

Dicembre 2015

## Bail-in e clausola di depositor preference estesa: quali tutele per i depositi?

*Dott. Marcello Fumagalli, Direttore Area consulenza banche ed intermediari finanziari, Avv. Damiano Di Maio, Area consulenza banche ed intermediari finanziari, Unione Fiduciaria*

**Sommario:** Premessa – 1. *Depositor preference* nella Direttiva BRRD. – 2. *Depositor preference* estesa nella normativa italiana di recepimento: il dibattito in sede parlamentare – 3. La scelta finale del governo: il rinvio della *depositor preference* estesa. – Riflessioni conclusive.

### Premessa

La recente introduzione nell'ordinamento italiano dei Decreti legislativi nn. 180 e 181 del 16 novembre 2015 di recepimento della Direttiva 2014/59 del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. BRRD – Bank Recovery and Resolution Directive, di seguito, per brevità la Direttiva BRRD) e le attualissime vicende che hanno coinvolto quattro enti creditizi in situazione di dissesto, mediante l'intervento del Legislatore di concerto con la Banca d'Italia<sup>1</sup>, sollecitano l'esigenza di approfondire ed illustrare taluni rilevanti aspetti della disciplina sul salvataggio degli enti creditizi.

In particolare, emerge tra gli operatori del mercato, la richiesta di chiarire il meccanismo della c.d. clausola di *depositor preference*, contenuta all'interno della rinnovata normativa, che consente – concisamente – una protezione rafforzata per determinati soggetti che detengono depositi ammissibili al di sopra della soglia dei depositi protetti dal *bail-in*.

---

<sup>1</sup> Cfr. sul punto: Decreto Legge 22 novembre 2015, n.183 “*Disposizioni urgenti per il settore creditizio*” pubblicato in G.U. n.273 del 23.11.2015; Disegno di legge C. 3446 “*Conversione in legge del Decreto Legge 22 novembre 2015, n.183, recante disposizioni urgenti per il settore creditizio presentato il 23 novembre 2015*”; Banca d'Italia “*Informazioni sulla soluzione delle crisi di Banca Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, CariChieti e Cassa di Risparmio di Ferrara*”, 22 novembre 2015; Banca d'Italia, “*Provvedimenti dell'Autorità di risoluzione delle crisi*”, consultabile al link: <https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/index.html>: il documento, in particolare, contiene i “*Provvedimenti relativi ai soggetti sottoposti a risoluzione*” per ciascuna delle quattro banche sottoposte a risoluzione.

Il presente contributo è finalizzato dunque a rappresentare le principali caratteristiche della citata clausola, *in primis* nel contesto regolamentare europeo e quindi nell'ordinamento italiano in cui, peraltro, il Legislatore ha optato per un'*estensione posticipata* dell'istituto (c.d. *depositor preference estesa*) la cui *ratio* verrà illustrata avuto riguardo ai lavori parlamentari e alle audizioni dell'Autorità di vigilanza che ne hanno preceduto l'introduzione nell'ordinamento.

## 1. *Depositor preference* nella Direttiva BRRD

A livello di prescrizione normativa europea, il contenuto sostanziale della *depositor preference* viene definito dall'articolo 108 comma 1 lett. a) della Direttiva BRRD secondo cui, con riguardo alla classificazione dei depositi nella gerarchia relativa alla fattispecie della procedura di insolvenza, si richiede agli Stati membri di garantire che “*conformemente al diritto nazionale che disciplina la procedura ordinaria di insolvenza:*

*a) abbiano lo stesso livello di priorità, che è superiore rispetto al livello previsto per i crediti vantati da creditori ordinari, non garantiti e non privilegiati:*

*i) la parte dei depositi ammissibili di persone fisiche e microimprese, piccole e medie imprese che supera il livello di copertura previsto dall'articolo 6 della direttiva 2014/49/UE;*

*ii) i depositi di persone fisiche, microimprese, piccole e medie imprese che si configurerebbero come depositi ammissibili tranne per il fatto che non sono stati effettuati presso filiali al di fuori dell'Unione di enti stabiliti all'interno dell'Unione;*

*b) abbiano lo stesso grado di priorità, che è superiore rispetto al grado previsto dalla lettera a):*

*i) i depositi protetti;*

*ii) i sistemi di garanzia dei depositi surrogati ai diritti e agli obblighi dei depositanti protetti in insolvenza”.*

