

Introduzione al Convegno “La soluzione delle crisi bancarie nelle prospettive europee”

di Marilena Rispoli Farina

Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Il tema della soluzione delle crisi bancarie secondo le nuove regole europee per le banche non cessa di essere all’attenzione dei regolatori e degli operatori, da quando salienti novità si sono manifestate nel settore. È d’uopo partire da quando è stata adottata da parte della Commissione europea una Comunicazione (c.d. *Banking Communication* 2013, d’ora in poi BC 2013), che ha modificato profondamente le regole in materia, ponendo le premesse della Direttiva *Banking Recovery and Resolution Directive* (BRRD). L’occasione della presentazione del Volume Il tramonto della banca universale? curato da Mario Porzio e da scrive, per la collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università Federico II, che contiene gli Atti di un importante Convegno del 2016, in onore di Gustavo Minervini, può rappresentare un primo momento di confronto e di riflessione su quanto è avvenuto in Italia fino 2017, per evidenziare quanto della vigente disciplina può essere messo in discussione e quali punti sono attualmente all’attenzione delle Autorità europee in vista di una riforma.

La Relazione di Fabio Ferraro si soffermerà sulle tendenze più recenti in materia di Aiuti di Stato.

Proprio in Italia, in effetti, si è assistito all’applicazione delle nuove norme: nel corso del 2015, la Vigilanza ha dovuto affrontare la crisi di banca Tercas e quella di quattro banche in difficoltà (Banca Etruria, Carichieti, CR Ferrara e Banca Marche), poiché in entrambe le ipotesi, l’intervento di sostegno del Fondo interbancario dei depositi è stato negato in quanto qualificato dalla Commissione europea, ai sensi della BC 2013, aiuto di stato, con la conseguente necessità di predisporre un segmento “volontario” all’interno del FITD per poter risolvere la crisi di Tercas e poi la sottoposizione a risoluzione delle quattro suddette banche, con una procedura speciale che ha anticipato l’attuazione in Italia della BRRD.

Nel corso del 2016, dopo anni di difficoltà e ricorso anche ad aiuti di stato attraverso la emissione dei c.d. Monti bond, si è aggravata anche la situazione del Monte dei paschi di Siena che non ha superato gli stress test EBA nel c.d. scenario avverso¹, così evidenziando forti esigenze di ricapitalizzazione. La crisi della banca senese si è differenziata da quelle appena citate, sia per la rilevanza sistemica dell'istituto, sia perché Mps non era insolvente (il patrimonio netto era positivo), ma presentava la necessità di essere ripatrimonializzata a causa, soprattutto ma non solo, della detenzione di grandi quantità di crediti deteriorati.

Fallito il tentativo di una “soluzione di mercato”, la banca ha dunque richiesto l'accesso alla ricapitalizzazione precauzionale da parte dello Stato, nella misura, determinata da BCE, di 8,8 miliardi di euro. Lo Stato è dunque intervenuto con l'adozione del c.d. decreto salva risparmio (d.l. 23 dicembre 2016, n.237, convertito nella l. 17 febbraio 2017, n.15), il quale, riprendendo il contenuto della BC del 2013, ha disciplinato tre delle quattro forme di aiuto di stato alle banche in crisi previste dalla citata Comunicazione, nello specifico 1) la *ricapitalizzazione precauzionale*; 2) le *misure di sostegno alla liquidità* (garanzia dello stato su operazioni di liquidità di emergenza – ELA) e 3) le *garanzie sulle passività bancarie*. Nel decreto vi è poi una norma specifica dedicata a Mps (art. 23), quale prima destinataria dell'intervento pubblico.

A pochi mesi di distanza, anche per Veneto Banca s.p.a. e Banca Popolare di Vicenza s.p.a., per le quali si sperava di giovare della “ricapitalizzazione precauzionale”, si è attivata, in presenza dello stato di insolvenza la liquidazione coatta amministrativa. In tale ipotesi, escluso dalle autorità competenti il ricorso alla risoluzione², lo Stato italiano ha ritenuto necessario ricorrere alla quarta forma

¹ Lo scenario avverso ipotizzava un aumento nel triennio del rendimento dei titoli di Stato italiani a lungo termine di circa 100 punti base, che avrebbe comportato una svalutazione del 12 per cento di tali titoli (v. BANCA D'ITALIA, *Risultati dello stress test europeo del 2016*, Roma, 29 luglio 2016, p. 1 ss, www.bancaditalia.it).

