

Dicembre 2015

La BRRD e l'impatto nei rapporti banca - cliente: prime note

Avv. Fabio Civile, Studio Legale Civile Associati

SOMMARIO: 1. Dalla Direttiva BRRD al recepimento in Italia: finalità ed obiettivi. 2. La gestione “anticipata” della crisi bancaria: piani di risanamento, piani di risoluzione e misure di intervento precoce. 3. La disciplina del “*bail-in*”. 4. Gli impatti della BRRD nei rapporti banca - cliente

1. Dalla Direttiva BRRD al recepimento in Italia: finalità ed obiettivi

La Direttiva 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive*, “BRRD”) ⁽¹⁾, approvata in data 15 maggio 2014 dal Parlamento europeo e dal Consiglio, istituisce un quadro armonizzato a livello comunitario in tema di risanamento e di risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

In particolare, con l’adozione della Direttiva BRRD è stata data attuazione ai principi in materia di risoluzione delle crisi bancarie elaborati nell’ottobre 2011 dal *Financial Stability Board* e sottoposti nel novembre 2011 ai Capi di Stato e di Governo riuniti nel G-20 a Cannes.

La “*veste giuridica*” della BRRD è quella della direttiva che, come tale, necessita di recepimento nei singoli Stati ⁽²⁾. In Italia, la legge 9 luglio 2015, n. 144 (legge di

¹⁾ La Direttiva 2014/59/UE è parte di un “pacchetto normativo” complesso che comprende altresì la direttiva 2014/49/UE (c.d. *Deposit Guarantee Scheme Directive* o “DGSD”) sui sistemi di garanzia dei depositanti e il regolamento 806/2014/UE che istituisce il Meccanismo di Risoluzione Unico nell’Unione Europea.

²⁾ A tal fine, la Direttiva BRRD prevede che “*gli Stati membri adottano e pubblicano entro il 31 dicembre 2014 le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni. Essi applicano tali disposizioni a decorrere dal 1° gennaio 2015. Essi applicano tuttavia le disposizioni adottate per conformarsi al titolo IV, capo IV, sezione 5 [relative allo strumento del “bail-in”, n.d.r.], al più tardi a decorrere dal 1° gennaio 2016*” (art. 130, paragrafo 1, Direttiva BRRD),

delegazione europea 2014) include, fra l'altro, i criteri di delega al Governo per il recepimento della Direttiva BRRD ⁽³⁾.

In attuazione della delega conferita, il Governo Italiano ha approvato il decreto legislativo n. 180 ⁽⁴⁾ ed il decreto legislativo n. 181 ⁽⁵⁾, entrambi in data 16 novembre 2015 ⁽⁶⁾.

Occorre rilevare che, anche a seguito all'adozione del c.d. Decreto BRRD, la disciplina nazionale non può ancora considerarsi completata. E difatti, in conformità a quanto previsto nella legge di delega ⁽⁷⁾, il Decreto BRRD prevede l'intervento di Banca d'Italia per la definizione della disciplina di attuazione e dettaglio.

Da ultimo, solo cronologicamente, si pone oggi la Comunicazione Consob del 24 novembre 2015 n. 0090430, recante indicazioni circa gli "obblighi" gravanti sugli intermediari nella prestazioni dei servizi ed attività di investimento, nonché nella prestazione dei servizi accessori.

³⁾ Con particolare riferimento allo strumento del "bail-in" di seguito analizzato, l'art. 8, comma 1, lett. b) della legge 144/2015 dispone che, nell'esercizio della delega, il Governo è tenuto a prevedere che lo strumento del "bail-in" "si applichi a partire dal 1° gennaio 2016, valutando inoltre l'opportunità di stabilire modalità applicative del bail-in coerenti con la forma societaria cooperativa".

⁴⁾ Cfr. decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180 - Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio. In particolare, il predetto decreto reca la disciplina in materia di predisposizione di piani di risoluzione, avvio e chiusura delle procedure di risoluzione, adozione delle misure di risoluzione, gestione della crisi di gruppi internazionali, poteri e funzioni dell'autorità di risoluzione nazionale e disciplina del fondo di risoluzione nazionale.

⁵⁾ Cfr. decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 181 - Modifiche del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario - TUB) e del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (Testo unico della finanza - TUF) in attuazione della Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la Direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le Direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio. In particolare, il suddetto decreto modifica il TUB per introdurre la disciplina dei piani di risanamento, del sostegno finanziario infragruppo, delle misure di intervento precoce, mentre l'amministrazione straordinaria delle banche viene allineata alla disciplina europea. Viene inoltre modificata la disciplina della liquidazione coatta amministrativa per adeguarla al nuovo quadro normativo previsto dalla Direttiva BRRD e apportare alcune innovazioni alla luce della prassi applicativa.

⁶⁾ I testi dei decreti legislativi n. 180 e 181 sono stati adottati in esito ad un procedimento di pubblica consultazione avviato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento del Tesoro conclusosi in data 12 agosto 2015. Il testo dei documenti sottoposti a pubblica consultazione è disponibile sul sito Internet del Ministero al seguente [link](http://www.dt.tesoro.it/it/consultazioni_pubbliche/consultazioni_pubbliche_online_storico/consultazione_pubblica_dirett_2014_59_ue.html) http://www.dt.tesoro.it/it/consultazioni_pubbliche/consultazioni_pubbliche_online_storico/consultazione_pubblica_dirett_2014_59_ue.html.