L'effetto della citata disposizione si risolve dunque, come chiarito nel documento del Ministero dell'Economia e delle Finanze del luglio scorso, nel fatto che “*la direttiva BRRD ha introdotto dei criteri di privilegio dei crediti (la cosiddetta depositor preference): gli Stati nazionali devono modificare la gerarchia dell'insolvenza in modo tale che i crediti dei depositanti siano preferiti rispetto ai crediti chirografari (...)*”<sup>2</sup>; la graduazione del livello di privilegio è massima per tutti i depositi fino a 100.000 euro (depositi protetti) che sono sempre esclusi dal bail-in, per quanto riguarda i depositi

<sup>2</sup> Ministero dell'Economia e delle Finanze, “*Unione bancaria: con direttiva UE più tutele per depositi e creditori*”, documento del 2 luglio 2015 consultabile al link: [http://www.mef.gov.it/inevidenza/article\\_0141.html](http://www.mef.gov.it/inevidenza/article_0141.html).

oltre questa soglia di persone fisiche, microimprese e piccole e medie imprese il Ministero ha precisato che *“(...) in ragione della depositor preference anche i depositi sopra soglia di persone fisiche e piccole e medie imprese potranno risultare sostanzialmente indenni<sup>3</sup>”*.

In particolare, l’attenzione rivolta dal Legislatore europeo ai depositi ultra-soglia garantita dei centomila euro detenuti da persone fisiche e micro-imprese è, a livello di principi guida, è indicato nel Considerando n. 111 della Direttiva, laddove, *“(...) al fine di fornire un certo livello di protezione alle persone fisiche, alle microimprese e alle piccole e medie imprese che detengono depositi ammissibili al di sopra del livello dei depositi protetti”* il Legislatore comunitario assume che *“tali depositi dovrebbero avere un livello di priorità superiore rispetto ai crediti vantati da creditori ordinari non privilegiati non garantiti in virtù del diritto nazionale che disciplina la procedura ordinaria di insolvenza”*.

Con riferimento alle fattispecie del bail-in, la Direttiva ha inoltre previsto, in linea con il considerando n. 72<sup>4</sup>, che, oltre alle passività escluse in via “assoluta” dall’esercizio dei poteri di svalutazione o di conversione (tra le quali si segnalano i citati depositi protetti), l’Autorità di risoluzione possa escludere integralmente o parzialmente talune passività dall’applicazione dei poteri di svalutazione o di conversione, allorché: *“(...) l’esclusione [sia] strettamente necessaria e proporzionata per evitare di provocare un ampio contagio, in particolare per quanto riguarda depositi ammissibili detenuti da persone fisiche e da micro, piccole e medie imprese, che perturberebbe gravemente il*

---

<sup>3</sup> *Ibidem*; sul punto si richiama anche l’intervento del dott. Carmelo Barbagallo, Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria della Banca d’Italia in sede di Esame del disegno di legge di delegazione europea 2014 (A.S. 1758), laddove era stato evidenziato che *“il nuovo quadro normativo, pur mantenendo la possibilità di autorizzare su base nazionale i DGS [Deposit Guarantee Scheme] a effettuare interventi alternativi al rimborso renderà più circoscritto il margine di operatività di questi ultimi per effetto della disposizione che prevede la postergazione nella distribuzione delle perdite dei depositi sotto i 100.000 euro rispetto agli altri creditori chirografari (c.d. depositor preference). Tale previsione, pur motivata dall’intento di rafforzare la tutela offerta ai depositanti, riduce di fatto le perdite potenziali a carico del DGS, rendendo remota la possibilità che esso possa effettuare interventi alternativi al rimborso; questi ultimi, infatti, sono ammissibili solo quando si presentano come meno onerosi rispetto al rimborso dei depositi”*. Il documento è consultabile al link: <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2015/Barbagallo-180315.pdf>.

<sup>4</sup> Considerando n.72 della Direttiva 2014/59: *“Le autorità di risoluzione dovrebbero poter escludere, integralmente o parzialmente, le passività in talune circostanze, ad esempio quando non sia possibile applicare lo strumento del bail-in alle passività in tempi ragionevoli, quando l’esclusione sia strettamente necessaria e proporzionata al fine di assicurare la continuità di funzioni essenziali e linee di business principali o, ancora, quando l’applicazione del bail-in alle passività provocherebbe una distruzione di valore tale che le perdite subite da altri creditori sarebbero più elevate che se tali passività non fossero state escluse dal bail-in. Le autorità di risoluzione dovrebbero poter escludere, integralmente o parzialmente, le passività qualora sia necessario per evitare il diffondersi di contagio e instabilità finanziaria suscettibili di perturbare gravemente l’economia di uno Stato membro. Nell’effettuare tali valutazioni, le autorità di risoluzione dovrebbero considerare le conseguenze di un eventuale bail-in di passività derivanti da depositi ammissibili detenuti da persone fisiche, da microimprese e da piccole e medie imprese superiore al livello di copertura previsto dalla direttiva 2014/49/UE”*.

