

Lorenzo Stanghellini

Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale

(doi: 10.1433/85260)

Analisi Giuridica dell'Economia (ISSN 1720-951X)

Fascicolo 2, dicembre 2016

Ente di afferenza:

Università di Firenze (unifi)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale

1. IL NUOVO QUADRO DEL RIPARTO DI COMPETENZE FRA AUTORITÀ ITALIANE ED EUROPEE

All'insorgere della crisi di una banca (o di un altro ente soggetto a vigilanza prudenziale)¹ scattano complesse valutazioni, effettuate da soggetti diversi, che lungo un percorso articolato possono condurre a vari esiti: il superamento della crisi senza sacrifici per gli investitori, il suo superamento grazie a sacrifici circoscritti, il suo evolvere verso una soluzione «conservativa» o, infine, il suo precipitare verso una soluzione liquidatoria.

La crisi viene gestita mediante un complesso percorso decisionale che prevede competenze ripartite fra autorità nazionali ed europee. Orientarsi in questo percorso non è facile, e la difficoltà è accentuata dal fatto che il testo della direttiva che prevede le regole fondamentali in materia (la Direttiva 2014/59/UE, d'ora in avanti «BRRD»), è alquanto farraginoso, e non più agevoli e chiari sono gli altri testi di matrice europea, infarciti di dettagli ed eccezioni dai quali i principi-guida possono essere estratti solo con grandi sforzi ricostruttivi.

A ciò si aggiunga che alle norme sostanziali dell'Unione europea in materia di autorizzazione all'attività bancaria, vigilanza e gestione delle crisi si sovrappongono, per i paesi dell'Eurozona e per i paesi che, pur adottando una moneta diversa dall'euro, aderiranno volontariamente all'Unione bancaria (paesi c.d. *opt-in*), anche le ulteriori norme in materia di Unione bancaria². Queste ultime, di natura per lo più (ma non solo) procedimentale, sono costituite:

¹ Per i dettagli della complessa individuazione degli enti che, oltre alle banche, sono soggetti alla disciplina delle crisi bancarie rinvio ad A. Perin, «*Single Resolution Mechanism*»: *ambito di applicazione, base giuridica e poteri sanzionatori*, in questo fascicolo.

² Si veda, da ultimo, D. Boccuzzi, *L'Unione bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015; M. Lamandini, D. Ramos Muñoz,

- dal Regolamento UE n. 1024/2013, che ha creato il Meccanismo di Vigilanza Unico, incentrato sulla collaborazione fra Banca Centrale Europea e autorità di vigilanza nazionali, attraverso il quale viene assicurata la supervisione prudenziale sulle banche poste all'interno dell'Eurozona;
- dal Regolamento UE n. 806/2014, che ha creato il Meccanismo di Risoluzione Unico, incentrato sulla collaborazione fra il *Single Resolution Board*, autorità di nuova istituzione con sede a Bruxelles, e le autorità di risoluzione nazionali³, attraverso il quale viene svolta la funzione di gestione delle crisi delle banche dell'Eurozona.

La Banca Centrale Europea e il *Single Resolution Board* (di seguito, SRB) esercitano le loro competenze in stretto coordinamento, rispettivamente, con le autorità nazionali di vigilanza (nel caso dell'Italia, la Banca d'Italia) e con le autorità nazionali di gestione delle crisi (nel caso dell'Italia, la speciale «Unità di Risoluzione e gestione delle crisi» costituita, con autonomia funzionale, all'interno della stessa Banca d'Italia)⁴.

Con riferimento al tema delle crisi bancarie, in via di prima approssimazione, si può dire che il SRB è competente ad assumere le decisioni in materia di pianificazione e gestione delle crisi delle banche sottoposte alla vigilanza diretta della BCE e delle banche appartenenti a gruppi con operatività transnazionale all'interno dell'Eurozona, soggetti a vigilanza consolidata (ma non individuale diretta) della BCE (art. 7 Regolamento UE 806/2014)⁵. Per le residue banche, la competenza è in capo alle autorità nazionali.

EU Financial Law. An Introduction, Milano, 2016, pp. 232 ss.; *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, Pisa, 2016, *passim*.

³ L'Unione bancaria è progetto in corso di completamento, prevedendo anche l'istituzione di un'assicurazione europea sui depositi (European deposit insurance scheme, o EDIS), oggetto di una proposta del 24 novembre 2015 da parte della Commissione (Proposta di Regolamento che modifica il regolamento (UE) n. 806/2014 al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi, COM/2015/0586 final – 2015/0270).

⁴ La Banca d'Italia è stata designata autorità nazionale di risoluzione dall'art. 8, comma 1, lett. d, della l. 8 luglio 2015, n. 114.