² Il Comitato unico di risoluzione ha ritenuto che non sussistesse l'interesse pubblico, quale condizione di accesso alle misure di risoluzione (v. SINGLE RESOLUTION BOARD, Decisions SRB/EES/2017/11 e SRB/EES/2017/12, rispettivamente relative a Veneto banca s.p.a. e Banca

di sostegno pubblico prevista dalla BC 2013, e cioè quella dei c.d. *aiuti alla liquidazione*. Con il d.l. 25 giugno 2017 n.99 (convertito in l. 31 luglio 2017, n.121) si è disciplinato il sostegno pubblico intervenendo sulla procedura di l.c.a. che, a differenza di quella “ordinaria”, è qualificata come “ordinata” e cioè predisposta, organizzata, regolata in modo da evitare una «*economic disturbance*»³ nel territorio dove le due banche operavano, a tutela della stabilità finanziaria (par. 6.5, BC 2013). La procedura prevede un intenso controllo della Commissione europea, sia nella fase autorizzativa, sia in quella di gestione; è altresì prevista una modalità preferenziale di liquidazione, da attuarsi nella forma della cessione c.d. aggregata. Nel caso delle due banche⁴, la Commissione, dopo aver verificato i presupposti per tale forma di aiuto, ha autorizzato la cessione a Intesa Sanpaolo delle attività e passività delle due banche in l.c.a. Fuori dal perimetro della cessione sono gli azionisti e i detentori di obbligazioni subordinate che potranno far valere le loro pretese nell’ambito della l.c.a., e saranno soddisfatti solo a condizione 1) che siano soddisfatti tutti gli altri creditori e 2) che lo Stato recuperi integralmente quanto versato a supporto dell’intervento. Trattasi dell’applicazione della regola della condivisione degli oneri (c.d. *burden sharing*) che, negli aiuti alla liquidazione, non si realizza nelle forme della riduzione/azzeramento/conversione delle azioni e titoli subordinati, ma nel non trasferimento dei relativi diritti all’ente cessionario (par. 6.2.3, BC 2013: «*I crediti degli azionisti e dei creditori subordinati non devono pertanto essere trasferiti ad alcuna attività economica che continui ad essere svolta* »).

Non può non ricordarsi che nello stesso periodo, anche la Spagna si è dovuta confrontare con la nuova normativa, nella gestione della crisi del Banco Popular.

Popolare di Vicenza s.p.a, reperibili all’indirizzo <https://srb.europa.eu/en/content/banca-popolare-di-vicenza-veneto-banca>.

³ V. EUROPEAN COMMISSION, *Press release*, 25 June 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1791_en.htm.

⁴ Cfr. BANCA D’ITALIA, *La crisi di Veneto Banca S.p.A. e Banca Popolare di Vicenza S.p.A.: Domande e risposte*, www.bancaditalia.it; ID., *Informazioni sulla soluzione della crisi di Veneto Banca S.p.A. e Banca Popolare di Vicenza S.p.A.*, Memoria per la VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati, Roma, luglio 2017, p. 2, www.bancaditalia.it/media/notizie/2017/Nota-Venetobanca-e-BPV.pdf.

Nel giugno 2017, la BCE ha decretato il dissesto o rischio di dissesto per illiquidità e l'istituto è stato sottoposto a risoluzione con le seguenti modalità⁵: 1) riduzione (ovvero azzeramento e cancellazione) delle azioni e delle obbligazioni contingenti convertibili (*Additional Tier 1 – AT1*, noti anche come *coco bonds*); 2) conversione delle obbligazioni subordinate (*Additional Tier 2 – AT2*) in azioni rappresentative del 100% del capitale sociale; 3) cessione delle azioni convertite al Banco Santander per la simbolica cifra di 1 euro. Non vi è stato aiuto di Stato.⁶