*funzionamento dei mercati finanziari, incluse le infrastrutture di tali mercati, in un modo che potrebbe determinare una grave perturbazione dell'economia di uno Stato membro o dell'Unione<sup>5</sup>”.*

## **2. Depositor preference estesa nella normativa italiana di recepimento: il dibattito in sede parlamentare**

Nello Schema di Decreto legislativo recante modifiche del Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 e del Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in attuazione della Direttiva 2014/59/UE, trasmesso dal Ministro per le riforme costituzionali al Presidente del Senato in 30 settembre 2015 (Schema n.208)<sup>6</sup>, l'art. 1 comma 33 lett. b), nel recepire le indicazioni sulla *depositor preference* di cui al citato art. 108 comma 1 lett. a) della Direttiva BRRD, ha introdotto il nuovo comma 1-bis all'art. 91 del Testo Unico Bancario, secondo cui *“In deroga a quanto previsto dall'articolo 2741 del codice civile e dall'articolo 111 della legge fallimentare, nella ripartizione dell'attivo liquidato ai sensi del comma 1 [dell'articolo 91 del TUB]: a) i seguenti crediti sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari:*

*1) la parte dei depositi di persone fisiche, microimprese, piccole e medie imprese ammessi al rimborso e superiore all'importo previsto dall'articolo 96-bis, comma 5 [vale a dire, 100.000 euro];*

*2) i medesimi depositi indicati al numero 1), effettuati presso succursali extracomunitarie di banche aventi sede legale in Italia;*

*b) sono soddisfatti con preferenza rispetto a quanto previsto dalla lettera a):*

*1) i depositi protetti;*

*2) i crediti vantati dai sistemi di garanzia dei depositanti a seguito della surroga nei diritti e negli obblighi dei depositanti protetti;*

*c) sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari ma dopo che siano stati soddisfatti i crediti indicati alle lettere a) e b), **gli altri depositi presso la banca**”.*

In particolare detto articolo, prevedendo il trattamento preferenziale per i depositi di persone fisiche e PMI (cfr. lettera a), nel rispetto gerarchia prevista dalla Direttiva BRRD, ha esteso l'ambito di applicazione della *depositor preference* ad un ulteriore caso di preferenza (la lett. c sopra riportata), ovvero ai depositi c.d. *corporate*, come

<sup>5</sup> Direttiva BRRD, art. 44, comma 3, lett. c).

<sup>6</sup> Consultabile al link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/315935.pdf>.

peraltro evidenziato nel documento dei servizi e degli uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati dell'ottobre 2015<sup>7</sup>.

Secondo, poi, l'art. 3 dello Schema n.208, detta previsione sulla *depositor preference* estesa sarebbe entrata in vigore il giorno stesso della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, non essendo prevista al riguardo alcuna disciplina transitoria<sup>8</sup> all'interno del citato Schema n.208.

Siffatta scelta è stata nondimeno uno dei punti maggiormente attenzionati nella fase antecedente al recepimento in Italia della Direttiva ed in particolare:

- nel corso dell'intervento del 20 ottobre del Direttore generale dell'ABI in sesta Commissione Finanze presso la Camera dei deputati nel Seminario istituzionale sulle tematiche relative agli schemi di Decreto legislativo relativi all'attuazione della direttiva 2014/59/UE, in cui, rilevata l'introduzione della *"c.d. "depositor preference estesa", che concede un privilegio nel pecking order ai depositi di tutte le imprese (depositi "corporate") e ai depositi interbancari non garantiti rispetto agli altri creditori chirografari, che si aggiunge al privilegio concesso ai depositi non garantiti di persone fisiche e delle PMI, come espressamente previsto dalla BRRD<sup>9</sup>"*, ne è stata proposta la posticipazione *"(...) al 1° gennaio 2019 (...), cosicché in caso di applicazione del bail-in<sup>10</sup>"*, tale scelta avrebbe garantito, secondo le indicazioni dell'Associazione di categoria, che *"le obbligazioni bancarie non garantite emesse prima dell'entrata in vigore del Decreto legislativo (...) [avrebbero concorso] – sempre – pari passu con i depositi non garantiti diversi da quelli di persone fisiche e PMI fino al 31 dicembre 2018<sup>11</sup>"*.
- nel corso dell'Audizione del 22 ottobre scorso del Presidente della Consob presso la sesta Commissione Finanze del Senato, laddove il rappresentante massimo dell'Autorità di Vigilanza ha sottolineato come in sede di recepimento *"(...) la necessità di privilegiare i depositanti oltre 100.000 euro [avrebbe*