⁵ Per un'analisi del *Single Resolution Mechanism* si veda A. de Aldisio, *La gestione delle crisi nell'unione bancaria*, in *Banca, impresa, soc.*, 2015, pp. 391 ss. e O. Capolino, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, Rapporto sull'attività di ricerca condotta nell'ambito del PRIN 2010-2011, <http://www.regolazioneimercati.it>, nonché A. Perin, «*Single Resolution Mechanism*»: *ambito di applicazione, base giuridica e poteri sanzionatori*, cit. Data l'incidenza della c.d. «dottrina Meroni», che limita la possibilità di creare autorità con poteri decisionali non previste dai trattati, il processo decisionale interno del SRB è a sua volta alquanto complesso: le decisioni in materia di risoluzione delle banche sono infatti in realtà adottate dalla Commissione

Anche le autorità europee, tuttavia, applicano la normativa nazionale. La massima parte di tale normativa, per l'Italia, è contenuta nel TUB, il cui testo è stato adeguato alla BRRD con d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, e nel d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che ha recepito la residua parte della BRRD. Ne consegue che per la crisi di banche italiane, anche sottoposte a vigilanza europea, la normativa rilevante è quella italiana. Su questa, dunque, ci concentreremo, non solo per il suo diretto interesse per il dibattito italiano, ma anche per la sua maggiore chiarezza rispetto alla direttiva di cui pure è attuazione.

2. LE FINALITÀ DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI CRISI BANCARIE

Il complesso processo decisionale che descriveremo mira ad assicurare che, in caso di crisi di una banca, siano adeguatamente perseguite le finalità della normativa in materia. È dunque importante comprendere quali siano tali finalità.

Come è noto, la BRRD prevede misure di *pianificazione del risanamento*, miranti a consentire lo spontaneo superamento delle crisi (piani di risanamento che ogni intermediario deve predisporre ai sensi degli artt. 69-ter ss. TUB, accordi di sostegno finanziario infragruppo ai sensi degli artt. 69-duodecies ss. TUB, con i quali le società del gruppo, in modo reciproco o anche unidirezionale, si impegnano a prestarsi sostegno finanziario in caso di crisi). Essa prevede altresì strumenti di *intervento precoce*, che attribuiscono all'autorità di vigilanza potenti e graduate «armi» per favorire il superamento di una crisi ai suoi primi sintomi (ordini di fare o non fare, rimozione di amministratori, organi di controllo e alti dirigenti, nomina di commissari in affiancamento agli amministratori, e sottoposizione ad amministrazione straordinaria, ai sensi degli artt. 69-octiesdecies ss. TUB).

Nessun intervento, pur efficace e tempestivo, può tuttavia assicurare che le crisi non si verifichino o vengano superate. In relazione a questa eventualità, dunque, emerge l'altro obiettivo della BRRD, che qui ci interessa

europea sulla base di una tecnica di silenzio-assenso rispetto alla decisione del SRB, e in caso di obiezioni della Commissione fondate su pubblico interesse o sull'uso del Single Resolution Fund la decisione finale è presa dal Consiglio dei ministri dell'Unione europea. Si veda specificamente A. de Aldisio, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico. La distribuzione dei compiti tra il Comitato di risoluzione unico e le autorità di risoluzione nazionali e altri aspetti istituzionali*, in *Scritti sull'Unione bancaria*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale (n. 81), Banca d'Italia, 2016, pp. 137 ss., ivi, pp. 146 ss., e A. Perin, *op. cit.*, par. 6.

da vicino: assicurare che le crisi bancarie vengano gestite in modo ordinato. Ciò al fine di perseguire tre obiettivi tra loro interconnessi (ma non necessariamente tutti compatibili), definibili come «interesse pubblico»⁶: la minimizzazione dell'impatto del dissesto bancario sui contribuenti, sul sistema finanziario e sull'economia reale, la minimizzazione del costo per i depositanti, il mantenimento della stabilità del sistema economico-finanziario, sia in una prospettiva *ex ante* (mirante a evitare l'azzardo morale)⁷, sia in una prospettiva *ex post*, quando appunto la crisi è ormai insorta e deve essere ordinatamente gestita in modo da limitare le perdite e possibilmente impedire un contagio sistemico.

L'interesse pubblico viene perseguito dalla BRRD attribuendo alle autorità penetranti strumenti per la «risoluzione» della banca: dal trasferimento coattivo di suoi asset o passività o persino delle sue azioni e altri titoli di proprietà, al suo salvataggio interno mediante bail-in⁸, alla costituzione di una banca ponte (art. 39 ss. d.lgs. 180/2015). Tali strumenti mirano ad assicurare che i valori del patrimonio della banca in crisi siano conservati (con ciò minimizzando le perdite) e le funzioni essenziali della banca siano mantenute in attività (con ciò minimizzando la perturbazione del sistema finanziario). Dato che questi strumenti incidono pesantemente sui diritti della banca, dei suoi azionisti e dei suoi creditori, il loro uso è stato espressamente limitato ai casi in cui la crisi dell'intermediario metta in pericolo gli obiettivi definibili come di «interesse pubblico»⁹.

