

Agosto 2016

BRRD e D. Lgs. 180/2015: alcuni profili di contenzioso

Avv. Filippo Chiaves, Partner, Litigation and Arbitration, Dott. Matteo Gazzetti, Trainee, Litigation and Arbitration, Hogan Lovells

Il d. lgs. 180/2015 del 16 novembre di 2015 ha finalmente dato attuazione – insieme con il d.lgs. 181/2015 che modifica svariate disposizioni del TUB – alla direttiva 2014/59/UE denominata “*Banking Recovery and Resolution*”, o semplicemente “BRRD”, anche sul suolo italiano.

Il d.lgs. 180/2015 traspone fedelmente nel nostro Paese quanto disposto a livello europeo con la BRRD, inserendone le disposizioni all’interno di un contesto, come quello italiano, nel quale gli unici strumenti “ufficiali” ad oggi formalmente disponibili per affrontare le crisi degli istituti di credito erano quelli della liquidazione coatta amministrativa e della meno drastica amministrazione straordinaria.

Pur senza che tali strumenti già esistenti e disciplinati dal TUB e dalla legge fallimentare abbiano cessato di avere rilevanza, essi sono ora affiancati dai cosiddetti sistemi di risoluzione che il d. lgs. 180/2015 ha introdotto e fatto diventare una realtà concreta anche sul piano nazionale. Si vuole dunque brevemente analizzare – a seguito di una concisa premessa sul concetto di *resolution* – quali potrebbero essere gli aspetti più rilevanti dal punto di vista di possibili nuove prospettive di contenzioso a seguito dell’introduzione (ed eventuale impiego) di tali nuovi strumenti.

Premessa

Innanzitutto, quando si parla di sistemi di *resolution* ci si riferisce a meccanismi di risoluzione delle crisi bancarie che il d.lgs. 180/2015 riproduce secondo le linee guida della BRRD. Essi si distinguono in particolare in due macro categorie: (i) tre delle quattro misure di risoluzione previste dall’art. 39 del d.lgs. 180/2015 riguardano la cessione dei beni e dei rapporti giuridici della banca decotta; (ii) l’ultima misura prevista dallo stesso art. 39 del d.lgs. 180/2015 riguarda il cosiddetto meccanismo di *bail-in* che prevede il progressivo assorbimento delle perdite tramite la riduzione e la conversione dei diritti degli azionisti e creditori (in particolare, è sostanzialmente previsto che siano ridotte fino alla concorrenza delle perdite: le riserve e il capitale rappresentato da azioni e dagli altri strumenti finanziari di classe 1, nonché gli ulteriori strumenti finanziari di cui all’art. 52, comma 1(a) del d.lgs. 180/2015, e una volta

assorbite le perdite, qualora necessario, le ulteriori passività saranno – gradatamente – convertite in azioni computabili nel capitale primario di classe 1).¹ Le due tipologie di misure possono essere adottate congiuntamente qualora lo strumento del *bail-in* non sia sufficiente a prospettare il risanamento della banca sottoposta a risoluzione.

Mantenendo la suesposta divisione in due macro categorie, vediamo ora quali potrebbero essere i più rilevanti aspetti e rischi di contenzioso in merito a ciascuna delle di esse.

Cessioni

In primo luogo analizziamo brevemente i primi tre strumenti di risoluzione che comportano la cessione dei beni e rapporti giuridici degli istituti di credito in stato di decozione e che sono illustrati agli articoli 40-47 del d.lgs. 180/2015. Indipendentemente dal tipo di cessione che si andrà operare, l'art. 47 del d.lgs. 180/2015 prevede che *“il contraente ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto, ma non quelle fondate su altri rapporti col cedente”*; quest'ultimo è inoltre liberato dagli obblighi di adempimento inerenti alle passività cedute.

I possibili rischi di contenzioso per il cessionario saranno dunque gli stessi che avrebbero potuto interessare la banca poi sottoposta a risoluzione; è però possibile ipotizzare profili di nuovo contenzioso inerenti a eventuali azioni risarcitorie e restitutorie connesse alla responsabilità dell'intermediario per la violazione delle disposizioni del T.U.F. sui doveri di comportamento nella prestazione di servizi di investimento, relativamente alle azioni e obbligazioni risolte.²

Invero, è ipotizzabile il caso in cui i detentori di strumenti risolti si siano trovati a sottoscrivere tali strumenti in conseguenza di comportamenti scorretti da parte degli intermediari finanziari della banca sottoposta a risoluzione. In un siffatto scenario, in cui la banca cedente non potrebbe più essere considerata responsabile, tali soggetti si troverebbero privati di qualsiasi tutela; si ipotizza dunque che le suddette azioni risarcitorie e restitutorie possano essere intentate nei confronti della nuova *good bank*, specialmente in luce del cosiddetto principio del *no creditor worse off* a cui tutta la disciplina del d.lgs. 180/2015 è sottesa. Tale principio, infatti, impone un trattamento dei creditori non peggiore di quello che spetterebbe agli stessi in caso di adozione delle preesistenti procedure concorsuali, e sarebbe dunque violato qualora ai titolari di