<sup>7</sup> Senato della Repubblica: Servizio del Bilancio. Camera dei deputati: Servizio Studi – Dipartimento finanze Modifiche del D.Lgs.385/1993 e del D.Lgs.58/1998(Risanamento enti creditizi) Schema di D.Lgs.n.208 (artt.1 e 8, L.114/2015) Ottobre2015 XVII Legislatura, p. 23, consultabile al link: <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/FI0368.Pdf>.

<sup>8</sup> Cfr. art. 3 commi da 1 a 8 dello schema n. 208.

<sup>9</sup> Camera dei Deputati Sesta Commissione (Finanze) Seminario istituzionale sulle tematiche relative agli schemi di Decreto legislativo relativi all'attuazione della direttiva 2014/59/UE che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica le direttive 82/891/CEE, 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 (Atti n. 208 e 209). 20 ottobre 2015 Intervento del Direttore generale dell'ABI Giovanni Sabatini, pag. 6 consultabile al link: [https://www.abi.it/DOC\\_Info/Audizioni-parlamentari/Intervento\\_DG\\_Sabatini\\_Seminario\\_BRRD\\_20\\_10\\_2015.pdf](https://www.abi.it/DOC_Info/Audizioni-parlamentari/Intervento_DG_Sabatini_Seminario_BRRD_20_10_2015.pdf).

<sup>10</sup> *Idem*, pag. 8.

<sup>11</sup> *Idem*, pag. 8.

dovuto essere] *attentamente valutata dal Parlamento al fine di contemperarla al meglio con l'esigenza di tutelare le altre categorie di creditori e, in particolare, i portatori di obbligazioni non garantite che hanno sottoscritto i loro titoli prima dell'entrata in vigore di questa disposizione<sup>12</sup>*”.

Gli accorgimenti prospettati dall'Associazione Bancaria Italiana e dalla Consob sono stati valutati e recepiti dalla sesta Commissione Finanze del Senato, nel parere approvato sull'atto del governo n. 208, in cui, ritenuto che *“lo schema di Decreto introduce la c.d. “depositor preference estesa”, che concede un privilegio nella gerarchia dei creditori ai depositi di tutte le imprese (depositi corporate) e ai depositi interbancari non garantiti rispetto agli altri creditori chirografari, che si aggiunge al privilegio concesso ai depositi non garantiti di persone fisiche e delle PMI, come espressamente previsto dalla BRRD<sup>13</sup>”* è stato richiesto al Governo di valutare l'opportunità, nell'ambito dell'applicazione dei meccanismi di salvataggio interno (bail-in), che il privilegio dato agli "altri depositi", di cui all'articolo 91, comma 1-bis, lettera c) del Testo unico bancario, come modificato dall'articolo 1, comma 33, dello Schema di Decreto, avesse una applicazione contestuale *“con le altre norme comunitarie in tema di attività finanziarie minime disponibili per far fronte ad eventuali crisi aziendali, a partire dal 1° gennaio 2019<sup>14</sup>”*.

### **3. La scelta finale del governo: il rinvio della *depositor preference estesa***

I suggerimenti proposti in sede di discussione ed elaborazione della normativa sono quindi stati accolti dal Governo che, nel Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n.90, con cui è stata data notizia dell'approvazione *“in esame definitivo e in attuazione dell'articolo 8 della legge 9 luglio 2015, n. 114 (legge di delegazione europea 2014), [dei] due schemi di Decreto legislativo di recepimento nell'ordinamento nazionale della direttiva 2014/59/UE<sup>15</sup>”*, ha precisato come *“(...) allo scopo di adeguarsi alle condizioni indicate nei pareri parlamentari, si è rinviata al 2019 l'applicazione delle norme dell'estensione della cd depositor preference ai depositi diversi da quelli protetti dal sistema di garanzia dei depositi e di quelli delle persone fisiche e delle piccole e medie imprese<sup>16</sup>”*.