⁶ Gli obiettivi cui mira la risoluzione risultano dall'art. 31 della Direttiva, il cui contenuto, invero sovrabbondante e di non facile lettura, è stato ripreso con maggiore chiarezza e sintesi nell'art. 21 del d.lgs. 180/2015.

⁷ La tutela della stabilità «*ex ante*» viene perseguita inducendo negli intermediari comportamenti corretti, che correlino rischio e rendimento e, appunto, non siano improntati ad azzardo morale (consistente nell'assunzione di alti rischi, con l'obiettivo di conseguire rendimenti elevati, ma nella consapevolezza che saranno altri a pagare le eventuali perdite).

⁸ Sul quale si veda I. Donati, *La ricapitalizzazione «interna» delle banche mediante bail-in*, in questo fascicolo, nonché D. Vattermoli, *Il bail-in, L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, pp. 517 ss.

⁹ Il tema dell'incidenza sui diritti individuali di «proprietà» (intesa nella sua più ampia accezione di posizione individuale suscettibile di valutazione economica, che dunque comprende anche gli azionisti e i creditori: si veda G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, 1485, ivi pp. 1491 ss., e L. Stanghellini, *La struttura finanziaria della società per azioni al tempo della grande crisi*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, a cura di G. Carcano, C. Mosca e M. Ventruruzzo, Milano, 2016, pp. 257 ss.) è stato oggetto di una serie di importanti pronunzie della Corte di giustizia dell'Unione europea, che hanno esaminato la compatibilità fra strumenti di intervento autoritativo motivati dalla crisi finanziaria e diritti degli investitori (si tratta delle sentenze 19 luglio

Quando invece l'interesse pubblico non sia in pericolo, la crisi deve essere gestita non con gli strumenti di risoluzione, ma con gli strumenti ordinari, cioè con le procedure di insolvenza normalmente previste per gli intermediari: nel caso dell'Italia, con la liquidazione coatta amministrativa di cui agli artt. 80 ss. TUB. In questo caso, si accetta che la crisi venga gestita con strumenti di tipo liquidatorio, la qual cosa non implica che l'azienda bancaria debba essere necessariamente disgregata: implica solo che la sua conservazione può essere fatta unicamente mediante la sua cessione in attività a terzi, eventualmente preceduta dall'esercizio provvisorio dell'impresa o di suoi rami di cui all'art. 90 comma 3 TUB.

3. IL TEMA DELL'INTERESSE PUBBLICO

Valutare quando l'interesse pubblico sia in pericolo, e dunque la banca debba essere sottoposta a risoluzione anziché a liquidazione coatta amministrativa, è esercizio difficile, che comporta un elevato grado di discrezionalità tecnica nonché, è il caso di dirlo, una certa sensibilità politica. Allorché non vi siano compratori per l'azienda bancaria, la qual cosa è sempre più frequente nell'attuale situazione di eccesso di capacità, scegliere fra la risoluzione e la liquidazione coatta amministrativa comporta conseguenze rilevanti¹⁰.

2016, C-526/14, *Kotnik*, 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15, *P, Ledra Advertising Ltd*, e 8 novembre 2016, C-41/15, *Dowling*).

¹⁰ Un caso problematico è quello in cui mediante gli strumenti di risoluzione si potrebbero conservare valori che, con la liquidazione, andrebbero invece perduti (si pensi a un caso in cui al momento in cui la crisi si manifesta non vi è un acquirente per gli sportelli, ma esso potrebbe presentarsi dopo alcuni mesi: lo strumento della banca ponte potrebbe allora consentire di superare quel periodo e consentire la vendita dell'azienda in attività, mentre ciò non sarebbe possibile con la liquidazione coatta, essendo l'esercizio provvisorio strumento eccezionale e non tale da assicurare una piena funzionalità alla banca). In questo caso certamente l'interesse dei creditori a una realizzazione dei massimi valori astrattamente conseguibili non è tale da essere considerato, in assenza di riflessi di natura sistemica, «interesse pubblico»; dall'altro, che in taluni casi lo stesso utilizzo degli strumenti di risoluzione può mettere a rischio la stabilità del sistema (ciò, in specie, quando il tentativo di massimizzare la soddisfazione dei creditori si riveli privo di successo, poiché ad esempio non si è trovato un acquirente per gli sportelli, e si renda necessario un nuovo intervento dell'autorità, con il risultato di pregiudicare la fiducia del mercato circa la capacità degli strumenti di risoluzione di risanare le banche in crisi). Questo significa che, in assenza di interesse pubblico, la crisi deve essere sempre gestita mediante la procedura di liquidazione coatta amministrativa, nella quale si possono e si debbono fare tutte le operazioni di natura conservativa consentite con gli strumenti, ampi ma non eccezionali, previsti dal TUB.