¹ Per una più dettagliata analisi dell'istituto del *bail-in* con riferimento ai decreti di recepimento della BRRD si rimanda all'articolo *“Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD”* di Paolo Carrière, pubblicato sul presente sito www.dirittobancario.it

² Sul tema dei possibili contenziosi derivanti dai doveri di comportamento degli intermediari si veda ad esempio l'articolo *“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. Scritto per il Convegno <<Salvataggio bancario e tutela del risparmio>>”* di Paolo Fiorio, pubblicato sulla *Rivista di Diritto Bancario, dottrina e giurisprudenza commentata*, estratto dal n. 2/2016.

strumenti finanziari risolti fosse negata una tutela risarcitoria per comportamenti scorretti degli intermediari, quando una tale tutela sarebbe probabilmente concessa nel caso di attuazione di procedure concorsuali.³

Per le suddette ragioni, è dunque ipotizzabile che i titolari di strumenti finanziari risolti, danneggiati dal comportamento illecito dell'intermediario finanziario – circostanza non difficilmente immaginabile nei periodi pre-crisi di una banca – intentino azioni restitutorie e risarcitorie nei confronti del nuovo soggetto cessionario di tutti i diritti dell'istituto di credito sottoposto a risoluzione: la *good bank*.

A proposito del caso delle quattro banche recentemente sottoposte a risoluzione (Banca delle Marche, Banca popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di risparmio di Ferrara e Cassa di risparmio della provincia di Chieti), l'art. 1, 855° comma e ss., della l. 208/2015 (legge di stabilità 2016) ha istituito un "Fondo di solidarietà" destinato – seppur entro certi limiti massimi – a farsi carico anche degli indennizzi spettanti ai creditori delle quattro banche a seguito dell'accertamento della violazione dei doveri di condotta dell'intermediario, sgravando dunque le nuove *good banks* di un tale onere. Nel recente caso che coinvolge Monte dei Paschi di Siena pare che il *bail-in* possa essere evitato, e con esso anche gli eventuali contenziosi tra banca e investitori in merito agli indennizzi relativi alla condotta degli intermediari.⁴

Nel caso in cui simili interventi dovessero essere attuati anche in occasione di procedure di *bail-in* implementate sulla base della disciplina del d.lgs. 180/2015, sarebbe teoricamente possibile escludere ipotesi di contenzioso diretto tra creditori e *good banks*, a favore di azioni dirette contro il fondo per demandare gli indennizzi, nonché di eventuali azioni da parte del fondo, surrogato ai diritti dell'investitore, nei confronti dei soggetti responsabili.

Bail-in

La procedura di *bail-in*, secondo quanto disposto dall'art. 57, terzo comma del d.lgs. 180/2015, comporta l'estinzione di qualsiasi obbligo a carico dell'ente sottoposto a risoluzione in merito alle passività interamente cancellate; l'adempimento di tali obblighi non può essere dunque richiesto in alcun modo nell'ambito delle successive procedure relative a tale ente. Per quanto riguarda le passività ridotte o convertite e non cedute per mezzo di una delle misure di risoluzione, invece, le stesse rimarranno all'interno dell'ente sottoposto a risoluzione e i relativi crediti verranno ripagati (per

³ Per un approfondimento sul tema del *no creditor worse off* si vedano ad esempio le pagine 25 ss. dell'articolo "BRRD, Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. 180/2015)" di Bruno Inzitari, sul sito www.ildiritto degli affari.it.

⁴ Per ulteriori informazioni in merito alla questione MPS si vedano ad esempio vari recenti articoli tra cui: "MPS: perché un solo Atlante non basta" di Marcello Esposito e "Bail-in o bail-out? Il dilemma sul Monte dei Paschi" di Nicolas Véron, sul sito www.lavoce.info, oppure l'articolo "Fondo Atlante 2, le casse di previdenza investono. Quali garanzie per i contribuenti?" di Marcello Adriano Mazzola, sul sito www.ilfattoquotidiano.it.

quanto possibile) nel rispetto del vincolo del principio del *no creditor worse off* di cui si è già discusso sopra.