⁷⁾ L'art. 8, comma 1, lett. e) della legge 144/2015 dispone che, nell'esercizio della delega, il Governo è tenuto a "prevedere, ove opportuno, il ricorso alla disciplina secondaria adottata dalla Banca d'Italia".

La BRRD ha il dichiarato fine di assicurare che il dissesto di “enti creditizi e imprese di investimento” ⁽⁸⁾ possa essere affrontato tempestivamente e in modo da (i) garantire la continuità delle funzioni essenziali, (ii) evitare effetti negativi sulla stabilità finanziaria, (iii) preservare l’integrità delle finanze pubbliche, (iv) tutelare i depositanti e gli investitori c.d. protetti.

Il nuovo regime normativo, inoltre, persegue gli obiettivi di ridurre al minimo i fenomeni di azzardo morale, rafforzare la disciplina di mercato, nonché contenere gli incentivi all’assunzione di un livello eccessivo di rischio da parte di intermediari, azionisti e creditori.

La nuova procedura di risoluzione rappresenta, pertanto, un’alternativa per la gestione delle crisi bancarie che, in termini di costi non solo per le finanze pubbliche, ma anche per azionisti e creditori, dovrebbe rivelarsi più efficiente rispetto agli ordinari procedimenti concorsuali.

L’intervento pubblico è previsto quale *extrema ratio* che può operare soltanto in circostanze straordinarie, per evitare che la crisi di un intermediario abbia gravi ripercussioni sul funzionamento del sistema finanziario nel suo complesso.

2. La gestione “anticipata” della crisi bancaria – piani di risanamento, piani di risoluzione e misure di intervento precoce

Nella disciplina nazionale pre-vigente, la crisi bancaria era affrontata sostanzialmente con due strumenti disciplinati dal d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (“TUB”), ossia l’amministrazione straordinaria e la procedura di liquidazione coatta amministrativa. Tali procedure intervengono in un momento in cui la banca si trova già in una situazione patologica.

La BRRD anticipa alla fase fisiologica dell’attività bancaria la gestione dell’eventuale crisi.

A tal fine, nei periodi di ordinaria operatività della banca è imposta un’attività preparatoria continua della gestione di una (possibile) crisi.

⁸⁾ L’ambito di applicazione soggettivo della Direttiva BRRD è costituito da “a) enti stabiliti nell’Unione; b) enti finanziari stabiliti nell’Unione come filiazioni di un ente creditizio o di un’impresa di investimento o di una società di cui alle lettere c) o d), soggetti alla vigilanza dell’impresa madre su base consolidata in conformità degli articoli da 6 a 17 del regolamento (UE) n. 575/2013; c) società di partecipazione finanziaria, società di partecipazione finanziaria mista e società di partecipazione mista stabilite nell’Unione; d) società di partecipazione finanziaria madri in uno Stato membro, società di partecipazione finanziaria madri nell’Unione, società di partecipazione finanziaria mista madri in uno Stato membro, società di partecipazione finanziaria mista madri nell’Unione; e) succursali di enti stabiliti o ubicati al di fuori dell’Unione secondo le specifiche condizioni previste nella presente direttiva” (art. 1, paragrafo 1, Direttiva BRRD).

In tale “gestione anticipata” della crisi, la BRRD coinvolge sia le singole banche, sia le c.d. “Autorità di risoluzione” (in Italia, individuata nella Banca d’Italia).

Quanto alle singole banche, è previsto che le stesse debbano predisporre – riesaminare e se del caso aggiornare con cadenza almeno annuale ⁽⁹⁾ - un **piano di risanamento** (“*recovery plan*”) individuale, contenente misure idonee a fronteggiare un deterioramento significativo della situazione patrimoniale e finanziaria della banca, piano che deve essere basato su assunzioni realistiche e relative a scenari che prevedano situazioni di crisi anche gravi.

Segnatamente, il piano di risanamento:

- non deve assumere come possibile l’accesso a forme di finanziamento pubblico straordinarie;
- comprende eventualmente un’analisi delle modalità e delle tempistiche con le quali, nelle situazioni contemplate dal piano, la banca può domandare il ricorso ai meccanismi previsti dalla banca centrale;
- identifica le attività che possono essere considerate idonee come garanzie;
- comprende sia condizioni e procedure atte a garantire la tempestività delle azioni di risanamento, sia “*una vasta gamma di opzioni di risanamento*” (art. 5, paragrafo 6, Direttiva BRRD);
- contempla una serie di scenari di grave stress macroeconomico e finanziario attinenti alla specifica situazione della banca e comprendenti eventi di natura sistemica e stress specifici per singole persone giuridiche e per i gruppi ⁽¹⁰⁾.

⁹⁾ Ai sensi del novellato art. 69 *quater*, comma 5, del TUB “*si procede comunque al riesame e all’eventuale aggiornamento del piano in caso di significativo mutamento della struttura giuridica o organizzativa della banca o della sua situazione patrimoniale o finanziaria*” (cfr. art. 5, paragrafo 2, Direttiva BRRD).