Da questo rapido sguardo emerge con evidenza che tutte le modalità di gestione delle crisi, hanno avuto come comune denominatore il *burden sharing*. Proprio su questo principio si fonda la portata innovativa della nuova disciplina. È noto che tale misura può assumere la forma del *write down* o *bail in* minore, o quella più incisiva del *bail in*. Ad oggi, in Italia il *bail in* non ha ancora avuto applicazione, e le crisi citate sono state gestite o con modalità diverse di *write down* (o *bail in* minore), o con la peculiare misura di *burden sharing* prevista per gli aiuti alla liquidazione. Difatti, *a*) nella risoluzione delle quattro banche, è stata attuata la riduzione integrale delle riserve e del capitale rappresentato da azioni, anche non computate nel capitale regolamentare, e del valore nominale degli elementi AT2, computabili nei fondi propri (c.d. obbligazioni subordinate); altre obbligazioni subordinate, non computabili nei fondi propri della banca, non sono state azzerate, ma semplicemente non sono transitate ai c.d. enti ponte; *b*) nel salvataggio di Mps, a fronte della ricapitalizzazione precauzionale, è stata realizzata la riduzione del valore delle azioni (diluite per effetto della ricapitalizzazione) e la conversione delle

⁵ V. SINGLE RESOLUTION BOARD, Decision SRB/EES/2017/08, reperibile all'indirizzo <https://srb.europa.eu/en/content/banco-popular>. Sulla risoluzione del Banco Popular v. L. ERZEGOVESI, *La valutazione delle azioni bancarie nell'era del bail-in: Seconda parte - Casi di risanamento e risoluzione e strumenti di capitale AT1 e T2*, settembre 2017, reperibile all'indirizzo http://pane-e-finanza.it/html/azioni1/Bailin0_master.html#trailer; M. CASSELLA – A. D'ONOFRIO, *L' applicazione della disciplina della risoluzione delle banche in crisi nell'Unione europea*, in Assonime, 10/2017, p. 11 s., reperibile all'indirizzo <http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/10/L%E2%80%99applicazione-della-disciplina-della-risoluzione-delle-banche-in-crisi-nell%E2%80%99Unione-europea.pdf>; si veda inoltre José Carlos Gonzales Vasquez, *La prima applicazione della procedura di risoluzione del srm. Dubbi e valutazioni provvisorie alla luce del caso "banco popular"*. In questa rivista, 2017, n.6, p.102 ss.

obbligazioni subordinate in azioni Mps; c) per ciò che attiene alle banche venete, i diritti degli azionisti e dei creditori subordinati non sono stati ceduti alla banca cessionaria; d) nella crisi del Banco Popular, sono state integralmente azzerate le azioni e, previa conversione in azioni, le obbligazioni di AT1; sono state poi convertite in azioni le obbligazioni AT2.

L'istituto del *burden sharing* non è principio caratteristico delle procedure concorsuali, ma si sviluppa nell'ambito del diritto della concorrenza. Si sostiene che un precedente in Italia possa rinvenirsi nel salvataggio del Banco di Napoli⁷; anche in quel caso, tuttavia, l'imposizione della condivisione degli oneri si inseriva in un aiuto pubblico ad una banca in crisi (e quindi sempre in ambito del diritto della concorrenza), per altro regolato con provvedimento *ad hoc*⁸.

Il principio della condivisione degli oneri rappresenta un'evoluzione del c.d. principio di compensazione, introdotto dalla Commissione europea nelle Comunicazioni in materia di aiuti di Stato alle banche in crisi che si sono succedute negli anni. La Commissione condizionava l'autorizzazione all'aiuto di Stato, all'applicazione di misure (che potevano assumere forme diverse quali la chiusura di filiali, la cessione di attivi, il divieto di distribuire attivi e/o dividendi) tese a ristabilire la concorrenza. La recente crisi finanziaria, ed in particolare la crisi del debito sovrano, ha palesato l'impossibilità per gli Stati di continuare ad intervenire in sostegno delle banche in difficoltà; di poi, la Commissione, ha inasprito la regola della compensazione sino ad imporre, come condizione all'ottenimento dell'aiuto, che le perdite siano poste a carico, in prima battuta, degli azionisti e dei titolari di debito subordinato (c.d. *burden sharing*). La regola della condivisione degli oneri