È perciò evidente che riveste importanza primaria il rispetto dei requisiti di attuazione della procedura di *bail-in*, poiché la stessa comporterà un vero e proprio spossessamento integrale dei diritti creditorî di numerosi soggetti coinvolti. I due requisiti fondamentali la cui violazione darebbe necessariamente vita a situazioni contenziose sono quello del rispetto dell'uguaglianza di trattamento di creditori appartenenti a una stessa categoria e quello del più volte citato *no creditor worse off*; la sussistenza di tali requisiti sarà valutata *ex art. 88* del d.lgs. 180/2015 da un esperto indipendente incaricato dalla Banca d'Italia.

Ogni qualvolta si opererà per lo strumento del *bail-in*, dunque, si dovrà prestare la massima attenzione al fine di evitare possibili azioni da parte dei soggetti che ritengono di aver ricevuto un trattamento peggiore rispetto a quello di altri creditori appartenenti alla stessa categoria o in comparazione con quello che sarebbe loro spettato in caso di liquidazione coatta amministrativa. In quest'ultimo caso, in particolare, si tratterà di una valutazione complessa che, in quanto tale, sarà più facilmente contestabile – considerata l'incertezza che la sottende – e dovrà essere sottoposta ad attente previsioni al fine di evitare possibili ipotesi di contenzioso.

Ulteriori profili controversi si possono ipotizzare in connessione con l'art. 49 del d.lgs. 180/2015 che elenca le passività non soggette a falcidia. Invero, oltre ad elencare le passività esplicitamente escluse dalla procedura di *bail-in* (depositi protetti, passività garantite, disponibilità detenute in regime di separazione patrimoniale, ecc.), viene lasciata aperta la possibilità di escludere ulteriori passività sulla base delle diverse condizioni e presupposti di cui all'art. 49, 2° comma, d.lgs. 180/2015. Tale iniziativa, che vede come protagonista in prima istanza la Banca d'Italia, si presenta – almeno in parte – come discrezionale e può dunque comportare il rischio che alcuni creditori coinvolti nella procedura di *bail-in* ne contestino l'applicabilità al loro caso specifico in luce, ad esempio, di sperequazioni nel trattamento di posizioni identiche e altri casi simili.

Per tutte le svariate situazioni sopra discusse – fatto salvo il caso di cui all'art. 89 del d.lgs. 180/2015, in base al quale ciascun azionista o creditore che, sulla base della valutazione della differenza di trattamento *ex art. 88* del d.lgs. 180/2015, ha subito perdite maggiori di quelle che avrebbe subito in caso di liquidazione coatta amministrativa, ha diritto di ricevere la differenza a titolo di indennizzo – l'art. 95 del d.lgs. 180/2015 identifica quale strumento di tutela per i creditori che ritengono di aver subito un trattamento ingiusto quello del processo amministrativo. Tale norma stabilisce, infatti, che “*alle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati ai sensi del presente decreto si applicano gli articoli 119, 128, 133, 135 del medesimo Codice [del processo amministrativo]*”.

Nonostante sia prevista una tutela della giustizia amministrativa, rileva comunque sottolineare che le esigenze di rapidità, effettività e certezza della risoluzione sono garantite dalla limitazione che l'art. 95, 2° comma del d.lgs. 180/2015 pone alla possibilità di sospensione del provvedimento da parte del giudice amministrativo. Invero, la suddetta norma stabilisce una generale presunzione di contrarietà all'interesse pubblico della sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministero dell'Economia. In questo modo il d.lgs. 180/2015, pur conferendo agli investitori strumenti per contrastare le misure di *resolution*, allo stesso tempo garantisce che lo svolgimento della risoluzione non sia messo a rischio fino all'esito dei controlli effettuati per tramite della giustizia amministrativa.

Conclusione

La BRRD e il d.lgs. 180/2015 introducono anche in Italia uno strumento nuovo e differente da quelli preesistenti per affrontare la crisi degli istituti creditizi, un sistema votato ad anticipare gli effetti (negativi) sul patrimonio degli azionisti e degli investitori, piuttosto che attendere una lunga fase liquidatoria e procedere a eventuali distribuzioni successive.

Un tale impianto, che una volta ben collaudato potrebbe dimostrarsi una scelta innovativa, lascia sicuramente spazio a taluni indici di incertezza, e in relazione ad alcuni si è tentato di individuare e brevemente illustrare o profili di potenziale contenzioso nella presente analisi. Sicuramente, il fulcro degli aspetti inerenti ai possibili nuovi profili di contenzioso deve essere individuato nella resistenza che gli investitori opporranno all'applicazione di un sistema completamente nuovo e che – a un primo impatto – può apparire come a loro più sfavorevole.

Tutto quanto sopra non vuole però essere inteso come un limite dei sistemi di *resolution*, i quali si mostrano come strumenti potenzialmente idonei per gestire le future crisi bancarie, ma quale semplice spunto di critica positiva al fine di una possibile implementazione degli aspetti più critici e incerti che prestano il fianco all'insorgenza di eventuali controversie.