---

<sup>12</sup> Senato della repubblica Quinta Commissione permanente (finanze e tesoro) audizione sugli schemi di Decreto legislativo relativi all'attuazione della direttiva 2014/59/UE. Intervento del Presidente Consob Giuseppe Vegas, pag. 8. Il documento è consultabile al link: [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/003/156/CONSOB\\_22\\_OTTOBRE\\_2015.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/003/156/CONSOB_22_OTTOBRE_2015.pdf).

<sup>13</sup> Senato della Repubblica, Legislatura diciassettesima, sesta Commissione permanente – Resoconto sommario n.294 del 04/11/2015.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 90 <http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n90/3068>.

<sup>16</sup> Idem.

Conseguentemente, il Decreto legislativo n. 181 del 16 novembre 2015 recante Modifiche del Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e del Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio ha sì previsto la clausola del *depositor preference* estesa anche ai depositi *corporate*<sup>17</sup> (art. 1 comma 33 che ha introdotto l'articolo 91 comma 1 *bis* nel TUB) ma, all'art.3, rubricato "Entrata in vigore", ha aggiunto (rispetto allo schema di Decreto) il comma 9, che prevede che "L'articolo 91, comma 1-bis, lettera c), del Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come modificato dall'articolo 1, comma 33, del presente Decreto, si [applichi] nelle procedure di liquidazione coatta amministrativa e di risoluzione iniziate dopo il 1° gennaio 2019".

### Riflessioni conclusive

La scelta del Legislatore di rinviare al 1 gennaio 2019 l'applicazione della clausola che consente che le obbligazioni bancarie non garantite saranno aggredite in via prioritaria rispetto ai depositi non garantiti diversi da quelli di persone fisiche e Pmi pare, in conclusione, condivisibile; ciò in quanto, come chiosato da alcuni commentatori sul punto, si consentirebbe di evitare il rischio che gli obbligazionisti si possano ritrovare in portafoglio strumenti più rischiosi di quanto previsto inizialmente<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr.: D.lgs. 181/2015, art. 1 comma 33 all'articolo 91 del Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 1 e' sostituito dal seguente:

*"1. I commissari procedono alle restituzioni dei beni nonchè degli strumenti finanziari relativi ai servizi di cui al Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e, secondo l'ordine stabilito dall'articolo 111 della legge fallimentare fatto salvo quanto previsto dal comma 1-bis, alla ripartizione dell'attivo liquidato. Le indennità e i rimborsi spettanti agli organi della procedura di amministrazione straordinaria e ai commissari della gestione provvisoria che abbiano preceduto la liquidazione coatta amministrativa sono equiparate alle spese indicate nell'articolo 111, comma primo, numero 1), della legge fallimentare. Il pagamento dei crediti prededucibili e' effettuato previo parere favorevole del comitato di sorveglianza.»;*

b) dopo il comma 1, e' inserito il seguente:

*«1-bis. In deroga a quanto previsto dall'articolo 2741 del codice civile e dall'articolo 111 della legge fallimentare, nella ripartizione dell'attivo liquidato ai sensi del comma 1:*

*a) i seguenti crediti sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari:*

*1) la parte dei depositi di persone fisiche, microimprese, piccole e medie imprese ammissibili al rimborso e superiore all'importo previsto dall'articolo 96-bis, comma 5;*

*2) i medesimi depositi indicati al numero 1), effettuati presso succursali extracomunitarie di banche aventi sede legale in Italia;*

*b) sono soddisfatti con preferenza rispetto ai crediti indicati alla lettera a):*

*1) i depositi protetti;*

*2) i crediti vantati dai sistemi di garanzia dei depositanti a seguito della surroga nei diritti e negli obblighi dei depositanti protetti;*

*c) sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari ma dopo che siano stati soddisfatti i crediti indicati alle lettere a) e b), gli altri depositi presso la banca".*

<sup>18</sup> L. Davi, "Banche, via libera al "bail-in" dal 2016", Il Sole 24 Ore, 14 novembre 2015.

Siffatta scelta sembrerebbe permettere, quanto meno per la specifica fattispecie da essa disciplinata, di arginare quelle asimmetrie informative che nel rinnovato impianto normativo non paiono del tutto risolte e che sempre più stanno emergendo nella prassi degli operatori del mercato, anche alla luce di quanto occorso con il recente salvataggio di alcuni enti in crisi.