¹⁰⁾ L’Allegato A della Direttiva BRRD elenca le seguenti informazioni che devono essere inserite nei piani di risanamento:

- 1) una sintesi degli elementi fondamentali del piano e una sintesi della capacità globale di risanamento;
- 2) una sintesi delle modifiche sostanziali apportate all’ente dopo l’ultimo piano di risanamento;
- 3) un piano di comunicazione e informazione che delinea in che modo l’impresa intende gestire le eventuali reazioni potenzialmente negative del mercato;
- 4) una gamma di azioni sul capitale e sulla liquidità necessarie per mantenere o ripristinare la sostenibilità economica e la situazione finanziaria dell’ente;
- 5) una stima dei tempi necessari per l’esecuzione di ciascun aspetto sostanziale del piano;
- 6) una descrizione dettagliata degli eventuali impedimenti sostanziali all’esecuzione efficace e tempestiva del piano, tenuto conto anche dell’impatto sul resto del gruppo, sulla clientela e sulle controparti;
- 7) l’individuazione delle funzioni essenziali;
- 8) una descrizione dettagliata delle procedure per determinare il valore e la commerciabilità delle linee di business principali, delle operazioni e delle attività dell’ente;

Ai sensi dell'art. 5, paragrafo 9, della Direttiva BRRD, nonché del novellato art. 69 *quater*, comma 5, del TUB, il piano deve essere esaminato ed approvato dall'organo di amministrazione della banca e deve essere sottoposto alle competenti autorità (Banca d'Italia) per la sua valutazione di completezza ed adeguatezza, valutazione che sarà effettuata in conformità ai criteri indicati in sede comunitaria.

Le Autorità di risoluzione, in Italia la Banca d'Italia, devono elaborare preventivamente **piani di risoluzione** per ciascuna banca non sottoposta a vigilanza su base consolidata ⁽¹¹⁾, ovvero piani di risoluzione di gruppo ⁽¹²⁾, da attivare per gestire le situazioni di crisi ⁽¹³⁾. La BRRD riconosce altresì alle Autorità di risoluzione ampi poteri di adozione di **misure di intervento precoce** ⁽¹⁴⁾.

Ai primi segnali di deterioramento delle condizioni finanziarie o patrimoniali della banca, le Autorità di vigilanza possono adottare strumenti di intervento rapido al fine di evitare che il peggioramento della situazione finanziaria di un determinato ente sia tale da non lasciare alternative agli strumenti di risoluzione; tali misure di intervento rapido comprendono anche la possibilità di rimuovere i vertici della banca e di nominare amministratori straordinari, con il compito di affrontare le difficoltà finanziarie della banca medesima.

9) una descrizione dettagliata delle modalità con cui la pianificazione del risanamento è integrata nella struttura di governance dell'ente, nonché delle politiche e procedure che disciplinano l'approvazione del piano di risanamento e l'identificazione delle persone responsabili della preparazione e dell'attuazione del piano all'interno dell'organizzazione;

10) dispositivi e misure per conservare o ripristinare i fondi propri dell'ente;

11) dispositivi e misure intesi a garantire che l'ente abbia un accesso adeguato a fonti di finanziamento di emergenza, comprese le potenziali fonti di liquidità, una valutazione delle garanzie reali disponibili e una valutazione della possibilità di trasferire liquidità tra entità del gruppo e linee di business, affinché l'ente possa continuare a svolgere le proprie funzioni e rispettare i propri obblighi allo loro scadenza;

12) dispositivi e misure intesi a ridurre il rischio e la leva finanziaria;

13) dispositivi e misure per ristrutturare le passività;

14) dispositivi e misure per ristrutturare le linee di business;

15) dispositivi e misure necessari per assicurare la continuità dell'accesso alle infrastrutture dei mercati finanziari;

16) dispositivi e misure necessari per assicurare la continuità del funzionamento dei processi operativi dell'ente, compresi infrastrutture e servizi informatici;

17) dispositivi preparatori per agevolare la vendita di attività o di linee di business in tempi adeguati per il ripristino della solidità finanziaria;

18) altre azioni o strategie di gestione intese a ripristinare la solidità finanziaria nonché effetti finanziari previsti di tali azioni o strategie; IT L 173/344 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 12.6.2014

19) misure preparatorie che l'ente ha attuato o intende attuare al fine di agevolare l'attuazione del piano di risanamento, comprese le misure necessarie per consentire una ricapitalizzazione tempestiva dell'ente;

20) un quadro degli indicatori nel quale siano identificati i punti in cui possano essere adottate le azioni opportune riportate nel piano".

¹¹⁾ Cfr. art. 7 del decreto legislativo n. 180 del 16 novembre 2015.

¹²⁾ Cfr. art. 8 del decreto legislativo n. 180 del 16 novembre 2015

¹³⁾ Cfr. art. 7 del decreto legislativo n. 180 del 16 novembre 2015.

¹⁴⁾ Cfr. art. 69 *octiesdecies* e s.s. del TUB.

In presenza di uno stato di dissesto, anche solo prospettico, le Autorità di risoluzione devono valutare se è possibile attivare la procedura ordinaria d'insolvenza o se è necessario avviare la speciale procedura di risoluzione di nuova introduzione.

La sottoposizione di una banca a risoluzione implica l'avvio di un processo di ristrutturazione gestito da autorità indipendenti - le Autorità di risoluzione (Banca d'Italia) - che, tramite i poteri introdotti dalla BRRD, mira a evitare interruzioni nella prestazione dei servizi essenziali offerti dalla banca (ad esempio, i depositi e i servizi di pagamento), a ripristinare condizioni di sostenibilità economica della parte sana della banca e a liquidare le parti restanti.

