di condivisione degli oneri e tutela del risparmio*, in *Riv. dir. banc.*, 2016; L. STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *AGE*, 2016, (2), 572 ss.; ID, *La gestione delle crisi bancarie. La tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, vol. IV, 2, 2015, 16 ss.; ID, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea. In AA.VV., Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 75, Roma, 2014, 147 ss.; A. J. TAPIA HERMIDA, *El nuevo Reglamento de las crisis bancarias: el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrollo la Ley 11/2015*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 2016, n. 141, 231 ss.; T. TOMASI, *I poteri di vigilanza della Banca d'Italia alla luce delle nuove norme sulla crisi bancaria. Riflessioni sulla disciplina con particolare riferimento al caso della Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.a.*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, (4), 873 ss M.P. CHITI e V. SANTORO, (a cura di) *L'unione bancaria europea*, Pisa 2016.