Si possono fare al riguardo alcune considerazioni. Innanzitutto, vi è un'innegabile connessione fra dimensione della banca e interesse pubblico alla sua risoluzione (e non liquidazione) in caso di crisi. Il rischio che la crisi di una banca di grandi dimensioni produca effetti sistemici è infatti elevato, motivo per cui vi è la diffusa convinzione che le grandi banche, in tale evenienza, siano destinate ad essere sottratte alla liquidazione e sottoposte a risoluzione¹¹.

Il vero problema si pone allora per le banche di dimensioni medio-piccole, allorché non sia dimostrato che la conservazione dell'azienda in attività risponde agli interessi dei creditori. Da un lato, infatti, mantenere in attività, con gli strumenti di risoluzione (si pensi al bail-in o alla banca ponte), aziende che producono perdite è socialmente costoso sul lungo periodo, e può portare all'obbligo di compensare creditori che si siano visti imporre perdite che essi non avrebbero subito in caso qualora esse fossero state liquidate (art. 87 d.lgs. 180/2015)¹², dall'altro lato la cessazione dei servizi bancari può comportare costi non solo per i creditori, ma anche per i debitori della banca: si pensi, a questo proposito, a imprese che abbiano ricevuto dalla banca in liquidazione coatta linee di credito a breve, che non riescono a sostituire con immediatezza con altrettante linee di credito

¹¹ La presidente del Consiglio di Vigilanza della BCE, Danielle Nouy, il 21 novembre 2016, durante un incontro presso l'Università di Roma «*La Sapienza*», BCE ha recentemente espresso l'opinione secondo cui, in caso di crisi di una banca soggetta a vigilanza della BCE, l'unica strada percorribile sarebbe sempre la risoluzione; ne emergerebbe l'implicita convinzione che la liquidazione sia sempre incompatibile, per le banche «*significative*», con la salvaguardia dell'interesse pubblico (cfr. www.corriere.it/notizie-ultima-ora/Economia/Banche-Nouy-liquidazione-banca-sistemica-non-opzione/21-11-2016/1-A_035338099.shtml). Benché tale posizione sia stata espressa in modo astratto e la BCE, come vedremo, non sia competente alla relativa decisione (spettando questa al SRB), sembra potersene evincere che le autorità dell'Eurozona paiono orientate a escludere la liquidazione dal novero degli scenari ipotetici che potrebbero astrattamente interessare le banche di dimensioni più grandi.

¹² La norma, che codifica il principio del c.d. «no creditor worse off», dispone: «Trattamento di azionisti e creditori in caso di applicazione del bail-in e di cessioni parziali. 1. In caso di applicazione del bail-in, gli azionisti e i creditori i cui crediti sono stati ridotti o convertiti in azioni non possono subire perdite maggiori di quelle che avrebbero subito se l'ente sottoposto a risoluzione fosse stato liquidato nel momento in cui è stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione, secondo la liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal TUB o altra analoga procedura concorsuale applicabile. – 2. Nell'ipotesi di cessione parziale di diritti, attività e passività dell'ente sottoposto a risoluzione, gli azionisti e i creditori i cui crediti non sono stati ceduti hanno diritto di ricevere almeno quanto avrebbero ottenuto se l'ente sottoposto a risoluzione fosse stato liquidato secondo la liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal Testo Unico Bancario o altra analoga procedura concorsuale applicabile nel momento in cui è stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione».

ottenute presso altre banche. La crisi della banca di un territorio anche limitato, se non viene assicurata la continuità dell'attività bancaria, può dunque portare a una grave crisi dell'economia reale, e dunque, se necessario (ad esempio, perché nessun acquirente esiste per gli sportelli), deve essere affrontata con gli strumenti della risoluzione.

In sintesi, non credo che possano essere adottati approcci meccanicistici basati solo sulla dimensione¹³, e debba, invece, essere adottato un approccio concreto, caso per caso, pur nella consapevolezza che ogni continuazione di attività «finanziata» dai creditori sotto forma di perdite rispetto alla liquidazione può comportare esborsi per il fondo di risoluzione¹⁴ e dunque deve essere attentamente ponderata.

4. I COMUNI PRESUPPOSTI DELLA RISOLUZIONE E DELLA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

Occorre adesso soffermarsi sul percorso che scatta in caso di crisi della banca, e che può portare (ma non necessariamente porta) alla sua sottoposizione a risoluzione o a liquidazione coatta amministrativa. I presupposti che devono sussistere perché venga avviato il processo decisionale delle autorità sono comuni ai due esiti, e sono due:

1) che la banca versi in stato di «*dissesto o rischio di dissesto*» (art. 17, comma 1, lett. a), e comma 2, d.lgs. n. 180/2015);

2) che non si possano «*ragionevolmente prospettare misure alternative che permettono di superare la situazione [di dissesto o rischio di dissesto] in tempi adeguati*» (art. 17, comma 1, lett. b, d.lgs. 180/2015).