Nell'ambito della risoluzione, la BRRD introduce una vasta gamma di strumenti volti a superare la crisi della banca. In particolare, le Autorità di risoluzione potranno:

- vendere una parte dell'attività ad un acquirente privato;
- trasferire temporaneamente le attività e passività a un'entità (*bridge bank*) costituita e gestita dalle Autorità per proseguire le funzioni più importanti, in vista di una successiva vendita sul mercato;
- trasferire le attività deteriorate a un veicolo (*bad bank*) che ne gestisca la liquidazione in tempi ragionevoli;
- applicare il "*bail-in*", ossia svalutare azioni e crediti, convertirli in azioni per assorbire le perdite e ricapitalizzare la banca in difficoltà o una nuova entità che ne continui le funzioni essenziali ⁽¹⁵⁾.

A tale ultimo riguardo, l'art. 55, paragrafo 3, della BRRD, demanda all'Autorità Bancaria Europea (di seguito, per brevità, "EBA") l'adozione di progetti di norme tecniche di dettaglio.

In conformità a tale delega, in data 3 luglio 2015 l'EBA, a seguito di specifico procedimento di consultazione ⁽¹⁶⁾, ha elaborato i "*progetti di norme tecniche di regolamentazione*" ("*draft regulatory technical standards*" o "*draft RTS*") ⁽¹⁷⁾. Il progetto di RTS risulta attualmente sottoposto alla Commissione, alla quale spetta il potere formale di adottare le RTS ⁽¹⁸⁾. In seguito alla formale adozione, le RTS saranno

¹⁵⁾ La disciplina del "*bail-in*" sarà trattata nel prosieguo del presente articolo, al paragrafo 3.

¹⁶⁾ La consultazione è stata avviata dall'EBA in data 5 novembre 2014 e si è conclusa in data 5 febbraio 2015. Il testo sottoposto a pubblica consultazione può essere consultato sul sito Internet dell'Autorità al seguente [link](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/882606/EBA-CP-2014-33+%28Draft+CP+on+RTS+on+contractual+recognition+of+bail-in%29.pdf) <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/882606/EBA-CP-2014-33+%28Draft+CP+on+RTS+on+contractual+recognition+of+bail-in%29.pdf>.

¹⁷⁾ Il testo di tale documento è disponibile sul sito Internet dell'Autorità al seguente [link](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1132911/EBA-RTS-2015-06+RTS+on+Contractual+Recognition+of+Bail-in.pdf/c66aa9cb-e2ff-4896-85e6-dca7ba5c6a65) <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1132911/EBA-RTS-2015-06+RTS+on+Contractual+Recognition+of+Bail-in.pdf/c66aa9cb-e2ff-4896-85e6-dca7ba5c6a65>.

¹⁸⁾ Artt. 10 e s.s. Regolamento (UE) N. 1093/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 (Regolamento che ha istituito l'EBA).

immediatamente applicabili agli Stati membri dell'Unione Europea, senza necessità di ulteriori atti o provvedimenti di ratifica ⁽¹⁹⁾.

Anche l'art. 5, paragrafo 10, della Direttiva BRRD demanda all'EBA l'adozione di progetti di norme tecniche di dettaglio (che saranno successivamente adottate dalla Commissione) volte a precisare il contenuto dei piani di risanamento. Durante il processo legislativo, il mandato contenuto nella BRRD è stato emendato e l'EBA è stata incaricata di predisporre specifici orientamenti (c.d. "Guidelines"). In data 18 luglio 2014, a seguito di pubblica consultazione ⁽²⁰⁾, l'EBA ha pubblicato, anche in lingua italiana, le *Guidelines* sulla "serie di scenari da utilizzare nei piani di risanamento" ⁽²¹⁾. Le disposizioni attuative delle *Guidelines* prevedono che le autorità competenti e gli enti dovrebbero attenersi ai predetti orientamenti alla data che si verifica prima tra le seguenti: a) 1° gennaio 2015; b) la data alla quale lo Stato membro dell'autorità competente applica le disposizioni attuative dell'art. 5, paragrafo 6 ⁽²²⁾, e dell'art. 7, paragrafo 6 ⁽²³⁾, della Direttiva BRRD.

3. La disciplina del "bail-in"

In termini generali, il "bail-in" (letteralmente, salvataggio interno) è uno strumento che consente alle Autorità di risoluzione di disporre, al ricorrere delle condizioni di risoluzione, la riduzione del valore delle azioni e di alcuni crediti, ovvero la loro conversione in azioni, per assorbire le perdite e ricapitalizzare la banca in misura sufficiente a ripristinare un'adeguata capitalizzazione e a mantenere la fiducia del mercato.

Lo strumento del "bail-in" risponde al mutamento di prospettiva introdotto dalla BRRD, in base al quale "si passa da un sistema in cui la risoluzione delle crisi è imperniata sul

¹⁹⁾ Precisamente, i RTS entreranno in vigore a partire dal ventesimo giorno dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

²⁰⁾ Il testo sottoposto a pubblica consultazione può essere visionato sul sito Internet dell'Autorità al seguente *link* <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/205759/EBA-CP-2013-09---CP-on-Draft-RTS-on-Scenarios-For-Recovery-Plans.pdf>.