⁷ Gli azionisti del Banco di Napoli, a fronte dei versamenti in conto futuro aumento di capitale effettuati dallo Stato, sostennero che il contributo pubblico dovesse andare a loro vantaggio, ripianando il deficit patrimoniale. In altre parole, i versamenti dello stato dovevano andare a coprire le perdite, e quindi essi avrebbero dovuto mantenere la qualità di soci. La Cassazione nel 2005 (Cass. 23269/2005) respinse le domande proposte, assumendo l'esistenza di un vincolo di destinazione del contributo pubblico, vincolo che ne avrebbe impedito l'utilizzo per la copertura del deficit patrimoniale. Sul punto v. L. STANGHELLINI, *La gestione delle crisi bancarie La tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, vol. 4, n. 2 dicembre 2015, www.edizionicafoscari.unive.it/media/pdf/article/ricerche-giuridiche/2015/2/art-10.14277-2281-6100-RG-4-2-15-2.pdf, p. 317 s.

⁸ D.l. n. 163/1996. Il decreto legge non venne convertito, ma i suoi effetti vennero fatti salvi dalla l. 19 novembre 1996, n. 588.

oggi è dunque parte essenziale del diritto delle crisi. Qualora si voglia gestire una crisi bancaria con misure diverse dalla tradizionale l.c.a. o amministrazione straordinaria, o attraverso aiuti di stato, il *burden sharing* dovrà sempre essere osservato.

Le relazioni che oggi integrano il programma dei lavori si pongono l'obiettivo di analizzare i casi italiani nel contesto della disciplina europea, evidenziando la peculiarità di ogni soluzione ed esprimere una prima valutazione sulla possibilità di estendere o meno le regole introdotte *a crisi analoghe*, e in ogni caso sulla efficienza delle regole

Circa la risoluzione delle quattro banche occorre ricordare che la BC 2013 (par. 5, punto 63) qualifica gli interventi dei sistemi di garanzia dei depositanti, diversi dal rimborso diretto, quali aiuti di stato. Tale impostazione è stata ribadita dalla Commissione europea quando ha negato l'intervento del FITD sia nei casi della Banca Tercas, sia delle quattro banche. Orbene, anche a voler prescindere dal caso Tercas – dove per altro mancava il rispetto del principio del *burden sharing* – la decisione assunta nei confronti delle quattro banche (dove invece la proposta di intervento del FITD presupponeva l'applicazione del *burden sharing*) è fortemente dubbia. Non si comprende come l'intervento di un organismo – la cui costituzione è imposta dal diritto dell'Unione – finanziato dalle banche aderenti, possa essere qualificato come "aiuto di stato". Inoltre, l'effetto indiretto di tale decisione è stata la costituzione, all'interno del noto Fondo di solidarietà per il rimborso degli obbligazionisti subordinati. Attraverso tale Fondo, il FITD si è trovato ad utilizzare le proprie risorse per fini assolutamente diversi da quelli istituzionali⁹. Possiamo chiederci se l'intervento del FITD non avrebbe alleggerito notevolmente il *burden sharing*, e sarebbe stato complessivamente meno oneroso per il sistema bancario?

Da qui l'assoluta antieconomicità delle modalità di risoluzione adottate. La relazione del Dottor Roberto Nicastro illustrerà le soluzioni adottate per le quattro banche, che quindi sono state necessitate proprio dal precipitare della situazione.

⁹ Si consideri, per altro, che le obbligazioni non appartengono nemmeno alla categoria dei c.d. depositi protetti (v. art. 96 bis, comma 4, lett. b, Tub).

Sullo sfondo di tali discorsi emerge il tema della realizzazione del cd terzo pilastro, ovvero la creazione di un sistema europeo di garanzia dei depositi (EDIS).

Si è sempre ritenuto che il sistema europeo di garanzia è fondamentale per il perseguimento degli obiettivi di stabilità finanziaria all'interno dell'Unione, sia per creazione di un mercato più competitivo e di un sistema bancario più propenso all'erogazione di credito in ragione dei ridotti costi di *funding*. Il terzo pilastro intende inoltre sanare l'asimmetria rappresentata dalla contemporanea esistenza di meccanismi unici di vigilanza e risoluzione a livello dell'Unione, mentre persistono schemi di garanzia dei depositi esclusivamente a carattere nazionali.