¹³ Si veda, per un approccio in qualche modo standardizzato (anche se non vincolante *ex post*), il documento di consultazione della Bank of England, che per le banche di dimensione ridotta propone di commisurare le passività soggette a bail-in al numero di conti correnti, lasciando intendere che sotto 40.000 conti correnti la strategia preferita in caso di crisi sia la liquidazione: «The Bank of England's approach to setting a minimum requirement for own funds and eligible liabilities (MREL). Consultation on a proposed Statement of Policy» (disponibile all'indirizzo: www.bankofengland.co.uk/financialstability/Documents/resolution/mrelconsultation2015.pdf).

¹⁴ Cfr. E. Rulli, *Fondi di risoluzione «obbligatoria»: se non il contribuente, chi paga il costo della crisi bancaria?*, in questo fascicolo. Per penetranti considerazioni di carattere generale si veda M. Perrino, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, cit., pp. 357 ss., ivi, p. 379.

Quanto al primo presupposto, la banca versa in stato di dissesto sia in caso di insufficienza patrimoniale, sia in caso di tensione finanziaria (che, ovviamente, per una banca è particolarmente preoccupante in considerazione della sua funzione), sia infine in caso di grave crisi gestionale¹⁵. Non solo la presenza attuale di tali circostanze, ma anche la prospettiva che queste si verifichino in un «prossimo futuro» integra il «rischio di dissesto» che legittima l'intervento dell'autorità di risoluzione¹⁶. L'accertamento di questo presupposto spetta sia all'autorità di vigilanza competente sulla specifica banca (a seconda della dimensione dell'intermediario, la BCE o la Banca d'Italia)¹⁷, sia all'autorità di risoluzione competente sulla specifica banca (SRB o Banca d'Italia, in veste di autorità di risoluzione)¹⁸.

La valutazione dell'autorità sulla situazione di dissesto dovrebbe basarsi, di regola, sul positivo accertamento della sussistenza di più di una circostanza che ne sia sintomatica (ad esempio, la compresenza di uno squilibrio patrimoniale e di uno squilibrio finanziario)¹⁹. Qualora l'organo amministrativo di una banca ritenga che questa si trovi in dissesto o a rischio

¹⁵ Si veda, per i rapporti fra le nozioni di stato di dissesto e insolvenza, G. Santoni, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione dello stato di insolvenza*, in questo fascicolo.

¹⁶ Le circostanze che identificano la situazione di «dissesto» e gli «elementi oggettivi» che possono essere valorizzati dall'autorità competente ai fini dell'accertamento del «rischio di dissesto» sono precisati negli «*Orientamenti sull'interpretazione delle diverse situazioni nelle quali un ente è considerato in dissesto o a rischio di dissesto (articolo 32, paragrafo 6, della direttiva 2014/59/UE)*» del 6 agosto 2015, elaborati dall'*European Banking Authority*. Le indicazioni contenute in questi orientamenti, benché di grande rilevanza, non hanno tuttavia natura vincolante e non limitano l'autonomia decisionale delle autorità competenti.

¹⁷ Secondo la Commissione europea la valutazione dello stato di dissesto o di rischio di dissesto di una banca competerebbe alla BCE anche nel caso di banche non «significative», in quanto essa è titolare del potere di revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria. Si tratta di un'interpretazione non ufficiale riportata da A. de Aldisio, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico. La distribuzione dei compiti tra il Comitato di risoluzione unico e le autorità di risoluzione nazionali e altri aspetti istituzionali*, cit., p. 149.

¹⁸ Alla base di questa competenza concorrente vi è verosimilmente il timore della c.d. *regulatory forbearance*, cioè della possibile riluttanza delle autorità di supervisione a riconoscere l'insuccesso dell'attività di vigilanza; cfr. J. Armour, D. Awrey, P. Davies, L. Enriques, J.N. Gordon, C. Mayer, J. Payne, *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, p. 357.

¹⁹ In questo senso si sono espressi gli orientamenti elaborati dall'EBA, di cui alla nota precedente, ove si legge «Nella maggior parte dei casi, vari fattori contemplati nei presenti orientamenti – e non uno soltanto di essi – dovrebbero contribuire all'accertamento che un ente è in dissesto o a rischio di dissesto. Tuttavia, possono presentarsi situazioni in cui il soddisfacimento di una sola condizione, in funzione della sua gravità e del suo impatto prudenziale, può essere sufficiente a far scattare misure di risoluzione» (par. 16).

di dissesto, esso è obbligato ad informare tempestivamente la competente autorità di vigilanza²⁰; tuttavia, dato che l'individuazione della sussistenza dello stato di dissesto o di rischio di dissesto è di esclusiva competenza dell'autorità, l'omissione di tale adempimento può rilevare solo sul piano della responsabilità degli amministratori: la banca non può infatti avviare una procedura di crisi in proprio.