²¹⁾ Il testo di tale documento è disponibile sul sito Internet dell'Autorità al seguente *link* http://www.eba.europa.eu/documents/10180/984909/EBA_2014_IT.pdf/af68db85-bc4e-4ca1-82ab-c6f9f55145cf

²²⁾ Ai sensi del quale "Gli Stati membri prescrivono che i piani di risanamento comprendano le condizioni e procedure atte a garantire la tempestività delle azioni di risanamento, così come una vasta gamma di opzioni di risanamento. Gli Stati membri prescrivono che i piani di risanamento contemplino una serie di scenari di grave stress macroeconomico e finanziario attinenti alla specifica situazione dell'ente e comprendenti eventi di natura sistemica e stress specifici per singole persone giuridiche e per i gruppi".

²³⁾ Ai sensi del quale "I piani di risanamento di gruppo comprendono una serie di opzioni di risanamento che illustrino le azioni adatte agli scenari previsti all'articolo 5, paragrafo 6. Per ciascuno di tali scenari il piano di risanamento di gruppo individua gli eventuali ostacoli all'attuazione di misure di risanamento all'interno del gruppo, anche a livello dei singoli enti cui il piano si rivolge, ed eventuali ostacoli pratici o giuridici sostanziali all'immediato trasferimento di fondi propri o al rimborso di passività o attività all'interno del gruppo".

ricorso ad apporti esterni, forniti dallo Stato (bail-out) ad un nuovo sistema, che ricerca all'interno degli stessi intermediari le risorse necessarie tramite il coinvolgimento di azionisti e creditori (bail-in)" ⁽²⁴⁾.

Tale strumento trova applicazione sulla base di una gerarchia la cui logica prevede che chi investe in strumenti finanziari più rischiosi sostenga, prima di altri soggetti, le eventuali perdite ovvero subisca la conversione in azioni. Solo dopo aver esaurito tutte le risorse della categoria più rischiosa si passa alla categoria successiva.

In primo luogo, sono sacrificati gli interessi degli azionisti esistenti, attraverso la riduzione o l'azzeramento del valore delle loro azioni.

In secondo luogo, è previsto un intervento su ulteriori categorie pre-individuate di creditori, le cui attività possono essere, anche congiuntamente (i) trasformate in azioni al fine di ricapitalizzare la banca e (ii) ridotte nel valore, nel caso in cui l'azzeramento del valore delle azioni non risulti sufficiente a coprire le perdite.

In sintesi, l'ordine gerarchico di applicazione del "bail-in" è il seguente:

- i) azionisti;
- ii) detentori di altri titoli di capitale;
- iii) altri creditori subordinati;
- iv) creditori chirografari;
- v) persone fisiche e piccole e medie imprese titolari di depositi di importo eccedente la somma di Euro 100.000;
- vi) fondo di garanzia dei depositi.

Occorre sottolineare che, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del decreto legislativo n. 180 del 16 novembre 2015, in caso di applicazione del "bail-in" può essere disposta la trasformazione della forma giuridica del soggetto rispetto al quale lo strumento è disposto e, in ogni caso, non trovano applicazione, tra le altre, le disposizioni che prevedono il diritto di recesso del socio di cui agli artt. 2437 e 2497-*quater* c.c..

Quanto alle passività soggette a "bail-in", l'art. 49 del decreto legislativo n. 180 del 16 novembre 2015, in conformità all'art. 44 della Direttiva BRRD, dispone che sono soggette al *bail-in* tutte le passività, ad eccezione delle seguenti:

- a) i depositi protetti, vale a dire quelli di importo non eccedente la somma di Euro 100.000;

²⁴⁾ Cfr. Dossier del 12 ottobre 2015 del Servizio Studi del Parlamento.

- b) le passività garantite, incluse le obbligazioni bancarie garantite, le passività derivanti da contratti derivati di copertura dei rischi dei crediti e dei titoli ceduti a garanzia delle obbligazioni, nel limite del valore delle attività poste a garanzia delle stesse, nonché le passività nei confronti dell'amministrazione tributaria ed enti previdenziali, se i relativi crediti sono assistiti da privilegio o altra causa legittima di prelazione;
- c) qualsiasi obbligo derivante dalla detenzione da parte dell'ente sottoposto a risoluzione di disponibilità dei clienti, inclusa la disponibilità detenuta nella prestazione di servizi e attività di investimento e accessori ovvero da o per conto di organismi d'investimento collettivo o fondi di investimento alternativi, a condizione che questi clienti siano protetti nelle procedure concorsuali applicabili;
- d) qualsiasi obbligo sorto per effetto di un rapporto fiduciario tra l'ente sottoposto a risoluzione e un terzo, in qualità di beneficiario, a condizione che quest'ultimo sia protetto nelle procedure concorsuali applicabili;
- e) passività con durata originaria inferiore a sette giorni nei confronti di banche o SIM non facenti parte del gruppo dell'ente sottoposto a risoluzione (c.d. rapporti interbancari);
- f) passività con durata residua inferiore a sette giorni nei confronti di un sistema di pagamento o di regolamento titoli o di una controparte centrale, nonché dei suoi gestori o partecipanti, purché le passività derivino dalla partecipazione dell'ente sottoposto a risoluzione ai sistemi;
- g) passività nei confronti dei seguenti soggetti:
 - i) dipendenti, limitatamente alle passività riguardanti la remunerazione, i benefici pensionistici o altra componente fissa della remunerazione. Il bail-in può essere applicato alla componente variabile della remunerazione, salvo che essa sia stabilita da contratti collettivi. In ogni caso, esso è applicato al personale più rilevante identificato ai sensi del Regolamento (UE) n. 604/2014;
 - ii) fornitori di beni o servizi necessari per il normale funzionamento dell'ente sottoposto a risoluzione;
 - iii) sistemi di garanzia dei depositanti, limitatamente ai contributi dovuti dall'ente sottoposto a risoluzione per l'adesione ai sistemi ⁽²⁵⁾.