L'analisi che verrà operata dai relatori odierna è foriera di altri significativi sviluppi. Gli interventi così incisivi del legislatore europeo e di quello italiano si pongono in contrasto con le norme di rango costituzionale a tutela della proprietà?

Il tema è stato affrontato nel luglio 2015 da parte della Corte austriaca (caso Hypo Adria Alpe Bank)¹⁰. Innegabile è la forte incidenza sul 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 pone il quesito di trovare il corretto punto di equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato, anche se si può convenire sulla tendenziale prevalenza del primo.

La Corte di Giustizia UE (luglio 2016, C-526/14, *Kotnik e altri*) si è pronunciata, ritenendo legittimo il *burden sharing*, qualora sia rispettato il NCWO *principle*: qualora sia dimostrato che azionisti e creditori subordinati non potrebbero

¹⁰ La Corte ha analizzato la legittimità costituzionale di una serie di previsioni che avevano consentito all'autorità di vigilanza austriaca di imporre, seppure nell'ambito di un modello di soluzione della crisi ancora principalmente strutturato secondo le linee del *bail-out*, un parziale sacrificio ai sottoscrittori di obbligazioni, proprio secondo la logica del *debt write-down* previsto dalla BRRD. Secondo il Tribunale costituzionale austriaco, il carattere ablativo insito in tale misura solleva non pochi problemi di ammissibilità sotto il profilo della violazione del diritto di proprietà. Affinché il *write down* sia conforme ai principi costituzionali, è, secondo la Corte, necessario che tale strumento non sia sproporzionato rispetto all'interesse pubblico che si è inteso in concreto perseguire (condizione non raggiunta nel caso di specie, dove il sacrificio degli obbligazionisti è stato ritenuto irragionevole). La motivazione integrale è disponibile, in lingua originale, sul sito ufficiale della Corte, all'indirizzo www.vfgh.gv.at. Per un commento alla sentenza v. G. GUZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015.

soddisfarsi in una procedura di insolenza, allora il loro preventivo azzeramento non lede il diritto di proprietà (parr. 75/78).

Problema in parte connesso alla compatibilità con i principi costituzionali si pone in merito alle azioni restitutorie e/o risarcitorie esperibili dagli azionisti/obbligazionisti sottoposti a *burden sharing*. Ci si chiede se il *write down* e il *bail in* eliminano anche la legittimazione ad esperire queste azioni. Se si perviene alla soluzione negativa, si pone il problema della sussistenza della legittimazione processuale passiva dei soggetti cessionari dell'azienda bancaria e dei loro aventi causa (gli enti ponte BE, Carichieti e Banca Marche hanno ceduto le loro partecipazioni a Ubi e Carife a Banca Popolare dell'Emilia Romagna), così come per altro affermato da recenti pronunce giurisprudenziali¹¹ e dal Collegio ACF., Mentre non esiste una soluzione a livello normativo per le quattro banche, il legislatore è intervenuto con il d.l. n.99/2017 (art. 3, lett. b e c) escludendo l'esperibilità di (talune) azioni contro la banca cessionaria.

L'analisi dei casi delle Banche venete e del ruolo del FIT, che sarà svolta da Salvatore Maccarone pone quesiti di estremo interesse anche in relazione al ruolo della Commissione, in quanto - per effetto delle interazioni con il controllo su aiuti di stato, la Commissione viene ad assumere il ruolo di autorità di risoluzione di ultima istanza. È questo il modello migliore per garantire una parità di tra gli operatori?

¹¹ Si vedano le due ordinanze del Tribunale di Ferrara (29 e 31 ottobre 2017) e la sentenza del Tribunale di Milano (n. 1173/2017 del. 8.11.2017), con commento di S. BONFATTI, *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., dirittobancario.it*, 27, 2017; v. anche CARRIÈRE, *"Passività", "responsabilità", "soggezione" alla ricerca di criteri di imputazione nella circolazione dell'azienda bancaria. Osservazioni critiche a margine della prima giurisprudenza sulle "Quattro banche" (...ma anche sulle "Due Venete")*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 11, 2018.