Il secondo presupposto è l'inesistenza di misure alternative che consentano di superare la situazione di dissesto o rischio di dissesto «in tempi adeguati» (art. 17, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 180/2015). Tali misure alternative possono essere sia operazioni di mercato, quali ad esempio un aumento di capitale o la vendita di un asset fondamentale che permettano di risolvere la crisi, sia interventi da parte di sistemi di tutela istituzionale la cui dotazione proviene da contributi volontariamente concessi dal sistema bancario²¹, sia infine azioni di vigilanza (amministrazione straordinaria o altro strumento).

Chiaramente, per poter escludere il presupposto della risoluzione, tali alternative devono appunto essere praticabili «in tempi adeguati» in relazione alle circostanze del caso concreto (in particolare, in relazione al rischio che nel frattempo abbia luogo un ritiro dei depositi o si rechi danno ai clienti della banca, al valore generale della fiducia nel mercato o alla stabilità del sistema finanziario)²². La locuzione «tempi adeguati» si presta, evidentemente, ad una valutazione discrezionale da parte dell'autorità, che potrà essere censurata in via giudiziale soltanto nei limiti e secondo i principi che regolano il sindacato sull'esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'autorità (nazionale o europea) che procede²³.

²⁰ Ove questa sia la BCE, la comunicazione deve essere data anche alla Banca d'Italia (art. 19, comma 1, d.lgs. n. 180/2015).

²¹ Sistemi che si stanno facendo spazio anche in Italia alla luce degli strettissimi vincoli imposti dalla Commissione europea, che considera aiuti di Stato gli interventi dei fondi di garanzia costituiti con contributi obbligatori: si vedano le decisioni della Commissione europea nei casi di Banca Romagna (SA.41924, 2 luglio 2015) e di Banca Tercas (SA.39451, 23 dicembre 2015). La seconda decisione è stata impugnata dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e dalla Banca d'Italia.

²² Cfr. gli orientamenti elaborati nel Regno Unito dalla *Financial Services Authority* (FINMAR 3 del *FSA Handbook*) volti ad anticipare i criteri con cui tale autorità interpreterà la condizione prevista dall'art. 7, par. 3, del *Banking Act 2009*, il cui contenuto corrisponde sostanzialmente a quanto adesso previsto dall'art. 17, comma 1, lett. b, d.lgs. 180/2015.

²³ Il contenzioso in merito alla sussistenza dei presupposti della risoluzione che dovesse seguire all'esercizio di un'azione di risoluzione da parte dell'autorità potrebbe essere fondato soltanto sulla palese irragionevolezza o contraddittorietà dell'iter logico seguito dall'autorità di risoluzione. In considerazione degli interessi pubblici che vengono in rilievo

5. LE DECISIONI DELL'AUTORITÀ: WRITE-DOWN «RISTORATIVO», RISOLUZIONE, LIQUIDAZIONE COATTA

Quando entrambi i presupposti descritti al paragrafo precedente si verificano, la banca è, per così dire, sul tavolo operatorio dell'autorità di risoluzione competente (SRB o Banca d'Italia). È questa che deve decidere in quale «binario» deve essere indirizzata la gestione della crisi: il binario delle procedure ordinarie di liquidazione (nel caso delle banche italiane, la liquidazione coatta amministrativa) o quello della risoluzione.

Prima di questa decisione, deve essere fatta un'ultima valutazione: quella se lo stato di dissesto o di rischio di dissesto possa essere superato mediante un *write-down* (tecnicamente, riduzione e conversione) «ristorativo», ossia se la crisi, che ormai esiste ed è conclamata (essendo ormai superata la fase dell'intervento precoce), possa essere risolta mediante la *cancellazione* (fino a copertura delle eventuali perdite) e la successiva *conversione in azioni* dei soli strumenti di capitale (quindi quelli computabili nel Tier 1 o nel Tier 2, anche qualora non effettivamente computati), senza incidere sulle altre passività che non presentano le caratteristiche necessarie per poter essere computate nei «fondi propri» della banca (art. 20, comma 1, d.lgs. n. 180/2015). In sostanza, quando la banca si trova in una crisi che, seppur grave, può essere risolta semplicemente cancellando, in tutto o in parte, le azioni emesse dalla banca e convertendo i possessori di obbligazioni subordinate in azioni sino a quanto necessario per assicurare che il Tier 1 torni al livello richiesto per operare, l'autorità *deve* procedere attraverso un *write down* senza sottoporre la banca a risoluzione²⁴. Potremmo dire che il *write-down* è una sorta di «fratello minore» del bail-in, che risponde agli stessi principi ma che ha presupposti meno stringenti, non essendo necessaria la sussistenza dell'interesse pubblico, come sopra identificato.