²⁵⁾ In circostanze eccezionali (quando, ad esempio, l'applicazione dello strumento comporti un rischio per la stabilità finanziaria o comprometta la continuità di funzioni essenziali), l'Autorità di risoluzione può, ai

Benché il “*bail-in*” possa apparire notevolmente “invasivo”, occorre sottolineare che, in relazione all’esercizio di tale strumento, vige il principio del c.d. “*no creditor worse off*”, secondo il quale il creditore soggetto a “*bail-in*” non si deve trovare in una condizione peggiore rispetto a quella nella quale si sarebbe trovato laddove, in alternativa alla risoluzione, fosse stata attivata l’ordinaria procedura di liquidazione coatta amministrativa ⁽²⁶⁾.

4. Gli impatti della BRRD nei rapporti banca - cliente

Le procedure e gli strumenti di gestione della crisi bancaria introdotti dalla BRRD recano, indubbiamente, un notevole impatto sui rapporti banca - cliente.

Pur in assenza di specifici obblighi “positivizzati” nella BRRD, in considerazione dell’“invasività” dello strumento del “*bail-in*”, sembrerebbe opportuno per le banche fornire specifica ed adeguata informativa ai soggetti potenzialmente colpiti proprio dal “*bail-in*”, ossia gli azionisti e i clienti (attuali e potenziali) della banca che sottoscrivano (o abbiano sottoscritto) prodotti e strumenti potenzialmente impattati dal “*bail-in*”.

Da tempo, del resto, anche i prospetti informativi relativi agli strumenti finanziari soggetti al “*bail-in*” recano informazioni sui possibili impatti della BRRD ⁽²⁷⁾.

Occorre considerare che il “*bail-in*” trova applicazione non solo in relazione ai nuovi rapporti, strumenti e passività, ma anche in relazione ai rapporti già in essere ed agli strumenti e passività emesse o assunte anteriormente al 1° gennaio 2016.

Sul tema degli oneri informativi, mette conto precisare che i “rapporti” interessati spaziano dai rapporti tipicamente bancari quali i conti correnti ed i depositi, ai rapporti relativi ai servizi di investimento ed al servizio di deposito titoli a custodia ed amministrazione.

In relazione ai clienti che abbiano già in essere un rapporto bancario di **conto corrente** o **deposito**, non essendo azionabile la leva dell’informativa pre-contrattuale, le banche potrebbe valutare di inserire una specifica informativa in merito agli impatti della BRRD nei rendiconti periodici inviati alla clientela.

sensi degli art. 44, paragrafo 3, della Direttiva BRRD e dell’art. 49, comma 2 del Decreto BRRD, escludere dal “*bail-in*” ulteriori passività.

²⁶⁾ Cfr. Art. 87 del decreto legislativo n. 180 del 16 novembre 2015, secondo il quale “*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*”.

²⁷⁾ Non appare inutile ricordare che la Consob ha ritenuto che, nel caso di prodotto definibile “illiquido”, l’intermediario “*può soddisfare gli obblighi di trasparenza ex ante Mifid, anche con riguardo ai prodotti illiquidi, consegnando al risparmiatore una copia di un prospetto*” (cfr. Esiti della consultazione relativa alla Comunicazione Consob n. DIN/9019104 del marzo 2009”).

Per quanto concerne i “nuovi” clienti appare di per sé utile valutare una integrazione dell’informativa pre-contrattuale volta a chiarire, sin dalla fase di pubblicizzazione delle condizioni, i possibili impatti della BRRD.

Non pare potersi escludere anche l’opportunità di una integrazione della modulistica standardizzata predisposta dalla Banca d’Italia (si pensi alle Guide pratiche relative ai contratti di conto corrente offerti ai consumatori o al modello di foglio informativo relativo ai contratti di conto corrente offerti ai consumatori), volta a sensibilizzare la potenziale clientela in merito agli impatti della disciplina BRRD, ad esempio in tema di “*bail-in*”.

Anche un “consumatore”, infatti, potrebbe essere titolare di un deposito non protetto.

Una specifica disciplina è stata di recente dettata dalla Consob, attraverso la Comunicazione del 24 novembre 2015 n. 0090430, in relazione alla prestazione dei **servizi di investimento** e del servizio accessorio di **deposito titoli**.

In tale ambito, accanto ad obblighi di informativa alla clientela (regole di condotta) che ad avviso della Consob discenderebbero dai doveri di diligenza, correttezza e trasparenza incastonati nell’art. 21 del TUF, si segnalano anche oneri di revisione delle procedure (regole di organizzazione) inerenti alla formulazione dei giudizi di adeguatezza e di appropriatezza che dovranno essere riconsiderati in funzione della nuova disciplina BRRD.

Tanto sotto il profilo degli obblighi di informativa (regole di condotta), quanto sotto il profilo della revisione delle procedure di adeguatezza ed appropriatezza (regole di organizzazione), appare preliminarmente necessario da parte degli intermediari procedere attraverso una corretta individuazione dei titoli soggetti alla procedura di riduzione o conversione di strumenti di capitale, ovvero degli ulteriori titoli e contratti derivati soggetti a “*bail-in*”.