L'elemento chiave ai fini della decisione di cui sopra è rappresentato dalla «valutazione» che precede l'esercizio del potere di *write down* o la risoluzione (art. 23 d.lgs. n. 180/2015): mediante la valutazione si ac-

nella disciplina della risoluzione bancaria, inoltre, la legge prevede limiti ulteriori rispetto a quelli ordinariamente configurabili con riferimento al sindacato del giudice amministrativo. In particolare, è prevista una presunzione relativa di contrarietà all'interesse pubblico della sospensione dei provvedimenti di risoluzione (art. 95, comma 2, d.lgs. 180/2015).

²⁴ Il *write down* «ristorativo» può, a tutta evidenza, operare anche in combinazione con interventi di mercato, nel senso che esso può essere disposto per ripristinare il livello di capitale adeguato che, dopo il contributo ottenuto dalla banca sul mercato, residui tuttora carente (o per coprire la parte di perdita rimasta non coperta dopo tale contributo).

certa l'ammontare delle perdite, se il *write-down* possa essere sufficiente a superare la crisi (nel qual caso, come detto, esso deve essere disposto) e quale debba essere il patrimonio della banca che sarà rimessa sul mercato (la stessa banca, o un soggetto che nasce dalle sue costole, come appunto una banca ponte). La valutazione è molto complessa e deve avvenire ad opera di un valutatore indipendente che deve procedere ad una valutazione equa, prudente e realistica²⁵.

Quando risulta che il *write-down* non è possibile, oppure non è «ristorativo» perché la crisi è così grave che non può essere risolta intervenendo soltanto sugli strumenti di capitale, allora entra in gioco la valutazione circa la sussistenza dell'interesse pubblico, di cui sopra abbiamo parlato: se l'interesse pubblico sussiste, la banca in crisi viene sottoposta a risoluzione, se esso invece manca (come accade, oltre a quando la stabilità sistemica non sia a rischio, anche quando essa possa essere adeguatamente preservata attraverso le procedure ordinarie), allora viene aperta la procedura di liquidazione coatta amministrativa.

6. IL PROCESSO DECISIONALE, FOTOGRAMMA PER FOTOGRAMMA

In sostanza, il complesso processo decisionale relativo alla gestione della crisi di una banca può essere così riassunto (art. 32 della BRRD, art. 19 ss. d.lgs. 180/2015 e art. 18 ss. Regolamento UE 806/2014):

1) l'autorità *di vigilanza* competente sulla banca (la BCE o la Banca d'Italia) o l'autorità *di risoluzione* competente sulla banca (il SRB o, ancora, la Banca d'Italia, in veste di autorità di risoluzione), determina che la banca è in «dissesto o a rischio di dissesto»;

2) l'autorità di risoluzione (il SRB o la Banca d'Italia) determina che «non si possono ragionevolmente prospettare misure alternative» (di mercato,

²⁵ La valutazione cui si fa qui riferimento è diversa dalla valutazione «successiva» che lo stesso o un altro esperto indipendente deve compiere successivamente all'attuazione dell'azione di risoluzione al fine di identificare eventuali lesioni del principio del *no creditor worse off* e, ove ravvisi 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 ha pubblicato una bozza di norme tecniche volte a precisare e il contenuto della valutazione (www.eba.europa.eu/documents/10180/886895/CP+on+draft+RTS+on+valuation++EBA-CP-2014-38.pdf). Sono state, invece, già recepite dalla Commissione europea le norme tecniche elaborate dall'EBA in relazione ai requisiti di indipendenza dell'esperto (Regolamento delegato UE 2016/1075 del 23 marzo 2016, artt. 37 ss.).

di sistemi di protezione istituzionale o azioni di vigilanza), che permettano di superare la situazione di dissesto o rischio di dissesto in tempi adeguati.

Quando sussistono entrambi i presupposti, l'autorità di risoluzione:

3a) esegue un *write down* «ristorativo», ove questo, anche in combinazione con l'intervento di terzi, sia sufficiente a rimediare allo stato di dissesto o di rischio di dissesto;

3b) se un *write down* «ristorativo» non è possibile o non è sufficiente, l'autorità compie una scelta fondamentale:

3b1) apre la risoluzione, quando la risoluzione è necessaria e proporzionata per proteggere l'interesse pubblico (come sopra descritto) e la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa non consentirebbe di proteggerlo nella stessa misura²⁶;

3b2) non apre la risoluzione in tutti gli altri casi. In tal caso, il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia, dispone ai sensi dell'art. 80 TUB la liquidazione coatta amministrativa²⁷.

Allorché l'autorità opti per la risoluzione, essa adotta il programma di risoluzione che ritiene adeguato al caso concreto²⁸, con il quale effettua la scelta degli strumenti più idonei ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico del quale ha ravvisato l'esistenza: salvataggio interno

²⁶ I provvedimenti della Banca d'Italia che dispongono l'avvio della risoluzione devono essere approvati dal Ministro dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 180/2015. Si tratta di competenza discutibile, criticata da M. Porzio, *La banca insolvente*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, cit., pp. 407 ss., ivi, pp. 413 ss.