Non si tratta, peraltro, di attività semplice di censimento, ciò in ragione della necessaria ed in alcuni casi solo possibile ed eventuale applicazione delle misure introdotte dalla BRRD ad una pluralità ampia di “titoli” che possono essere emessi sia da emittenti italiani, sia da emittenti esteri ⁽²⁸⁾.

Quanto agli obblighi di informativa (regole di condotta), si pone ad avviso della Consob in primo luogo un obbligo di integrare l’informativa pre-contrattuale tanto in relazione ai nuovi clienti, quanto in relazione ai clienti già in essere. Sul punto la Consob, nella

²⁸⁾ Nella Comunicazione Consob del 24 novembre 2015 n. 0090430 si specifica che “*gli obblighi informativi in questione si riferiscono ai titoli emessi (e ai contratti derivati stipulati) da banche e SIM aventi sede legale in Italia (ovvero dagli altri soggetti individuati dall’art. 2 del d.lgs. n. 180/2015), nonché a quelli emessi (ovvero conclusi) da soggetti sottoposti alla vigilanza di altra Autorità di risoluzione dell’Unione europea, nonché da banche e imprese di investimento aventi sede legale in Paesi terzi e succursale nell’Unione medesima*”.

Comunicazione del 24 novembre 2015 n. 0090430, richiama ripetutamente l'art. 34, comma 6, del Regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 che prevede l'obbligo degli intermediari di "notificare" al cliente in tempo utile qualsiasi modifica rilevante fornita in sede pre-contrattuale concernente, tra l'altro, la natura ed i rischi degli strumenti finanziari trattati.

Tale richiamo deve essere contestualizzato.

Le informazioni dovute in sede pre-contrattuale concernenti natura e rischi degli strumenti finanziari trattati sono declinati attraverso una "descrizione generale" ⁽²⁹⁾ che non ha ad oggetto uno specifico strumento finanziario, ma il "tipo di strumento interessato" ⁽³⁰⁾.

Anche l'integrazione e l'aggiornamento delle informazioni, pertanto, non dovrebbe avere ad oggetto lo specifico strumento finanziario, ma il "tipo" di strumento trattato.

Accanto ad un obbligo di integrazione ed aggiornamento dell'informativa pre-contrattuale, come detto riferita ad una descrizione generale delle caratteristiche dei tipi di strumenti finanziari trattati, si pone poi ad avviso della Consob un tema di informativa alla clientela in relazione alle singole operazioni di investimento, informazione che dovrà essere graduata in funzione della categoria di cliente (al dettaglio o professionale).

Tale informativa, da rendere ad avviso della Consob "in occasione delle singole operazioni di investimento" ⁽³¹⁾, suscita più di una perplessità circa il contenuto necessario che appare di spettro assai ampio, non definito e quindi di non semplice declinazione in concreto ⁽³²⁾. Risulta in primo luogo incerto se l'informativa da rendere "in occasione delle singole operazioni di investimento" debba avere ad oggetto lo specifico strumento finanziario, ovvero la "tipologia" di strumento finanziario. Dalla risposta che si ritiene di dover fornire a tale profilo di incertezza, discendono rilevanti

²⁹⁾ Cfr. art. 31 del Regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007.

³⁰⁾ Cfr. art. 31 del Regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007.

³¹⁾ Cfr. Comunicazione Consob del 24 novembre 2015 n. 0090430.

³²⁾ La Consob nella Comunicazione del 24 novembre 2015 n. 0090430 ha precisato che "Gli investitori dovranno essere informati del fatto che sono state introdotte limitazioni all'intervento pubblico a sostegno di un intermediario che versi in una situazione di crisi.

Occorrerà rappresentare che, in caso di avvio delle procedure di gestione della "crisi", i titoli (...), in ragione della diversa natura degli stessi, potranno essere assoggettati (a prescindere dalla data di emissione):

- sin dal 16 novembre 2015, data di entrata in vigore dei citati decreti legislativi, a riduzione o conversione degli strumenti di capitale e/o,

- successivamente al 1° gennaio 2016, a bail-in.

L'informativa dovrà altresì riguardare la gerarchia secondo cui l'importo determinato ai fini delle misure in esame dovrà essere allocato. Dovranno poi essere indicati gli effetti discendenti dall'applicazione delle misure sopra indicate, nonché dall'eventuale esercizio da parte della Banca d'Italia dei poteri alla stessa specificamente attribuiti".

conseguenze circa i contenuti dell'informativa dovuta *“in occasione delle singole operazioni di investimento”*.

Lo strumento utilizzabile al fine di rendere la predetta informativa è rimesso alla discrezionalità degli intermediari che potranno predisporre specifiche schede prodotte, ovvero integrare i moduli di ordine di investimento, ferma l'opportunità di essere in grado di dimostrare l'effettiva ricezione delle informazioni da parte dell'investitore. Per quanto possa rilevare, pare opportuno segnalare che gli strumenti indicati quali possibili dalla Consob (scheda prodotto o modulo d'ordine) attengono alla fase che precede l'ordine⁽³³⁾.

Una specifica declinazione degli obblighi di informativa è poi dedicata al servizio di **deposito titoli**⁽³⁴⁾ ed al **servizio di gestione di portafogli**⁽³⁵⁾.