²⁷ Proprio per tener conto dei comuni presupposti dell'apertura della risoluzione e della liquidazione coatta l'art. 80, comma 1, TUB è stato modificato dal d.lgs. 181/2015, non prevedendo più, per l'apertura della liquidazione coatta, l'«eccezionale gravità» delle perdite o delle violazioni, ma la sussistenza dei due presupposti positivi (dissesto o rischio di dissesto, inesistenza di alternative) e del presupposto negativo dell'insussistenza dell'interesse pubblico a disporre la risoluzione.

²⁸ Che può anche differire dal piano di risoluzione che la stessa autorità aveva preparato ai sensi degli artt. 7 ss. d.lgs. 180/2015: anche se ciò accadesse, ciò non significherebbe affatto che tale piano sarebbe stato inutile. Il piano di risoluzione assolve infatti a una doppia funzione: *ex ante*, individuare in anticipo le difficoltà che presenterebbe la gestione dell'eventuale crisi e consentire di ridurle (anche grazie ai poteri di cui agli artt. 14 ss. d.lgs. 180/2015), *ex post* (a crisi insorta), dotare di un adeguato patrimonio informativo l'autorità per il momento in cui dovrà intervenire. Evidenzia tanto l'impossibilità che il piano di risoluzione sia semplicemente da attuare, quanto l'utilità del piano nel senso qui esposto, V. de Sérière, *Recovery and Resolution Plans of Banks in the Context of the BRRD and the SRM: Some Fundamental Issues*, in G. Ferrarini, D. Busch (a cura di), *European Banking Union*, Oxford, 2015, pp. 336 ss.

mediante bail-in (art. 48 ss. d.lgs. 180/2015), cessione dell'azienda (o delle azioni o dei titoli di proprietà della banca) a un acquirente di mercato o, in sua assenza, a un ente ponte (art. 40 ss.), il tutto eventualmente accompagnato da cessioni di specifiche attività o passività a società che le gestiscano (artt. 45 e 46)²⁹. Al fine di poter esercitare le azioni revocatorie, la banca sottoposta a risoluzione (ad esempio, ricapitalizzata mediante il bail-in) può essere dichiarata insolvente con sentenza emessa dal tribunale competente (anche su istanza dei commissari speciali della risoluzione): la sentenza accerterà lo stato di insolvenza non con riferimento alla situazione attuale, ma a quella che esisteva alla data dell'avvio della risoluzione (art. 36, commi 1 e 2).

L'apertura della risoluzione non impedisce che, effettuate le operazioni previste dal programma di risoluzione (ad esempio, la cessione dell'azienda a un ente ponte), la vecchia banca, svuotata dei cespiti che la rendevano «sistemica» e dunque non liquidabile senza pregiudizio per l'interesse pubblico, possa essere sottoposta a liquidazione coatta amministrativa dalla stessa autorità (art. 38, comma 3)³⁰. In tal caso, se secondo le norme ordinarie (art. 82 TUB) viene dichiarata la sua insolvenza, i relativi effetti retrodatano dal momento in cui è stata avviata la risoluzione. Si conferma così – qualora ve ne fosse bisogno – che la risoluzione non costituisce un salvataggio della banca (che in dissesto era ed è rimasta, anche se la risoluzione può aver fatto venir meno l'insolvenza: cfr. art. 36, comma 2)³¹, ma un salvataggio *del sistema*, che il dissesto della banca aveva messo in pericolo.

²⁹ È infatti improbabile che la cessione di attività (ad esempio, crediti deteriorati a una bad bank) e/o di passività a una società veicolo sia disposta come unico strumento di risoluzione: più verosimilmente, essa servirà di supporto alla strategia principale della risoluzione, bail-in o cessione dell'azienda (o delle azioni) della banca. La cosa è espressamente prevista dall'art. 46, comma 1, lett. b), secondo cui tale cessione può essere disposta allorché essa sia «necessaria per garantire il corretto funzionamento dell'ente sottoposto a risoluzione o dell'ente-ponte». Il caso si è verificato con la cessione dei crediti in sofferenza delle quattro banche risolte il 22 novembre 2015 (con creazione di quattro enti ponte) a un'unica bad bank.

³⁰ Dopo la cessione dell'azienda bancaria alla banca ponte, ciascuna delle quattro banche risolte il 22 novembre 2015 è stata quindi sottoposta a liquidazione coatta amministrativa (si veda, ad esempio, per la più grande di esse www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/banca-marche/RGC_BANCA_MARCHE_91215.pdf). Esse sono infine state dichiarate insolventi dai tribunali rispettivamente competenti.

³¹ Ciò può accadere, per esempio, a causa della cancellazione di passività, che pur potendo aver riequilibrato la situazione patrimoniale, lungi dall'essere una sopravvenienza spontaneamente generatasi nel patrimonio della banca, è proprio la conseguenza della sua originaria insufficienza patrimoniale. Ne consegue che la risoluzione non può certo far venir meno *ex post* il suo stesso presupposto.