Quanto alla revisione delle procedure (regole di organizzazione) inerenti alla formulazione dei giudizi di adeguatezza e di appropriatezza, la Comunicazione Consob del 24 novembre 2015 n. 0090430 si *“limita”* a richiamare gli intermediari alla *“necessità di valutare gli eventuali impatti delle modifiche normative sopra richiamate sulle proprie procedure interne per la valutazione dell'adeguatezza e*

³³⁾ Con riferimento al regime pre-Mifid, nell'ambito dei servizi esecutivi di ordini dei clienti, secondo la giurisprudenza prevalente, di legittimità e di merito, l'obbligo di informativa c.d. specifica sulla singola operazione di investimento si applica nella fase che precede l'ordine del cliente, ma non anche successivamente alla stessa operazione di investimento.

³⁴⁾ Ad avviso della Consob, *“Atteso che la riduzione o conversione di strumenti di capitale e il bail-in trovano applicazione anche con riguardo ai titoli emessi anteriormente al 1° gennaio 2016, gli intermediari che svolgono per il proprio cliente il servizio accessorio di “custodia e amministrazione” di strumenti finanziari dovranno fornire informazioni analoghe a quelle indicate al par. 2.1 che precede. Ciò in forza del dovere di «operare in modo che [i clienti] siano sempre adeguatamente informati», che grava anche sui soggetti che prestano servizi accessori.*

Al fine di veicolare le informazioni in questione l'intermediario potrà valutare l'impiego dello strumento del rendiconto di cui all'art. 56 del regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007, fermi restando quanto previsto in tema di tempestività degli aggiornamenti informativi alla clientela dal richiamato art. 34, comma 6, del regolamento medesimo e la conseguente possibilità che in concreto l'aggiornamento si renda necessario anche prima del termine previsto per l'invio della rendicontazione” (Comunicazione Consob del 24 novembre 2015 n. 0090430).

³⁵⁾ Sul punto la Consob nella Comunicazione del 24 novembre 2015 n. 0090430 ha precisato che *“Per quanto concerne il servizio di gestione di portafogli, i clienti potranno essere opportunamente informati, secondo le modalità ritenute più efficienti, dell'eventuale investimento in titoli assoggettabili a riduzione o conversione degli strumenti di capitale e/o, successivamente al 1° gennaio 2016, a bail-in. Nel caso di rapporti gestiti già in essere, l'intermediario dovrà tener conto dell'entrata in vigore dei d.lgs. nn. 180 e 181 del 2015 a ogni effetto connesso con l'adempimento degli obblighi sullo stesso gravanti e comunque potrà dare ai clienti l'informativa sugli investimenti in titoli della specie con la rendicontazione periodica. Nel caso di nuovi rapporti gestiti, l'informativa circa la possibilità di investire nei titoli medesimi potrà essere resa nell'ambito dell'informativa pre-contrattuale. L'effettivo investimento da parte del gestore in detti titoli potrà formare oggetto di successiva rappresentazione con i rendiconti periodici”*.

dell'appropriatezza, tenendo conto delle specificità di ogni tipologia di strumento finanziario interessato dalle modifiche medesime”.

Più che di declinazione di un contenuto precettivo, in tema di regole di organizzazione sembrerebbe che la Consob abbia inteso individuare uno specifico settore di elezione quanto ad impatto rilevante della BRRD, ossia le procedure di adeguatezza ed appropriatezza.

La Consob richiama l'attenzione dei singoli intermediari sulla opportunità di valutare gli impatti della BRRD sui profili concernenti la conoscenza ed esperienza del cliente, la situazione finanziaria e gli obiettivi di investimento (adeguatezza), ovvero sul solo profilo concernente conoscenza ed esperienza del cliente (appropriatezza).

In realtà, anche da un primo esame, risulta evidente che ciascuno dei profili sopra indicati (conoscenza ed esperienza, situazione finanziaria ed obiettivi di investimento) può essere impattato dalle misure introdotte dalla BRRD.

La sottoscrizione di uno strumento soggetto a “*bail-in*”, infatti, deve essere valutato ai fini della corrispondenza all'obiettivo di investimento del cliente, ai fini della capacità finanziaria del cliente di sopportare il rischio relativo, nonché in relazione alla esperienza e conoscenza del cliente necessaria per comprendere il rischio inerente all'operazione.

Sebbene più volte emendati e rivisti nell'ultimo periodo, l'introduzione della BRRD potrebbe comportare l'opportunità per banche ed intermediari di rivedere ed integrare i questionari di profilatura della clientela. Al pari sono da considerare modifiche ed impatti per quanto concerne i c.d. algoritmi di adeguatezza ed appropriatezza, nonché in termini di integrazione degli indici, sintetici o multivariati, di rischio riferiti agli strumenti finanziari soggetti a “*bail-in*”

Sebbene non espressamente richiamati nella Comunicazione Consob del 24 novembre 2015 n. 0090430, un impatto rilevante della BRRD si avrà anche in relazione alle procedure di individuazione dei target di clientela ai quali proporre o raccomandare strumenti finanziari soggetti a “*bail-in*”.

In conclusione, appare oltremodo evidente il notevole impatto, sotto plurimi profili, della nuova disciplina BRRD in relazione ai rapporti tra banche e cliente.

Il tempo a disposizione per banche, intermediari, azionisti, creditori e clienti appare davvero esiguo e notevoli risultano i rischi connessi ad oneri informativi poco definiti, per quanto da più parte richiamati quali opportuni.